

LA AMNISTÍA EN EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
POSICIÓN ACTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DELITO DE
TORTURA.

NOMBRES

JORGE ELIECER ROJAS HERRERA
RAFAEL ANDRES CAMARGO ROJAS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.

2015

LA AMNISTÍA EN EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
POSICIÓN ACTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DELITO DE
TORTURA.

NOMBRES:

JORGE ELIECER ROJAS HERRERA
RAFAEL ANDRES CAMARGO ROJAS

Monografía presentada como requisito para optar al título de Abogado

Director de Monografía:

EDGAR FABIAN GARZON BUENAVENTURA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

APROBADO

MAURICIO HENAO BOHORQUEZ

Jurado

JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

Jurado

Bogotá, Octubre 07 de 2015.

AGRADECIMIENTOS

Los autores de la presente monografía queremos agradecer, a Dios nuestro padre celestial, porque nos acompañó en este gran paso que damos, nos dio la fortaleza, la disciplina, la persistencia para continuar y nunca desfallecer, a nuestros padres que formaron nuestro carácter para alcanzar nuestras metas, carácter que después de un largo camino nos permite finalizar este proceso con la tranquilidad del deber cumplido. A nuestros docentes que transmitieron sus conocimientos para formarnos como excelentes abogados.

A Dr. Edgar Fabián Garzón que en su función de tutor y director de trabajo de grado, nos prestó todo su apoyo y conocimiento para finalizarla con éxito.

TABLA DE CONTENIDO

SIGLAS Y ABREVIATURAS

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

PREGUNTA PROBLEMA

HIPOTESIS

CAPITULO I Los fundamentos en el Derecho Internacional sobre la prohibición de la amnistía.

1.1.Tratados internacionales.

1.2.La costumbre internacional.

1.3.El *iuscogens* sobre prohibición de la amnistía en el Derecho Internacional.

1.4.Las relaciones entre el derecho interno y la normatividad internacional.

1.5.La teoría del bloque de constitucionalidad.

1.6. Crímenes internacionales y delitos de lesa humanidad.

1.7.La jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

1.7.1. Criterios de admisibilidad.

1.7.2. Capacidad.

1.7.3. El interés de la justicia.

CAPÍTULO II La amnistía en el contexto Latino Americano.

2.1. La amnistía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.1.1. La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.2.1.Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras.

2.1.2.2. Caso El Amparo contra Venezuela.

2.1.2.3. Caso Barrios Altos contra Perú.

2.2.La amnistía en el Sistema Europeo.

2.3.La amnistía en el Sistema Africano.

2.4.La amnistía en el Sistema Universal.

CAPÍTULO III El delito de tortura y la responsabilidad penal de los agentes.

3.1. Formas de imputación y atribución de responsabilidad.

3.1.1. El concepto de la autoría en materia penal.

3.1.2. La autoría mediata en la legislación penal colombiana.

3.2. La autoría mediata en el derecho penal internacional.

3.3. El delito de tortura en el derecho penal colombiano

3.3.1. Definición dogmática

3.3.2. Bien jurídico tutelado

3.3.3. Sujeto activo

3.3.4. Definición de grupos armados ilegales

3.3.5. Sujeto pasivo

3.4. La reparación por violaciones masivas de los derechos fundamentales.

3.5. La amnistía en un contexto de justicia transicional.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja.
CPP	Código de Procedimiento Penal.
CteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ	Corte Internacional de Justicia de La Haya.
CPI	Corte Penal Internacional.
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia.
DIH	Derecho internacional humanitario.
GAOML	Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona.
Fiscalía de la CPI	Fiscalía de la Corte Penal Internacional.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona.

RESUMEN

El presente trabajo se enfoca en las posibilidades del otorgamiento de una amnistía de los delitos de lesa humanidad cometidos por los miembros de los grupos armados ilegales en el marco del actual proceso de paz en Colombia. Se parte de considerar que de acuerdo con el derecho internacional imperativo, los responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio (los cuales pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra) no podrán ser beneficiados con el indulto o la amnistía, sea cual fuere la calificación de tales conductas por el derecho penal interno.

Como objetivo general, se plantea realizar un análisis de los límites fundamentales, sustanciales y formales de la jurisdicción en materia de juzgamiento de delitos internacionales, y su vinculación con los procesos de paz. Como objetivos específicos, se quiere: a) Identificar algunos ejemplos que revelan la cristalización o no de la amnistía, según el derecho internacional. b) Identificar, de acuerdo con el derecho internacional, si las personas contra las que existan pruebas de su culpabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad o genocidio, pueden ser buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables, castigadas. c) Determinar en el derecho interno la aplicabilidad de la amnistía en el marco del proceso de paz en Colombia.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo principal fomentar la discusión acerca de un tema de trascendencia vital para nuestro país, como es el proceso de paz que se desarrolla actualmente entre los grupos ilegales al margen de la ley y el Estado. Para tal objetivo, resulta fundamental apuntar que el debate sobre este tema se reduce constantemente a una contradicción entre distintas posturas políticas, que van desde el rechazo absoluto de la aplicación de leyes de amnistía que favorezcan a algunos miembros de los grupos armados ilegales en negociación de paz, hasta la posibilidad de aplicar un marco de justicia transicional específico para el proceso de paz.

En ese sentido, se tiene como derrotero exponer un marco jurídico internacional de análisis que permita aportar luces a tal debate. Tiene por metodología iniciar con una breve exposición del marco jurídico que en el derecho internacional se ha construido alrededor de la figura de la amnistía, para luego determinar cuáles son las principales conclusiones que se pueden extraer de ciertas decisiones de Cortes y Tribunales internacionales, en lo que se refiere a la justiciabilidad de las conductas delictivas que son objeto de amnistía en los sistemas estatales.

