

EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES DE LA PENA DE LAS FARC FRENTE A LAS PROPUESTAS PRESENTADAS EN LAS NEGOCIACIONES DE PAZ EN COLOMBIA

Jaime Alberto Sandoval Mesa^{*}

Cette étude a pour but de soulever les questions qui se posent sur les problèmes liés à la peine qui peut-être encourue par les principaux responsables de crimes graves commis par les membres des FARCS (Forces Armées Révolutionnaires de Colombie) suite aux négociations de paix qui ont eu lieu à la Havane, à Cuba avec le gouvernement colombien. Cette étude analyse la possibilité d'attribuer des sanctions non punitives au sein du système pénal colombien qui repose sur une structure traditionnelle, face à la justice transitionnelle et la justice internationale, plus particulièrement quant aux amnisties, aux commissions de vérité, etc. Cette approche s'articule autour d'une méthode comparative, hypothétique, déductive et juridique se fondant sur des outils méthodologiques, historiques, descriptifs, de réflexion et de proposition.

This work aims at presenting the questions generated under penalty problem that can be imposed on those most responsible for serious crimes by members of the FARC (Revolutionary Armed Forces of Colombia), following peace negotiations developed in Havana, Cuba with the Colombian government. This question is discussed if possible no punitive sanctions against the Colombian penal system that retains its traditional structure from modernity versus transitional justice and international justice, as well as specifically in relation to amnesties, truth commissions etc. This problem statement was developed through a comparative method, hypothesis testing, legal dogmatic type, based on methodological, historical, descriptive, reflective and purposeful tool.

El presente trabajo pretende plantear los interrogantes que se generan en virtud del problema de la pena que puede ser impuesta a los máximos responsables de graves crímenes por parte de miembros de las FARC (Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia), a raíz de las negociaciones de paz que se desarrollan en la Habana, Cuba con el Gobierno Colombiano. En este cuestionamiento se analiza si es posible sanciones no punitivas frente al sistema penal colombiano que conserva su estructura tradicional desde la modernidad, frente a la justicia transicional y la justicia internacional, como también en concreto con relación a las amnistías, comisiones de la verdad, etc. Este planteamiento del problema se desarrolla a través de un método comparativo, hipotético deductivo, de tipo dogmático jurídico, tomando como base herramientas metodológicas, históricas, descriptivas, reflexivas y propositivas.

^{*} Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Penal y candidato a PHD. Profesor Universidad Santo Tomás Bogotá D.C. Artículo avance de investigación en el proyecto los límites de la pena frente a los acuerdos de Paz con las FARC. Grupo de Investigación Derecho Penal y Realidad del Centro de Investigaciones CIFRAVI de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá D.C.

A partir de los fundamentos actuales de la legalidad de la pena que surge fruto de la conquista del sistema democrático de la modernidad, el presente trabajo tiene como propósito, examinar como este proceso de evolución contemporánea, sistema de derechos y garantías fundamentales¹, en el caso colombiano, se contraponen con la necesidad de las víctimas y de la sociedad frente a los límites constitucionales y legales que deben fijarse como castigo, con relación al grupo insurgente de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), frente a la realidad de un posible armisticio de paz, de acuerdo con las obligaciones de los responsables de hechos delictivos.

En este contexto, este grupo se origina en los años sesenta en Colombia, cuando surgieron los dos grupos guerrilleros más importantes (ELN Y FARC)² vigentes en la actualidad, originados en virtud de movimientos sociales y grupos armados de campesinos de autodefensa que habían luchado contra el régimen conservador y la dictadura militar durante la violencia, los cuales desconfiaban del nuevo régimen³. A pesar de que se cuestiona si los fundamentos políticos de las FARC, tienen en los momentos actuales legitimidad e influencia en el país, de todas formas siguen en su lucha armada y pretenden pasar a otro plano de tipo democrático, lo cual implica para Colombia pasar una página de su historia y convertirse después de 60 años en un país en estado de normalidad y no de excepción, sin embargo todo esto acarrea múltiples inconvenientes que en el punto de la sanción punitiva tratará de ser planteado en el presente trabajo. Este límite de pena imponible desde luego debe tener en cuenta los escenarios de justicia existentes a saber: *Ley de Justicia y Paz* que constituye el escenario transicional en Colombia; instancias internacionales como la Corte Penal Internacional (CPI) que tiene sus propias acciones judiciales en el caso nacional y finalmente todo este escenario será objeto de comparación con respecto a las exigencias de las FARC en el proceso analizado.

¹ Todo esto se deriva precisamente de la necesidad de limitar el contenido de la pena, debido a que antes del Estado moderno en donde esta figura es monopolio del Estado y límite, se desarrollaba bajo contenidos teocráticos como exigencia de justicia análoga al castigo divino. Igualmente en el Estado absolutista la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento a los súbditos. Fue la época del terror penal. La pena atendía una prevención general sin límites. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 5ª ed, 3ª reimpresión, Barcelona, Reppertor, 2003 pág 64 [Mir Puig].

² Los grupos guerrilleros inicialmente, se afianzaron firmemente en los grupos de resistencia campesina originados a finales de la década de los cuarenta. En relación con los grupos subversivos, el grupo base de las FARC se origina en 1964 y desde su formación contó con el apoyo de la antigua Unión Soviética, mientras el ELN, recibió ayuda de la revolución cubana, principalmente durante el período de la guerra fría. Se menciona que en este tiempo, “La Habana” ayudó a este grupo en la capacitación, organización y entrenamiento de sus miembros y tuvo un crecimiento relativo hasta 1973 año en que las acciones militares casi logran su exterminio. Marianne Moor y Liduine Zumpolle, *La Industria del Secuestro en Colombia. ¿un negocio que nos concierne?*, Utrecht, Pax Christi Holanda, 2002 pág 21.

³ Precisamente un puñado de campesinos miembros de estos grupos escapó durante la ofensiva militar del Presidente del frente nacional Guillermo León Valencia (1962-1966), los cuales se constituyeron posteriormente en la semilla de las FARC. Manuel Iturralde, *Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, 1ª ed, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010 pág 62.

I. Los fundamentos iniciales de la pena

En la tradición del derecho continental, corriente de la que se deriva inicialmente y en forma predominante el derecho colombiano, los fundamentos de la pena originados en la ilustración, tuvieron su consagración definitiva a partir de la revolución francesa en el principio de legalidad del delito y de la pena y en el control social como fundamento del derecho a castigar⁴. Esta definición como límite, se establece en la proporción y graduación de la pena, de menor a mayor gravedad, como expresión democrática de su establecimiento, fijada por magistrados para su imposición en el juzgamiento⁵, principios que hasta el día de hoy se mantienen vigentes⁶.

Bajo este criterio de fundación de los criterios de la pena, posteriormente se logró determinar, la prevención general que definió la pena como un medio para evitar futuros delitos y la prevención especial que dirigida – al autor del delito – para que no cometiese nuevos delitos en el futuro⁷. Estos principios esbozados por Claus Roxin, disponen que la pena hace posible la reinserción social, la protección de la comunidad y se determina de acuerdo con la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad de la persona responsable. No puede superar este límite⁸.

⁴ En el derecho penal los medios de control social se constituyen inicialmente, en las sociedades actuales, en la familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, que son de carácter informal. Por su parte el control jurídico formalizado lo constituyen las diversas instituciones del derecho penal, como medios de control social que tiende a evitar diversos comportamientos sociales que se repudian indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen. En este sentido el derecho penal prevé las sanciones en principio más graves, las penas y las medidas de seguridad como forma de evitar los comportamientos peligrosos – Los Delitos – como garantía al ciudadano. Mir Puig, *supra* nota 1 pág 5.

