

MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES

MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES

Resumen Ejecutivo	5
1. LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD	10
1.1. Tradición jurídica colombiana	10
1.2. Paz fundamentada en la justicia	13
1.3. Margen nacional de apreciación	15
1.4. Seguridad jurídica	16
2. LOS MÁXIMOS RESPONSABLES	17
3. DÍEZ MÍNIMOS PENALES	18
3.1. La investigación, juzgamiento y condena de crímenes internacionales es competencia exclusiva de la autoridad judicial	19
3.1.1. Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional deben ser objeto de proceso judicial penal en los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma	19
3.1.2. Ausencia de investigación judicial conlleva impunidad	21
3.1.3. Acuerdos de paz o medidas que impidan enjuiciamientos penales pueden ser examinados por la justicia internacional	21
3.1.4. Comisiones de la verdad no sustituyen la investigación penal	22
3.1.5. Ausencia de proceso penal equivale a impunidad	23
3.1.6. Conclusiones	24
3.2. La pena debe ser efectiva	25
3.2.1. Investigar, juzgar y sancionar no es una opción, es una obligación que conlleva la necesidad de la pena	25
3.2.2. La sanción debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad	26
3.2.3. Castigo y adecuada ejecución de las penas son imperativos	26
3.2.4. Voluntad de investigar y sancionar abarca la debida ejecución de la pena	28
3.2.5. La justicia transicional admite flexibilidad sin desvirtuar la pena	28
3.2.6. Prohibición de suspensión total de la pena	29
3.2.7. Conclusiones	30
3.3. La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables	31
3.3.1. Penas adecuadas y apropiadas: impunidad normativa e impunidad fáctica	31
3.3.2. Penas deben cumplir criterios de razonabilidad y proporcionalidad	32
3.3.3. Pena depende de la gravedad del delito	33
3.3.4. Reducción de penas está condicionada a la satisfacción de los derechos de las víctimas	35
3.3.5. Conclusiones	35
3.4. La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad	35
3.4.1. Pena de reclusión es la adecuada para crímenes atroces	36
3.4.2. Reclusión es la regla en el derecho penal internacional	37

3.4.3.	Reclusión es la pena aplicada por los Tribunales Penales Internacionales	37
3.4.4.	Conclusiones	38
3.5.	La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales	38
3.5.1.	Reclusión implica condiciones de dependencia y sujeción	39
3.5.2.	La reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario ordinario	39
3.5.3.	Reclusión se define por la restricción de derechos fundamentales	40
3.5.4.	Simple permanencia en zonas de concentración o ubicación no es parte de la pena	41
3.5.5.	Es posible la progresividad en el cumplimiento de la pena	41
3.5.6.	Conclusiones	42
3.6.	Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras	43
3.6.1.	Reclusión debe respetar al ser humano	43
3.6.2.	Garantizar los derechos del interno es responsabilidad del Estado	44
3.6.3.	Seguridad de los reclusos es responsabilidad del Estado	44
3.6.4.	Conclusiones	45
3.7.	La exclusión de participación política es consecuencia de crímenes atroces	45
3.7.1.	No todo delito puede ser conexo con el delito político	45
3.7.2.	Condena penal puede restringir la participación política	46
3.7.3.	Máximos responsables no deben ser habilitados para participar en política	46
3.7.4.	Crímenes atroces no se benefician de “carácter político”	47
3.7.5.	Conclusiones	47
3.8.	La verdad completa, detallada y exhaustiva es condición para acceder a la justicia transicional	47
3.8.1.	Derecho a la verdad es un bien jurídico inalienable	48
3.8.2.	Ejercicio del derecho a la verdad es pleno, efectivo e imprescriptible	49
3.8.3.	La verdad es innegociable	49
3.8.4.	Garantizar el derecho a la verdad es obligación ineludible del Estado	49
3.8.5.	Colaboración con la justicia debe estar encaminada a la verdad	50
3.8.6.	La verdad debe ser exhaustiva, detallada y completa	51
3.8.7.	Verdad implica reconocerse como victimarios y arrepentimiento público	51
3.8.8.	Conclusiones	52
3.9.	La reparación es condición para acceder a la justicia transicional	52
3.9.1.	Reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de los hechos y al daño sufrido	52
3.9.2.	Perpetrador debe reparar con su propio patrimonio y la organización con la riqueza acumulada	53
3.9.3.	Derecho a la reparación es integral	53
3.9.4.	Reparación debe incluir la información sobre la suerte de los desaparecidos y la liberación de secuestrados y de niños reclutados	54
3.9.5.	Derecho a la verdad y reconocimiento como victimario constituyen medio de reparación	55
3.9.6.	Conclusiones	55

3.10.	La garantía de no repetición es condición para acceder a la justicia transicional	56
3.10.1.	No impunidad es la principal garantía de no repetición	56
3.10.2.	Desarticulación del grupo armado ilegal es una garantía de no repetición	56
3.10.3.	Verdad, reconocimiento como victimario y arrepentimiento público son garantía de no repetición	57
3.10.4.	Dar carácter político a las atrocidades estimula la repetición	57
3.10.5.	Conclusiones	58
4.	CONCLUSIÓN GENERAL	58
5.	ANEXOS	59
5.1	Carta suscrita por la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, dirigida al Presidente de la Corte Constitucional de Colombia	60
5.2	Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	63
5.3	Casos representativos de sentencias dictadas por los Tribunales Penales Internacionales	71

MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES

Resumen Ejecutivo

Cuando se habla de justicia transicional se reconoce que la búsqueda de la paz, como presupuesto esencial de la convivencia y del ejercicio de los derechos de todas las personas que conforman la nación, solo es posible si se armoniza con la justicia. Un acuerdo que conduzca a la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, debe fundamentarse en la justicia para que sea sostenible a mediano y largo plazo, tanto en el ámbito de las obligaciones internacionales del Estado colombiano como en el ámbito político, que exige la mayor legitimidad posible.

Eso lleva implícito un reconocimiento. La justicia transicional tiene un fundamento jurídico y político. Jurídico, porque no puede apartarse de los mínimos derivados de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y del derecho penal internacional. Cualquier modelo de justicia transicional que no tenga en cuenta que debe sujetarse a unos presupuestos básicos, tendrá un altísimo nivel de vulnerabilidad que no dará seguridad jurídica al acuerdo de terminación del conflicto. Reconoce además que existe un fundamento político porque la flexibilidad que se deriva de su excepcionalidad, propia de la superación de una situación de conflicto interno, permite la búsqueda de fórmulas que basadas en esos mínimos jurídicos y en la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, hagan posible la disolución del grupo victimario y el desmantelamiento de las condiciones que posibilitaron que agentes estatales también fueran perpetradores.

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

La implementación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, su integración al ordenamiento jurídico a través de la noción de bloque de constitucionalidad, al igual que la extensa jurisprudencia interamericana, restringen la libertad de los Estados para lograr acuerdos con grupos armados ilegales, si estos desconocen los derechos de las víctimas y las obligaciones de justicia.

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

El carácter de imprescriptibles que tienen esos crímenes es una garantía que otorga el derecho internacional y el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de que dada su gravedad no puedan gozar de impunidad. De verificarse dichas conductas, el Estado tiene la obligación y la posibilidad, en cualquier momento, con acuerdo suscrito con las guerrillas o sin él, antes del mismo o después de él, de condenar con penas efectivas y adecuadas a los responsables, sean miembros de grupos irregulares o agentes estatales.

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

La tradición jurídica colombiana y el derecho penal internacional imponen condiciones a los acuerdos que se hagan en un proceso de paz. Con el fin de tener seguridad jurídica y certeza de que lo acordado se cumpla y se pueda cumplir, el Estado y el grupo armado ilegal deben sujetarse a ese marco.

Honrar los acuerdos en materia de justicia es un elemento esencial que compromete directamente a quienes negocian de uno y otro lado. Para garantizarlo se requiere una fórmula de justicia transicional que permita juzgar a máximos responsables por la comisión de crímenes internacionales y que cumpla unos mínimos en materia penal para que quede blindada frente a eventuales intervenciones de instancias penales y de derechos humanos internacionales.

En un contexto de terminación de un conflicto armado no internacional es imposible que la totalidad de los involucrados en violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario sean objeto de investigación y condena por el aparato judicial. En esos casos, conforme al derecho internacional la regla es que las personas que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto y que tengan responsabilidad penal por conductas relacionadas con éste, puedan ser beneficiadas con una amnistía condicionada, con excepción de quienes sean considerados responsables de cometer crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos. Ese es un punto de partida.

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

El documento expone ampliamente 10 mínimos penales para máximos responsables que surgen de la revisión del marco normativo de los derechos humanos y del derecho penal internacional, así como de una lectura integral y sistemática de la jurisprudencia y doctrina de órganos y organismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

De acuerdo a la Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, *“el máximo responsable es aquella persona que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico.”*

10 mínimos penales

1. **La investigación, juzgamiento y condena de crímenes internacionales es competencia exclusiva de la autoridad judicial.** El Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y condenar en el marco de un proceso judicial de carácter penal a los máximos responsables, así como garantizar a las víctimas y la sociedad los derechos de acceder a la justicia e interponer recursos efectivos. La gravedad de los crímenes impide que mecanismos de carácter extrajudicial y sanciones no penales puedan sustituir la acción de los tribunales judiciales.
2. **La pena debe ser efectiva.** Frente a graves violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, el Estado tiene la obligación no sólo de investigar, juzgar y sancionar, sino también de garantizar que la pena sea efectiva, sea real, esto es, que se cumpla. La suspensión de la ejecución de la pena no puede ser total para los condenados como máximos responsables de tales crímenes. La Fiscalía de la CPI advirtió que *“la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (ius cogens) en derecho internacional.”*¹
3. **La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables.** El derecho internacional impone la obligación de castigar con penas proporcionales a la gravedad de los hechos a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y de crímenes de trascendencia internacional. Es una constante en los juicios penales internacionales que la gravedad y características del crimen, así como las condiciones del autor, sean tomadas como fundamento a la hora de fijar la pena. El principio de proporcionalidad conlleva para el condenado el derecho a que no se le imponga una pena superior a la gravedad del delito y que la pena no resulte, al contrario, reducida a tal punto que sea inadecuada frente a esa misma gravedad. Penas simbólicas, “trabajo comunitario” o “excusas públicas” como pena principal para esos crímenes es impunidad.
4. **La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad.** Todos los estatutos de los tribunales penales internacionales establecen la pena de reclusión frente a los crímenes de su competencia. La reclusión es entonces la sanción adecuada y proporcional dada la gravedad de los crímenes que exigen mayor reproche de la comunidad internacional y se define en términos de restricción de derechos constitucionales. Para la Corte Constitucional *“Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del ius puniendi reclama en el Estado constitucional de derecho.”*²
5. **La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales.** Para efectos del cumplimiento de la pena de reclusión el derecho penal internacional remite a las condiciones generales del sistema penitenciario del Estado donde se deba cumplir, señalando que no podrá desarrollarse en condiciones diferentes a las previstas para crímenes de la misma naturaleza. Con el fin de garantizar la efectividad de la pena y su carácter genuino, la creación

¹ FATOU, Bensouda. Carta dirigida por la Fiscal de la Corte Penal Internacional al Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. La Haya, 2013. Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 370 de 2006. Párr. 6.2.3.3.4.5.

de sitios de reclusión, el establecimiento de condiciones especiales de reclusión y las modalidades de ejecución y cumplimiento de la pena deben observar la dependencia, sujeción y restricciones de derechos constitucionales que son propios de la pena privativa de la libertad, conforme a los precedentes del derecho penal internacional y la jurisprudencia constitucional e interamericana.

6. **Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras.** El cumplimiento de la pena de reclusión está supeditado a la garantía de respeto de los derechos humanos de los máximos responsables. El Estado ostenta respecto del recluso un deber de custodia que implica garantizar su seguridad, vida e integridad.
7. **La exclusión de participación política es consecuencia de crímenes atroces.** Los máximos responsables de genocidio y crímenes de lesa humanidad están excluidos expresamente por el ordenamiento jurídico de la participación política. La Corte Constitucional señaló que la conexidad con el delito político debe observar “los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, lo que implica que no todos los restantes delitos pueden ser declarados conexos, entre ellos, las graves violaciones a los derechos humanos, los que han sido calificados como crímenes de guerra o los asociados al narcotráfico. Los delitos relativos al tráfico de estupefacientes deben ser considerados conexos con los crímenes de lesa humanidad y genocidio. La rebelión como delito político objeto de amnistía no comprende los crímenes atroces y los delitos comunes.
8. **La verdad completa, detallada y exhaustiva es condición para acceder a la justicia transicional.** La satisfacción del derecho a la verdad que tienen las víctimas y la sociedad es indispensable para acceder al tratamiento penal especial que se disponga para los máximos responsables en el marco de la justicia transicional. Es obligación imperativa relatar de manera detallada, completa y exhaustiva lo que se sabe respecto a las atrocidades cometidas por la organización armada ilegal.
9. **La reparación es condición para acceder a la justicia transicional.** Cualquier tratamiento especial en materia de penas para un máximo responsable depende de la reparación efectiva a las víctimas. Ésta debe incluir el reconocimiento público de responsabilidad, el arrepentimiento sincero y público por los crímenes perpetrados, la petición pública de perdón, la revelación de la verdad y la entrega de bienes particulares y de la riqueza acumulada por la organización ilegal. La reparación no puede ser simplemente simbólica, debe ser proporcional, adecuada, efectiva y rápida.
10. **La garantía de no repetición es condición para acceder a la justicia transicional.** La principal garantía de no repetición es el cumplimiento de una pena efectiva de reclusión, la revelación de la verdad y el arrepentimiento público por las atrocidades, junto a la desarticulación del grupo armado ilegal, que comprende el desarme absoluto y su desmovilización total, tanto de sus estructuras de guerrilla, milicias y otros aparatos vinculados a la organización. La no repetición exige que se devalen y desmonten las redes dedicadas al tráfico de drogas, minería ilegal y otras actividades delictivas que desarrolla el grupo armado ilegal. Sin estos presupuestos no se puede acceder y mantenerse en la justicia transicional.