Como pregunta de investigación, se propone indagar sobre ¿Cuál es la posición actual en el derecho internacional sobre la aplicabilidad de la amnistía frente a los delitos de lesa humanidad, y su aplicabilidad en Colombia en el marco del actual proceso de paz, en relación con los delitos cometidos por los integrantes de los grupos armados ilegales?

Para responder tal pregunta, se aborda el tema de las fuentes en el derecho internacional sobre la prohibición de la amnistía. Según la perspectiva de Bernardi (2006), las amnistías permiten extinguir la responsabilidad penal o eliminar los efectos de la

condena por ilícitos que tras su comisión se muestran carentes de su desvalor originario, o que por otra parte, tal extinción de la responsabilidad penal puede favorecer el fin de la conflictividad en un escenario sociopolítico determinado.

En la práctica, se han utilizado muy diversas expresiones para referirse a aquellos instrumentos jurídicos que corresponden a la definición de amnistía utilizada en el presente trabajo. Sin embargo, en el marco de una comunidad internacional se entiende en la actualidad sin mayor esfuerzo, que existe la posibilidad de juzgar a los responsables de crímenes de lesa humanidad, “dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de su culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables, castigadas” (Nieto, 1998).

En el trabajo, se analizará cómo se han aplicado algunas leyes de amnistía en Latinoamérica, y cómo ha sido tratado el tema en las instancias judiciales del sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), como la Comisión Interamericana de DDHH, han sido particularmente estrictas en declarar las amnistías como contrarias al derecho internacional, ya que, según el principio de jurisdicción universal, que se encuentra afirmado por los cuatro convenios de Ginebra, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad serán objeto de una investigación por parte de la Corte Penal Internacional (CPI), cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido y donde quiera que hayan ocurrido.

También se analizan las herramientas de derecho sustancial que existen en nuestro ordenamiento jurídico que permitan afirmar la vigencia de lo que en el plano internacional, se revela como la cristalización de una norma anti-amnistía, que resulta evidente a partir de lo que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) manifestó el año de 1994, en el sentido que “las amnistías para los funcionarios del Estado por delitos de tortura son *generalmente incompatibles* con la obligación de investigar, procesar y prevenir violaciones de derechos humanos” (Cryer, 2007).

En otro aspecto jurídico, que corresponde al plano del Derecho Internacional Humanitario (DIH), las amnistías que impidan el enjuiciamiento de crímenes de guerra, es decir, aquellas violaciones graves del DIH, 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 los Protocolos de 1977.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 782 de 2002 relativa al programa de reinserción, establece que la posibilidad de indulto no opera cuando se han cometido crímenes internacionales. Según el Artículo 50 de la Ley, “no se aplicará el indulto a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

En el campo del *iuspuniendi*, se puede mencionar que con anterioridad al actual Código Penal (Ley 599 de 2000), en Colombia el Decreto 100 de 1980 disponía en su artículo 127 que “los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

Referente a la amnistía, la misma ley hace referencia a ella en su artículo 82 como una forma de extinción de la acción penal y la sanción penal.

La ley 733 de 2002 en su Artículo 13, refiriéndose a la amnistía e indulto, señala que en ningún caso los autores o partícipes de delitos como terrorismo, secuestro o extorsión podrá ser beneficiado con una amnistía o indulto, al mismo tiempo que afirma que no podrán ser tomados como delitos conexos, dado que desde su concepción misma son atroces.

Este artículo, respondía a una tradición jurídica que respetaba los fundamentos políticos de quienes eran considerados como delincuentes privilegiados, por el hecho de ser portadores de un determinado proyecto ideológico (Orozco, 1998). Sin embargo, ésta era la única norma que regulaba los delitos conexos con los delitos políticos, norma que fue declarada inconstitucional por la sentencia C-456 de 1997. En efecto, en tal oportunidad, la Corte Constitucional consideró que resultaba inconstitucional “la amnistía general,

anticipada e intemporal frente a los hechos punibles conexos al delito político, y que con la despenalización de los hechos punibles cometidos en combate se viola el deber, en cabeza del Estado, de defender derechos fundamentales como el derecho a la vida” (Corte Constitucional, 1997).

En efecto, para la Corte Constitucional en dicha sentencia, en la práctica “la aplicación de la referida norma conducía a que todos los delitos comunes cometidos por los insurgentes durante un combate quedasen subsumidos en los tipos penales de rebelión y sedición. De tal manera que el insurgente que hubiese cometido delitos comunes (como homicidio, lesiones personales, hurto, etc.) conexos con la realización de un delito político (rebelión, sedición o asonada) únicamente era sancionado por la comisión de estos últimos, a condición de que los delitos conexos no constituyesen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo” (Corte Constitucional, 1997).

En el salvamento de voto de la sentencia, sin embargo, se manifestó que la tradición jurídica colombiana había realizado, por lo menos hasta la referida sentencia, “la distinción entre delito político y común con base en un criterio predominante objetivo, en armonía con elementos teleológicos y concedía un tratamiento favorable a estos hechos punibles” (Corte Constitucional, 1997).

Más allá de esta distinción que resalta la Corte, se pueden encontrar distintos argumentos en el derecho colombiano contra la aplicación de una amnistía a algunos miembros de los grupos armados ilegales. Primero se tendrá el estudio de las fuentes en el derecho internacional sobre la prohibición de la amnistía y la naturaleza del bloque de constitucionalidad en nuestro sistema de derecho.