⁵ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Altaya, 1994 págs 28 a 40; 45 a 66; 71 a 88 y 99 a 112.

⁶ La pena debe ser pública, pronta, necesaria, proporcionada y concebida en la ley. *Ibid.*

⁷ Las teorías retribucionistas suponían la pena como el castigo por el mal causado. Allí se equilibra el daño generado con el delito por la pena sufrida. Ante los abusos del monarca sirvió de base para limitar el ejercicio del poder y detener la arbitrariedad, (siglo XVIII y XIX). El hombre debe ser tratado dignamente y no puede ser utilizado para los caprichos del poder, ni sancionado más duramente que lo que corresponda al hecho efectivamente realizado. Lo negativo consiste en que no considera al hombre como ser social real y la fundamentación radica en el castigo olvidando su función. Por el contrario las teorías de la prevención o teorías relativas (siglo XIX y XX), implican que la sanción penal no es pura retribución por el hecho cometido ni puede fundarse en el puro racionalismo inmorale de la retribución, ni en el carácter inmoral del delito, sino también en algo más práctico, como por ejemplo que no se cometan más delitos en el futuro y así proteger a los ciudadanos en el futuro. Juan Carlos Ferré Olivé, *iguel ngel e a y aula ndrea amire arbosa, Derecho penal colombiano: Parte General: Principios fundamentales y sistema*, 1ª ed, Bogotá, Ibáñez, 2010 págs 166 y 167; 168 y 169 [Ferré Olivé y al]. Las teorías de la unión bajo su sentido retributivo, sirven como límite del *ius puniendi* del Estado, permiten determinar el grado justo de pena imponible frente al grado de culpabilidad, y que se imponga como escarmiento para el reo y la comunidad. Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal: Parte general*, 1ª ed, Bogotá, Temis, 2002 pág 115 [Velásquez Velásquez].

⁸ Claus Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Sevilla, Secretario de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2000 págs 48-49. De acuerdo con estos fundamentos, la pena según Fernando Velásquez Velásquez, tiene una doble función, teórica y práctica en el ámbito colombiano, toda vez que en primer lugar, es una necesidad

El sistema que se establece en tal virtud, previene unos fines especiales y unas funciones determinadas de la pena en caso de responsabilidad penal.⁹ También define sus elementos de legalidad, conforme a la orientación de política criminal centrada en los movimientos eclécticos o de la unión (equilibrio entre la retribución de la pena y la prevención tanto general y especial) para satisfacer las necesidades de justicia de la comunidad. El principio anterior, se constituye en primer lugar, por la determinación, certeza y taxatividad que exige una formulación precisa de los preceptos penales que preservan la seguridad jurídica, como también definen la responsabilidad de la conducta punible e imposición de la pena¹⁰. De tal suerte que de allí se derivan otros factores como la *garantía criminal*, que coincide con el propósito anterior y la *garantía penal* que consagra las penas y las medidas de seguridad en el sentido formal de la ley¹¹. Es decir, el sistema debe observar coherencia y rigurosidad pues se trata de la privación de la libertad de las personas por cierto número de años, lo cual exige cierta rigidez en los mecanismos para su imposición, conforme al principio de humanidad¹².

Finalmente, las garantías anteriores deben atender el principio de proporcionalidad entre las penas y las medidas de seguridad frente al delito cometido. En este sentido se proscriben las penas y medidas excesivas o innecesarias, de tal forma que guardando la proporcionalidad con el bien jurídico afectado, las penas más graves deben reservarse a los ataques más graves como los atentados contra la vida humana etc.¹³

En síntesis, el sistema de imposición de la pena descrito, se concibe para tiempos de normalidad, fuera de circunstancias de excepción y menos en tiempos de confrontación armada. Sin embargo en caso de que tenga que someterse a

social, destinada a proteger bienes jurídicos que interesan al Estado de Derecho y desde la perspectiva práctica, tiene un sentido retribucionista para reparar el daño y restablecer el derecho afectado. Velásquez Velásquez, *supra* nota 7 pág 115.

⁹ Este fundamento político democrático –representativo se basa en la división de poderes y brinda al legislado una facultad exclusiva para establecer penas. Fundamento que se conserva en la actualidad. Ferré Olivé y al, *supra* nota 7 pág 75.

¹⁰ *Ibid* págs 76 y 77.

¹¹ *Ley 599 de 2000* [2000], art 6°, en línea: Secretaría General del Senado República de Colombia <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html> [*Ley 599, Ley 599 de 2000*, Código Penal de Colombia]. En este aspecto es importante destacar la exclusión de la jurisprudencia y la costumbre para el establecimiento de las consecuencias jurídicas del delito, desarrolladas por la sanción punitiva que sólo puede ser determinada a través del mecanismo de la ley penal en sentido estricto. Además de la anterior, también se concibe el principio de legalidad de las penas mediante la *garantía de ejecución* que exige la ejecución penitenciaria que se debe llevar a cabo conforme a las leyes, reglamentos y debe preservar los derechos y deberes de los supuestos que en este cometido intervengan en derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Finalmente aparece en este sentido la *garantía judicial* (juicio justo) que obliga al juzgador a encontrar la verdad y los derechos fundamentales del imputado. También se reserva a la ley exclusivamente la protección de este fundamento. Ferré Olivé y al, *supra* nota 7 pág 77.

¹² Fundamento normativo-constitucional e internacional, implica que en el principio de humanidad se prohíben los malos tratos, mutilaciones, castigos físicos, degradantes etc. Ferré Olivé y al, *supra* nota 7 pág 88.

¹³ La aplicación de las penas se denomina dosimetría penal que parte de supuestos para la determinación judicial de la pena. Se utilizan distintos criterios valorativos reflejados en la ley. *Ibid* pág 89.

excepciones tiene como consecuencia, la afectación de toda una estructura legal que implica fuertes variaciones, sobre todo en el terreno de la legitimidad de la pena y de los mecanismos alternos que deban sustituir a dicha estructura formal y material. Ahora en el caso nacional los límites de la pena se establecen en el art 6° del Código Penal Colombiano (principio de legalidad) y a su vez en los artículos 3° y 4° del mismo estatuto, que desarrollan los fines y funciones de la pena alrededor de los tópicos mencionados. Para su imposición en concreto se disponen las consecuencias jurídicas del delito con arreglo a los artículos 34 y 37 del Código Penal Colombiano que regula las condiciones de fijación de la pena específicamente de prisión.

De acuerdo con tales preceptos y con los elementos especiales descritos para los delitos consagrados en la parte especial del código penal colombiano, se fija en ciertos delitos, como límite máximo para graves conductas en algunos crímenes de las FARC, de hasta 50 años de prisión, conforme a lo estatuidos en el estatuto punitivo colombiano (*Ley 599 de 2000*). Sin embargo como factor de negociación este aspecto ya genera obviamente resistencias frente a las propuestas de los actores armados citados. De igual forma, los fines y funciones tampoco tienen otros factores para imponer penas de inferior entidad al menos en el sistema penal vigente, sobre todo en relación con los crímenes que son parte de la negociación y que constituyen los más graves a nivel internacional. Todo esto debe contraponerse con la definición de la pena sus fines y funciones en el derecho colombiano, en donde precisamente, la Corte Constitucional advierte que el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y solidaridad humanas¹⁴.

Definido este punto, el problema que se aborda atendiendo el contexto nacional, frente a las negociaciones de paz, se intenta responder, que sucede en el sistema represor como lo es el sistema penal, si a partir del mismo estado, se pueden sacrificar los principios penales en favor de bienes mayores, como la estabilidad social, la búsqueda de la paz de manera significativa y el fin de un conflicto armado, al prescindir de la pena.

