

Las amnistías y los indultos a la luz del derecho internacional*¹

The amnesties and the pardons to the light of international law

DOI:

NADIEHEZKA PALENCIA T.²
npalenciat@gmail.com

SUMARIO

Introducción – I. LA PERMISIÓN DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL – A. *Requisitos mínimos para su validez* – II. LAS OBSERVACIONES SOBRE EL ACTO LEGISLATIVO 01/17 Y LA LEY 1820/16 SOBRE “AMNISTÍA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES” PLANTEADAS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL – III. HERRAMIENTAS QUE POSEE LA JEP PARA SORTEAR LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL – IV. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES – Referencias.

Recepción: 2017/09/12 – Evaluación: 2018/09/25 – Aprobación: 2018/10/10

* Cómo citar este artículo: Palencia T., Nadiehezka. (Enero-junio de 2018). Las amnistías y los indultos a la luz del derecho internacional. *Criterio Jurídico Garantista* 11(18), 45-60.

1. Artículo producto de investigación terminada en el contexto de la línea de investigación en justicia y paz.
2. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame (USA). Exvisitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica).

RESUMEN

En este documento se hace un análisis jurídico de las amnistías e indultos de la justicia transicional colombiana, derivadas de los acuerdos de paz entre el Gobierno y las FARC-EP. Plantea que cumplen de manera parcial con los parámetros internacionales y que esto podría resolverse a través de la implementación y puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Estructura: I. La permisión de las amnistías e indultos en el derecho internacional. II. Las observaciones sobre el Acto Legislativo 01/17 y la Ley 1820/16 en materia de “amnistía, indulto y tratamientos penales especiales” planteadas por la comunidad internacional. III. Herramientas que posee la JEP para sortear la falta de conformidad con el estándar internacional. Finalmente, provee algunas recomendaciones y conclusiones al respecto.

PALABRAS CLAVE: acuerdos de paz, Colombia, amnistía, indulto, justicia transicional, derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT

This document analyses the amnesties granted by the Colombian transitional justice derived from the peace accords celebrated with the FARC-EP. It argues that they partially comply with the international parameters, and draws the attention to the implementation and start-up of the Special Jurisdiction for Peace (SJP) as a tool to resolve this problem. Structure: I. The permission to use amnesties in international law. II. The observations formulated by the international community to the Legislative Act 01/17, and the Law 1820/16 regarding “Amnesties and special treatments”. III. The legal instruments at SJP’s disposal to sort out the lack of compliance with the international standards. It finally, provides some recommendations and conclusory remarks.

KEYWORDS: Peace accords, Colombia, amnesty, transitional justice, International Humanitarian Law, International Human Rights Law.

Introducción

En el contexto de algunos países en conflicto las amnistías y los indultos resultan necesarios como mecanismos para llegar a escenarios de reconciliación. Estos son avalados y promovidos por el derecho internacional humanitario (DIH). Sin embargo, de acuerdo con los estándares del

Ius in bello y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), se deben cumplir unos requisitos mínimos para que adquieran validez.

El Estado colombiano ha hecho uso de esta posibilidad al disponer en el acuerdo de paz pactado en La Habana (Cuba) con las Farc-EP, “la amnistía más amplia posible” que concede el DIH para

ser aplicada a personas consideradas rebeldes, que además pertenezcan a una estructura organizada. El acuerdo también prevé los denominados “tratamientos penales especiales” a otros actores no considerados rebeldes, como son los miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado y los terceros civiles que hayan tenido parte en el conflicto armado. Las organizaciones de víctimas y la comunidad internacional han planteado algunas críticas frente a la forma como se han reglamentado estos beneficios penales.

Específicamente se ha dicho que de no generarse dentro de la misma implementación del acuerdo mecanismos para corregir lo que a su juicio es un incumplimiento del deber de perseguir a responsables de graves violaciones contra derechos humanos (DD. HH.) e infracciones al derecho internacional humanitario, el Estado colombiano estaría incurriendo en una manifiesta inobservancia de sus obligaciones internacionales.