En segundo lugar, se indica la posición sobre los delitos de lesa humanidad en la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos, para pasar a un examen de la amnistía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de la amnistía.

En el capítulo final, se trata la responsabilidad de los agentes y la concreción de la barrera de aplicabilidad de la amnistía en el actual proceso de paz en Colombia y como el concepto de la autoría en la legislación penal colombiana así como la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, son herramientas jurídicas que permiten endilgar responsabilidades a los sujetos responsables, en este caso, los grupos armados ilegales. Igualmente, se exponen como limitantes a una situación de impunidad la obligación de reparación por violaciones masivas de los derechos fundamentales y las restricciones que tendría la aplicación de la amnistía en un posible contexto de justicia transicional.

PREGUNTA PROBLEMA

¿Cuál es la posición actual en el derecho internacional sobre la aplicabilidad de la amnistía frente a los delitos de lesa humanidad, y su aplicabilidad en Colombia en el marco del actual proceso de paz, en relación con los delitos cometidos por los integrantes de los grupos armados ilegales?

HIPOTESIS

Las amnistías para los funcionarios del estado por delitos de tortura son generalmente incompatibles con la obligación de investigar, procesar y prevenir violaciones de derechos humanos.

CAPÍTULO I

Las fuentes en el derecho internacional sobre la prohibición de la amnistía

Los pactos o acuerdos del orden internacional que se celebren por escrito entre dos o más Estados, son fuentes formales del derecho internacional. Según esto, este tipo de normas generan obligaciones en el plano internacional, lo cual significa que al momento de aceptar una norma internacional en el ordenamiento jurídico colombiano por ratificación o adhesión también se acepta la posibilidad de acatar las sentencias y resoluciones de los organismos internacionales.

Esta posibilidad de obligarse internacionalmente, para el Estado colombiano en particular, introduce a debates que en el orden del día ocupan demasiadas páginas en periódicos y noticias en todo tipo de medios de comunicación. En concreto, el Estado colombiano ha ratificado y se ha adherido a un buen número de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que supeditan cualquier proyección sobre la realidad actual y en especial la negociación del conflicto armado interno y la amenaza terrorista que sufre el país.

Al suscribir tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado colombiano asume ante la comunidad internacional dos obligaciones básicas: la de respetar y la de garantizar los derechos enunciados en cada uno de esos instrumentos. Así se infiere de lo estipulado en el artículo 2º del Pacto y en el artículo 1º de la Convención.

Como consecuencia de reconocer los tratados de derechos humanos el Estado colombiano está sujeto también a los principios generales del derecho internacional de *pacta sunt servanda*, *bona fide* y *pro homine*. En virtud del principio *pacta sunt servanda*, las convenciones internacionales obligan mientras se encuentren en vigencia, y no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de lo pactado en el plano internacional.

Este principio se complementa con el de *bona fide*, el cual implica que siempre se deben interpretar las cláusulas de los instrumentos internacionales de buena fe, es decir, con respeto del sentido corriente de los términos y teniendo como fin el objeto íntegro de los instrumentos que se adoptaron.

Y bajo el principio *pro homine*, siempre se deben aplicar las cláusulas de los instrumentos internacionales buscando la salvaguardia de la persona humana en mayor medida. En últimas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica con el fin de garantizar la autonomía y la inviolabilidad del ser humano, e impone unas obligaciones para el Estado, más allá de los límites de su poder soberano, como presupuesto para asegurar la libertad y la justicia global.

Hoy en día, el gobierno de Colombia y las guerrillas están ante un proceso que se puede catalogar como una negociación de paz, pero no como un proceso de justicia transicional, si se puede entender que en un proceso de negociación propiamente dicho, “no hay ganadores ni perdedores, las concesiones mutuas son inevitables y no es posible imponer los términos del acuerdo por una de las partes a la otra” (Crisis Group, 2012:222).

La amnistía no está definida en ningún tratado de Derecho Internacional, y tampoco está explícitamente prohibida en instrumento alguno. Se puede definir como un medida legal, de naturaleza extraordinaria, cuya función principal es la de eliminar la posibilidad de ejercicio de la acción penal, así como de imputar responsabilidad penal contra determinados grupos o personas en relación con determinados tipos de delitos, con independencia de si la persona en cuestión ha sido procesada por el delito ante un tribunal de justicia (Crisis Group, 2012: 223).

Esta definición, excluye los indultos, figura que eliminan las consecuencias penales pero no la perspectiva de procedimientos judiciales adversos y excluye también los plazos de prescripción y varios tipos de inmunidad; excluye los regímenes de reducción de la pena y los acuerdos de asilo y refugio. Cuando hablamos de amnistía hablamos de balance,

de ponderación entre varios derechos, obligaciones y principios: de obligaciones de prevención, de no repetición, de asegurar la vida, por otro lado, de la importancia de las sanciones penales por delitos nacionales e internacionales. La amnistía tal como se ha definido es distinta de un indulto, que se utiliza en el presente instrumento para indicar un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se (Crisis Group, 2012).

A continuación, se verá cuáles son las fuentes jurídicas de los deberes y las obligaciones que el derecho internacional le impone a los Estados, las cuales se dirigen tanto a otros Estados, como a individuos y grupos de la sociedad civil.

1.1.Los Tratados Internacionales

Un tratado internacional puede definirse como “un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos” (Linares, 1992:61, citado por Hernández). Lo esencial, según Hernández, “es que entre los miembros del tratado prevalezca el mutuo acuerdo en la normativa o disposiciones discutidas y acordadas, ya que éstas se transforman en normas de derecho para cada uno de los signatarios de este instrumento internacional” (Hernández Villalobos, 2004:68).