Estos 10 mínimos penales para máximos responsables permiten diseñar fórmulas imaginativas que garanticen seguridad jurídica a los miembros de las FARC, la satisfacción de los derechos de las víctimas, las demandas de justicia de la sociedad y la identificación de puntos de encuentro que

faciliten la construcción de un Pacto para la Paz con todos los sectores sociales, económicos y políticos del país.

MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES³

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

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

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

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

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

Reconoce además que existe un fundamento político, porque la flexibilidad que se deriva de su excepcionalidad, propia de una situación de conflicto interno, permite la búsqueda de fórmulas que, basadas en esos mínimos jurídicos y en la satisfacción de los derechos las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición⁴, hagan posible la disolución

³ Elaborado por Rafael Guarín y Claudia Hernández. Procuraduría General de la Nación.

⁴ Así lo exigen, por ejemplo, los Principios y directrices de Louis Joinet y Naciones Unidas sobre la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución sobre impunidad No. 2005 de 1981 Documento ONU E/CN.4/RES/2005/81), y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a

del grupo victimario y el desmantelamiento de las condiciones que posibilitaron que agentes estatales también fueran perpetradores.

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

Esa es una de las razones que sostienen afirmaciones como las de la Fiscal⁵ y el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional⁶, en el sentido de que *“los principios del Estatuto de Roma reflejan el consenso de la comunidad internacional sobre el rol integral que cumple la justicia en la garantía de la paz, la estabilidad y la seguridad”* y, *“la justicia debe formar parte integral de los esfuerzos por establecer una paz, estabilidad y seguridad sostenibles... El marco jurídico internacional creado por el Estatuto de Roma enfatiza la importancia capital de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves. Este marco no puede suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad”*, respectivamente. Pero justicia también en sentido redistributivo, no puramente restaurativo. Coincidente con estos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado: *“la justicia es parte importante del establecimiento y mantenimiento de la paz, una cultura de impunidad y un legado de crímenes del pasado que no se sancionan solo pueden erosionar la paz. Las amnistías que eximen de sanción penal a los responsables de crímenes relacionados con los derechos humanos suelen fallar en el intento de lograr sus objetivos y en lugar de ello parecen haber alentado a los beneficiarios a cometer nuevos crímenes”*.⁷

Y el informe presentado en agosto de 2004 por el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad señaló que *“los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos.”*⁸

1. LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD

1.1. Tradición jurídica colombiana

Durante más de tres décadas la búsqueda de la paz en Colombia con diferentes grupos armados ilegales ha tenido una constante: amplias amnistías e indultos. La implementación de ambas

interponer recursos y obtener reparaciones (aprobados por la Asamblea General de la ONU, Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005). Estos Principios señalan que las amnistías absolutas favorecen la impunidad y desconocen las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El Principio 24 de los primeros, señala expresamente que la amnistía debe aplicarse dentro de ciertos límites así tenga como objetivo alcanzar la paz y la reconciliación nacional.

⁵ FATOU. Op. Cit.

⁶ STEWART, James. Justicia Transicional en Colombia y el Rol de la Corte Penal Internacional. En: Foro La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional (13, mayo, Bogotá, DC.). Universidad del Rosario y El Tiempo. Bogotá, 2015.

⁷ NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías. Nueva York y Ginebra, 2009, p. 3.

⁸ NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Nueva York, 2004, p. 6.

figuras excluye a los responsables de crímenes atroces. Una revisión histórica de los principales instrumentos sobre el tema así lo demuestra:

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, la Ley 104 de 1993 previó beneficios penales para las personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados "milicias populares rurales o urbanas", que abandonaran de manera voluntaria la organización y se entregaran a las autoridades. Negó los

beneficios a los autores de secuestro, delitos atroces y homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas y de delitos cuya pena mínima legal excediera de ocho (8) años de prisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Paz fundamentada en la justicia

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

En Perú, por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos⁹, señaló que *“como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”*.

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

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

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Párr. 44.

acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello". La amnistía al finalizar el conflicto, con el cese definitivo de hostilidades, no comprende hechos que cabrían en la categoría de crímenes de guerra e incluso en la de crímenes contra la humanidad.

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

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

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

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

La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que *"Bajo el derecho internacional no se pueden tener amnistías por violaciones graves a los derechos humanos; no se pueden dar beneficios para delitos contenidos en el Estatuto de Roma. El principio básico es que no puede haber impunidad para esos crímenes, porque las víctimas tienen derecho a la justicia y la verdad. La gente no olvida lo que le pasó. La gente quiere paz pero también justicia, y no se pueden separar esas dos cosas. Y no se puede decir tampoco que una será ahora y la otra después."*¹⁰ Y la misma Corte Constitucional lo ha dejado claro: *"La paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado."*¹¹

¹⁰ PILLAY, Navanethem. Declaraciones de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con ocasión de la reunión sostenida con funcionarios del Gobierno colombiano para revisar el Examen Periódico Universal. Ginebra, Suiza, 23 de abril de 2013.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Párr. 5.5.

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

Informes como el publicado bajo el título “Acuerdos de Paz y ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹² no solamente desconocen o subestiman el carácter permanente de la CPI, sino que pueden llevar a conclusiones equivocadas que desvirtúen su eficacia en detrimento de la seguridad jurídica de los autores de delitos atroces. Ese informe, por ejemplo, relaciona 54 casos de acuerdos de paz y señala que frente a ellos la Corte Penal Internacional sólo ha intervenido en un caso (República Democrática del Congo) mientras que el tribunal Ad Hoc de Sierra Leona ha detenido a tres personas del grupo armado Frente Revolucionario Unido. Según el estudio “en total son 8 las personas afectadas en esos dos países. A eso agrega que *“En ninguno del resto de casos, sin excepción, las personas desmovilizadas tras un acuerdo de paz han sido objeto de condenas que impliquen su entrada en prisión”* y *“la norma habitual ha sido la amnistía para los grupos desmovilizados, y la no interferencia de la CPI.”*

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

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

De las 22 experiencias restantes hay 18 acuerdos suscritos después del 2008, es decir no ha transcurrido un plazo razonable para que la CPI aplique el principio de complementariedad (en Burundi, Mali, República Centro Africana, Colombia, Níger, Chad, República Democrática del Congo, Nigeria y Filipinas). Inclusive en algunos de esos casos los Acuerdos son muy próximos a la ratificación, es decir que podrían comprender conductas anteriores a la ratificación y frente a las cuales la CPI no tenga competencia.

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

En conclusión, no es cierto que en esos 54 casos de acuerdos de paz no haya habido pena de prisión ni injerencia de la CPI. En la mitad no hay competencia porque los países no han firmado el Estatuto, en otros no hay competencia porque el Estatuto fue ratificado después de los Acuerdos y

¹² FISAS, Vicenç. Análisis del Director de la Escuela de Cultura y Paz: Acuerdos de Paz y Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona, Escuela de Cultura de Paz, 23 de junio de 2015.

en otro número significativo no ha transcurrido un plazo razonable para activar la competencia de la CPI que en aplicación del principio de complementariedad debe promover primero la competencia interna de los Estados.

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

1.3. Margen nacional de apreciación

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

El Tribunal Europeo ha subrayado que los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación, pero ese margen no es ilimitado, sino que se sujeta a un control que se realiza sobre la base de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³. Es decir, la apreciación tiene lugar dentro del Convenio, no fuera de él. El margen nacional de apreciación no es para salirse de los tratados, sino para su aplicación.

Al asumir voluntariamente el deber de respetar los límites impuestos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales regionales, los Estados restringen su capacidad interna y soberana de decisión. El margen, esto es, el campo de interpretación propio de los Estados, opera tanto sobre las normas que consagran derechos en el ámbito nacional, como sobre aquellos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos y en el marco de los mismos.

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

1.4. Seguridad jurídica

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

¹³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Handyside vs Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 49. También ver Caso Sunday Times vs Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párr. 59.

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

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

En un contexto de terminación de un conflicto armado no internacional es imposible que todos los involucrados en violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario puedan ser objeto de investigación y condena por el aparato judicial. Además de ello, como se citó, el derecho internacional consagra las amnistías más amplias posibles al finalizar las hostilidades, sujetas a los límites ya expresados. Esto significa que la regla es que las personas que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto y que tengan responsabilidad penal por conductas relacionadas con éste puedan ser beneficiadas con amnistía, a excepción de quienes hayan cometido crímenes internacionales y aquellos frente a los cuales el Estado haya adquirido internacionalmente la obligación de investigar, tales como los consagrados en la Convención de Palermo.

2. LOS MÁXIMOS RESPONSABLES

Estos mínimos se enfocan en los procesos penales o mecanismos judiciales aplicables en un contexto de justicia transicional; por lo mismo, es preciso definir el concepto de “máximo responsable”. En palabras de la Corte Constitucional:¹⁴

“Si bien no existe una definición unánime sobre el máximo responsable, los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Bosnia y Herzegovina y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional tienen en común que a través de esta figura identifican a aquellas personas que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito. De esta manera, el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada, para lo cual se han utilizado diversos criterios... En consecuencia, un máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes¹⁵ de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar dentro de la

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Párr. 8.2.3.

¹⁵ Fiscalía vs. Ademic, “Decisión para la remisión a las autoridades de Croacia conforme a las reglas 11bis”, Caso No. IT-04-78- PT, Tribunal de Remisión, 14 de septiembre de 2005.

organización¹⁶. De hecho, el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior “Command responsibility” o el dominio de aparato organizado de poder “Organisationsherrschaft”¹⁷.

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

En conclusión, a partir de los criterios internacionales anteriormente expresados se puede señalar que el máximo responsable es aquella persona que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

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

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

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

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

3. DÍEZ MÍNIMOS PENALES

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

¹⁶ Fiscalía vs. Dragomir Milosevic, Decisión sobre la remisión de caso, según la Regla 11bis, Caso No. IT-98-29/1-PT, Referral Bench, 8 de julio de 2005. Véase además el Memorando Interno de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia de 17 de octubre de 1995. “Criterios para investigaciones y persecuciones”.

¹⁷ AMBOS, Kai. Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’, Cambridge, 2009, 127 y ss.

1. La investigación, juzgamiento y condena de crímenes internacionales es competencia exclusiva de la autoridad judicial.
2. La pena debe ser efectiva.
3. La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables.
4. La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad.
5. La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales.
6. Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras.
7. La exclusión de participación política es consecuencia de crímenes atroces.
8. La verdad completa, detallada y exhaustiva es condición para acceder a la justicia transicional.
9. La reparación es condición para acceder a la justicia transicional.
10. La garantía de no repetición es condición para acceder a la justicia transicional.

3.1. La investigación, juzgamiento y condena de crímenes internacionales es competencia exclusiva de la autoridad judicial

El derecho a la justicia implica para los Estados que han ratificado los tratados que protegen los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, la obligación de garantizar el acceso a la justicia, la interposición de recursos judiciales, la efectividad de las investigaciones y el juzgamiento y sanción de los autores de las violaciones.¹⁸

El deber de garantía judicial comprende para el Estado la obligación de adoptar medidas necesarias para que las víctimas puedan acceder a la administración de justicia con el fin de ejercitar o interponer un recurso judicial efectivo. Así lo ordena el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando dispone que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”*

-
- ¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Artículo 2º, 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: “a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.”
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973. Artículo 25º. Protección Judicial. “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”
 - Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Ratificada por Colombia el 12 de abril de 2005. Artículo 1º. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: “b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo.”

En relación con la obligación de adelantar procesos penales y de que las penas sean impuestas como consecuencia de procesos judiciales y no administrativos, señala el Comité Internacional de la Cruz Roja: “

*"en prácticamente todos los conflictos se han cometido crímenes de guerra. En estos casos, si bien las acciones preventivas pueden fracasar, los Estados tienen el deber de poner fin a la impunidad pidiendo cuentas a quienes cometen crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional. Esto debe conseguirse mediante procesos penales transparentes y equitativos, en los que se respeten plenamente las garantías judiciales internacionalmente reconocidas."*¹⁹

Finalmente, el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional reafirma que “*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”.

3.1.1. Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional deben ser objeto de proceso judicial penal en los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma establece la admisibilidad de un caso cuando recae en un crimen de lesa humanidad, genocidio y crimen de guerra, siempre y cuando se verifiquen las hipótesis que describe su artículo 17. La competencia de la Corte Penal Internacional se deriva del ejercicio o no de la acción judicial penal en el seno del Estado, partiendo del presupuesto de que los Estados tienen la obligación primaria de investigar, juzgar y condenar a penas apropiadas a los perpetradores.

El artículo 17.1 señala que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a. *“El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;*
- b. *El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.”*

En ambos casos el Estatuto se refiere a la función de adelantar investigaciones y enjuiciamientos que corresponde a la administración de justicia del Estado.