En este documento se hace un análisis jurídico de las amnistías, indultos y demás beneficios penales de la justicia transicional colombiana derivadas de los acuerdos de paz, a la luz de las normas internacionales del DIH y el DIDH. Concretamente se afirma: i) que el marco jurídico transicional colombiano está diseñado parcialmente de conformidad con esos requisitos mínimos; ii) que de acuerdo con el estado actual de implementación, la solución a dicho problema se encuentra en gran medida en la institución que fue creada para aplicar justicia penal proveniente de dichos acuerdos de paz, es decir, la JEP, y de manera especial a través de la aplicación directa de los estándares internacionales sobre

las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado, de manos de las personas que hoy se someten a esta jurisdicción.

Para dilucidar tal discusión se hace referencia a: 1. La autorización de aplicar amnistías e indultos a la luz del derecho internacional y los requisitos mínimos para su validez; 2. Las observaciones sobre el Acto Legislativo 01/17 (en adelante AL 01/17) y la Ley 1820/16 de “Amnistías, indultos y tratamientos penales especiales” planteadas por la comunidad internacional; y 3. Las herramientas jurídicas que posee la JEP en su conjunto para sortear la falta de conformidad con el estándar internacional. Finalmente se proveen algunas conclusiones y recomendaciones a la Unidad de Investigaciones y Acusaciones, a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, a la Sala de Amnistías e Indultos y a las Secciones del Tribunal de la mencionada institución, frente a la importancia de su rol para corregir el problema jurídico en cuestión.

I. La permisión de las amnistías e indultos en el derecho internacional

De acuerdo con el DIH, los Estados se encuentran en la posibilidad de adoptar ciertas medidas en beneficio de los combatientes de un conflicto armado durante y después de las confrontaciones, con el objetivo de fomentar la reconciliación y la paz. Las más frecuentes entre ellas son las amnistías y los indultos. Esto excluye a las personas sospechosas, acusadas o condenadas de haber cometido crímenes de guerra o graves violaciones contra los derechos humanos.

Es una preocupación muy sentida de la comunidad internacional la utilización de estas figuras jurídicas bajo cualquier denominación, con el objetivo de dejar sin efectos el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar dichas violaciones.

Como se enunció, Colombia ha hecho uso de la posibilidad que otorga el DIH de conceder “la amnistía más amplia posible” con el fin de promover la paz. El acuerdo prevé que esta podrá ser aplicada a los desmovilizados de las FARC-EP como excombatientes de una organización rebelde. El acuerdo también establece los denominados “tratamientos penales especiales” a otros actores no considerados como rebeldes, esto es, los miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado y los terceros civiles que hayan tenido parte en el conflicto armado. De manera específica se prevén tres figuras dentro de la normatividad derivada de los acuerdos de La Habana: “las amnistías”, “los indultos” y “la renuncia a la persecución penal”, además de algunos beneficios punitivos emanados del reconocimiento de la verdad, la contribución a la reparación de las víctimas y la colaboración con la justicia.

Como se explicará más adelante, de manera reiterativa la comunidad internacional ha planteado algunas observaciones respecto de la reglamentación del fenómeno antes descrito. Puntualmente se ha dicho que el AL 01/17 y la Ley 1820/16 van en contra de los compromisos internacionales asumidos por Colombia en la lucha contra la impunidad de crímenes internacionales. Este capítulo explica cuáles son esos requisitos mínimos que Colombia debe cumplir de acuerdo con la normatividad internacional,

para otorgar beneficios penales como país en situación de transición.

Ahora bien, la amnistía es una figura jurídica que otorga, bien la posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y las acciones civiles contra ciertas personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación del instrumento que la instituye, bien la anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada, mientras que el indulto es un acto oficial que exime a un condenado de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se basa. En la práctica los Estados han utilizado diversas expresiones, incluido el indulto, para indicar leyes que corresponden a la definición de amnistía antes descrita.

La aplicación de estas figuras jurídicas suele circunscribirse a las conductas relacionadas con el alzamiento en armas para derrocar un régimen constitucional determinado, y específicamente en Colombia cumplen con estas características los delitos descritos en el título XVIII de la Ley 599 de 2000 y el título II del Decreto-Ley 100 de 1980 (actual y antiguo Código Penal). Por lo general estas conductas deben estar circunscritas a períodos de tiempo o circunstancias específicas como un conflicto armado.