Sin duda de allí surgen múltiples cuestiones que implican otros interrogantes como por ejemplo: ¿qué sucede si se define un factor de impunidad total para salvaguardar la vida institucional futura?, ¿Bajo qué términos se puede llegar a conceptos razonables y legitimados por la comunidad internacional? En principio el sistema no permitiría ni siquiera plantear tales interrogantes, no obstante, se generan de igual forma, múltiples cuestionamientos sobre los cuales es necesario comenzar su discusión como procede a continuación.

¹⁴ Advierte la Corte que en consecuencia, la calidad y cantidad de la sanción no son asuntos librados a la voluntad democrática, toda vez que la constitución impone límites materiales claros al legislador (*Constitución Política de Colombia*, arts 11 y 12). Por ejemplo respecto del principio de igualdad se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, atendiendo las circunstancias de caso (*Constitución Política de Colombia*, art 13). En este caso se requiere evaluar, reitera la Corte, la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos. *Sentencia C-70/96* [1996], Corte Constitucional de Colombia.

II. El contexto y límites de la pena en la *Ley 975*: Primer elemento legitimador de los procesos de desmovilización y pacificación

En cuanto al primer interrogante referido, es preciso responder que no es necesario acudir a mecanismos de impunidad total, pues con todos sus desaciertos y en ocasiones falta de celeridad, la *Ley de Justicia y Paz* es el primer mecanismo concebido para satisfacer este aspecto. En efecto, los derechos de verdad, justicia y reparación dentro de la compleja estructura transicional que se ha iniciado en Colombia, y que constituye el soporte de un proceso que será construido en el largo plazo de la resolución del conflicto interno nacional¹⁵, corresponde al primer mecanismo que debe ser examinado para no sacrificar situaciones de legitimidad del sistema.

En tal sentido, la normatividad de justicia y paz ha sido concebida en torno a los principios internacionales que abarcan en el ámbito de la justicia transicional y tales instrumentos se ejercen una vez comienza la transición desde un período de opresión o conflictos violentos hasta el logro de una etapa de paz, democracia, predominio del Estado de Derecho y respeto de los derechos individuales y colectivos¹⁶.

Para lograr esa transición, las sociedades deben confrontar el pasado, para procurar establecer o renovar la confianza cívica, reconciliar a la gente y a las comunidades e impedir abusos en el futuro. Esta confianza al menos de justicia y paz frente a la comunidad internacional ya comienza a existir pese a que sus resultados puede que no sean los más favorables. Sobre esto hay que destacar que ya aparece una línea jurisprudencial sentada, como por ejemplo, frente a precedentes que coinciden en determinar que, la pena alternativa incluida en el fallo, no es de ejecución inmediata, pues se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos y obligaciones contenidos en la legislación por parte del procesado, al punto que su insatisfacción acarrea la pérdida del beneficio otorgado por la ley de transición. La observancia de tales exigencias, incluye la etapa de ejecución de la pena, de manera que ante la infracción de alguna de ellas se deberá revocar el beneficio y proceder a ejecutar la pena ordinaria¹⁷. Este principio ya hace parte de la seguridad jurídica que plantea la confianza internacional mencionada y suma elementos para el debate frente a las FARC.

Ahora frente a los problemas suscitados en este mecanismo de justicia y paz también se han elaborado reformas que en el momento se están implementado en

¹⁵ “La Cooperación Internacional y la Lucha Contra la Impunidad en Colombia”, Informe de la Instituto de Derechos Humanos de la International Bar Association (IBAHRI) elaborado en la visita a la República de Colombia, proyecto realizado con el apoyo de la Embajada Británica en Bogotá, Colombia, 20 al 24 de Marzo de 2007, en línea: IBAHRI <www.ibanet.org>.

¹⁶ Concepto disponible en línea, Justicia Verdad Dignidad, *Inicio*, 2014, en línea: ICTJ <www.ictj.org>.

¹⁷ *Proceso n° 35637/11* [2011], Sala de Casación Penal, Sentencia de Segunda Instancia, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

virtud de la *Ley 1592 de 2012*¹⁸, que además trae nuevas formas principalmente, frente a los procesos de investigación, penas y tratamiento con las víctimas. Las aludidas reformas se desarrollan igualmente, frente al establecimiento de criterios de priorización que en el momento han sido regulados por el Fiscal General de la Nación a través de reglamentos internos (*Directiva N° 0001* de 4 de octubre de 2012)¹⁹. Este punto es relevante, pues como lo manifiestan Rafael A Prieto-Sanjuán y María Cecilia Jaimes-Amado, la justicia de transición implica *selectividad*, debido a que los crímenes sistemáticos, de masa o el despliegue de una política macro criminal, desbordan siempre la capacidad de juzgar a *todos los responsables* y reparar a *todas las víctimas*²⁰.

Al menos ese ha sido el objetivo trazado en la *Ley 975 de 2005* y para ello ha tomado múltiples mecanismos de justicia transicional tanto judiciales como no judiciales concebidos en la ley referida a fin de abarcar las distintas dimensiones de la justicia para que se puedan sanar las heridas y contribuir a la reconstrucción social²¹.

Antes de cualquier mecanismo alterno, sin duda se debe acudir a este sistema que ya existe y tiene experiencia para confrontar no sólo el ámbito interno, sino también la justicia internacional que la ha considerado como válida. Ahora el problema sería convencer a los actores armados en negociación para definir que este procedimiento sea el propicio para estos casos.

¹⁸ Por ejemplo: Las personas que se desmovilizaron de grupos armados ilegales antes de entrar en vigencia la reforma a la *Ley 975 de 2005* sancionada ayer por el Presidente de la República tienen hasta el próximo 31 de diciembre para postularse a sus beneficios. Así lo establece la *Ley 1592*, que busca agilizar los procesos que se adelantan bajo este esquema. De acuerdo con esta norma, los nuevos desmovilizados tendrán un año para solicitar su postulación. La nueva ley transforma el incidente de reparación integral en un incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas con la conducta criminal, que no podrá extenderse por más de 20 días hábiles. Además, si el postulado decide retirarse del proceso de justicia y paz, podrá presentar su solicitud ante el fiscal o el magistrado del caso en cualquier momento del proceso, incluso antes del inicio de la diligencia de versión libre. *Ley 975 de 2005* [2005], Congreso de Colombia, en línea: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=17161>> [*Ley 975, Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz*]; *Ley 1592 de 2012* [2012], Congreso de Colombia, en línea: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=50829>> [*Ley 1592 o Ley 1592 de 2012*].

¹⁹ La priorización es una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer, de acuerdo con unos criterios, un orden de atención de casos con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. (Vea *Directiva N° 0001* [2012], Fiscalía General de la Nación, en línea: Fiscalía General de la Nación <<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf>>). Este nuevo sistema está enfocado entre otros aspectos, hacia la persecución efectiva de los máximos responsables de la comisión de crímenes de sistema, perpetrados por aparatos organizados de poder, a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición y propender por la reparación. Fiscalía General de la Nación, *Priorización: Nuevo sistema de investigación penal*, 2014, en línea: Fiscalía General de la Nación <<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/>>.

²⁰ María Cecilia Jaimes-Amado y Rafael A Prieto-Sánjuan, “Justicia y Paz o cuando todos los caminos conducen a... ¡La Haya!” (2010) n° 17 Revista Colombiana de Derecho Internacional 165 pág 206.

²¹ Sobre este tipo de desarrollos de la Justicia Transicional y sus diferentes fases y genealogía, consultar el artículo de Ruti G Teitel, “Transitional Justice Genealogy” (2003) 16 Harv Hum ts J 69. (“Genealogía de la Justicia Transicional”, artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 2003.)