Toda la estructura del Estatuto de Roma reposa en la obligación del Estado de perseguir judicialmente tales crímenes, al punto que el artículo 1 que define a la Corte Penal Internacional establece que ésta ejercerá su jurisdicción sobre “*personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional*” y “*tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*”. Significa que solo cuando la justicia penal nacional no actúa puede la CPI ejercer su jurisdicción.

Junto a esto, el artículo 17.2 plantea circunstancias que se deben tener en cuenta “*a fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado*”, para lo que se deben tener

¹⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, declaración del CICR ante las Naciones Unidas. En: Asamblea General de las Naciones Unidas, 68° período de sesiones (10, octubre, Nueva York). Tema 85 del programa. Nueva York, 2013.

en cuenta “los principios de un proceso con las debidas garantías”, remitiendo esto al debido proceso judicial. Dichas circunstancias son:

- a. *“Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5.”*

El Estatuto hace referencia directa a un “juicio” y a la “responsabilidad penal”, cuestiones ambas relativas a la acción del aparato judicial.

- b. *“Que haya habido demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.”*

Supone el Estatuto una vez más, que el Estado debe adelantar un juicio y que sobre su desarrollo se examina la voluntad de que el perpetrador comparezca ante la justicia.

- c. *“Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente e imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.”*

Nuevamente el Estatuto parte de la base de que la persona responsable de los crímenes de su competencia debe ser sometida a un proceso judicial en el Estado. Para que quede aún más claro, el artículo 17.3 se remite expresamente a la administración de justicia nacional:

“A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o parcial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

En síntesis, el Estado que haya suscrito el Estatuto de Roma tiene la obligación de adelantar un proceso penal de investigación y juzgamiento a través de su administración judicial cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio. En el caso de los máximos responsables les corresponde comparecer ante una instancia judicial y someterse a ser investigados, juzgados y condenados por esos crímenes.

3.1.2. Ausencia de investigación judicial conlleva impunidad

Ha señalado la Corte Constitucional,²⁰ siguiendo el hilo fijado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que “el Estado tiene un deber de indagación respecto de tales violaciones [de derechos humanos]... no obstante, si se incumple se origina una situación de tolerancia a la impunidad, que significa el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de justicia, y su subsiguiente responsabilidad internacional.”

Y sobre la necesidad de que la investigación sea adelantada por autoridades judiciales estableció la Corte en el mismo fallo que “al derecho de las víctimas a la protección judicial de los derechos

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Párr. 4.5.2.

humanos, mediante el ejercicio de un “recurso sencillo y eficaz”, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.”

Si bien la investigación de los crímenes atroces puede ser asumida por mecanismos extrajudiciales como una Comisión de la Verdad, para efectos de la actuación penal debe ser adelantada por el aparato judicial, observar los principios del debido proceso y dirigirse a establecer responsabilidades y sanciones. Por otro lado, las normas de derecho internacional resaltan que la obligación de juzgamiento y la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena con relación a la gravedad del crimen cometido, exige la intervención de autoridad judicial y de un proceso judicial en que se oiga y venza en juicio al perpetrador. La sola investigación extrajudicial de carácter histórico, desprovista por su naturaleza de consecuencias penales, llevaría a una situación de impunidad.

3.1.3. Acuerdos de paz o medidas que impidan enjuiciamientos penales pueden ser examinados por la justicia internacional

Al fallar el caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”²¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez a los estándares de justicia y no impunidad en un contexto de terminación de un conflicto armado no internacional, ratificando que aún en ese escenario no es posible conceder indultos a los autores de graves violaciones a los derechos humanos. En dicho asunto, la Corte ordenó reabrir las investigaciones penales frente a hechos sucedidos aproximadamente 35 años atrás.

Entre las principales consideraciones del Tribunal respecto de la imposibilidad jurídica para los Estados de dejar en la impunidad graves violaciones de derechos humanos, se destacan:

“Con la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz” se concedió una amnistía de carácter general y absoluta que amplió la posibilidad de impedir la investigación penal y la determinación de responsabilidades a aquellas personas que hubieran participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario durante el conflicto armado interno”.

Y resalta la Corte *“la investigación es un imperativo estatal, así como la importancia de que tales acciones se realicen conforme a los estándares internacionales (...) El Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga.”*

Más allá de las discusiones políticas, en estricto derecho, los procesos penales constituyen entonces una piedra angular sobre la cual se edifica un esquema de justicia transicional. Puede existir discusión respecto de la conveniencia u oportunidad de aplicar diversos mecanismos extrajudiciales, incluso prescindir de todos o algunos de ellos, también debatir sobre el nivel de justicia que en beneficio de la paz una sociedad está dispuesta a sacrificar, controvertir sobre las

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso El Mozote vs. El Salvador, Sentencia del 25 de octubre de 2012. Párr. 291.

penas alternativas a imponer y sobre el modo de cumplirlas, pero lo que no admite duda es la exigencia de investigar los crímenes más graves de interés para la comunidad internacional a través de procesos judiciales y ante las autoridades competentes.

3.1.4. Comisiones de la verdad no sustituyen la investigación penal

Como se ha señalado, las investigaciones judiciales proporcionan el recurso efectivo que ordena la Convención Americana de Derechos Humanos para las víctimas de violaciones de derechos humanos o de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En un marco de justicia transicional es posible la implementación de mecanismos extrajudiciales que propendan por la búsqueda de la verdad, especialmente respecto de casos no seleccionados o no atribuibles a máximos responsables, con el fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a saber.

No obstante, la jurisprudencia interamericana y la de la Corte Constitucional resalta que estos mecanismos extrajudiciales, concretamente, las comisiones de la verdad, no son sustitutivos sino complementarios de las investigaciones judiciales y por lo mismo no relevan a los Estados de la obligación de llevar a cabo una seria investigación de carácter penal. Es claro en el derecho internacional y en la jurisprudencia que no es posible omitir la investigación, juzgamiento y condena ante autoridad judicial penal ni reemplazarla por un procedimiento extrajudicial de investigación y sanción, cuando se trata de máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.

La Corte Interamericana se ha referido en diversos fallos a la imposibilidad jurídica de sustituir con otros mecanismos de justicia transicional las investigaciones penales frente a casos de graves violaciones a los derechos humanos: *“La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas comisiones chilenas en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990 (...) no obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la verdad histórica contenida en los informes de las citadas comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales... por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes.”*²²

En un fallo posterior que analiza el trabajo de las comisiones de la verdad en contextos de conflicto armado, la Corte reiteró: *“El Tribunal considera que el trabajo de dicha Comisión [Comisión de la Verdad y reconciliación del Perú] constituye un esfuerzo muy importante y ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico del Perú. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales, tal como el propio Estado lo ha entendido al mantener abiertas las investigaciones luego de la emisión del informe”*²³.

Finalmente, la Corte Constitucional destacó en la Sentencia C-579 de 2013 que *“... los mecanismos extrajudiciales, administrativos y de cualquier otro carácter no judicial que se implementan en los Estados en contextos de justicia transicional, son medidas legítimas que pueden ser adoptadas sin que se incurra en una responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, es claro que estos*

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 149 y 150.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Párr. 224.

mecanismos alternativos, como las comisiones de la verdad, son instrumentos complementarios a los del sistema judicial, y deben asumir su tarea, incluso, con muchas de las condiciones sobre las que se asume la judicialización de las violaciones a los derechos humanos, como la independencia, imparcialidad, efectividad, tiempo razonable y transparencia.”

Resulta claro que la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se cumple mediante la realización de procesos judiciales efectivos. Otros mecanismos extrajudiciales como las comisiones de la verdad son complementarios y en todo caso optativos, a diferencia de las investigaciones judiciales que son imperativas frente a conductas atroces.

3.1.5. Ausencia de proceso penal equivale a impunidad

La jurisprudencia del sistema interamericano ha sido reiterativa en señalar que las graves violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas penalmente y que las sentencias deben ser emitidas por autoridades judiciales. Por ejemplo, en el caso *La Rochela vs. Colombia*²⁴ la Corte enfatizó que la *“la pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial”* y que al momento de individualizar la condena se deben fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente.

En consonancia, en el caso *Huilca Tecse vs. Perú*²⁵ la Corte ratifica que los Estados no pueden establecer disposiciones o acuerdos internos que impidan la persecución penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos: *“El Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria...”*.

De manera más explícita, en el caso *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*²⁶ la Corte dejó claro que si bien los procesos administrativos complementan el ejercicio de la investigación penal en favor de los derechos de las víctimas, de manera alguna reemplazan el ejercicio de la jurisdicción penal interna tratándose de la investigación de violaciones a los derechos humanos. Así lo consignó en su jurisprudencia:

“El Tribunal no considera necesario analizar dichos procesos [disciplinario y contencioso administrativo] en virtud de... que dicha jurisdicción sólo puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos, toda vez que no constituyen una investigación completa de los hechos, y en atención a las limitaciones propias de este tipo de procedimientos –en razón de la naturaleza del tipo de faltas investigadas y de los fines del órgano a cargo de la misma.”

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Rochela vs. Colombia*, Sentencia del 11 de mayo de 2007. Párr. 193 y 196.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia del 3 de marzo de 2005. Párr. 108.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Párr. 334.

En la misma línea, el Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁷ equipara la ausencia de procesos penales a impunidad: *“Habrá impunidad no sólo cuando el autor de un delito escapa a su procesamiento penal, sino también cuando al ser declarado culpable es sancionado con penas no proporcionales a la naturaleza y a la gravedad de la conducta punible ejecutada.”*

La evaluación de experiencias similares a la luz de la jurisprudencia del órgano que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que la doctrina de organismos de interpretación autorizada del Derecho Internacional Humanitario y de protección de los derechos humanos, cuyos pronunciamientos han sido recogidos y enfatizados por la Corte Constitucional colombiana, permiten concluir de manera clara que el recurso efectivo, que en virtud de los instrumentos internacionales deben conceder los Estados a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, es de naturaleza judicial. Es a través del proceso penal que se identifica, juzga y sanciona a los responsables y se da el restablecimiento de los derechos y la indemnización de los perjuicios causados, lo anterior sin perjuicio de otros recursos de índole administrativa que lo puedan complementar.

3.1.6. Conclusiones

- a. El Estado tiene la obligación de investigar, enjuiciar y condenar, a través de procedimientos e instancias de carácter judicial penal, a los responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y graves violaciones a los derechos humanos que no alcancen esa connotación.
- b. Las Comisiones de la Verdad, investigaciones administrativas o cualquier otro mecanismo extrajudicial de contribución a la verdad no sustituyen ni permiten cumplir la obligación del Estado de investigar y enjuiciar penalmente a través del sistema de administración nacional de justicia a los responsables de crímenes atroces.
- c. El recurso efectivo que de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos debe proporcionar el Estado a las víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se concreta a través de la investigación penal ante autoridades judiciales competentes.
- d. La adopción de disposiciones que impidan ejercer la acción penal respecto de los responsables de crímenes internacionales en un contexto de terminación del conflicto carecen de efecto para el derecho internacional, respecto del cual subsiste la obligación estatal de iniciar los procesos penales respectivos.

3.2. La pena debe ser efectiva

La obligación internacional del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad comporta, además del deber de investigar, juzgar y sancionar, el deber de hacer que la pena sea efectiva y no aparente.

²⁷ FRÜHLING, Michael. Reflexiones sobre los principios concernientes al Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación. En: Seminario internacional Corte Penal Internacional instrumento de paz para Colombia. (18, julio, Bogotá, DC.) Fundación país libre y Konrad Adenauer- Stiftung. Bogotá, D.C., 2003.

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

El Comité de Derechos Humanos ha reiterado que *"el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones."*²⁸ Cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos el deber estatal no se agota en la investigación, sino que comprende la aplicación de sanciones, más aún si estas son de tal gravedad que alcanzan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. No basta entonces con mecanismos judiciales que culminen con el establecimiento de una verdad procesal si se omite imponer sanciones a los responsables. Esto es un consenso tanto en la jurisprudencia interamericana como en el derecho penal internacional.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25), la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes (artículo 4), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1 y 6), la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (artículos 1 y 3) y la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (artículos 1, 2, 3, 4 y 5) imponen la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos. En particular, las tres últimas exigen una pena adecuada²⁹.

3.2.2. La sanción debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad

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

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

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Comunicación No. 563/1993. Colombia. 13/11/95. CCPR/C/55/D/563/1993. Párr. 8.6.

²⁹ CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES. Artículo 4: "Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. Artículo 6: "Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.". CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. Artículo 6: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.". CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO. Artículo 5: "Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III."

Y en el caso de las “Masacres de Ituango vs. Colombia”³⁰ la Corte fue enfática en señalar que mientras no se cumpla la pena, la investigación pierde su efectividad y subsiste la impunidad: *“La impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal en este caso se reflejan en dos aspectos: en primer lugar, la gran mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones o no han sido identificados ni procesados... En segundo lugar, la mayoría de las personas que han sido condenadas a penas privativas de la libertad no han sido detenidas.”*

Reiterando la importancia de la captura para garantizar la efectividad de la sanción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido impunidad como *“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”*.³¹

3.2.3. Castigo y la adecuada ejecución de las penas son imperativos

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

Sobre la obligación que se deriva del Estatuto para los Estados Parte que adelantan negociaciones de paz, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional advirtió que *“una vez que un Estado se une al sistema del Estatuto de Roma, acepta que la justicia es parte integral de la solución de conflictos y [de] la creación de una paz sostenible”* y que *“el enjuiciamiento efectivo de tales crímenes [crímenes de competencia de la CPI] busca contribuir a su prevención”*.³²

En el contexto del examen preliminar que adelanta sobre la situación de Colombia, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha señalado que *“existen motivos razonables para creer que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, se han cometido por actores no estatales (...): asesinato (...); traslado forzoso de población (...); encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; tortura (...); y violación y otras formas de violencia sexual...”*³³.