A. Requisitos mínimos para su validez

El DIH contiene normas relativas a la concesión y el alcance de las amnistías. El artículo 6(5) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, el cual trata sobre los conflictos armados

no internacionales, insta que al momento del cese de las hostilidades las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad por motivos relacionados con este. De esta manera, en el punto V de los acuerdos de paz, en la parte referida a los “*Contenidos, alcances y límites de la concesión de las amnistías e indultos, así como de otros tratamientos especiales*” se dejó establecida la posibilidad de hacer uso de esta figura.

Pese a lo anterior, diversos tratados de DD. HH. y de DIH humanitario requieren expresamente que los Estados partes velen por el castigo de delitos considerados como graves violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH, en procedimientos penales iniciados contra personas sospechosas, investigadas o condenadas por haberlos cometido, ya sea en sus propios tribunales o remitiéndolos a otra jurisdicción apropiada para su enjuiciamiento.

De manera específica, algunos tratados han prohibido expresamente la falta de investigación, enjuiciamiento y sanción sobre los llamados “crímenes internacionales”. En consecuencia, como lo señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las amnistías que impiden el enjuiciamiento de crímenes de guerra, conocidos también como violaciones graves del derecho internacional humanitario, ya sea que se cometan durante conflictos armados internacionales o no internacionales, son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977.

Hay considerable consenso respecto al hecho que conceder una amnistía que impide el enjuiciamiento de un delito que esté sujeto a obligaciones derivadas de tratados con obligaciones como las antes descritas violaría el tratado en cuestión. También se ha considerado que las amnistías son incompatibles con aquellos tratados de DD. HH. que no se ocupan expresamente del enjuiciamiento pero que requieren procedimientos penales cuando haya violaciones graves, como se ha interpretado de manera coherente.

Una amnistía relativa a hechos de tortura violaría las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención contra la Tortura de 1984. En el ámbito interamericano, al cual pertenece Colombia, también se violaría la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1987. Amnistiar desapariciones forzadas es incompatible con la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. Adicionalmente, iría en contra de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

Exonerar los crímenes de lesa humanidad del castigo y/o de los recursos civiles sería también incompatible con las obligaciones que se imponen a los Estados partes en varios tratados

generales de DD. HH. que no mencionan expresamente este crimen internacional, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, pero que se ha interpretado que exigen el deber de ser castigados como tales.

Hay considerable consenso respecto al hecho que conceder una amnistía que impide el enjuiciamiento de un delito que esté sujeto a obligaciones derivadas de tratados con obligaciones como las antes descritas violaría el tratado en cuestión. También se ha considerado que las amnistías son incompatibles con aquellos tratados de DD. HH. que no se ocupan expresamente del enjuiciamiento pero que requieren procedimientos penales cuando haya violaciones graves, como se ha interpretado de manera coherente.

De esta manera, las víctimas de genocidio y de otras violaciones de DD. HH. tienen derecho a un recurso efectivo, incluida la reparación, de acuerdo con el derecho internacional general. Se requiere expresamente que las víctimas de estas violaciones tengan acceso a recursos cuya interferencia violaría las disposiciones de esos tratados.

Además de todo lo anterior, las amnistías relativas a graves violaciones pueden violar también el derecho internacional consuetudinario. La norma 159 del estudio *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, que realizó el Comité Internacional de la Cruz Roja, excluye a las personas sospechosas, acusadas o condenadas de haber cometido crímenes de guerra.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha emitido una de las decisiones que se consideran hito en la lucha contra la impunidad en escenarios transicionales: la sentencia sobre la masacre de *Barrios Altos vs. Perú*. Allí se estableció que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves contra DD. HH. tales como la tortura; las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias; y las desapariciones forzadas, explicando además que todas ellas son prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el DIDH.

A partir de esta decisión, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de leyes de amnistía en diversas ocasiones. En varias de ellas se ha centrado en la incompatibilidad sustantiva entre las normas de amnistía y las obligaciones del Estado en materia de graves violaciones de derechos humanos. Así ocurrió en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *La Cantuta vs. Perú*, *Gomes Lund y otros vs. Brasil* y *Gelman vs. Uruguay*. En estos, la Corte siguió con su jurisprudencia del caso *Barrios Altos* y la profundizó en algunos aspectos.