En todo caso este es el principio que soporta esta normatividad, el cual a pesar de los esfuerzos siempre se verá abocado en el caso Colombiano a continuar con su tarea en medio del conflicto armado y social, y no en el escenario del posconflicto como a veces desde lo institucional se le quiere ver. En síntesis, la justicia transicional incorpora una perspectiva realista de los desafíos que enfrentan las sociedades que vienen saliendo de conflictos o escenarios represivos, así como una apreciación de sus contextos históricos y culturales únicos, sin permitir que estas realidades sirvan como excusa para la inacción. Todos los interesados en el proceso de transición deben tener la posibilidad de ser consultados y de participar en el diseño y la aplicación de las políticas de justicia transicional²².

Los enfoques sobre justicia transicional según el International Center for Transitional Justice (ICTJ), se basan en el pleno reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, apoyándose en normas de derecho internacional humanitario y de derechos humanos que exigen que los Estados detengan, investiguen, castiguen, reparen e impidan los abusos. Estas iniciativas se centran en las necesidades de las víctimas y sus familias lo que de alguna manera se observa desde los principios concebidos en la *Ley 975 de 2005*, que a su turno, se soporta en toda la estructura jurídica internacional, tanto de resolución de conflictos como de reconstrucción de los derechos humanos²³. La estructura se determina a lo largo de la *Ley 975 de 2005*, lo que se observa desde el propio artículo 1º que señala el propósito de facilitar los procesos de paz y la reincorporación de miembros de grupos armados ilegales, al margen de la ley a la vida civil²⁴. En algunos casos se adicionan reformas institucionales, que incluyen la depuración administrativa respecto de funcionarios corruptos, incompetentes o con registros de abusos pertenecientes a la policía, a los servicios de seguridad, a las fuerzas armadas, al poder judicial y a otras instituciones públicas²⁵. Este proceso consiste en excluir de cargos públicos a las personas de las que se sabe han cometido abusos en materia de derechos humanos o participado en prácticas de corrupción.

Otros aspectos de la transición en este tipo de actuaciones promueven la reconciliación en comunidades divididas, lo que incluye trabajar con las víctimas en mecanismos de justicia tradicional y facilitar la reconstrucción social, con lo cual se incorporan aspectos de reparación simbólica, construcción de monumentos y museos

²² Disponible en Justicia Verdad Dignidad, *Inicio*, 2014, en línea: ICTJ <www.ictj.org>.

²³ Este concepto aparece en la *Ley 782 de 2002* [2002], Congreso de Colombia, en línea: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>>. Cfr. Sección VI, 4. Los Derechos a la Paz, la Verdad, la Justicia y la Reparación en el Derecho Internacional y en la Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, *Sentencia C-370/06* [2006], Corte Constitucional de Colombia [*Sentencia C-370*].

²⁴ *Ley 975 de 2005*, *supra* nota 18: “Artículo 1º. Objeto de la presente ley. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones”.

²⁵ *El Estado de Derecho y la justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, Doc off CS NU, 2004, Doc NU S/2004/616 pág 6.

para preservar la memoria del pasado. Adicionalmente se desarrollan medidas en los casos que corresponden a violencia de género, atendiendo los patrones de abuso, a fin de mejorar la justicia para las mujeres que han sido víctimas.

Como fórmulas de aplicación de los mecanismos mencionados, se reitera a la justicia transicional con prevalencia superior sobre todo el andamiaje jurídico interno como desarrollo del derecho a la paz y la reconciliación nacional, el cual, siempre en estos escenarios entra en tensión como en el caso de la *Ley 975 de 2005*, frente a los demás derechos, en particular, frente a la justicia penal tradicional. Sin embargo aquí se realiza una ponderación para este equilibrio que se resuelve a favor de la paz y en la actualidad aparece claro que esta justicia flexible tiene legitimidad y ha tenido un grado importante de aceptación en el consenso social.

Finalmente, como reflejo del propósito trazado en la *Ley de Justicia y Paz* se reitera en la reforma de la *Ley 1592 de 2012*, el objeto de reconciliación en los mecanismos relacionados con la fijación de la pena, mediando la garantía del derecho de defensa de los procesados y la participación efectiva de las víctimas. Esto tiene relevancia en el tema analizado, toda vez que esta reforma establece mecanismos especiales frente a la Pena alternativa (Art 29 *Ley 975 de 2005*), que se traduce en caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en la *Ley de Justicia y Paz*. Para tal efecto la Sala del tribunal puede imponer una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos²⁶.

A. El enfoque de justicia: La estructura del sistema de transición en la *Ley 975 de 2005*

Fundamentalmente la *Ley 975 de 2005*, en adelante de justicia y paz es el marco legal para juzgar los delitos atroces²⁷ cometidos por miembros de grupos

²⁶ *Ley 1592 de 2012*, *supra* nota 18. *Ley 975 de 2005*, *supra* nota 18, art 29: “Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en *los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley*, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. [Texto itálico declarado inexecutable por la Corte Constitucional de Colombia en la *Sentencia C-370*, *supra* nota 23] [...] Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.”

²⁷ Crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad como masacres, secuestros, asesinatos, torturas, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, violencia sexual y demás atentados contra la dignidad humana. *Cfr.* Arts 7º y 8º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de Julio de 1998, 2187 CTNU 3 (entrada en vigor: 1º de julio de 2002) [*Estatuto de Roma*]. En escenarios muy particulares también puede ser considerado el crimen de genocidio. Art 6º, *ibid.*

armados organizados al margen de la ley que quieran dejar armas y reinsertarse a la vida civil. A través de la ley referida, el objetivo primordial consiste en que las víctimas de los actores mencionados puedan tener garantizados sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. De igual forma, la *Ley de Justicia y Paz* forman parte de un marco más amplio de normas que desarrollan los procesos de desmovilización individual o colectiva de los Grupos Armados Ilegales y de su reinserción a la vida institucional y social²⁸

Básicamente la *Ley de Justicia y Paz*, establece un procedimiento judicial en materia penal que se organiza de la siguiente forma:

- Investigación de los delitos cometidos por el desmovilizado durante su pertenencia al grupo armado ilegal.

- Los delitos que debe confesar se realizan en una diligencia especial, denominada versión libre y luego de la verificación en la investigación que inicia la fiscalía, se someten a la aceptación en la formulación de cargos realizada por la Fiscalía²⁹.

- Una vez se formulan los cargos y estos han sido aceptados por el postulado, los magistrados de las salas de justicia y paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, deciden sobre la imposición de una pena, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley.

- En la sentencia condenatoria se fija la pena principal, como también las penas accesorias. Adicionalmente se incluirá una pena alternativa prevista, que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 8 años, atendiendo la colaboración y cumplimiento del desmovilizado, conforme a los requisitos de postulación como por ejemplo, la veracidad en las versiones sobre los delitos cometidos con ocasión a su pertenencia al Grupo Armado Ilegal. Así mismo, se tiene en cuenta también, la observación de un comportamiento por el término que disponga el Tribunal, para cumplir con las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación³⁰.

B. Las instancias internacionales, frente a la *Ley de Justicia y Paz*

En efecto, en primer lugar, es preciso señalar que a pesar de la flexibilidad de la *Ley de Justicia y Paz*, ante el escenario interamericano no puede considerarse que es una ley de impunidad absoluta y guardadas las proporciones ante estándares ideales, puede decirse que atiende en alguna medida las exigencias de protección judicial, en relación con los derechos a la verdad la justicia y la reparación. En justicia

²⁸ Conocer para defenderse, *Cartilla de capacitación e información sobre los Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2007 pág 13.

²⁹ Artículos 16 a 28 de la *Ley 975 de 2005*, *supra* nota 18.