Sobre la continuidad del examen preliminar mientras se hacen efectivas penas proporcionales por las conductas relacionadas, explicó el Fiscal Adjunto: *“La Fiscalía consideró que aquellas personas dentro de las FARC y el ELN que presuntamente eran los más responsables por los crímenes más*

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006. Párr. 325.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Párr. 173.

³² STEWART. Op. Cit.

³³ FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reporte intermedio sobre la situación de Colombia, noviembre de 2012. Este informe señaló también que: *“Sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de la existencia de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existe un fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2002, como mínimo los siguientes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto, y desaparición forzada, en virtud del artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma... Existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas armadas han cometido, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra civiles, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi).”*

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

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

Para la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, *“la aplicación [de las disposiciones del Estatuto de Roma] debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la impunidad de los crímenes más serios. Con ese propósito, el Estatuto, y otros instrumentos internacionales, reiteran la obligación de los Estados Miembro no sólo de investigar y perseguir, sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes.”*³⁴

3.2.4. Voluntad de investigar y sancionar abarca la debida ejecución de la pena

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

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

De otra parte, las condiciones que ha mencionado la Fiscalía de la Corte Penal Internacional como *reconocimiento de responsabilidad penal, desmovilización, desarme, garantías de no repetición de la conducta, contribución al esclarecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves* y demás que se impongan para acceder a una reducción de la pena, son eso, condiciones que procuran restablecer los derechos de las víctimas a cambio de beneficios penales, no penas en sí mismas. Estas condiciones son siempre medidas necesarias en un contexto de justicia transicional para

³⁴ FATOU. Op. Cit.

justificar la pena reducida y no podrán tener el carácter de penas ni ser tenidas como tales, al menos no como sanciones adecuadas y proporcionales frente a la gravedad de los hechos.

3.2.5. La justicia transicional admite flexibilidad sin desvirtuar la pena

La Corte Constitucional ha encontrado justificada cierta flexibilidad en el diseño de una justicia transicional en el contexto de negociaciones de acuerdos de paz³⁵: *“(...) se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social.”*

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

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

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

Sobre ese mismo tópico, la Sentencia que revisó el marco jurídico para la paz (Acto Legislativo 01 de 2012) reitera que *“la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas, y la pena deberá ser proporcional y efectiva.”*³⁶

3.2.6. Prohibición de suspensión total de la pena

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

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Párr. 4.2.2.

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Párr. 8.1.3.1.

Si bien la reducción de la pena es diferente a la suspensión condicionada de la misma, una y otra afectan el tiempo de efectivo cumplimiento de la pena de privación de la libertad. No obstante el Estatuto de Roma no contempla la suspensión de la ejecución de la pena, sí permite la posibilidad de su reducción en determinados casos. Señala el artículo 110 del Estatuto que *“sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.”*

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

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

Por esa razón, la Fiscal de la Corte Penal Internacional afirmó que *“la suspensión de penas iría en contra de [la] finalidad y propósito del Estatuto de Roma, debido a que impediría en la práctica el castigo de quienes han cometido los crímenes”* y que *“la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (ius cogens) en derecho internacional.”*³⁷ Empero, si bien esa suspensión no puede ser total, sí es posible que transcurrido un tiempo del cumplimiento de la pena pueda operar de forma parcial, al igual que es plausible una figura distinta consistente en la reducción de la pena, siempre que *“la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen”*.

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

Dado que la suspensión de la ejecución de la pena comporta un beneficio adicional al establecimiento de penas alternativas, la Corte Constitucional previó en la citada Sentencia que se trata de una suspensión condicionada orientada a satisfacer los derechos de las víctimas: *“La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones*

³⁷ FATOU. Op. Cit.

extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”

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

3.2.7. Conclusiones

- a. Los órganos y organismos internacionales, así como la Corte Constitucional de Colombia, señalan la ineludible responsabilidad de investigar y castigar el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Ese deber no se agota con investigar y sancionar, sino que se extiende hasta la efectiva ejecución de la pena.
- b. La competencia de la Corte Penal Internacional depende de que las penas a las que han sido condenados los miembros de las FARC sean cumplidas de manera adecuada. Si en virtud de lo que se acuerde en la Mesa de Negociación las penas impuestas hasta el momento no se hacen efectivas, dejan de ser proporcionales a la gravedad de los hechos o escapan a su ejecución, se estaría ante los presupuestos que dan lugar a la eventual activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.
- c. Frente a las obligaciones estatales de investigación, sanción y cumplimiento efectivo de la pena en caso de crímenes internacionales, el carácter político que se pretenda invocar o el contexto de las acciones de violencia en las que se ejecutaron dichos crímenes es irrelevante. Ante esas conductas no hay opción, la investigación y sanción efectiva son ineludibles. La no investigación o la no efectividad de la pena podrían activar la competencia de la Corte Penal Internacional y poner en grave riesgo el cumplimiento de los Acuerdos que se alcancen con las FARC, por constituir impunidad.
- d. La suspensión total de la ejecución de la pena no se puede aplicar a los condenados como máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En caso de que se establezca una suspensión condicionada, ésta debe ser razonable y tener siempre en cuenta el criterio de proporcionalidad para no configurar impunidad.
- e. La alternativa de reducción de la pena comparte los condicionamientos de la suspensión parcial y en el derecho penal internacional está sujeta a que el condenado haya cumplido por lo menos las dos terceras partes de la condena. Además, el máximo responsable deberá estar cooperando con los juicios e investigaciones en curso y con los procesos tendientes a esclarecer la verdad, también en restablecer los derechos de las víctimas y facilitar la ejecución de las órdenes judiciales.

- f. En un marco de justicia transicional es compatible con el derecho internacional que se establezcan penas alternativas que complementen y no sustituyan la pena de reclusión. Reemplazar la pena de reclusión por otra de naturaleza diferente equivaldría a la suspensión total de la pena que significaría impunidad.

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

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

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

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

En el documento “Reflexiones sobre los principios concernientes al Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación”, Michael Frühling, Director, para el año 2003, de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³⁸, hace un análisis de los principios derivados de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que vinculan a los Estados, entre ellos: Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobados en 1985; Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, aprobados en 1998 y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados en el año 2000. Al respecto, presenta las siguientes reflexiones:

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

La impunidad debe ser vista, al mismo tiempo, como fuente y como resultado de la injusticia. No hay justicia allí donde aquellos que han ultrajado la dignidad humana con actos violentos y reprochables pueden jactarse de haber eludido la potestad estatal de imponer sanciones adecuadas (...) la impunidad [a la luz de los principios estudiados] “constituye una infracción de las

³⁸ FRÜHLING. Op. Cit.

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

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

3.3.2. Penas deben cumplir criterios de razonabilidad y proporcionalidad

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

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

Y respecto a la necesidad de que la pena sea adecuada frente a la gravedad de los hechos continuó la Corte: *“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.”*³⁹

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

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

“En ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador tiene la facultad de tipificar todas aquellas conductas que, de acuerdo con una política criminal preestablecida, considere nocivas y señalar la correspondiente sanción a que se hacen acreedores quienes en ella incurran (...) sin embargo, cuando el legislador hace uso de dicha competencia debe observar los criterios de

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Rochela vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Párr. 198.

*razonabilidad y proporcionalidad y además adecuar la política criminal a los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución.”*⁴⁰

Ahora bien, la Constitución colombiana reconoce una amplia libertad de configuración legislativa para el juzgamiento y la imposición de penas, pero siempre y cuando las opciones que se adopten a través de la ley observen los criterios de razonabilidad y proporcionalidad a los que nos hemos referido: *“El legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.”*⁴¹

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

3.3.3. Pena depende de la gravedad del delito

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

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

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

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

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

- a. *La magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares.*
- b. *La índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen.*
- c. *El grado de participación del condenado.*
- d. *El grado de intencionalidad.*
- e. *Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.*

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-806 de 2002. Resumen ejecutivo.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 1998. Párr. 1.2.1.

f. *La edad, instrucción y condición social y económica del condenado.*⁴²

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

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

Para la Fiscalía, esa interpretación encuentra arraigo en la jurisprudencia de otros órganos internacionales, convenciones internacionales y el Comité de Derechos Humanos: *“La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece la obligación de los Estados de adoptar sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. Además, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes establece la obligación de los Estados de que todos los actos de tortura sean castigados con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (...)”*⁴³

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

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

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

En este sentido, la Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, *“no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación*

⁴² ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.1.c.

⁴³ FATOU. Op. Cit.

y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”

3.3.5. Conclusiones

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

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

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

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

3.4.1. Pena de reclusión es la adecuada para crímenes atroces

Para el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional evaluar si una condena fue manifiestamente inadecuada lleva a tener en cuenta una serie de factores, entre ellos,⁴⁴ *“la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma; la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad*

⁴⁴ STEWART. Op. Cit.

del autor; el tipo y grado de restricciones a la libertad; la existencia de circunstancias atenuantes” (Subrayado fuera de texto).

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

La Corte Constitucional subraya que en contextos de justicia transicional la pena debe ser adecuada: *“Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del ius puniendi reclama en el Estado constitucional de derecho”*⁴⁵. En otras palabras, en un Estado de derecho la búsqueda de la paz no justifica que las penas frente a los crímenes atroces sean manifiestamente inadecuadas, menos frente a los máximos responsables de su comisión. La paz debe sustentarse en un modelo de justicia que reconozca que tales crímenes merecen una pena proporcional y no simplemente sanciones que resulten simbólicas dada la gravedad del crimen que se persigue.

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

3.4.2. Reclusión es la regla en el derecho penal internacional

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

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

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

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que se podrá imponer *“una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La*

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 370 de 2006. Párr. 6.2.3.3.4.5.

*reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.”*⁴⁶

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

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

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

En noviembre de 2007, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia había concluido 108 procedimientos, 52 acusados habían sido sentenciados, 7 absueltos, 36 muertos o bien su acusación retirada, 13 remitidos a jurisdicciones nacionales. Dentro de la lista de acusados se encuentran civiles y miembros de las fuerzas armadas provenientes de los Estados implicados en el conflicto de la ex Yugoslavia, de todos los rangos jerárquicos⁴⁷.

Por su parte, a diciembre de 2012 el Tribunal Penal Internacional para Ruanda había completado la primera parte de su mandato. De las 92 personas acusadas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, 49 fueron declaradas culpables y condenadas; 2 casos fueron retirados y 10 transferidos a jurisdicciones nacionales; 2 acusados fallecieron antes de la finalización de sus juicios; y 14 resultaron absueltos. A marzo de 2014, 12 casos se encontraban en fase de apelación⁴⁸. Entre los casos concluidos están los de dueños de organizaciones de medios de comunicación que participaron en la incitación al odio, así como ex jefes militares y dirigentes de gobierno, entre ellos el ex primer ministro Jean Kambanda y el ex alcalde Jean Paul Akayesu.

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

⁴⁶ ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Artículo 5: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.”

⁴⁷ Información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia.html>. Último acceso el 8 de abril de 2015.

⁴⁸ Información disponible en <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml>. Informe publicado en marzo de 2014.

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

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

3.4.4. Conclusiones

- a. A la luz del derecho penal internacional, de la exigencia del principio de proporcionalidad y del carácter genuino que debe tener la pena, así como de su efectividad, la reclusión es la sanción a imponer frente a los crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos.
- b. En la justicia transicional la discrecionalidad de los Estados en materia de penas no autoriza eludir la pena de reclusión como sanción adecuada y proporcional para los máximos responsables, aunque pueden existir modalidades de ejecución en cuanto a su forma y duración.
- c. Si no hay pena efectiva, real y cierta de reclusión, se desvirtúa por completo la autenticidad de la investigación, el juzgamiento y la condena, dando paso a la impunidad. Sanciones diferentes a la reclusión o dar otro significado a ésta para evadir la aplicación efectiva de la pena, potencialmente activa la competencia de la Corte Penal Internacional y puede llegar a configurar responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones.
- d. La seguridad jurídica que requieren los máximos responsables de crímenes internacionales pasa por cumplir penas de reclusión.

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

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

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

3.5.1. Reclusión implica condiciones de dependencia y sujeción

Para que la pena de reclusión sea efectiva se requiere que el condenado esté sometido a condiciones de dependencia y sujeción, expresiones de la privación de la libertad. En palabras de

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹: *“el principal elemento que define la privación de la libertad es la dependencia del sujeto a las decisiones que adopte el personal del establecimiento donde éste se encuentra recluso. Es decir, las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia”*.

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

La sujeción y dependencia del condenado conllevan orden y disciplina, con firmeza, *“pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común”*, según lo señalan las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos”, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente⁵⁰.

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

3.5.2. Reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario ordinario

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

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

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

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que la pena se debe cumplir en un establecimiento penitenciario en el país sede de la Corte (Holanda) o en otro de acuerdo con los convenios que se puedan establecer entre la Corte y otros países e impone en su artículo 106 que *“las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a*

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

⁵⁰ NACIONES UNIDAS. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

las normas generalmente aceptadas de las Convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución.”

Lo anterior significa que el cumplimiento de la pena de reclusión para los responsables de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional no se puede hacer de cualquier forma, sino de aquella que está prevista para los delitos de similar gravedad. La flexibilidad que tiene el Estado en un marco de justicia transicional para establecer regímenes especiales de reclusión, medidas de ejecución de la pena o beneficios penitenciarios, no le permite establecer condiciones manifiestamente desproporcionadas al cotejarse con dicho parámetro.