En términos generales, se reiteró i) lo que ya se había señalado acerca de “la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de DD. HH. con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”; ii) que las disposiciones de las leyes de amnistía que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de DD. HH. carecen de efectos jurídicos.

cos; y, iii) que, en consecuencia, no pueden ser un obstáculo para la investigación de los hechos, y la identificación y la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos.

El caso más reciente discutido por la Corte IDH sobre indultos, en el marco de sociedades que han atravesado por programas de justicia transicional, fue precisamente durante la audiencia de supervisión de cumplimiento de las sentencias *Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú*, el día 02 de febrero de 2018. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se basó en la naturaleza de las violaciones cometidas en los casos referidos, para requerir de manera expresa que la Corte considerara el “indulto humanitario” otorgado a Alberto Fujimori por el Gobierno peruano como una violación de la Convención Americana.

Uno de los argumentos centrales de la intervención de la Comisión fue recordar que las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas han sido calificadas dentro del Sistema Interamericano como de las más graves violaciones de derechos humanos, lo que a la luz de la jurisprudencia interamericana es suficiente para activar la prohibición de aplicar figuras legales dentro de las cuales se han mencionado la prescripción, la amnistía, el *non bis in idem* y el indulto.

La CIDH señaló que tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Europeo de Derechos Humanos existen pronunciamientos sobre la incompatibilidad del otorgamiento no solo de amnistías, sino también de indultos o perdones cuando median graves violaciones de derechos humanos. Trajo a colación las decisiones

del Tribunal de Estrasburgo que plantean este mismo argumento, como los casos *Margus vs. Croacia* y *Abdulsamet Yaman vs. Turquía*. En la misma línea citó la postura del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, en el caso *Kepa Urraguridi vs. España*.

La CIDH citó el derecho comparado y señaló que en varios Estados de la región la aplicación de la figura del indulto ha sido limitada cuando se trata de las más graves violaciones de DD. HH. y ciertos crímenes internacionales, como ocurre en Argentina con el artículo 1 de la Ley 27156, en Ecuador con el artículo 120 num. 13 de la Constitución, en Nicaragua con el artículo 130 del Código Penal y en Venezuela con el artículo 29 de la Constitución.

La CIDH concluye diciendo que no existe un parámetro mínimo de proporcionalidad entre la necesidad de adoptar medidas para garantizar el acceso a la atención médica requerida por Fujimori y el indulto y la gracia concedidos por el presidente Kuczynsky, y que, en efecto, el llamado indulto humanitario deja sin eficacia una sanción proporcionada y hace que el Estado incumpla sus compromisos.

Valga decir que el caso colombiano es muy parecido a la situación descrita por el juez Diego García Sayán, en un voto concurrente de la sentencia sobre el caso *Masacres de El Mozote y lugares Aledaños vs. El Salvador* que, dicho sea de paso, también fue citado en los acuerdos de paz. Como él plantea, en el marco de conflictos armados no internacionales surgen situaciones que finalizan en paz negociada. Con frecuencia, en estas situaciones entran en tensión las deman-

El art. transitorio 16 del AL 01/17 establece que las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados al momento correspondiente, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, es decir, los denominados “terceros civiles”. El párrafo 2) del mismo artículo 16 excluye a aquellos que participaron en forma activa o determinante en la comisión de un delito grave, de los beneficios del tratamiento especial.

das de justicia con los requerimientos de esta. Por tanto, las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a DD. HH. requieren un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio ponderado, que permita al país en cuestión resolver de la mejor manera su difícil situación.

En el siguiente capítulo se resumen las tensiones entre el derecho a la justicia y la necesidad de garantizar un ambiente de reconciliación con las llamadas amnistías, indultos, renuncias, beneficios y tratamientos especiales de la justicia transicional colombiana. De manera puntual se desglosarán las observaciones planteadas por

las organizaciones de víctimas y la comunidad internacional a la forma como se regulan estos beneficios penales derivados de los acuerdos de paz, en los instrumentos jurídicos que las implementan.