³⁰ Los requisitos especiales para la fijación de la pena alternativa se describen en los artículos 24 y 29, *ibíd.*

y paz se desarrollan los derechos prevalentes en el sistema interamericano relativos a la efectiva protección judicial arts 8º y 25 de la CADH³¹. De igual forma se advierte como la Ley 975 tampoco puede ser considerada como una ley de impunidad³². Es decir no se trata de una ley de amnistía ni de indulto.

La Comisión IDH en el informe rendido frente a la ley de justicia y paz³³, señaló en sus conclusiones y recomendaciones que la decisión de la Corte Constitucional mejora de manera sustancial el balance originalmente establecido en la Ley 975 de 2005 entre el sistema de incentivos legales para la desmovilización, a través de la morigeración de penas, y los principios de verdad, justicia y reparación que hacen parte de las obligaciones internacionales del Estado³⁴.

Así mismo, precisa los aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el Estado y las instituciones inmersas en el proceso para su aplicación irrestricta como los relacionados con la veracidad de la Versión libre y la obligación de verificar e investigar lo relatado en dicho trámite³⁵; destaca el derecho de las víctimas a participar en todas las diligencias procesales³⁶.

De igual forma señala el deber de los desmovilizados de revelar las circunstancias de tiempo modo y lugar de sus crímenes; de señalar los lugares donde se hallan los cadáveres de las víctimas; a la reparación de las mismas, así como también, se advierte la pérdida de los beneficios por no colaborar con las cláusulas que establecen tales garantías³⁷.

³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de Noviembre 1969, arts 8 y 25, en línea: Organización de los Estados Americanos <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [CADH].

³² Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición: especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Temis 2008 págs 175 a 185 [Ambos].

³³ *Pronunciamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia* (2006), Comisión IDH, OEA/Ser/L/V/II.125 Doc. 15, en línea: Comisión IDH <www.cidh.org/pdf/%20files/Pronunciamento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf> [*Pronunciamento Comisión IDH en Colombia*].

³⁴ La decisión precisa los requisitos para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro sin exponerse a su revocación. Desincentiva el ocultamiento de información y promueve que las confesiones sean veraces y completas. También mejora las condiciones para que la Fiscalía pueda investigar adecuadamente los hechos, y amplía la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos y obtener reparación. Consecuentemente, la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado. *Ibid.*

³⁵ Conclusiones *Pronunciamento Comisión IDH en Colombia*: “1. La versión libre rendida por quienes se acojan a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz debe ser completa y veraz, y debe incorporar el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los crímenes fueron cometidos, a fin de asegurar el derecho a la verdad.” *Ibid.*

³⁶ Conclusiones *Pronunciamento Comisión IDH en Colombia*: Se debe preservar “2. El derecho de las víctimas a participar en todas las diligencias procesales establecidas en la Ley de Justicia y Paz.” *Ibid.*

³⁷ Conclusiones *Pronunciamento Comisión IDH en Colombia*: Se establecen los siguientes deberes para los desmovilizados: “3. El deber de quienes se acojan a la Ley de Justicia y Paz el revelar el paradero de los desaparecidos; y reparar a las víctimas con su propio patrimonio, incluyendo el patrimonio legal, respecto del cual proceden medidas de tipo cautelar.” *Ibid.*

Adicionalmente, se impone para las autoridades la obligación de actuar en el plazo razonable para imputar los crímenes desarrollar las investigaciones fijar pautas uniformes para el otorgamiento de la pena alternativa, reparación de bienes entrega de tierras etc.³⁸

Ahora frente a la CPI, también es evidente que sólo ante el fracaso del proceso y que se determine claramente que no existió realmente y que las personas juzgadas, no correspondían a los miembros desmovilizados, o que no se juzgó a nadie o se hicieron maniobras para evitar incluso el proceso alternativo de justicia y paz, habría en primer lugar argumentos para variar los principios esbozados en la sentencia de constitucionalidad de dicha normatividad³⁹. Bajo tales elementos se podrían adicionar argumentos para poner en conocimiento ante la CPI los diferentes procesos fallidos⁴⁰.

Pues bien como se puede observar en definitiva el proceso de justicia y paz tiene una misión primordial frente a la comunidad internacional de esclarecer investigar, declarar y reparar a las víctimas de las actuaciones y crímenes más graves cometidos en contra de la sociedad colombiana por los miembros desmovilizados del proceso adelantado por la *Ley 975 de 2005*.

Estas actuaciones residen indiscutiblemente en el escenario del conflicto nacional, en sus causas en su historia reciente y en la motivación nacional de conocer la verdad sobre tales acontecimientos. Por lo tanto toda actuación que impida a las autoridades públicas ejercer tal función, como lo indica la Comisión IDH en el informe analizado, estaría conspirando con las razones que le dan fundamento al proceso. En esta medida es preciso aclarar que las instancias judiciales así lo han declarado en pronunciamientos de justicia y paz, destinados a darle desarrollo a las actuaciones⁴¹. En general la validez otorgada por las instancias internacionales son suficientes para determinar conforme al tema examinado desde la pena imponible en el proceso de paz con las FARC, que no existe otro mínimo legitimado como el constituido por las medidas descritas anteriormente dentro de la *Ley de Justicia y Paz*, sus reformas y demás mecanismos complementarios. Este hecho es revelador si se observan los resultados de justicia y paz que se muestran a continuación:

³⁸ Conclusiones *Pronunciamiento Comisión IDH en Colombia*: Para las autoridades públicas se establecen las siguientes exigencias frente al proceso: “6. Los Fiscales Delegados de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz contarán con un plazo razonable para investigar los delitos y que una vez que haya completado el programa metodológico pedirán al magistrado respectivo que convoque la audiencia de imputación.” “59. Asimismo, la CIDH mantiene su preocupación sobre un número de aspectos relacionados con la aplicación e implementación uniforme de la *Ley de Justicia y Paz* y la reparación de las víctimas del conflicto, incluyendo la devolución de tierras, respecto de los cuales recomienda al Estado la adopción de las siguientes medidas [...]” [Nuestra cursiva.]. *Ibíd.*

³⁹ Kai Ambos señala que incluso se podría hablar de inconstitucionalidad sobreviniente. Ambos, *supra* nota 32 págs 202 y 203.

⁴⁰ Frente a este punto se podrían dar las condiciones de admisibilidad del artículo 17, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de Julio de 1998, 2187 CTNU 3 (entrada en vigor: 1º de julio de 2002).

⁴¹ *Proceso N° 29560* [2008], Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

TABLA 1. Estadísticas. Fuente Fiscalía General de la Nación. Unidad de Justicia y Paz

INDICE	Avances Justicia y Paz
Hechos confesados y víctimas relacionadas	
Total hechos confesados.	39.546
Total víctimas relacionadas en hechos confesados	51.906
Principales delitos en hechos confesados	
Masacres	1.046
Homicidio	25.757
Reclutamiento ilícito	1.618
Desaparición forzada	3.551
Desplazamiento forzado	11.132
Extorsión	1.168
Secuestro	1.916
Violencia sexual	96
Tortura	773
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	65
Garantías de no repetición	
Postulados que mediante declaración pública han reestablecido la dignidad de la víctima	313
Postulados que han pedido perdón a las víctimas	1.173
Postulados que han manifestado públicamente su arrepentimiento	1.083
Postulados que han prometido no repetir las conductas punibles	1.143
Postulados con Sentencia	
Postulados en Incidente de Reparación	11
Postulados con sentencia en Justicia y Paz	14
Sentencias Primera Instancia	14
Sentencias Segunda Instancia	9

Fuente: en línea : <<http://www.fiscalia.gov.co/jyp/>>

Finalmente es viable señalar en este aspecto que pese a que no se observan grandes avances frente a sentencias ejecutadas en el ámbito de justicia y paz, por lo menos el número voluminoso de actuaciones revela seriedad y propósito común al menos de cumplir con la verdad como uno de los pilares de justicia y paz. Todo ello junto con los criterios de priorización novedosos en tales instancias y la propuesta de comisión de la verdad, podrían arrojar mecanismos de selección de casos para brindar celeridad a las actuaciones, pero bajo la normatividad examinada, para el caso de las FARC. Lo anterior sigue siendo legítimo si se consultan las instancias internacionales que se han pronunciado sobre el particular. En todo caso no se advierten mecanismos de impunidad total conforme a las observaciones realizadas desde este punto de la justicia transicional en Colombia.