3.5.3. Reclusión se define por la restricción de derechos fundamentales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las normas vigentes contemplan varios tipos de establecimientos de reclusión y dejan abierta la posibilidad para que se creen otros⁵¹. Uno de ellos son las tradicionales penitenciarías destinadas a la reclusión de condenados, otros son las colonias agrícolas⁵² a las que preferencialmente deberían ir personas de extracción campesina.⁵³ La posibilidad de crear sitios de reclusión bajo parámetros específicos que prevé esa legislación se ve reforzada con la facultad señalada en la Ley 1709 de 2014, según la cual el Gobierno podrá establecer *“especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.”*

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

3.5.6. Conclusiones

- a. En el derecho internacional la pena de reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario que aplica a personas condenadas por similares delitos de acuerdo a la legislación ordinaria del Estado en el cual ésta se ejecute.
- b. La pena privativa de la libertad debe verificarse en un lugar que esté sujeto al régimen penitenciario común y observando los parámetros internacionales y constitucionales sobre reclusión.
- c. La pena de reclusión se define por dos elementos: a) la dependencia o sujeción del interno al Estado y b) la restricción de derechos constitucionales. Estos elementos, junto a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen los parámetros para definir las formas de cumplimiento de la pena.
- d. El ordenamiento jurídico colombiano ofrece flexibilidad para la ejecución de las penas siempre y cuando no se omita el carácter proporcional y adecuado de las mismas, se mantenga la restricción de derechos fundamentales y la relación de sujeción de los condenados respecto del Estado, es decir, que sean las autoridades penitenciarias las que ejerzan el control efectivo del lugar a través de la vigilancia, el orden y la disciplina en condiciones de dignidad y, por consiguiente, que sea el Estado el garante de la vida e integridad de los reclusos.

3.6. Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras

⁵¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 65 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993, artículo 20.

⁵² Ibid, artículo 28.

⁵³ En Colombia, desde 1912, se adoptó la política de establecer colonias penales agrícolas, entre ellas se destacaron: la colonia penal y agrícola en la ruta del proyecto del ferrocarril de Cúcuta al río Magdalena, denominada Almeida; la colonia penal del municipio de Ituango; la colonia penal y agrícola de Antadó; la colonia penal y agrícola en el municipio de Ataco en Tolima; la colonia penal y agrícola en la región del Sarare, Norte de Santander; la isla prisión Gorgona y las colonias penales de Araracuara y de Oriente (vigente).

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

3.6.1. Reclusión debe respetar al ser humano

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

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

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

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

Además consigna que *“el trato humano debido a personas privadas de libertad es un presupuesto esencial del artículo 5, numerales 1 y 2, de la Convención Americana que tutela el derecho a la integridad personal de toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte.”*⁵⁴

Por otro lado, las *“Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”* reconocen que la prisión y demás medidas cuyo efecto es separar al delincuente del mundo exterior son aflictivas, porque despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad y que, por

⁵⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, 2011, párr. 67.

tanto, “a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.”⁵⁵

3.6.2. Garantizar los derechos del interno es responsabilidad del Estado

Con ocasión de la condena en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala⁵⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado adecuar su marco normativo y sus prácticas penitenciarias a los compromisos asumidos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente recomendó al Estado adoptar, dentro de un plazo razonable, *“las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a las normas internacionales de derechos humanos.”*

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

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

3.6.3. Seguridad de los reclusos es responsabilidad del Estado

El deber de custodia implica para el Estado garantizar la vida e integridad de los reclusos. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que *“en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia.”*⁵⁷

3.6.4. Conclusiones

- a. El efectivo cumplimiento de la pena de reclusión debe respetar la dignidad humana de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.

⁵⁵ NACIONES UNIDAS. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Párr. 130.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución del 22 de abril de 2004, medidas provisionales en el caso de la Cárcel de Urso Branco, República Federativa de Brasil. Considerando 6.

- b. La custodia que corresponde ejercer al Estado sobre los máximos responsables de los crímenes internacionales está acompañada de las obligaciones de respeto y garantía de sus derechos.
- c. La seguridad de los máximos responsables que cumplan pena de reclusión es una obligación del Estado conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

3.7. La exclusión de participación política es consecuencia de crímenes atroces

En un proceso de paz se debe buscar que la desmovilización y el desarme del grupo armado organizado al margen de la ley de paso a su transformación en un partido político que compita en los procesos electorales y utilice los mecanismos de participación democrática señalados en la Carta Política. La regla general es que todos los miembros del grupo incurso en el delito político de rebelión, una vez reincorporados a la sociedad, pueden ejercer plenamente los derechos políticos. Igual sucede con aquellos integrantes que hayan sido condenados o lleguen a serlo por delitos que se reputen conexos con el delito político de rebelión. Sin embargo, la libertad de configuración legislativa del Congreso está limitada constitucionalmente para determinar qué delitos pueden calificarse de conexos.

3.7.1. No todo delito puede ser conexo con el delito político

En relación con la posibilidad de participación en política de desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, consagrada en el artículo 67 transitorio de la Constitución, la Corte ratificó que existe una limitación a la libertad de configuración del legislador respecto a la conexidad con el delito político.

Según la Sentencia C 577 de 2014, *“aquellas conductas que sean consideradas delitos conexos al delito político (...) no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o constituir genocidio, cuando éstos se hubieren cometido de forma sistemática”* y en consecuencia *“no podrán participar en política quienes hayan sido seleccionados y condenados por dichos delitos.”*

No todos los delitos se pueden reputar conexos con el delito político, pues la conexidad en todo caso debe observar “los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, indica la misma sentencia. La determinación de cuáles son los que pueden considerarse conexos debe responder a la esencia que identifica a los delitos políticos, esto es, a su altruismo e idealismo. De ese modo, las graves violaciones a los derechos humanos o los crímenes de guerra son incompatibles con el delito político dado su carácter atroz.

Adicionalmente, la Corte señaló que las víctimas *“tienen derecho a que los mecanismos de participación que se establezcan no se conviertan en un obstáculo para el cumplimiento de los instrumentos de justicia transicional del componente penal del marco jurídico para la paz”*.

3.7.2. Condena penal puede restringir la participación política

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que el ejercicio de los derechos políticos puede ser reglamentado y limitado por los Estados en virtud de condena impuesta por autoridad competente:

“Artículo 23. Derechos Políticos.

(...)

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”⁵⁸

La regla general en el ordenamiento jurídico excluye de la participación política a los ciudadanos que hayan sido condenados en cualquier tiempo por delitos comunes o por crímenes que no sean objeto de amnistía e indulto, como los que constituyen graves violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. En esos casos las sentencias proferidas en procesos penales inhabilitan automáticamente al condenado y le impiden acceder a cargos de elección popular.

3.7.3. Máximos responsables no deben ser habilitados para participar en política

Los *“Principios de Chicago sobre Justicia transicional”* representan directrices básicas para el diseño y aplicación de políticas que hagan frente a las atrocidades del pasado. Son el resultado de una serie de reuniones y consultas que tuvieron lugar durante un período de siete años con la participación de distinguidos académicos, juristas, periodistas, líderes religiosos y otros intelectuales.

El Principio 4 se refiere al *vetting* y a las políticas de inhabilitación, en virtud de las cuales se impide *“a los perpetradores de violaciones del pasado participar en el gobierno o en puestos oficiales. La inhabilitación puede operar durante un periodo determinado o puede ser para toda la vida.”* Tales medidas aplican tanto para quienes han sido servidores públicos como para miembros de partidos políticos, del mismo modo que para las personas ya desmovilizadas que hicieron parte de un grupo armado organizado al margen de la ley:

“Inhabilitación de líderes políticos - Los Estados deben limitar la participación en el gobierno y en las instituciones políticas a los dirigentes que hayan planeado, instigado, ordenado o cometido graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario. Esto es especialmente importante para funcionarios gubernamentales y de los partidos políticos de más alto nivel.

Inhabilitación de actores no estatales - En caso de que los actores no estatales estén desarmados, desmovilizados y reinsertados en la sociedad, deben ser sometidos a políticas de inhabilitación similares a los agentes estatales”.

El elemento que justifica la expulsión de la actividad política para unos y otros es la realización de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, mucho más si estas alcanzan la connotación de crímenes de lesa humanidad, guerra o genocidio. Dicha determinación constituye además una medida de precaución orientada a impedir que quienes han dirigido la comisión de crímenes atroces puedan estar en las Fuerzas Armadas o en la conducción de los gobiernos, con lo cual se contribuye a evitar la repetición.

3.7.4. Crímenes atroces no se benefician de “carácter político”

⁵⁸ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 23.

Teniendo en cuenta los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario, las directrices de Joinet establecen restricciones aplicables en contextos de justicia transicional: *“Se trata de evitar que esas normas sean utilizadas de forma que se conviertan en un incentivo a la impunidad, obstaculizando así el curso de la justicia”*. Entre estas medidas se descarta cubrir con los beneficios que se derivan corrientemente del delito político a las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio.

Junto a la limitación de figuras jurídicas como la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la obediencia debida y los tribunales militares con *“miras a mejorar la lucha contra la impunidad”*, se consagra una restricción al alcance que se puede dar al *“carácter político”* de un delito que busca impedir que éste se invoque para evitar la extradición, también se niega la concesión de asilo territorial o diplomático y de la condición de refugiado político al perpetrador.⁵⁹ Con ello las directrices de Joinet impiden que el delito político se convierta en un obstáculo para la persecución de los crímenes más graves.

3.7.5. Conclusiones

- a. Los máximos responsables de los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, además de tener que someterse al enjuiciamiento y a la ejecución de una pena efectiva de reclusión están sujetos a la sanción de no participar en política.
- b. No podrá haber conexidad del delito político respecto de los crímenes de lesa humanidad ni de genocidio.
- c. El legislador está limitado para señalar qué delitos son conexos con el delito político. Esa conexidad debe observar *“los principios de razonabilidad y proporcionalidad”*.
- d. La determinación de cuáles son los delitos conexos debe ser compatible con el carácter altruista e idealista que es la esencia del delito político. Esto excluye los crímenes de guerra, las torturas, las desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, así éstas no alcancen la connotación de lesa humanidad, al igual que los delitos asociados al narcotráfico.

3.8. La verdad completa, detallada y exhaustiva es condición para acceder a la justicia transicional

La verdad resulta esencial si lo que se busca es desarrollar un modelo de justicia que garantice la no repetición. Es a partir de ella que el Estado y la sociedad deben tomar las decisiones que impidan que en el futuro se creen las condiciones que favorezcan el resurgimiento de los aparatos victimarios.

El derecho a la verdad no se encuentra consignado de manera específica en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no obstante, ha sido ampliamente desarrollado por la

⁵⁹ NACIONES UNIDAS. 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 de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

jurisprudencia y la doctrina como respuesta a la impunidad en el esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Los organismos del sistema de Naciones Unidas y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado estándares universales y regionales que le dan contenido y lo reafirman como un imperativo a realizar por parte de los Estados.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resalta que *“no se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones.”*⁶⁰

3.8.1. Derecho a la verdad es un bien jurídico inalienable

Existe una serie de instrumentos internacionales aprobados por la Organización de las Naciones Unidas que dan alcance al derecho a la verdad. Entre ellos están:

- a. Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
- b. Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
- c. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con base en esos textos, de cara al proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, señaló:

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

*El derecho a la verdad es un bien jurídico inalienable: un derecho cuyo ejercicio nadie, ni siquiera su propio titular, está facultado para hacer imposible. Es un derecho al cual ninguna persona puede renunciar.*⁶¹

3.8.2. Ejercicio del derecho a la verdad es pleno, efectivo e imprescriptible

El Conjunto de *“Principios para la lucha contra la Impunidad”*, Principios de Joinet de 1997, aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶², actualizados en 2005 por Diane Orentlicher⁶³, señalan sobre el derecho a la verdad:

⁶⁰ NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos preparado por el señor L. Joinet. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.

⁶¹ FRÜHLING. Op. Cit.

“Principio 2. El derecho inalienable a la verdad. Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones”.

“Principio 4. El derecho de las víctimas a saber. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.”

Por tanto, el derecho a la verdad para que sea efectivo debe recaer de manera exhaustiva y detallada en los crímenes, implica su reconocimiento expreso, la aceptación de responsabilidad y el compromiso de revelar lo que se conoce sobre los hechos en que directamente se participó o sobre los que se tiene información.

El carácter de imprescriptible significa que no se puede extinguir sino con su plena satisfacción. Un relato que se presente como verdad pero que no responda a los derechos de las víctimas por ser evasivo, vago, general, no exhaustivo, concreto y detallado, no cumple con los requerimientos que justifiquen el acceso del máximo responsable y su mantenimiento en el marco de la justicia transicional, menos un tratamiento penal benévolo.

3.8.3. La verdad es innegociable

Consecuencia de que es un derecho inalienable, que no se puede enajenar, pasar o transmitir a otro, así como que debe ser pleno y efectivo, la verdad no puede ser objeto de negociación, ni siquiera en nombre de la paz. En ese sentido, la verdad no puede ser un relato confeccionado para satisfacer al Estado y/o al grupo ilegal. Lo ocurrido con crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, así como con las graves violaciones a los derechos humanos, no se puede negociar con el fin de legitimar a los perpetradores o suavizar su responsabilidad ante la sociedad y la comunidad internacional, con propósitos puramente políticos que desconozcan los derechos de las víctimas. El centro de la verdad son las víctimas y la sociedad, no las necesidades políticas de los perpetradores.