II. Las observaciones sobre el acto legislativo 01/17 y la ley 1820/16 sobre “amnistía, indulto y tratamientos penales especiales” planteadas por la comunidad internacional

La oficina de la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), la organización no gubernamental (ONG) Human Rights Watch y diversas organizaciones de víctimas han manifestado su preocupación por el contenido de la Ley 1820/16 y el AL 01 de 2017, en relación con los beneficios penales derivados de los acuerdos de paz. Específicamente se ha dicho que esta legislación adiciona el requisito de “sistematicidad” a la comisión de crímenes de guerra para efectos de ser perseguidos penalmente, y que deja por fuera violaciones que encajan dentro de este tipo penal que no necesariamente cumplen con el requerimiento de haber sido cometidos de forma sistemática, lo cual a su juicio va en contra del estándar internacional.

Adicionalmente, se ha puntualizado que las consecuencias de la llamada “renuncia a la persecución penal”, aplicable a crímenes cometidos por agentes no considerados como rebeldes, en la práctica guardan mucho parecido con los efectos jurídicos de las amnistías e indultos, los cuales solo pueden ser concedidos en relación con la comisión de delitos políticos, de acuerdo con las normas del DIH. Finalmente, se alerta sobre la

falta de claridad existente en la determinación sobre la denominada “participación activa o determinante” en la comisión de crímenes graves, la cual podría también dar al traste con la concesión de mecanismos de tratamiento especial como la renuncia a la persecución penal, a individuos que pudieron haber tenido un rol decisivo en la comisión de crímenes graves. En este aparte se profundizará sobre estas críticas planteadas frente al presunto incumplimiento del Estado colombiano al deber de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales, que deriva de la implementación de estas normas.

Como se había adelantado, la Ley 1820/16 regula las amnistías e indultos por los delitos políticos y delitos conexos con estos. De acuerdo con el art. 23, párrafo 3 (a) de esta ley, las amnistías o indultos no podrán concederse a individuos que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, genocidio, “graves” crímenes de guerra u otras conductas violentas. El párrafo 5 de este mismo artículo especifica que se entenderá por “grave” crimen de guerra toda infracción al DIH cometida de forma sistemática. El AL 01/17 quedó formulado en consonancia con las anteriores disposiciones.

La Fiscalía de la CPI ha manifestado que aplaude la no aplicación de amnistías o indultos a responsables de graves crímenes, tal como quedó en el marco jurídico que regula la JEP. Sin embargo, ha advertido que en relación con los crímenes de guerra, el requisito legal de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas con efectos similares a individuos responsables por esta misma violación, cuando no alcance a

tener esta característica. De acuerdo con el escrito de *Amicus Curiae* presentado por Fatou Bensouda a la Corte Constitucional colombiana, un resultado así estaría en contravención de las disposiciones del Estatuto de Roma y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario.

En consonancia con lo anterior y como lo menciona José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch, en carta dirigida al Congreso de la República y al Ministerio del Interior, se genera la posibilidad de que en la práctica se confieran beneficios penales como las amnistías u otras figuras jurídicas con efectos parecidos a un buen grupo de personas que, a pesar de haber tenido relación con la comisión de delitos internacionales, se considera que no tienen una responsabilidad determinante o no están involucradas en casos considerados como los hechos más graves y representativos del conflicto armado colombiano.

Además, se ha señalado que la Ley 1820/16 al indicar que agentes del Estado y terceros civiles que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer delitos relacionados con el conflicto podrán beneficiarse de mecanismos de tratamiento especial como la renuncia a la persecución penal, tiene efectos parecidos a las amnistías y los indultos.

El párrafo 2)1) del artículo 46 especifica que la renuncia a la persecución penal no procederá para aquellos individuos que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, “graves” crímenes de guerra u otras conductas violentas. Al igual que con las amnistías e indultos, se ha planteado

la crítica de que este condicionamiento de “gravedad”, que en la misma legislación se equipara al de sistematicidad, dejaría por fuera del radio de acción de la JEP a un gran número de conductas a las cuales el Estado colombiano se ha comprometido a perseguir, y que de no hacerlo estaría en abierto incumplimiento del Estatuto de Roma.