Otra definición, señala que un tratado internacional “es un acuerdo entre sujetos del Derecho de Gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos” (Rousseau, 1966:23, citado por Hernández). En la doctrina española, se definen los tratados internacionales como “la manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes, y regida por el ordenamiento jurídico internacional” (Gutiérrez Espada, 1995:259, citado por Hernández).

Por su parte, en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, se entiende por tratado internacional a todo “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Para Hernández Villalobos, un tratado internacional es

“un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más sujetos de Derecho Internacional Público, plasmado en un documento escrito, que se transforma en una norma de derecho para las partes que lo suscriben, con la finalidad de producir efectos jurídicos determinados, o regular determinada situación, ya sea para crear, modificar o extinguir el derecho o las obligaciones existentes entre los mismo” (Hernández Villalobos, 2004:69).

En la doctrina también se puede diferenciar entre tratados leyes o normativos, y tratados contrato. Los primeros, son aquellos acuerdos en los cuales se establecen reglas de derecho objetivamente válidas, y se caracterizan porque todos los signatarios tienen idéntico contenido, es decir, persiguen objetivos comunes, ya sea por la paz y armonía de la comunidad internacional. Por ejemplo: La carta de la ONU, los tratados referidos a los derechos humanos (Rousseau, 1966:26, citado por Hernández).

El rasgo fundamental de este tipo de tratados es que con los efectos de su cuerpo normativo los signatarios no buscan un fin particular sino el beneficio de toda la comunidad internacional, porque el verdadero propósito de este tipo de tratados “es el establecimiento de toda una normativa jurídica, que coadyuve al fortalecimiento del orden público internacional, que es lo que sirve de fundamento a estos tratados normativos, también conocidos como tratados leyes” (Hernández Villalobos, 2004).

Señala el autor Juan Carlos Puig (1974) la diferencia entre estos tipos de tratados consiste en que “los tratados contratos se extinguen con el cumplimiento de las prestaciones

y contraprestaciones recibidas, mientras que los tratados normativos regulan conductas internacionales de forma permanente” (Puig, 1974: 114, citado por Hernández).

En lo que respecta a los tratados internacionales que son relevantes en el contexto del presente trabajo, son tratados relacionados con crímenes del orden internacional, que generan reales obligaciones para el Estado colombiano en su naturaleza de Estado Parte. Por vía de bloque de constitucionalidad, el Estado colombiano tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de cometer este tipo de crímenes. Como ejemplos de este tipo de instrumentos internacionales, se pueden mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Algunos ejemplos más concretos en el orden internacional, según Bernardi (2006), sustentan la anterior afirmación, como el Comentario General 31 de 2004 del Comité de Derechos Humanos, que sobre la naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Parte, dispone, en su Par. 18, que cuando existan investigaciones sobre violaciones de determinados derechos consagrados en el Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia.

Igualmente, como se expresa en el referido Comentario General, la insuficiencia de la investigación y la consiguiente falta de sometimiento a la justicia de los autores de las violaciones, puede de por sí constituir una violación separada del Pacto. Tales obligaciones derivadas de los tratados internacionales, surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6) (Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2004).

Como se puede deducir entonces, la impunidad con relación a las referidas violaciones puede constituir un factor que permite la repetición de las violaciones, lo que no difiere mucho del supuesto en el que se cometen propiamente las violaciones.

Hay que recordar que los comités de monitoreo de los tratados de derecho internacional de derechos humanos son órganos que producen constantemente interpretaciones de los derechos que se encuentran consagrados en los tratados para la aplicación y protección de los mismos, y como organismos oficiales que son, tienen la facultad de expedir recomendaciones generales al igual que recomendaciones particulares por cada país que es Estado Parte (Arango, 2004).

Es pertinente también, aclarar que aunque los destinatarios de las recomendaciones son los Estados partes en la organización internacional, y en ocasiones, los particulares, “éstas carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento, razón por la cual, el contenido jurídico de la expresión coincide con su sentido corriente” (Ramelli, 2011).

En cuanto a las observaciones generales, se encaminan a precisarle a los Estados partes el contenido y el alcance de las cláusulas de un determinado instrumento internacional, es decir, que son interpretaciones sobre disposiciones de derechos humanos llevadas a cabo por órganos internacionales denominados como comités, los cuales tienen una naturaleza cuasi jurisdiccional. Si bien es cierto, las observaciones generales, según la jurisprudencia constitucional colombiana, no hacen parte directamente del bloque de constitucionalidad, “su empleo es de uso frecuente por la Corte, por cuanto ayudan a comprender el sentido y el alcance de los tratados internacionales a los cuales alude el artículo 93 superior ” (Ramelli, 2011).

El artículo 38 (párrafo 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), según Ramelli Arteaga (2011), ofrece claridad sobre el sistema de fuentes en el Derecho Internacional, ya que enumera las fuentes principales y subsidiarias del derecho internacional, de la siguiente manera: a) Las convenciones internacionales, sean generales o

particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Este artículo 38, sin embargo, no establece como tal una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, entonces, “en el derecho internacional público, a diferencia de cualquier sistema de fuentes de derecho interno, no existe una jerarquía entre ellas debido a que la voluntad de los Estados se manifiesta, con igual validez, bien de manera expresa en las normas convencionales, o de forma tácita por medio de normas consuetudinarias” (Pellet, citado por Ramelli, 2011).