3.8.4. Garantizar el derecho a la verdad es obligación ineludible del Estado

En el estudio sobre el derecho a la verdad⁶⁴ de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se establece que este derecho se relaciona de manera directa con los deberes del Estado en materia de protección y garantía de los derechos humanos, con realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de derechos humanos e infracciones

⁶² NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión Distr. General E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 2 de octubre de 1997.

⁶³ NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: Principios para la lucha contra la impunidad. Aprobados mediante Resoluciones sobre impunidad números 2004/72, 2005/81 y la Resolución sobre el Derecho a la Verdad No. 2005/66.

⁶⁴ NACIONES UNIDAS. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: estudio sobre el derecho a la verdad realizado en cumplimiento de la resolución 2005/66 del 20 de abril de 2005.

al derecho internacional humanitario y con el deber de garantizar el acceso a recursos efectivos en materia de reparaciones; todas esas, obligaciones ineludibles que tiene el Estado colombiano conforme al derecho internacional.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas consagran el deber estatal de investigar las violaciones a los derechos humanos, tarea que no se reduce a la actuación del aparato judicial sino que admite, como diversas sentencias en el ámbito nacional e interamericano lo han reconocido, la puesta en marcha de mecanismos extrajudiciales como las comisiones de la verdad u otros mecanismos de contribución a la verdad.

3.8.5. Colaboración con la justicia debe estar encaminada a la verdad

En un marco de justicia transicional el tratamiento penal diferente al ordinario se justifica en la medida que se satisfagan el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad. El acceso a una pena alternativa a la señalada en el Código Penal o a la reducción de dicha pena, sólo es posible en la medida que el máximo responsable cumpla una serie de requisitos, entre ellos, la revelación de lo que conoce respecto a la realización de violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, como forma además de colaboración con la justicia, garantía de no repetición y muestra de arrepentimiento sincero.

Desde la adopción del primer marco de justicia transicional, la ley 975 de 2005, el ordenamiento jurídico colombiano condicionó un régimen de penas más benévolo al hecho de que se revele la verdad. Qué se conoce respecto al grupo armado, su organización, los patrones delictuales, sus objetivos, el rol desempeñado, la responsabilidad en las atrocidades perpetradas, los implicados, las actividades económicas legales e ilegales con las cuales se sostenía la organización, las relaciones con diferentes sectores de la sociedad, entre ellos, la clase política y en general los servidores públicos, entre otras cuestiones, son asuntos relevantes para asegurar la no repetición.

Por las anteriores razones los beneficios que se desprenden de la justicia transicional son condicionados, como sucede con la suspensión de la pena. La Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, indicó: *“(…) La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la “colaboración con la justicia” no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 975 de 2005 (...). En consecuencia la Corte declarará la constitucionalidad del artículo 3°, en el entendido que la “colaboración con la justicia” debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.”*

3.8.6. La verdad debe ser exhaustiva, detallada y completa

Particularmente, en el caso de un máximo responsable, la verdad no puede ser un relato de carácter general y exculpatario frente a las atrocidades llevadas a cabo por la organización armada ilegal, cuya dirección tenía a cargo o en el seno de la cual cumplió un papel esencial para el diseño y ejecución de esas prácticas. Para que sea una contribución efectiva debe satisfacer el derecho de

las víctimas directas y de la sociedad a saber lo sucedido; se requiere que lo que conoce sea revelado integralmente en el proceso judicial penal y ante la comisión de la verdad, además que responda a los reclamos concretos y particulares de las víctimas, como a la necesidad de que la sociedad entera conozca las razones, alcances y realidad de las prácticas con las que se vulneraron los derechos.

Es ese carácter exhaustivo y completo que deben tener las revelaciones de los máximos responsables lo que permite que tengan acceso y se mantengan dentro del régimen de penas que señale la justicia transicional. Al respecto, la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional dejó claro que la alternatividad penal sólo se justifica si existe una contribución exhaustiva y completa a la verdad:

“en lo que respecta al derecho a la verdad, [éste] sería burlado si el condenado pudiera mantener el beneficio de la pena alternativa a pesar de que se descubra algún delito cometido con ocasión de su pertenencia al grupo armado específico, imputable al beneficiario y que éste hubiere ocultado en su versión libre(....). Por estas razones la Corte declarará exequible el inciso 5º del artículo 29 (Ley 975 de 2005) en el entendido de que también se revocará el beneficio de alternatividad cuando el beneficiario haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo.”

3.8.7. Verdad implica reconocerse como victimarios y arrepentimiento público

La verdad sobre los crímenes cometidos y sobre el aparato armado perpetrador conlleva el auto-reconocimiento como victimario, a nivel individual y del conjunto de la organización. No reconocerse como tal tendría implícito una exaltación de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, una circunstancia que constituye una nueva revictimización, hace imposible la reconciliación y propicia la repetición. En ese contexto, la aceptación del carácter de victimario tanto en el proceso penal como en la Comisión de la Verdad es un aspecto indispensable del derecho a la verdad.

En la Sentencia C-579 de 2013 relativa al marco jurídico para la paz se afirmó: *“las víctimas tienen derecho a la verdad, la cual es definida como “la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real”. “En todo caso, esta Corporación ha reconocido que para la garantía del derecho a la verdad se exige “revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos”*. Revelarlos significa también la obligación de asumir de manera pública, de manera expresa y sin justificaciones, haber sido victimario y parte de una organización victimaria, más tratándose de crímenes ejecutados de manera sistemática.

La verdad y el reconocimiento como victimarios deben conducir al arrepentimiento público. No se trata de arrepentirse de una postura ideológica o política, sino de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional teniendo en cuenta su gravedad, acciones que rompen con el idealismo y el altruismo del delito político y que carecen de justificación.

3.8.8. Conclusiones

- a. El derecho a la verdad es inalienable, tiene una dimensión individual respecto de la víctima y una dimensión colectiva respecto de la sociedad. Está directamente relacionado con la

obligación del Estado de investigar graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.

- b. La verdad implica revelar en el proceso judicial penal y ante la Comisión de la Verdad los crímenes de forma detallada, exhaustiva y concreta, así como auto - reconocerse ante la sociedad y la comunidad internacional como victimario, como muestra de arrepentimiento, medida de reparación y garantía de no repetición.
- c. La alternatividad penal o penas reducidas sólo se justifican si existe una verdadera contribución a la satisfacción del derecho a la verdad. Ocultar información sobre la comisión de delitos relacionados con la pertenencia al grupo armado ilegal debe ocasionar la exclusión de la justicia transicional y consecuentemente dar paso a la aplicación del código penal ordinario.
- d. Los mecanismos extrajudiciales que establezca el Estado para que las víctimas y la sociedad conozcan la verdad, tales como la Comisión de la Verdad, deben brindar garantías de imparcialidad, transparencia e independencia. De lo contrario, subsiste para el Estado la obligación de satisfacer el derecho a la verdad y de los ciudadanos a reclamarlo.

3.9. La reparación es condición para acceder a la justicia transicional

Las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, mucho más si alcanzan la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, generan la obligación del perpetrador de concurrir a la reparación de los daños ocasionados en las víctimas. Sin la satisfacción de este derecho por parte de los máximos responsables no es posible la aplicación de la justicia transicional.

3.9.1. Reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de los hechos y al daño sufrido

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones”⁶⁵ señalan:

“Principio 15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

⁶⁵ NACIONES UNIDAS. Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. ONU AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.”

La reparación corresponde al perpetrador, no obstante, el Estado debe garantizar ese derecho, caso en el cual de haberse producido dicha reparación el victimario deberá responder por la misma ante el Estado. Es además un elemento esencial de la reparación que sea adecuada, es decir, proporcional al daño causado en la víctima con el crimen de lesa humanidad, guerra o genocidio cometido.

La reparación no se puede evadir ni ser meramente simbólica. Los máximos responsables que aspiren a los beneficios que reporta ser investigados, juzgados y condenados en el marco de la justicia transicional deben cumplir con la obligación de reparar de forma efectiva, esto es, actuar directamente sobre el daño causado.

En relación con el deber de reparar ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶ que *“las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.”*

3.9.2. Perpetrador debe reparar con su propio patrimonio y la organización con la riqueza acumulada

De manera específica sobre el deber de reparación señaló la Corte Constitucional al revisar el marco normativo de la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, en la Sentencia C-370 de 2006:

“No parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo(...)

Resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual (...) No es extraño a la tradición jurídica colombiana la solidaridad en la responsabilidad civil derivada del hecho punible, o su ampliación a personas distintas a los penalmente responsables”.

3.9.3. Derecho a la reparación es integral

Por su parte, la Sentencia C-579 de 2013 señaló los parámetros y estándares por los que se debe regir el derecho a la reparación en los siguientes términos:

“En cuanto al derecho a la reparación, la jurisprudencia de la Corte en las sentencias C-715 de 2012 y C-099 de 2013 ha fijado los siguientes parámetros y estándares constitucionales, en armonía con el derecho y la jurisprudencia internacional en la materia:

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia del 1 de julio de 2006. Párr. 348.

(ii) El derecho a la reparación integral y las medidas que este derecho incluye se encuentran regulados por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, aspectos que no pueden ser desconocidos y deben ser respetados por los Estados obligados;

(iii) El derecho a la reparación de las víctimas es integral, en la medida en que se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas;

(vi) La reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas tales como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. Así, el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan;

(vii) La reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva;

(viii) En su dimensión individual la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación;

(ix) En su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad."

Como se aprecia, la jurisprudencia permite que los victimarios puedan reparar de diversas formas. En cualquier caso deberán destinar su patrimonio y el de la organización a reparar a las víctimas, pero junto a eso, teniendo en cuenta el carácter sistemático y masivo de los crímenes y el gran número de afectados, los máximos responsables pueden además desarrollar otras actividades que sirvan para la reparación colectiva. Nada obstaculiza que dichas actividades de reparación comunitaria se puedan realizar después de que se haya cumplido la pena de reclusión o parte de ella si hay lugar a que opere la suspensión condicionada, conforme a los requisitos y mínimos recogidos en este documento.

Las llamadas penas reparadoras son una opción siempre y cuando no pretendan ser las únicas ni sustituir la pena de reclusión.

3.9.4. Reparación debe incluir la información sobre la suerte de los desaparecidos y la liberación de secuestrados y de niños reclutados

Una medida de reparación es la revelación de la suerte de las más de 2760 personas desaparecidas por las FARC, conforme al Registro Nacional de Personas Desaparecidas que administra el Instituto Nacional de Medicina Legal. La ubicación de fosas comunes, la entrega de restos a las familias, dar a conocer lo sucedido y pedir perdón por ese crimen de lesa humanidad es indispensable para reparar a las víctimas.

En el caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala*, expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta, y, en su

caso, dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo. Señaló la Corte: *“el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”*⁶⁷

Del mismo modo, conforme a la Sentencia C-579 de 2013, la aplicación del marco de justicia transicional exige que el grupo armado libere a los secuestrados y a los niños reclutados.

3.9.5. Derecho a la verdad y reconocimiento como victimario constituyen medio de reparación

Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el *“derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer.”*⁶⁸

En la Sentencia C-579 de 2013 la Corte Constitucional mantiene la línea jurisprudencial que señala: *“(xi) El derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia. En este sentido, el derecho a la reparación incluye tanto medidas destinadas a la satisfacción de la verdad y de la memoria histórica, como medidas destinadas a que se haga justicia, se investigue y sancione a los responsables. Por tanto, la Corte ha evidenciado el derecho a la reparación como un derecho complejo, en cuanto se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia;”*

Sobre el auto – reconocimiento como victimario la Corte indicó en la misma jurisprudencia que es un elemento esencial de la reparación:

“(x) Una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación. En efecto, como ya lo ha reconocido la Corte, la víctima tiene derecho a que los actos criminales sean reconocidos y a que su dignidad sea restaurada a partir del reproche público de dichos actos. Por consiguiente, una manera de vulnerar de nuevo sus derechos, es la actitud dirigida a desconocer, ocultar, mentir, minimizar o justificar los crímenes cometidos”.

3.9.6. Conclusiones

- a. La reparación adecuada, rápida y efectiva es obligación de los máximos responsables.
- b. Inicialmente la reparación debe hacerse con el patrimonio del responsable de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Párr. 201.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Párr. 222.

- c. Para la reparación es indispensable que la organización victimaria entregue los recursos económicos que tiene en tierras, bienes, empresas, inversiones, cuentas bancarias, caletas o acumulados de cualquier otra forma, provenientes de actividades como el narcotráfico, la extorsión, la minería criminal, el secuestro, el lavado de activos e incluso de la captura en algunas regiones del país de actividades económicas legales.
- d. La naturaleza y monto de las reparaciones debe ser proporcional al daño causado a las víctimas.
- e. El reconocimiento público del crimen cometido constituye una medida importante de reparación integral, por lo mismo, esta condición debe ser requisito para acceder a los beneficios de las penas alternativas en un marco de justicia transicional.

3.10. La garantía de no repetición es condición para acceder a la justicia transicional

El fin primordial de las medidas de no repetición es la prevención de futuras violaciones. En este orden, la garantía de no repetición tiene relación directa con el deber y obligación de los Estados de poner fin a las violaciones y proteger los derechos humanos, pero es además, en el caso del grupo armado ilegal que se disuelve, la manera de dar certeza a la sociedad de que no volverá a retomar la violencia ni la ejecución de crímenes atroces.