Como señala Bensouda, los efectos del mecanismo especial de la renuncia a la persecución penal parecen similares a los que se derivan de la decisión de conceder una amnistía o un indulto. La anterior afirmación se dice teniendo en cuenta que una decisión de renunciar a la persecución penal, tal y como está regulada en la Ley de Amnistía, traería las consecuencias de impedir investigaciones y procesamientos, anular la responsabilidad penal y eximir a la persona condenada de cumplir la pena. Por tal razón, las consideraciones hechas en los párrafos anteriores respecto de la definición de “graves” crímenes de guerra también son aplicables a este mecanismo especial, ya que se corre el riesgo de dejar sin persecución penal crímenes de guerra que hayan afectado gravemente en diversas dimensiones, pero que no alcancen a cumplir con el parámetro de sistematicidad.

También se ha manifestado que ha quedado muy ambiguo el criterio para determinar si una persona ha tenido una “participación activa o determinante” en la comisión de crímenes graves, y que esto podría traer como consecuencia que se concedan mecanismos de tratamiento especial como la renuncia a la persecución penal, a individuos que pudieron haber tenido un rol decisivo en la comisión de crímenes graves.

El art. transitorio 16 del AL 01/17 establece que las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados al momento correspondiente, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, es decir, los denominados “terceros civiles”. El párrafo 2) del mismo artículo 16 excluye a aquellos que participaron en forma activa o determinante en la comisión de un delito grave, de los beneficios del tratamiento especial.

Sobre esta disposición se ha dicho que, si bien la medida busca evitar la impunidad de los grandes responsables por crímenes graves, el lenguaje ambiguo de esta disposición podría conducir al resultado opuesto, esto es, a una interpretación excesivamente amplia de los criterios, que resulte incompatible con el derecho internacional consuetudinario y pueda llevar a una amnistía generalizada para los terceros responsables de crímenes de competencia de la CPI.

Respecto de estas preocupaciones planteadas se ha reiterado el deber que tiene el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, y entre ellos se encuentran los crímenes de guerra. Como se planteó en el primer capítulo, hay un consenso generalizado recogido en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en el que no solo es moralmente repudiable el hecho de que no se honre el compromiso internacional, sino que es una obligación ratificada por distintos organismos y cortes internacionales. Frente

a este panorama la pregunta es entonces, ¿a qué fórmula se puede recurrir a nivel interno para dar cumplimiento a dicha obligación teniendo en cuenta este panorama?

III. Herramientas que posee la JEP para sortear la falta de conformidad con el estándar internacional

Si bien el marco jurídico colombiano cumple de manera parcial los estándares internacionales relacionados con amnistías e indultos, como bien lo menciona Vivanco en su misiva a varias autoridades del Estado colombiano, hay falencias que pueden corregirse en la medida en que el sistema vaya siendo implementado. Él se refiere de manera específica a un desarrollo legislativo que “*busque limitar los defectos del acuerdo de justicia alcanzado el 15 de diciembre pasado*” y al control constitucional sobre las normas que desarrollen el punto V de los acuerdos de paz.

Sin embargo, hasta la fecha, ni las actuaciones del Congreso de la República ni las de la Corte Constitucional han resuelto estas preocupaciones de la comunidad internacional y las víctimas. En el documento de Vivanco se afirma que dicha corrección es posible a través del mismo órgano encargado de aplicar justicia, esto es, el creado por las disposiciones en cuestión. Es decir, hay una vía que no se ha contemplado para incorporar los estándares internacionales sobre DIDH y DIH a los juicios: el desarrollo jurisprudencial de la misma JEP.

De manera más específica: la JEP en sus diferentes instancias internamente podría conside-



Debería tenerse en cuenta toda la información derivada de los procesos de restitución de tierras y reparación a víctimas emanados de la Ley 1448/11.

Estos dos programas han producido dos bases de datos consideradas de las más importantes y fidedignas que tiene el país respecto de victimizaciones ocurridas en el marco del conflicto armado, como lo son el Registro Único de Víctimas y el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzadamente.

rar una corrección del problema en dos vías. La primera, haciendo uso de la materia de su competencia. Es decir, teniendo en cuenta que los delitos que va a juzgar son graves violaciones al DIDH e infracciones al DIH, y que estos ya vienen con un marco jurídico aplicable proveniente de los tratados internacionales que a lo largo de este escrito han sido citados. Estos tratados son

parte del bloque de constitucionalidad colombiano de acuerdo con el art. 93 de la Constitución Política de 1991.