1.2. La costumbre internacional

En la práctica, menciona Ramelli (2011), se suele creer erróneamente que las normas convencionales son más importantes que las costumbres internacionales, de modo que gracias a un criterio jerárquico, éstas últimas son ambiguas y poco concretas en relación con las primeras. Para el mencionado autor colombiano, esta equivocación se funda en la multiplicidad de instrumentos internacionales que existen en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo y en la mayor familiaridad de los operadores jurídicos con los tratados, lo que no sucede en igual medida frente a las costumbres.

Sin embargo, las costumbres internacionales surgieron antes que los tratados y continúan regulando aspectos importantes tales como la responsabilidad internacional de los Estados, las indemnizaciones, la conducción de las hostilidades y los aspectos relativos al derecho penal internacional, entre otros (Ramelli, 2011). De hecho, se puede afirmar que “en derecho internacional público, y por ende, en el ámbito del derecho penal internacional, las normas consuetudinarias cuentan con la misma validez y efecto vinculante que aquellas incluidas en tratados internacionales (normas convencionales)” (Ramelli, 2011).

En cuanto a la definición de costumbre internacional, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, redacción que con frecuencia ha sido criticada por la doctrina de derecho internacional, ya que “la costumbre no es una prueba de una práctica, sino que, por el contrario, es el examen de la práctica lo que probará o no la existencia de una costumbre jurídica” (Jiménez de Arechaga, 1979).

En lo que sí parece haber consenso entre la doctrina del derecho internacional, es en que se necesita que la mayoría de los estados acepte una determinada práctica, para que se cumpla el requisito de la *opinio iuris* que se requiere para que sea considerada como costumbre. Entonces, los elementos constitutivos de la costumbre son, por una parte, la práctica común y reiterada de los estados, y por otra, la toma de conciencia sobre la obligatoriedad de esa conducta, que es lo que se denomina *opinio iuris*.

En todo caso, la costumbre internacional es una fuente formal y obligatoria del derecho internacional. En el tema de la amnistía, la jurisprudencia internacional, como lo refiere Bernardi, “ha estado encaminada hacia considerar como costumbre internacional la prohibición de conceder amnistías en relación con CLH, genocidio y crímenes de guerra” (Bernardi, 2006:3).

Como ejemplo, el mencionado autor refiere el acuerdo de paz entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario de Sierra Leona, cuyo texto disponía una amnistía en el artículo 9. En tal oportunidad, el representante de la ONU manifestó que debía interpretarse ese artículo 9 como no aplicable a genocidio, CLH, Crímenes de Guerra y otras serias violaciones al DIH (ONU, 2000).

El propio Tribunal Especial para Sierra Leona, tal cual lo citan López et. al. (2009), en la decisión del caso *Kallon&Kamara*, reconoció la cristalización de una norma internacional según la cual un gobierno no puede conceder amnistía por graves violaciones

de los crímenes de derecho internacional. Incluso el propio Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, en su artículo 10, dispuso que:

“La amnistía concedida para crímenes de competencia de la Corte (CLH, infracciones al artículo 3 común de las CG de 1949 y del PA II, graves infracciones al DIH y otras violaciones al derecho de Sierra Leona) no impide la persecución de dichos crímenes”(TESL, 2004).

Estos ejemplos se han dado a partir del comportamiento de los Estados y las manifestaciones de organizaciones y tribunales internacionales. En el contexto regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sucedió con el *Caso Barrios Altos contra Perú*, en el que la CIDH se refirió de manera particular a las leyes de autoamnistía, y consideró que eran:

“(…) inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CIDH, 2001).

También en el caso de la masacre de la Rochela en Colombia, la CIDH (2007) señaló la existencia de un:

“(…) deber general de investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y tendiente a establecer las responsabilidades por violaciones a los derechos humanos. Consecuentemente deben desentrañarse las estructuras criminales complejas y omitir disposiciones que impidan dicha investigación y la eventual sanción” (CIDH, 2007).

Por su parte, los relatores especiales de la Organización de las Naciones Unidas, Diane Orentlicher y Louis Joinet, articularon en sus informes la teoría sobre el deber de los Estados nacionales soberanos para enjuiciar delitos graves que se encuentran bajo su jurisdicción, así como la autoridad de la comunidad internacional para tomar medidas con el fin de hacer cumplir la ley penal en los casos en que lo anterior no se cumpliera (López, et.al., 2009).

Desde este punto de vista, las amnistías por crímenes internacionales están siempre en contravía con el derecho internacional, por cuanto contrarían el deber de los Estados de perseguir los crímenes internacionales, de conformidad con Tratados Internacionales y el *iuscogens*. También el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como señala Cryer (2007), ha dicho que las amnistías para los funcionarios del Estado por delitos de tortura son "generalmente incompatibles" con la obligación de investigar, procesar y prevenir violaciones de derechos humanos.

Finalmente, se debe mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009), en el caso *OuldDah*, decidió que las amnistías por tortura son generalmente incompatibles con la prohibición internacional de ese delito.

La costumbre internacional cumple una labor de complementariedad, que se concreta cuando las normas consuetudinarias enriquecen el contenido de las prohibiciones que existen en instrumentos internacionales. Las normas consuetudinarias, entonces, se encargan de dotar de sentido y alcance determinados conceptos y nociones del derecho internacional humanitario (Ramelli, 2011).

Otra función que cumplen las normas consuetudinarias, consiste en crear nuevas formas de autoría y participación en materia de derecho penal internacional; específicamente en este caso se puede aludir a la figura de la empresa criminal conjunta o *joint criminal enterprise* (Ambos, 2009).