III. Los alcances de la CPI y límites frente a los acuerdos de Paz

Ahora bien, el tercer interrogante se refiere a la situación del proceso de paz y las actuaciones de la CPI. La pregunta es la siguiente: ¿Que sucede frente a otros mecanismos de presión como las instancias internacionales, bien sistema interamericano o la misma CPI? Frente a este punto, de acuerdo con las condiciones de vigencia del Tratado de Roma, la Corte Constitucional en el caso de Colombia, declaró su exequibilidad, mediante *Sentencia C-578 de 2002*, al examinar la ley aprobatoria 742 del 5 de Junio de 2002. Por lo tanto, la CPI en su competencia material se encuentra vigente desde el 1° de noviembre de 2002, para delitos de genocidio y lesa humanidad y para crímenes de guerra a partir del 1° de noviembre de 2009, lo cual indica que en el momento el máximo organismo tiene vigencia plena en el caso colombiano⁴². Adicionalmente, los delitos de la CPI no son objeto de amnistía y alrededor de este punto solamente han admitido propuestas que hacen viable la justicia transicional, factor que comienza a generar dificultades con respecto a las propuestas de las FARC⁴³.

⁴² *Sentencia C-578/02* [2002], Corte Constitucional de Colombia [*Sentencia C-578*]; *Estatuto de Roma*, *supra* nota 40.

⁴³ El gobierno nacional, finalmente el 5 de Agosto de 2002, envió el canje de notas a las Naciones Unidas, declarando la ratificación del *Estatuto de Roma* con el uso de la cláusula descrita en el artículo 124 examinado con anterioridad y con ello se iniciaron las consecuencias en el derecho interno de los elementos objeto de estudio en el presente trabajo. Como se indicó anteriormente, esta cláusula dejó de tener efectos el día 1° de Noviembre de 2009, debido al cumplimiento del término fijado para su establecimiento que correspondía a 7 años para los crímenes de guerra. Por ello se denomina la vigencia en pleno de la Corte Penal Internacional, debido a que todos los crímenes comprendidos en el artículo 5° se encuentran vigentes para Colombia y son atendibles en el caso de los crímenes objeto de revisión por parte del organismo internacional. Jaime Alberto Sandoval Mesa, "La competencia internacional de la CPI y los factores de responsabilidad en el caso colombiano" (2013) N° 31 Revista de Derecho Público 5 págs 11 y 12.

A. Factores Específicos para el caso de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) con respecto a la CPI

Frente a este punto, sin duda el aspecto relevante se relaciona con los periodos de justicia efectiva en los casos bajo examen de la justicia interna y si existieron posibles dilaciones que impiden la actuación judicial, más aún en el caso de las situaciones que involucren a las FARC. En este sentido, la Corte Constitucional reitera que este aspecto es de importancia en la medida en que la CPI puede ejercer en estos casos su jurisdicción complementaria, cuando el juicio nacional tuvo que haberse realizado con el propósito de sustraer a una persona para que responda ante la justicia. Pero si la persona, fue genuinamente enjuiciada, por ejemplo, cuando el proceso se adelanta con el fin de establecer la verdad de los hechos, hacer justicia efectiva y garantizar la reparación a las víctimas, por un tribunal independiente e imparcial, la Corte Penal Internacional no podrá ejercer su jurisdicción y deberá declarar que el asunto es inadmisibile, de conformidad con lo que establece el artículo 20, numerales 1 y 2 del *Estatuto de Roma*⁴⁴. Lo anterior en virtud de que la jurisdicción complementaria constituye uno de los principios fundantes del edificio internacional penal que precisa y diseña una modalidad de relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte⁴⁵.

En el caso de la situación colombiana ante la CPI, esta relación entre justicia efectiva y estándares de impunidad internos son los que actualmente son objeto de revisión por el organismo internacional, en las que además aparecen hechos que vinculan a las FARC. Es decir aparece otro factor determinante en la negociación como es la revisión internacional.

En este punto de actuaciones de la CPI en el caso colombiano según Héctor Olásolo Alonso, es necesario advertir en particular, las investigaciones sobre los paramilitares desmovilizados en Colombia, toda vez que es importante tomar en cuenta los hechos a partir del año 2003, en virtud del denominado pacto de Santa Fe de Ralito firmado el 15 de Julio de 2003 y luego los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana con ocasión de la *Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)*⁴⁶.

El doctor Olásolo con respecto al texto de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Report on the Preliminary Examination Activities*, de 13 de Diciembre de 2011⁴⁷ señaló que en el mismo se explicó que se habían recibido 86 comunicaciones con relación a Colombia, de las cuales, 17 se referían a hechos sobre los cuales la CPI no tenía jurisdicción y que las otras 69 estaban siendo analizadas

⁴⁴ Sentencia C-578, *supra* nota 42.

⁴⁵ Emanuela Fronza, *El principio de complementariedad: Introducción al Derecho Penal Internacional*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Libre, 2009 pág 63.

⁴⁶ Héctor Olásolo Alonso, “El principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar” (2012) 2:7 Revista Via Inveniendi Et Iudicandi 1 págs 12 y 13 [Olásolo Alonso].

⁴⁷ The Office of the Prosecutor, *Report on the Preliminary Examination Activities*, 2011, en línea: CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>>.

como parte del examen preliminar que la Fiscalía desarrolla desde 2005. A continuación se mencionaron a los principales actores involucrados en el conflicto de Colombia entre ellos a las FARC, agentes estatales y los factores en relación con la reducción del poder de los grupos paramilitares en los últimos años, a través del proceso de desmovilización auspiciado por la *Ley de Justicia y Paz*. Frente a este punto se observó un cierto número de desmovilizados disidentes que retomaban las armas en unidades de menor poder y control. Finalmente, se analizaron las cifras de los avances de las autoridades judiciales en materia de justicia⁴⁸. En este primer reporte se realizan los primeros señalamientos contra las FARC en casos de lesa humanidad, fundamento que va a servir de presupuesto para determinar sin duda unos límites infranqueables de la pena desde la justicia internacional.

Además de tales avances, se tiene el más reciente examen preliminar publicado en Noviembre de 2012 en el cual la CPI determinó en primer lugar que la Oficina del Fiscal de dicho organismo internacional, mantendrá el intercambio de comunicaciones con el Gobierno de Colombia en lo que respecta a las cuestiones relativas a los crímenes de lesa humanidad y de guerra objeto de la competencia de la CPI que se traducen en el caso nacional. Sobre este punto se realiza un examen detallado del punto 92 al 122 en relación con las conductas y el contexto de lesa humanidad que involucra tanto a actores del conflicto (FARC, ELN – PARAMILITARES), como fuerzas estatales. Así mismo del punto 123 al 152 se desarrolla el análisis del contexto sobre los crímenes de guerra que involucran a los actores del conflicto armado interno a partir del 1º de Noviembre de 2009⁴⁹. Es decir se reitera la participación de las FARC en estas conductas internacionales y de paso se ratifica la seriedad de sus acciones armadas frente a la justicia de la CPI, situación que debe reiterarse en las negociaciones, más aun frente a las víctimas del proceso.