La segunda vía se refiere a los esfuerzos sustantivos que deberán hacerse tanto por parte de la Unidad de Investigaciones y Acusaciones como por las Salas de este órgano, de tal manera que ayuden a ubicar graves violaciones en patrones de macrocriminalidad, según el acumulado de experiencias e informaciones que se haya podido acuñar en otras instituciones judiciales y no judiciales que se han dedicado a documentar conductas y afectaciones con estas características, en el marco del conflicto armado colombiano. Lo anterior, para efectos de que no se queden sin juzgar y sancionar violaciones que en efecto ocurrieron dentro de patrones sistemáticos pero que hasta la fecha se encuentran en altos índices de subregistro e impunidad. Un ejemplo palpable de ello es la violencia sexual.

En cuanto a la primera, baste recordar que el artículo 93 de la Constitución Nacional prescribe que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Además, que los derechos y deberes consagrados en la Carta deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de DD. HH. ratificados por el Estado. Esto quiere decir que las normas derivadas de la implementación del punto V de los acuerdos de paz no pueden tener mayor valor que las aquí mencionadas. Por el contrario, deben ser interpretadas de forma armónica y siempre respetando la prevalencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Se puede decir entonces que esta disposición autoriza al órgano en mención a utilizar el marco normativo que regula estas graves violaciones en el ámbito internacional. Dicho marco normativo se encuentra en tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano y en la interpretación que los órganos creados por los mismos tratados le han dado a ese conjunto de disposiciones.

Como lo menciona el académico Óscar Parra, la Corte IDH ya se ha pronunciado sobre la necesidad de aplicar tratados internacionales sobre DD. HH. y DIH ratificados por los Estados, cuando la discusión penal versa sobre crímenes internacionales. Él usa el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* para ejemplificarlo. En este, se analizó la ley de amnistía respecto de los crímenes cometidos durante la dictadura militar que vivió dicho país. Allí la Corte encontró que el Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno, a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantenía en vigencia un decreto-ley que no excluía a los hechos que constituían crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que se otorgaba. En medio de esta discusión fue crucial determinar que, en efecto, había hechos calificables jurídicamente como crímenes de lesa humanidad que no estaban siendo tipificados como tales, y que estaban siendo cobijados por dicha ley.

En cuanto a la segunda, también es necesario recordar que se esperan niveles más altos y estrictos respecto de la diligencia relacionada con los esquemas de investigación frente a las violaciones que se discutirán en la JEP. En una gran proporción, estos crímenes responden a patro-

nes de macrocriminalidad en el marco de conductas que, en efecto, fueron cometidas de manera sistemática.

Por lo tanto, tendría graves implicaciones que no se recojan las experiencias e informaciones acumuladas en el desarrollo de los procesos penales en la justicia ordinaria, de las personas que hoy se encuentran sometidas a la JEP. También se debería tener en cuenta los acumulados logrados en Justicia y Paz frente a paramilitares desmovilizados bajo el esquema de la Ley 975/05. Ahí, por ejemplo, se trajeron a colación varias de las responsabilidades de agentes del Estado y terceros civiles en la comisión de violaciones enmarcadas en patrones macro, que puede que hoy soliciten —de manera voluntaria— que su caso sea tramitado en esta nueva jurisdicción.

También debería tenerse en cuenta toda la información derivada de los procesos de restitución de tierras y reparación a víctimas emanados de la Ley 1448/11. Estos dos programas han producido dos bases de datos consideradas de las más importantes y fidedignas que tiene el país respecto de victimizaciones ocurridas en el marco del conflicto armado, como lo son el Registro Único de Víctimas y el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzadamente, por mencionar algunos ejemplos.

Sobre la debida diligencia relacionada con la investigación de crímenes de sistema en contextos transicionales, cita Parra el caso *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Allí la Corte IDH determinó que no se habían investigado diversos patrones que vinculaban al grupo paramilitar que cometió la masacre con los altos mandos milita-

res y las autoridades civiles de dicha zona. Teniendo en cuenta las dimensiones de lo que no se había investigado, la Corte llamó la atención sobre la necesidad de analizar patrones asociados a la “estructura criminal de ejecución” y la responsabilidad de los comandantes militares de la zona.