En relación con las costumbres internacionales, la Corte Constitucional, en sentencia C-1189 de 2000, precisó que existían dos variedades de normas consuetudinarias que vinculan al Estado colombiano: “a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano”.

En la misma providencia la Corte afirmó: “Las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad” (Ramelli, 2009).

Como bien advierte Ramelli (2011), con fundamento en el voluntarismo del derecho internacional público, la Corte equipara, en sus efectos jurídicos frente al derecho interno, las normas convencionales y las consuetudinarias. En tal sentido, recordemos que, según las escuelas positivistas, toda norma internacional tiene un único origen: la voluntad estatal, manifestada de manera expresa (tratado internacional) o tácita (costumbre internacional).

La equiparación realizada entre tratados y costumbres internacionales, en términos de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, presenta una importancia enorme en materias tales como aplicación del derecho internacional humanitario; responsabilidad penal por actos cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado; responsabilidad del Estado e inversión extranjera. Otro tanto puede decirse de los principios generales del derecho, aunque su concreción resulta ser más difícil, por cuanto no siempre es fácil encontrar tales “denominadores comunes” en los diversos ordenamientos jurídicos estatales (Ramelli, 2011).

1.3.El *iuscogens* sobre prohibición de la amnistía

De acuerdo con el derecho internacional imperativo, los responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio (los cuales pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra) no podrán ser beneficiados con el indulto o la amnistía, sea cual fuere la calificación de tales conductas por el derecho penal interno (Nieto, 1998).

Se puede afirmar con certeza que existe una prohibición internacional para conceder amnistía en relación con crímenes de lesa humanidad (donde se incluiría el genocidio como una especie de tal crimen). Al derivarse esta prohibición de una norma de *iuscogens*, y no haber sido Colombia opositor persistente a esta figura del derecho internacional (como si ha ocurrido con Francia), no puede el Estado colombiano desconocer esta prohibición ni pactar en contrario pues estaría incurriendo en responsabilidad internacional.

Como ejemplo, el artículo I de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 confirma que el genocidio "es un delito de derecho internacional" que las partes se comprometen a prevenir y a "sancionar". El artículo VI dispone que las personas que cometen genocidio o diversos actos conexos "serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

Como bien se mencionó anteriormente, fueron los Relatores Especiales de la Organización de las Naciones Unidas Diane Orentlicher (1991) y Louis Joinet (1997) quienes articularon la teoría sobre el deber de los Estados nacionales soberanos para enjuiciar delitos graves que se encuentran bajo su jurisdicción, así como la autoridad de la comunidad internacional para tomar medidas con el fin de hacer cumplir la ley penal en los casos en que los estados fueran incapaces de hacerlo. Desde este punto de vista, las amnistías por crímenes internacionales están siempre en contravía con el derecho internacional, por cuanto contrarían el deber de los Estado de perseguir los crímenes internacionales.

Aunque ya desde finales de 1980 y principios de 1990, un pequeño pero creciente cuerpo de las sentencias de los tribunales nacionales, regionales y transnacionales han llegado cada vez más a afirmar, en términos cada vez más audaces, que la amnistía nacional por crímenes internacionales son contrarios al derecho internacional (Pensky, 2008).

Tal fórmula de la anti-amnistía, aparece como una norma jurídica emergente en el derecho internacional (Pensky, 1998; Freeman, 2007), y contradice una larga tradición tácitamente aceptada, según la cual el control en el orden interno de la ley penal es una característica integral de la soberanía nacional, por lo que la facultad de investigar, procesar y castigar a los culpables de los peores crímenes descansa en el Estado.

A partir del caso de Uganda, se amplió el esfuerzo para hacer cumplir esta norma jurídica emergente, que se refiere a las amnistías como contrarias al derecho internacional, debido a la susceptibilidad de las amnistías para generar situaciones de impunidad. Sin embargo, lo dispuesto en la Convención de Ginebra para la amnistía después de los conflictos en los conflictos internacionales, ha sido utilizado como justificación para conceder amnistías generales en caso de conflictos internos, como en el ejemplo de Sudáfrica, donde el Tribunal Constitucional citó la Convención como precedente para justificar su decisión en el caso *Azapo vs. Sudáfrica*, mientras que los demandantes habían alegado que las amnistías son contrarias al derecho internacional (Pensky, 2008).

La falta de aplicabilidad extraterritorial de la amnistía nacional se refleja en un cuerpo creciente de opiniones jurídicas y análisis académicos, y por lo tanto esta norma anti-amnistía ha comenzado a orientar los procedimientos y conclusiones de una serie de cortes y tribunales nacionales, regionales y transnacionales. La norma, sin embargo, no aparece en el Estatuto de Roma de la CPI (Pensky, 2008).

Sin embargo, algunos ejemplos revelan la cristalización de esta norma anti-amnistía; como ejemplo de esto, el Comité de Derechos Humanos UN (1994) ha dicho que las amnistías para los funcionarios del Estado por delitos de tortura son "generalmente

incompatibles" con la obligación de investigar, procesar y prevenir violaciones de derechos humanos; aunque la palabra "generalmente" introduce algunas dudas sobre el asunto (Cryer, 2007).