3.10.1. No impunidad es la principal garantía de no repetición

La acción eficaz de la justicia con el fin de garantizar que los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, así como las graves violaciones a los derechos humanos no gocen de impunidad es la mejor garantía de no repetición. La pasividad de la sociedad, el Estado y la comunidad internacional frente a las atrocidades es un perverso aliciente para la repetición.

La investigación, el juzgamiento y la condena a través de procedimiento de índole judicial son garantías de no repetición, así como la pena proporcional a la gravedad del crimen cometido y su cumplimiento efectivo. Cualquier exclusión de la acción judicial o del cumplimiento de la pena se convierte en impunidad y en oportunidad para evadir la justicia por la realización de los crímenes de mayor trascendencia.

3.10.2. Desarticulación del grupo armado ilegal es una garantía de no repetición

En la Sentencia C-579 de 2013 la Corte Constitucional explica la naturaleza y alcance de las medidas dirigidas a hacer efectiva la garantía de no repetición:

“(...) si el conflicto persiste sin un desarme total y sin la desarticulación absoluta de la organización encargada de la comisión de delitos, es imposible cumplir con la garantía de no repetición, pues los miembros de los grupos al margen de la ley seguirán cometiendo los delitos de rebelión y porte ilegal de armas en una cadena interminable que hará imposible garantizar la paz.”

La Corte establece como garantía de no repetición la disolución del grupo armado responsable de los crímenes, lo cual comprende al menos los siguientes elementos:

- a) El desarme absoluto, efectivo y real de todos los miembros de la organización. Sin dicho desarme no es posible aplicar las medidas de justicia transicional.
- b) La desmovilización total de los miembros del grupo, tanto en su componente de guerrillas, milicias y PC3, al igual que de otras formas de organización que hacen parte de su entramado.
- c) El dismantelamiento de las redes clandestinas creadas para las actividades de cultivo, procesamiento y tráfico de estupefacientes, minería criminal, lavado de activos, acumulación de tierras e infiltración de la economía legal.
- d) El desmonte de todos los mecanismos de coerción de la organización sobre la población en los territorios.

3.10.3. Verdad, reconocimiento como victimario y arrepentimiento público son garantía de no repetición

La revelación de la verdad sobre los crímenes es una garantía de no repetición. También el hecho de que los máximos responsables hagan un reconocimiento público de su carácter victimario, así como el de la organización, y expresen arrepentimiento por la realización de las atrocidades. Sin una actitud transparente y sincera de reproche a los propios crímenes no existe compromiso real con su no repetición.

La sociedad por su parte debe reprochar esas conductas, pero recibir el reconocimiento y el arrepentimiento como muestra de voluntad de reconciliación.

3.10.4. Dar carácter político a las atrocidades estimula la repetición

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma reiterada resalta que determinados crímenes y las graves violaciones a los derechos humanos no pueden estar cobijados por el delito político, dado su carácter atroz. Otorgar la calidad de conexo con el delito político a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, así como a graves violaciones a los derechos humanos que no adquieran esa connotación, exaltaría las conductas atroces a medio de acción política válido en una democracia. El resultado no es otro que estimular la continuación de esas acciones violentas, amparadas con una justificación política.

La adopción por la comunidad internacional del Estatuto de Roma que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia niega que el carácter político que se pretenda dar a los mismos los pueda eximir de ser objeto de persecución y castigo. Conforme al Derecho Internacional es irrelevante la narrativa política con la cual se quieran justificar o explicar los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio. La obligación del Estado es que no queden en la impunidad y la obligación de la comunidad internacional es la de asegurar que en caso de que el Estado no persiga y castigue esos crímenes o no lo pueda hacer, la justicia internacional los sancione.

Una garantía de no repetición es que los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio se excluyan del derecho a la participación política y con ello a gobernar a las víctimas, así como a dirigir y controlar las Fuerzas Armadas o administrar justicia.

3.10.5. Conclusiones

- a. La investigación judicial seria, el juzgamiento y las penas efectivas constituyen la principal garantía de no repetición.
- b. Las medidas de no repetición son requisito para acceder a las penas alternativas de la justicia transicional.
- c. Las medidas de no repetición deben ser adecuadas y proporcionales a la naturaleza y gravedad de los hechos.
- d. Las garantías de no repetición comprenden la desarticulación del grupo armado ilegal, esto es, el desarme absoluto y la desmovilización total de sus integrantes, así como la exclusión del derecho a la participación política de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.

4. CONCLUSIÓN GENERAL

Los mecanismos de justicia transicional deben tener como prioridad satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. También garantizar la seguridad jurídica necesaria para que lo que se acuerde entre el Gobierno y las FARC se cumpla y se pueda cumplir.

En ese sentido, el derecho internacional, la jurisprudencia y los precedentes en la materia aportan una serie de mínimos que permiten alcanzar ambos objetivos. En conjunto permiten diseñar fórmulas imaginativas que hagan viable armonizar justicia, paz y derechos de las víctimas en un marco jurídico blindado respecto a las exigencias internacionales.

Una propuesta viable en materia de justicia transicional debe incluir los elementos de prevalencia de la verdad y reconocimiento de los derechos de las víctimas, carácter genuino de la investigación, juzgamiento y de la condena judicial, penas de reclusión proporcionales y adecuadas a la gravedad de los crímenes, ejecución apropiada de la mismas y garantías de no repetición. Eso implica que cualquier tratamiento especial en materia de penas y cualquier concesión deben sustentarse en el reconocimiento de responsabilidad, el arrepentimiento público, la revelación de la verdad, el compromiso con la reparación, incluyendo la entrega de bienes propios y de la organización, así como la desarticulación del aparato violento.

En este orden, con el fin de concentrar e impulsar las investigaciones a que haya lugar y de brindar seguridad jurídica a los responsables de las conductas⁶⁹, el marco jurídico constitucional para la justicia transicional permite pensar en la creación de órganos de justicia especializados.

En relación con la pena, como se indicó, no debe ser concebida como una imposición, una derrota o una humillación, sino como muestra de la voluntad de reconciliación de quienes cometieron

⁶⁹ En la Sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional expresó que “*si bien no existe una definición unánime sobre el máximo responsable, los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Bosnia y Herzegovina y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional tienen en común que a través de esta figura identifican a aquellas personas que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito. De esta manera, el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada.*”

atrocidades y una oportunidad para dignificar a la víctima y al propio victimario. En ese propósito, a partir de los mínimos expuestos, la legislación vigente posibilita el diseño de diversas fórmulas de reclusión, siempre y cuando se mantenga la relación de sujeción de los internos respecto del Estado, es decir que sean las autoridades penitenciarias las que ejerzan el control efectivo y sea el Estado, por consiguiente, garante de la vida e integridad de los reclusos.

Sobre estos temas la Procuraduría presentará a la Mesa de Conversaciones de La Habana propuestas concretas que contribuyan a adoptar un marco de justicia que garantice que no exista impunidad y la seguridad jurídica necesaria para que se honren los acuerdos a los que se llegue entre el Gobierno y las FARC.

5. ANEXOS

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

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

5.3. Casos representativos de sentencias dictadas por los Tribunales Penales Internacionales

ANEXOS

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

Doctor

Jorge Iván Palacio Palacio

Palacio de Justicia

Bogotá, Colombia

Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu

Estimado Presidente,

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

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

En el Informe Parcial de noviembre de 2012, mi Despacho concluyó que *"sujeto a la ejecución apropiada de las sentencias de los condenados, la información disponible indica que quienes tienen la mayor responsabilidad dentro de las FARC y el ELN por los delitos más serios ya han sido objeto de un verdadero proceso judicial interno"*. A partir de ese momento, mi Despacho ha analizado las implicaciones que la suspensión de la pena de prisión tendría como criterio de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional. Este escenario presenta una cuestión novedosa en la interpretación del criterio de admisibilidad contenido en el artículo 17 del Estatuto de Roma. De ahí que haya solicitado a mis colaboradores que examinaran cuidadosamente este punto, atendiendo la historia del proceso de redacción y los comentarios de expertos sobre las disposiciones relevantes del Estatuto de Roma, el objeto y propósito del Estatuto, la jurisprudencia de otras fuentes incluyendo la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente, las condiciones que se

impondrían a la suspensión de la pena bajo las circunstancias particulares de una desmovilización, con el fin de terminar un conflicto armado.

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

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

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

En el caso de Barrios Altos v. Perú, la Corte Interamericana sostuvo que *"los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado"*. Además, la Corte consideró que los listados deben asegurar que la concesión de beneficios en la ejecución de las condenas no lleve eventualmente a una forma de impunidad, especialmente para graves

violaciones de derechos humanos. En el caso de Heliodoro Portugal v. Panamá, la CIDH afirmó que la regla de proporcionalidad requiere que *"los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad (...)".* En el caso de Bautista de Arellana v. Colombia, el Comité de Derechos Humanos manifestó que *"los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados (...) en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida".*

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

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

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

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

Con sentimientos de consideración,

Atentamente,

Fatou Bensouda
Fiscal

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

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

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

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

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

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

Por ende, en el último informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, correspondiente al año 2002 y presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en abril del año en curso, se lee: “El Alto Comisionado de las Naciones Unidas recomienda al Gobierno, a los grupos armados ilegales y a los sectores representativos de la sociedad civil no escatimar esfuerzos para establecer, cuanto

antes, acercamientos dirigidos al diálogo y a la negociación que permitan la superación del conflicto armado interno y el logro de una paz duradera. Los diálogos y la negociación deberán tomar en cuenta, desde un principio, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como incorporar en su agenda el tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”.

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

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

La impunidad

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

De esos hechos atroces hacen parte las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, estas últimas también conocidas como crímenes de guerra. Entre las primeras figuran la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada y la tortura. Entre las segundas podemos mencionar el homicidio, la tortura y los tratos crueles en personas protegidas por la normativa humanitaria, la dirección intencional de ataques contra la población civil, el desplazamiento de la misma, el reclutamiento de niños, el saqueo y la toma de rehenes.

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

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

procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

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

La impunidad es hoy considerada:

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

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

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

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

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

Los derechos de las víctimas

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

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

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

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

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

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

El derecho a saber

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho a la justicia

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

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

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

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

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

arrepentidos, los tribunales militares y la inamovilidad de los funcionarios judiciales. Las restricciones pueden resumirse así:

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

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

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

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

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

6ª El autor de crímenes internacionales que haya actuado obedeciendo órdenes gubernamentales o jerárquicas no será eximido de responsabilidad penal. Sin embargo, la obediencia debida podrá considerarse causal de reducción de la pena si ello se ajusta al derecho.

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

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

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

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

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

Derecho a obtener reparación

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

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

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

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

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

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

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

Consideraciones finales

En los procesos de paz o de transición a la democracia es necesario que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación sean efectivamente reconocidos, protegidos y garantizados por las autoridades nacionales. Si en tales procesos salen maltrechos esos tres bienes jurídicos primarios, con dificultad podrá afirmarse que la paz se ha logrado, que la reconciliación se ha construido o que la democracia ha llegado. Ni en nombre de la paz ni en nombre de la democracia es legítimo

despreciar los derechos de las víctimas. Nadie está autorizado a creer que la verdad, la justicia y la reparación son cosas que el Estado puede, discrecionalmente, otorgar o negar.

En 1997, al presentar su informe final ante las Naciones Unidas, advirtió el señor Louis Joinet, Relator Especial sobre la impunidad: “A quienes pudieran caer en la tentación de considerar que el Conjunto de principios aquí propuestos podría constituir un obstáculo a la reconciliación nacional, les respondería que estos principios no constituyen normas jurídicas en sentido estricto, sino principios rectores cuyo objetivo no estriba en dificultar la reconciliación, sino en encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’”.

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

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

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

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

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

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

5º Que conforme a los principios internacionales para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y con arreglo a las directrices básicas sobre los derechos de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, el Estado tiene obligaciones de resarcimiento con las personas que, a consecuencia de tales violaciones, hayan padecido daños, sufrimientos, pérdidas o menoscabos de sus derechos fundamentales.

CASOS REPRESENTATIVOS DE SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia⁷⁰

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

⁷⁰ Información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia.html>.