En similar sentido, señala que en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, este Tribunal estableció que, si bien hay factores que dificultan el esclarecimiento de los vínculos entre perpetradores, en casos complejos la obligación de investigar implica el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no solo dedicarse a los autores más inmediatos.

Teniendo en cuenta lo aquí dilucidado, a manera de conclusión general se puede decir que, en efecto, el Estado colombiano no está cumpliendo a cabalidad con su obligación relativa a adecuar su derecho interno, para garantizar de manera efectiva la investigación de graves violaciones contra DD. HH. e infracciones al DIH cometidas en el marco del conflicto armado, en relación con la implementación de las normas sobre beneficios penales derivadas de los acuerdos de paz. Y, como se ha advertido, esto puede traer como consecuencia la no investigación, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales de acuerdo con los parámetros acogidos por este mismo país, de conformidad con tratados internacionales como el Estatuto de Roma.

De la discusión antes desarrollada surgen dos recomendaciones básicas para las Salas de Am-

nistía e Indulto, de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidades, Secciones del Tribunal y Unidad de Investigaciones y Acusaciones de la JEP para corregir la mencionada falta de conformidad con los estándares internacionales.

- La primera es un llamado a aplicar e interpretar de manera armónica las normas constitucionales relacionadas con DD. HH. y DIH en conjunto con la nueva normatividad derivada de la implementación del punto V de los acuerdos de Paz. De manera específica se recomienda con mucho énfasis tener en cuenta el artículo 93 de la Constitución Nacional.
- La segunda es encontrar los mecanismos que en la práctica permitan afinar el estándar de debida diligencia frente a las violaciones sistemáticas poco documentadas, o sobre las cuales hay suficiente documentación y poca acción judicial. Solo de esta forma podrán lograrse, por ejemplo, unos niveles mínimos de juzgamiento y sanción frente a hechos con reconocida alta impunidad, como la violencia sexual ocurrida en el marco del conflicto a cargo de los actores que hoy se someten a la JEP.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (Enero 12 de 1951). Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (Junio 26 de 1987). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Carta enviada a la Corte Penal Internacional, al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y a la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No repetición. Ref.: Vulneración a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en la implementación del Acuerdo de Paz (Colombia). Remitentes: 139 organizaciones de víctimas y de derechos humanos, y 42 personalidades nacionales e internacionales. 24 de noviembre de 2017.
- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. (Julio 17 de 1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. A/CONF.183/9.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1820 de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diciembre 30 de 2016. DO N.º 50102.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto-Ley 100 de 1980. “Por el cual se expide el nuevo Código Penal”. Enero 23 de 1980. DO N.º 35461.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Julio 24 de 2000. DO N.º 44097.
- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017. “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Abril 4 de 2017.

- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Agosto 12 de 1949). Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Agosto 12 de 1949). Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Agosto 12 de 1949). Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Junio 8 de 1977). Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Volumen I. Normas. Buenos Aires: CICR.
- Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa N.º 55 del 14 de noviembre de 2017 sobre el Acto Legislativo 01 de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. (Fondo). Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Cantuta vs. Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacre de La Rochela vs. Colombia*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 11 de mayo de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El salvador*. Voto concurrente del juez Diego García Sayán. Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos *Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú*. Audiencia pública de supervisión de cumplimiento. Febrero 2 de 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
- European Court of Human Rights. Case *Marguš vs. Croatia*. Application n.º 4455/10. Judgment delivered on 27 May 2014.
- Human Rights Watch. (8 de octubre de 2017). *Carta de José Miguel Vivanco al Congreso de la República y al Ministerio del Interior sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC*. Disponible en: http://images.etn.-eltiempo.-digital/uploads/files/2017/10/09/2017_10_08%20Carta%20de%20Human%20Rights%20Watch%20sobre%20Ley%20Estatutaria%20JEP.pdf
- Naciones Unidas. (Junio 8 de 2012). Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías. Nueva York y Ginebra. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Dere-

- chos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica. Noviembre 7 al 22.
- Organización de Estados Americanos. (Febrero 28 de 1987). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Organización de Estados Americanos. (Marzo 5 de 1995). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.
- Organización de Estados Americanos. (Marzo 28 de 1996). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Parra Vera, O. (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 5-51.
- The office of the Prosecutor. (2017). *Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia*. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>