Durante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se fue incluso más lejos, cuando se afirmó que la prohibición de la tortura, con naturaleza de *iuscogens* en el derecho internacional, también deslegitima cualquier amnistía para la tortura (Cryer, 2007). Esto también fue parte de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009) en el caso *OuldDah*, donde la Corte decidió que las amnistías por tortura son generalmente incompatibles con la prohibición internacional de ese delito.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana (2001), así como la Comisión Interamericana, han sido particularmente estrictas en declarar las amnistías como contrarias al Derecho Internacional. El punto culminante de esta práctica ha sido el caso de *Barrios Altos*, en el que la Corte consideró que las disposiciones de amnistía, prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad son inadmisibles, ya que están destinadas a impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, conductas todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En nuestro sistema regional, en concreto, una amnistía que exonere a los autores de crímenes de lesa humanidad de los recursos penales o civiles, sería también incompatible con las obligaciones que tienen el Estado colombiano en virtud de diversos tratados internacionales de derechos humanos, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el sistema universal, algunos tratados de Derechos Humanos obligan a que los Estados partes velen por el castigo de ciertos delitos, con penas que por su severidad, reflejen la gravedad de los crímenes, como en el ejemplo del artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

1.4. Las relaciones entre el derecho interno y la normatividad internacional

Como bien lo explica el jurista Marco Gerardo Monroy Cabra, existen dos posiciones en esta materia, una llamada monista y otra dualista. Para la concepción dualista hay dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional, ambos con fuentes distintas. De tal modo que en esta concepción, el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y el Derecho interno las que se presentan entre personas o entre el Estado y sus súbditos, y se trata de dos sistemas autónomos, entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional (Monroy Cabra, 2008). En este contexto, el Estado es soberano y la validez de su orden constitucional interno es independiente de su conformidad o no con el Derecho Internacional.

La concepción monista, por el contrario, sostiene que hay “un sistema normativo universal” y tal unidad del ordenamiento jurídico conlleva a la prevalencia del Derecho Internacional (Monroy Cabra, 2008). Esta concepción fue defendida por autores iusfilósofos tan importantes como Kelsen y Verdross, quienes coincidieron en que son los órganos nacionales quienes tienen la facultad para dictar el ordenamiento nacional, pero las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores.

Mientras que el monismo con primacía del Derecho interno solo puede darse como consecuencia de la concepción de la soberanía estatal absoluta, lo cual no es más que una negación del Derecho Internacional. En concreto, como bien lo afirman Vanossi y Dalla (2000), las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados adoptaron una concepción monista con preeminencia del Derecho Internacional.

Para Sagues, citado por Monroy Cabra (2008), las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional de cada país, especialmente en el tercer mundo,

se marca por una desconfianza del Derecho local hacia el Derecho Internacional por considerar que el Derecho Internacional clásico obedece a las reglas dictadas por las potencias dominantes (Sagues, 2004); sin embargo, a distancia de cualquier posición que se tome en cuanto a las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, como bien propone Malcolm N. Shaw, también citado por Monroy Cabra (2008),

“a pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del Derecho Internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del Estado, incluyendo la Constitución, no pueden ser aplicadas para evadir una obligación internacional, ya que de lo contrario, cualquier otra solución deja al Derecho Internacional con carácter precario” (Shaw, 2005).

1.5.El bloque de constitucionalidad

Nuestro marco constitucional es fruto de un proceso constituyente (1991) que recoge un mandato popular (Esguerra, 1996) para elevar a rango constitucional una catálogo generoso de derechos fundamentales, y que también establece una serie de instituciones para garantizar su eficacia, dando pie a la actuación cada vez más activa de los órganos jurisdiccionales para lograr su tutela dando pie a la actuación cada vez más activa de los órganos jurisdiccionales para lograr su tutela (Cepeda, 1991)

Se destaca que “en toda América Latina, el mejor desarrollo jurisprudencial en materia de derechos fundamentales se ha dado en Colombia, donde su Corte Constitucional que ha desplegado una práctica jurisprudencial acorde con tales planteamientos, distinguiéndole de otros países del continente” (Carbonell, 2007). En el caso colombiano, se da la pauta para la incorporación de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales al ámbito constitucional nacional, mediante el mandato del artículo 93:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Esta norma, según Arango (2004), consagra la supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno, pero exige que para que el derecho internacional tenga operancia, la necesidad de que los acuerdos internacionales hayan sido «ratificados» por el Congreso.

A partir de la incorporación de dicho texto empieza a generarse el desarrollo de una nueva cultura de protección de los derechos fundamentales, mediante la incorporación de numerosos valores, principios y reglas internacionales. Entonces, el *bloque de constitucionalidad* implica que son normas constitucionales no sólo aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la Constitución, sino también se integran las reconocidas en tratados internacionales de derechos humanos. Esta figura recoge su nombre en alusión a fallos del Consejo Constitucional francés que desarrolló el “*bloc de constitutionalité*”, consistente en asumir la existencia de un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, “hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente, con lo que implica que tales normas sean consideradas en sentido estricto normas constitucionales y como tales gozan de supremacía constitucional” (Olano García, 2005).

Este origen de la expresión *bloque de constitucionalidad* se afirma en algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, como la C-225/95, donde de manera textual dice que:

“La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta”.

En efecto, como menciona Nieto (1998), el Preámbulo de la Constitución de Francia hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como textos que son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada.

Como menciona Arango (2004), el primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de 1992 y C-574-92, en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional.

A partir de estas decisiones, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el artículo 93 constitucional como “la norma que dispone la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad” (Arango, 2004).

La Corte, también estableció la necesidad de dos supuestos para que se diera la integración de las normas internacionales en el *bloque de constitucionalidad*, a saber: a. El reconocimiento de un derecho humano; y b. Que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción (Corte Constitucional, 1993).