Finalmente se expresa que la oficina del Fiscal General, seguirá de cerca el Marco Legal para la Paz y su implementación, medidas que recaen directamente en el proceso de negociación y que servirían de mecanismo límite como se mencionó en lo relativo para justicia y paz, de los instrumentos legales permitidos en el caso de las negociaciones⁵⁰.

⁴⁸ Olásolo Alonso, *supra* nota 46 pág 12.

⁴⁹ Igualmente, se analiza si los grupos denominados bandas emergentes harían parte del mismo junto con sus conductas. Sin embargo este último punto no está definido en la actualidad *Situación en Colombia*, Reporte Intermedio (Noviembre 2012) pág 28 a 38 y 29 a 48 (Corte Penal Internacional), en línea: CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>>.

⁵⁰ Además de lo anterior, señaló la oficina del Fiscal de la CPI, que el examen preliminar de la situación en Colombia se centrará igualmente en: el seguimiento de Régimen Jurídico para la Paz la jurisdicción penal militar y otros desarrollos legislativos pertinentes, incluidos los aspectos jurisdiccionales en relación con la aparición de “nuevos grupos armados ilegales; los procedimientos en relación con la promoción y expansión de los grupos paramilitares, procedimientos relacionados con el desplazamiento forzado, los procedimientos relativos a los delitos de violencia sexual, casos que vinculan la actuación de las FARC y los casos de falsos positivos que corresponde a agentes estatales”. *Ibid* pág 28. (Corte Penal Internacional), en línea: CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>>

Como se puede ver, este último examen ya profundiza tanto en las conductas como en los factores de competencia que podrían activarse en las situaciones especiales analizadas en el caso colombiano. De igual forma, lo relevante para este punto es que por ahora sólo aparece el sistema nacional advertido, sobre el examen preliminar de una situación colombiana junto con los factores de competencia que tienen lugar, sin embargo las medidas punitivas internas todavía son posibles para su adopción y eficaz represión en el caso colombiano.

En relación con el cuestionamiento objeto de observación, es claro que la CPI investiga los asuntos que involucran los casos de crímenes de lesa humanidad y de guerra en el contexto de los actores armados, además de otros delitos especiales de la competencia. Frente a un eventual acuerdo de paz, es claro que las FARC prefieren soluciones no jurisdiccionales y mecanismos alternos de justicia, más allá de la justicia transicional e internacional, eventos que en primer lugar resultan contrarios a esta instancia y tal vez aun frente al sistema interamericano, con lo cual el margen de negociación desde este punto de vista es bastante frágil. Todo esto implicaría una gran consulta tanto a Naciones Unidas, garantes del proceso e instancias jurisdiccionales internacionales, toda vez que es difícil de conciliar este tipo de delitos que involucran a los máximos responsables que a la postre son los mismos que se encuentran en la mesa de negociación.

Ahora frente a la comunidad internacional y en frente de jurisdicciones especiales internacionales, comienza a presentarse riesgos de impunidad tal vez difíciles de conciliar en la negociación. Frente a este punto sigue siendo una alternativa la negociación bajo el esquema de la ley de justicia y paz referida anteriormente y legítima frente a instancias como la CPI.

IV. ¿El alcance de las medidas de negociación frente a las exigencias de las FARC frente a delitos internacionales?

El siguiente punto implica si es razonable determinar medidas especiales como amnistías e indultos para suspender o determinar factores de justicia más allá de los postulados vigentes de la justicia transicional.

En este caso, es preciso determinar inicialmente que las amnistías e indultos para delitos de lesa humanidad han sido proscritos en el ordenamiento legal, mediante las reformas que se han expedido desde hace más de diez años. Por ejemplo en las medidas penales en el *Decreto 589 de 1999* se han proscritos las amnistías e indultos igualmente en el 2010 mediante el *Decreto 1421 de 1993*⁵¹ también se ha proscrito para los jefes líderes de los grupos armados que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra la imposibilidad de aceptar la imposición de indultos y amnistías.

⁵¹ *Decreto 589 de 1999*, Alcaldía Mayor, en línea: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4497>>; *Decreto 1421 de 1993*, Presidente de la República de Colombia, en línea: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1507>>.

Por otra parte las amnistías e indultos también tienen un trámite especial como se expresa en los artículos 150 numeral 17 y 201 de la constitución política, sin embargo está proscrita esta posibilidad para los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ahora concretamente las FARC señalan que frente a los crímenes sin hacer distinciones entre las violaciones, en el punto de participación política, solicitan la concesión de amnistías a guerrilleros condenados por la justicia colombiana y los requerimientos de terceros países. Todo ello para devolverles su personería jurídica atendiendo el marco para la paz y el artículo 122 de la *Constitución Política* vigente⁵².

Esta petición sin duda invita avanzar más allá de las exigencias internacionales y la jurisdicción internacional y en ningún caso podría avalarse esta posibilidad, por fuera de los criterios establecidos en el marco jurídico para la paz que permite esta posibilidad en cuanto a miembros de la guerrilla que no hayan cometido delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra.

No obstante el punto sigue siendo complejo toda vez que en el *Acto legislativo 1 de 2012* denominado marco jurídico para la paz, es más amplia la concepción tomando como base los elementos contenidos en el artículo 66 transitorio de la *Constitución Política* que desarrolla a su vez los fundamentos del art 22 del mismo estatuto (derecho a la paz). En términos generales lo que se desarrolla en estas dos normatividades es que el Estado debe hacer todo lo posible para establecer mecanismos para lograr un acuerdo de paz estable y duradero y fijar criterios de selección y priorización para los máximos responsables, establecer suspensiones de la pena para aquellos miembros que no hayan cometido delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra⁵³ y determinar la ejecución de instrumentos de justicia transicional para el caso de los desmovilizados dentro de los acuerdos que se logren con los actores del conflicto. Así mismo establece mecanismos como el establecimiento de una comisión de la verdad, pero en términos de mecanismo alterno de justicia y no simplemente como un recurso de memoria histórica, entre otras instituciones destinadas a la resolución del conflicto⁵⁴.

Entonces como factor de negociación tampoco se puede flexibilizar la pena menos de los presupuestos de la *Ley de Justicia y Paz* y del marco jurídico para la paz referido anteriormente. Ahora frente a la creación de una comisión de la verdad pero en unos términos distintos de la justicia transicional como se deriva del marco jurídico para la paz, la propuesta para la paz tiene que someterse a los términos de justicia en términos alternos de la comisión que se cree en tal sentido y no como un instrumento de reconstrucción de la historia del conflicto.

⁵² *Constitución Política de Colombia de 1991* [1991], en línea: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Consultar la siguiente página donde se discutió el asunto: Javeriana Estéreo sin Fronteras, *Proceso de paz en Colombia con Candidatos: Las cosas que pasan*, 2014, en línea: Javeriana Estéreo sin Fronteras <http://www.javeriana.edu.co/javerianaestereo/portal_919/?p=10799#U2bib_15P50>.

⁵³ Sentencia de Constitucionalidad del art 66 transitorio de la *Constitución Política* en virtud del *Acto legislativo 1 de 2012*, denominado marco jurídico para la paz. *Sentencia C-579/13* [2013], Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁴ *Ibid.*

En este sentido, la propuesta de las FARC es distinta de la establecida constitucionalmente en el art 66 transitorio, la cual trataría de un elemento más allá de la profundización de la memoria histórica. En términos estrictos el grupo insurgente señala la necesidad de crear una comisión para el esclarecimiento del origen y la verdad de la historia del conflicto interno colombiano. Tal vez este mecanismo ya existe con los informes del centro de memoria histórica que ha presentado en un informe basado en las causas desarrollo del conflicto armado desde hace 60 años⁵⁵. El grupo analizado advierte que esto es absolutamente necesario para el éxito del proceso de paz, toda vez que no se pueden establecer responsabilidades si no se establecen como se dieron los hechos de 6 décadas de violencia o más, e incluso como se puede abordar el tema de las víctimas, su reparación y perdón, así como el compromiso del “nunca más” si no se establece este mecanismo solicitado⁵⁶.