- Goran Jelusic: 40 años de prisión, trabajó en el campo de Luka, genocidio, asesinato, saqueo y actos inhumanos en el campo de Luka y Brcko.
- Milomir Stakic: 40 años de prisión, alcalde de Prijedor en el norte de Bosnia, responsabilidad por los campos de detención alrededor de Prijedor.
- Radislav Krstic: 35 años de prisión, general del ejército serbobosnio, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra.
- Drago Nikolic: 35 años de prisión, oficial del ejército serbobosnio, acusado por la masacre de Srebrenica.
- Radoslav Brdanin: 30 de prisión, presidente del comité de crisis de la Región Autónoma de Krajina, procesado en relación con persecuciones, deportaciones, asesinatos, tortura y destrucción arbitraria en la Región Autónoma de Krajina.
- Sredoje Lukic: 30 años de prisión, miembro del grupo paramilitar "Vengadores", asesinato de al menos 100 musulmanes en los alrededores de Visegrad.
- Enver Hadzihanovic: 3 años y medio de prisión, general de brigada del ARBiH, autoridad de mando en actos de asesinato y destrucción arbitraria en Bosnia central.
- Rasim Delic: 3 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército de Bosnia y Herzegovina, por no impedir que los miembros muyahidín del ejército bosnio cometieran crímenes contra civiles y combatiente enemigos capturados (asesinato, violación, tortura).
- Dragan Kolundzija: 3 años de prisión, crímenes contra la población no serbia de la municipalidad de Prijedor en el campo de Keraterm que fueron cometidos entre el 24 de mayo y el 5 de agosto de 1992.
- Dragomir Milosevic: 29 años de prisión, responsabilidad de mando en el sitio de Sarajevo.
- Dragoljub Kunarac: 28 años de prisión, violación en grupo, tortura y tratos inhumanos en Foča.
- Momcilo Perisic: 27 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército Popular Yugoslavo, responsabilidad de mando.
- Zoran Zigic: 25 años de prisión, crímenes en la región de Prijedor.
- Dario Kordic: 25 años de prisión, por las ofensivas en el valle del Lasva, Bosnia. Masacre de Ahmici.
- Nebojsa Pavkovic: 22 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército yugoslavo, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Nikola Sainovic: 22 años de prisión, Primer Ministro de Serbia, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Sreten Lukic: 22 años de prisión, oficial de la policía federal, responsabilidad de mando en crímenes contra la humanidad en Kosovo.
- Momir Nikolic: 20 años de prisión, comandante adjunto de la brigada Bratunac del VRS, caso Srebrenica.
- Mile Mrksic: 20 años de prisión, Serbocroata, coronel del ejército yugoslavo y comandante del ejército de la República Serbia de Krajina, participación en la masacre de Vukovar.
- Dragan Nikolic: 20 años de prisión, comandante de una prisión serbobosnia, acusado por el caso del campo de Susica.
- Mladen Naletilic: 20 años de prisión, Bosniocroata paramilitar, crímenes de guerra contra civiles bosniacos en la zona de Mostar.
- Mlado Radic: 20 años de prisión, actividades en los campos de Omarska y Keraterm.

- Dusko Tadic: 20 años de prisión, líder del Partido Democrático Serbio en Kozarac y miembro de una fuerza paramilitar, persecución, asesinato, violación y tortura en el campo de Omarska y en otros lugares.
- Miroslav Bralo: 20 años de prisión, policía militar del HVO, por su papel en el asesinato múltiple, violación, tortura, detención ilegal y trato inhumano de civiles musulmanes bosnios, entre ellos, varios niños, en el centro de Bosnia y Herzegovina (BiH), entre enero y mediados de julio de 1993.
- Momcilo Krajisnik: 20 años de prisión, primer ministro de la República Srpska, genocidio, asesinato, exterminio, deportación y persecución.
- Radomir Kovac: 20 años de prisión, violación en grupo, tortura y trato inhumano en Foca.
- Amir Kubura: 2 años de prisión, comandante en jefe de la 7ª Brigada de Montaña del ARBiH, responsabilidad de mando en asesinato y destrucción arbitraria en Bosnia Central.
- Radivoje Miletic: 19 años de prisión, acusado por la masacre de Srebrenica.
- Hazim Delic: 18 años de prisión, comandante adjunto del campo prisión bosnio, asesinato y violación en el campo de Celebici.
- Vinko Martinovic: 18 años de prisión, crímenes de guerra contra civiles bosniacos en el área de Mostar.
- Vladimir Santic: 18 años de prisión, miembro del HVO, masacres contra civiles bosniacos en el valle del Lašva.
- Ranko Cesic: 18 años de prisión, miembro de la Brigada de Intervención en el Cuerpo de Reservistas de la fuerza policial serbobosnia, asesinato y abuso sexual en el campamento de Luka.
- Darko Mrda: 17 años de prisión, comandante de una unidad de la policía serbobosnia, asesinato de 200 civiles en la zona de Prijedor.
- Ljubomir Borovcanin: 17 años de prisión, comandante de la policía especial del Ministerio del Interior de la República Srpska, procesado en el caso Srebrenica.
- Dragan Obrenovic: 17 años de prisión, coronel del VRS, caso Srebrenica.
- Vidoje Blagojevic: 15 años de prisión, oficial del Ejército de la República Srpska (VRS), participación en la masacre de Srebrenica.
- Esad Landzo: 15 años de prisión, tortura, abuso y asesinato de civiles serbios en el campo de prisioneros de Celebici.
- Dragan Zelenovic: 15 años de prisión, oficial de la policía, violación y tortura en el campo de prisioneros de Foča.
- Blagoje Simic: 15 años de prisión, por su participación en Bosanski Samac.
- Vladimir Lazarevic: 15 años de prisión, general del ejército, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución contra albanokosovares.
- Dragoljub Ojdanic: 15 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército Popular Yugoslavo, Serbia, ministro de Defensa Federal de Yugoslavia, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Mitar Vasiljevic: 15 años de prisión, paramilitar serbobosnio, asesinato y crímenes contra la humanidad en el incidente en Višegrad, en el río Drina.
- Milorad Krnojelac: 15 años de prisión, comandante de una prisión serbobosnia, acciones en el campo de detención de Foča.

- Haradin Bala: 13 años de prisión, guardia del campo de prisioneros de Lapusnik del Ejército de Liberación de Kosovo, participación directa en los asesinatos de serbios en las montañas Bersisha.
- Milan Babic: 13 años de prisión, primer ministro de la República Serbia de Krajina, participación en la limpieza étnica en Croacia.
- Vinko Pandurevic: 13 años de prisión, general del ejército serbobosnio, caso Srebrenica.
- Ivica Rajic: 12 años de prisión, participación en la masacre en Stupni Do.
- Drago Josipovic: 12 años de prisión, miembro del HVO, masacres contra civiles bosniacos en el valle del Lašva.
- Johan Tarculovski: 12 años de prisión, oficial de policía de Macedonia, ataque en Ljuboten.
- Zoran Vukovic: 12 años de prisión, soldado del ejército serbobosnio, violación y tortura en Foča.
- Biljana Plavsic: 11 años de prisión, ex presidente de la República Srpska, crímenes contra la humanidad.
- Veselin Sljivancanin: 10 años de prisión, comandante de un batallón del ejército yugoslavo, masacre de Vukovar después de la batalla de Vukovar.
- Stevan Todorovic: 10 años de prisión, jefe de la policía serbobosnio para la municipalidad de Bosanski Šamac, persecución, deportación, asesinato y actos inhumanos.
- Miroslav Deronjic: 10 años de prisión, presidente del comité de crisis en Bratunac, ataque contra la aldea de Glogova.
- Anto Furundzija: 10 años de prisión, comandante local de la unidad del HVO *Jokers*, tortura de civiles musulmanes bosnios en Nadioci.
- Milan Lukic: cadena perpetua, comandante del grupo paramilitar denominado "Águilas Blancas" o *Vengadores*, asesinato de al menos 100 musulmanes en los alrededores de Visegrad.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁷¹

- AKAYESU, Jean Paul: cadena perpetua, condenado por Genocidio, complicidad en genocidio, exterminio, homicidio, instigación directa y pública a cometer genocidio, tortura, violación, otros actos inhumanos.
- BAGARAGAZA, Michel: 8 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio
- BAGOSORA, Théoneste: 35 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, persecución, violencia a la vida, homicidio, violación, otros actos inhumanos, atentados contra la dignidad personal
- NSENGIYUMVA, Anatole: 15 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, persecución, violencia a la vida.
- NTABAKUZE, ALOYS: 35 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio, persecución, otros actos inhumanos, violencia a la vida.
- BIKINDI, Simon: 15 años de prisión, condenado por instigación directa y pública a cometer genocidio.
- GACUMBITSI, Sylvestre: Cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio, violación, instigación a la violación.
- GATETE, Jean Baptiste: 40 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio

⁷¹ Información disponible en <http://www.unict.org/en/cases/ictr-05-86>.

- HATEGEKIMANA, Idelphonse: cadena perpetua, condenado por cometer genocidio, homicidio, violación
- KAJELIJELI, Juvénal: 45 años de prisión, condenado por ordenar, instigar y ser cómplice en crímenes, así como por no haber evitado crímenes en distintas comunidades, tales como genocidio y exterminio.
- KALIMANZIRA, Callixte: 25 años de prisión, condenado por complicidad en genocidio.
- KAMBANDA, Jean: Cadena perpetua, condenado por genocidio, ayudar y promover el genocidio, instigación pública y directa para cometer genocidio, complicidad en genocidio, homicidio y exterminio.
- KAMUHANDA, Jean de Dieu: Cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- KANYARUKIGA, Gaspard: 30 años de prisión, condenado por planear genocidio y exterminio.
- KAREMERA, Édouard: cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio y homicidio.
- NGIRUMPATSE, Matthieu: cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio y homicidio.
- KARERA, François: cadena perpetua, condenado por instigar y cometer genocidio, instigar y cometer exterminio y homicidio, ordenar homicidio, ayudar y promover el homicidio.
- KAYISHEMA, Clément: cadena perpetua, condenado por genocidio y delitos relacionados con las masacres.
- RUZINDANA, Obed: 25 años de prisión, condenado por genocidio.
- MUHIMANA, Mikaeli: cadena perpetua, condenado por genocidio, violación, homicidio.
- MUNYAKAZI, Yussuf: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- MUSEMA, Alfred: cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- MUVUNYI, Tharcisse: 15 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio.
- BARAYAGWIZA, Jean-Bosco: 32 años de prisión, condenado por instigar la comisión de genocidio, haber ordenado o instigado la comisión de exterminio, haber instigado la comisión de persecución.
- NAHIMANA, Ferdinand: 30 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- NGEZE, Hassan: 35 años de prisión, condenado por haber ayudado y promovido la comisión de genocidio, haber incitado pública y directamente la comisión de genocidio, haber ayudado y promovido el exterminio.
- NCHAMIHIGO, Siméon: 40 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, otros actos inhumanos, homicidio.
- NDAHIMANA, Grégoire: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- NDINDABAHIZI, Emmanuel: cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- SAGAHUTU, Innocent: 15 años de prisión, condenado por homicidio.
- BIZIMUNGU, Augustin: 30 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, violación, exterminio.
- NGIRABATWARE, Augustin: 30 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio, instigar y ayudar y promover el genocidio.
- NIYITEGEKA, Eliézer: cadena perpetua, condenado por genocidio, conspiración para cometer genocidio, instigar pública y directamente a cometer genocidio y homicidio, exterminio, otros actos inhumanos.

- NIZEYIMANA, Ildéphonse: 35 años de prisión, condenado por genocidio y homicidio.
- NSHOGOZA, Léonidas: 10 meses de prisión, condenado por desacato al tribunal.
- IMANISHIMWE, Samuel: 12 años de prisión, condenado por homicidio, encarcelamiento, tortura, tratos crueles.
- NTAKIRUTIMANA, Elizaphan: 10 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio, ayudar y promover el exterminio.
- NTAKIRUTIMANA, Gérard: 25 años de prisión, condenado por cometer genocidio, ayudar y promover el genocidio, genocidio, homicidio, ayudar y promover el exterminio.
- NTAWUKULILYAYO, Dominique: 20 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio.
- NZABIRINDA, Joseph: 7 años de prisión, condenado por homicidio.
- NZABONIMANA, Callixte: cadena perpetua, condenado por instigar el genocidio y el exterminio, instigar pública y directamente a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio.
- RENZAHU, Tharcisse: cadena perpetua, condenado por genocidio y homicidio.
- RUGAMBARARA, Juvénal: 11 años de prisión, condenado por exterminio.
- RUGGIU, Georges: 12 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- RUKUNDO, Emmanuel: 23 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- RUTAGANDA, George: cadena perpetua, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- RUTAGANIRA, Vincent: 6 años de prisión, condenado por exterminio.
- SEMANZA, Laurent: 35 años de prisión, condenado por genocidio, complicidad en genocidio, ayudar y promover el exterminio, ordenar exterminio, ordenar homicidios, instigar violaciones y torturas, cometer tortura y homicidio intencional.
- SEROMBA, Athanase: cadena perpetua, condenado por ayudar y promover el genocidio, cometer genocidio y exterminio.
- SERUGENDO, Joseph: 6 años de prisión, condenado por instigar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- SERUSHAGO, Omar: 15 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio y tortura.
- SETAKO, Ephrem: 25 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- SIMBA, Aloys: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- “GAA”: 9 meses de prisión, condenado por dar falso testimonio bajo juramento y desacato al tribunal.

Tribunal Especial Mixto de Sierra Leona⁷²

- Charles Taylor: 50 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, asesinatos extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, conscripción y uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos.
- Issa Hassan Sesay: 52 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestro y

⁷² Información disponible en <http://www.scsldocs.org>.

trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL (misión de las naciones unidas en Sierra Leona).

- Alex Tamba Brima: 50 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Morris Kallon: 40 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Augustin Gbao: 25 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Ibrahim Bazy Kamara: 45 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Moinina Fofana: 25 años de prisión, condenado por violencia a la vida, salud, y bienestar físico o mental de las personas, en particular homicidio y tratos crueles respectivamente, saqueo y castigos colectivos
- Allieu Kondewa: 50 años de prisión, condenado por violencia a la vida, salud, y bienestar físico o mental de las personas, en particular homicidio y tratos crueles respectivamente, saqueo y castigos colectivos, alistamiento de niños menores de 15 años en grupos armados y/o usarlos para participar activamente en hostilidades
- Kanu: 50 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.

Tribunal Internacionalizado de Camboya⁷³

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

⁷³ Información disponible en <http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1>.

de grupos de vietnamitas y Cham, graves infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 (asesinatos, tortura y tratos inhumanos premeditados, causar gran sufrimiento o serios daños en el cuerpo o en la salud deliberadamente, privar a un prisionero de guerra o civiles de los derechos a un juicio justo e imparcial deliberadamente y detención o deportación ilegal a un civil).

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