También advierten que no se puede presumir que las FARC-EP son los responsables en un conflicto social interno que tiene lugar desde su origen. Afirmar que solamente en ellos recae la responsabilidad de conductas y actos inhumanos provocados por el mismo estado y sus agentes oficiales y paraoficiales, para ellos es una apreciación que no es real, que no tiene el propósito de una reconciliación nacional definitiva. Al parecer se refieren a agentes estatales, toda vez que a continuación se refieren a personas e instituciones del estado y de carácter privado que tanto por acción como por omisión, han sido auspiciadores o ejecutantes de graves conductas y responsables de los actos luctuosos del conflicto que aspiran a que se superen en forma definitiva⁵⁷.

Finalmente, frente a la extradición de terceros países, el Estado colombiano no puede negociar esta posibilidad, toda vez que la misma depende de la voluntad de terceros estados. Solamente podría abstenerse de cooperar por ejemplo basado en intereses fundamentales del Estado, la seguridad nacional u otras prioridades especiales que en temas de extradición podrían aceptarse.

En concreto la negociación se inició formalmente el 18 de Octubre de 2012 y se dividió en tres fases. La primera fue una etapa de acercamientos secretos, de conversaciones exploratorias, en la segunda etapa se analizan los posibles acuerdos y su concreción específica, momento actual en que se encuentran las negociaciones. En este sentido, el tema tratado de la pena se asocia directamente con la participación política, toda vez que allí se encuentra una de las debilidades de los posibles acuerdos, centrado en su proceso de legitimación. Sin embargo este proceso seguramente se dejará de lado para el tercer punto que es la implementación en concreto del

⁵⁵ Centro Nacional de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: Memoria de guerra y dignidad*, 2013, en línea: Centro Nacional de Memoria Histórica <<http://www.centrodememorialhistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/index.html>>.

⁵⁶ Rebelión, *FARC-EP relanzan su propuesta sobre una Comisión de revisión y esclarecimiento*, 2014, en línea: Rebelión <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=182304>>; Agencia de Noticias Nueva Colombia (ANNCOL), *¿Que son las FARC?*, 2014, en línea: ANNCOL <<http://anncol.co/>>.

⁵⁷ *Ibid.*

proceso⁵⁸.

Para terminar, es preciso destacar que sobre los puntos tratados, de acuerdo con los avances actuales en la negociación, se accedió a un cara a cara de las delegaciones del Gobierno y las Farc con 12 víctimas de la guerra (16 de Agosto), a la puesta en marcha de una Comisión Histórica del Conflicto (el 21 de Agosto) tal y como lo pidieron las FARC, y a la creación de una subcomisión de militares activos y guerrilleros (el 22 de Agosto), para explorar modelos de cese del fuego bilateral y dejación de armas para el final del proceso de paz, lo cual parece indicar que la mesa de negociación llegó a un punto de no retorno⁵⁹. Es decir cuanto más se avance en el proceso, más necesaria será la definición de las penas objeto de análisis en el presente artículo, toda vez que sería el primer aspecto que definiría el paso de firma de un armisticio hacia la paz definitiva en Colombia.

La pena en el sistema colombiano destinado a reparar el daño y restablecer el derecho afectado, por lo tanto, junto con los principios de legalidad de las penas, judicialización y las garantías criminal, penal y de ejecución, constituyen un sistema riguroso que permite soluciones alternas de justicia más aun frente a graves crímenes internacionales, también en su función de prevención general y especial, máxime para determinar la finalización de un conflicto armado.

En cuanto a los instrumentos de justicia internacional como la CPI, es claro que el sistema concebido en esta jurisdicción difícilmente puede alcanzar soluciones de impunidad, más allá de los mecanismos flexibles de la justicia transicional y menos aún frente amnistías, perdones judiciales y crímenes de guerra o de lesa humanidad.

No obstante el sistema anterior tanto interno como internacional, la solución se puede basar en los mecanismos de justicia transicional, toda vez que los efectos pueden ser objeto de sustitución y negociación frente a las propuestas de las FARC, más aún, si se cuenta con instrumentos como el marco jurídico para la paz, la ley de víctimas, la ley de justicia y paz, así como también el artículo 66 transitorio de la

⁵⁸ En la actualidad los puntos discutidos se centran en la política de desarrollo rural, la participación política que involucra en este caso como se mencionó al tema de justicia. Este punto involucra a su vez, el desarme y espacio político para las FARC y finalmente se adelanta la conversación sobre solución al problema de las drogas y la reparación a las víctimas que debe replantearse tanto para el Estado como para las propias FARC. Presidencia de la República de Colombia, *Sala de Prensa*, 2014, en línea: Presidencia de la República de Colombia <<http://wsp.presidencia.gov.co/portal/Especiales/Paginas/Especial-Terminacion-Conflicto.aspx>>. Consultada el 10.05.2014.

⁵⁹ arisol Góme Giraldo, “El proceso de Paz está en un punto decisivo/ nálisis”, *El Tiempo* (23 de Agosto de 2014), en línea: *El Tiempo* <<http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/el-proceso-de-paz-esta-en-un-punto-decisivo-analisis-marisol-gmez/14427358>> [Gómez Giraldo].

Constitución Política, entre otros fundamentos que permitirían la sanción bajo la modalidad de pena alternativa⁶⁰. Todo ello sin contar los avances actuales reseñados anteriormente que permiten analizar un horizonte alentador en este sentido.

Así mismo, los anteriores instrumentos también posibilitan el establecimiento de comisiones de la verdad pero de carácter judicial bajo unos lineamientos estrictos que pueden evitar condiciones de absoluta impunidad, lo cual también puede ser materia de negociación con las FARC. Incluso este ámbito puede favorecer tanto sus intereses como los de las víctimas, más allá de la comisión histórica ya aceptada y creada para esclarecer las causas del conflicto⁶¹.

Finalmente se insiste en que un mecanismo judicial alterno además de los anteriores, lo constituye la comisión de la verdad para establecer la responsabilidad de graves crímenes originados con ocasión del conflicto armado colombiano, sumada a todos los esfuerzos de justicia establecidos en el momento.

⁶⁰ “ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2012 (Julio 31) [...] Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: Artículo 1°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66”. También se dispone un artículo transitorio 67 que dispone: “Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.” *Acto Legislativo 1 de 2012* [2012], Congreso de Colombia, en línea: Secretaría General del Senado República de Colombia
<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.htm>.

⁶¹ Es de destacar lo aseverado por Marisol Gómez Giraldo, al respecto: “[...] De la madurez del proceso de paz habla también la decisión del Gobierno de reconocer que “no hay una verdad única del conflicto”. Por eso aceptó la Comisión Histórica que pedían las FARC, y 12 expertos con visiones diversas harán informes sobre los orígenes de la guerra, las razones para que se prolongara y sus efectos. Finalmente, todo lo ocurrido en la última semana es la prueba de que el proceso de paz nunca estuvo en crisis, como especularon algunos cuando Santos les dijo a las FARC que no jugaran con fuego con ataques que afectaban a civiles. Por el contrario, las negociaciones pasan por un momento decisivo.” Gómez Giraldo, *supra* nota 59.