La anterior interpretación, dio carácter vinculante a los tratados de Derechos Humanos, con prevalencia sobre el orden interno, interpretación que surge de la protección a la dignidad humana en el derecho internacional a través de las normas *iuscogens*, de tal modo que tanto los tratados de Derechos Humanos como los convenios de Derecho Internacional Humanitario, son normas de esta naturaleza (Corte Constitucional, 1995).

La Corte con posterioridad precisó el concepto *debloque de constitucionalidad* para determinar que de este concepto existe un sentido estricto, el cual se configura por “aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción” (Corte Constitucional, 1998).

Por otra parte, el sentido lato del *bloque de constitucionalidad* “está compuesto por las normas que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, como la Constitución, los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias” (Corte Constitucional, 1998).

De todo lo anterior, según Arango (2004), se puede concluir que el *bloque de constitucionalidad* se constituye en tres niveles diferentes, que son: a. Las normas de rango constitucional; b. Los parámetros de constitucionalidad de las leyes; y c. Las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico.

Mientras que el *bloque de constitucionalidad* en sentido estricto, está compuesto por el preámbulo de la Constitución, la propia Constitución, los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia, la ley estatutaria que regula los estados de excepción, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos (Arango, 2004).

1.6. Crímenes internacionales y delitos de lesa humanidad

La categoría de Crímenes de Lesa Humanidad (CLH), intenta proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a los derechos en el orden global. El criminal de lesa humanidad, se entiende como un enemigo de toda la humanidad. El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sirve como punto de partida para el debate sobre el contenido de la categoría de CLH.

Según el citado artículo, se entiende por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos y otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid.

En el mismo artículo 7 del Estatuto de Roma, se establece como condición de los anteriores actos para ser considerados como CLH, que el acto se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Igualmente, se establece que también integran la categoría de CLH Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Incluso en el preámbulo dice lo siguiente: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Según Ambos (2005), se desprende del mencionado preámbulo el hecho de que deja de ser necesario el nexos con un conflicto armado y con una intención discriminatoria especial.

Se afirma en la doctrina que, tanto los tratados internacionales como los estatutos de los tribunales internacionales se ocupan de los crímenes de lesa humanidad, pero que no han sido aún objeto de un cuerpo normativo de derecho internacional, como es la Convención sobre el Genocidio.

Sin embargo, han sido reconocidos en el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" que "no deben quedar sin castigo" y que "hay que adoptar medidas [para] asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia".

Antonio Boggiano (2006), por su parte, señala que los CLH responden a un derecho penal uniforme o común a todas las naciones, lo cual permite destacar que los mismos se caracterizan por su particular gravedad ante la ejecución de violaciones graves cometidas contra seres humanos, que por su propia naturaleza constituyen "*delicta iuris Gentium*" propio de la afectación de intereses fundamentales de la comunidad internacional.

Es decir, que el núcleo fundamental de los crímenes internacionales, se integra por aquellas acciones que atentan contra la humanidad o "*crimina iuris Gentium*". Entonces, "el derecho a la paz, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, constituyen parte del elemento central del núcleo duro de estos derechos, y su salvaguarda constituye una obligación *erga omnes* para los Estados" (Ruiz, 2000).

El autor español Quintano Ripollés, destaca al respecto que tales delitos pueden proceder de una norma emanada de una entidad supra estatal o, en su defecto, de las normas de cultura de la comunidad internacional. Estas normas permiten establecer y fomentar en nuestros pueblos, la consolidación de normas sancionadoras contra todo acto abominable, y que atente contra toda cultura de paz, de la cual muchos pueblos, mantienen condiciones de igualdad; constituyendo en el presente, la mayor parte de la población mundial (Quintano Ripollés, 1955).

Para diferenciar entre un crimen internacional y un crimen de derecho internacional, se destaca la opinión del jurista Remiro Brotóns, quien señala que

“un crimen internacional, constituye la violación de normas imperativas o de *ius cogens* por acción u omisión de los órganos y agentes del Estado cuyas consecuencias rebasarían ilícitos tradicionales; muy al contrario de la figura del crimen de derecho internacional, que constituyen violaciones grave, y a escala amplia de los derechos humanos, traducida en tipos penales que desencadenan en la persecución de individuos responsables, como autores, cómplices y encubridores, sean o no agentes del Estado” (Remiro Brotóns, 2001:69).

El primer ejemplo de la calificación de crímenes de derecho internacional, lo podemos encontrar en los comentarios vertidos por el Fiscal Robert Jackson de los Estados Unidos, durante el proceso de Núremberg, y el vínculo directo de los sindicatos alemanes, con respecto a la conformación de los delitos graves (Bogiano, 2006).

Sin embargo, “la definición de tal concepto se ha transformado con el tiempo aunque hay que notar que el Tribunal Internacional de Núremberg, a su vez, sirvió de modelo para el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tokio) que entró en funcionamiento en el año de 1946” (López et. al., 2009). Las primeras referencias normativas explícitas a los crímenes de lesa humanidad, como referencian López et. al. (2009), se encuentran en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y en la Ley del Consejo de Control No 10, normas que establecieron un listado de conductas internacionales insertas dentro de tal categoría.

Sobre esto, Zuluaga (2012) refiere que el uso moderno del concepto de crímenes de lesa humanidad podría remontarse a la declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía. En esta declaración, las atrocidades cometidas fueron descritas como “crímenes contra la humanidad por los cuales todos los miembros del

Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres” (Zuluaga, 2012).

Como bien se encuentra en el trabajo de Shabas (2007), citado por el profesor Christian Wolffhügel (2011), el primer juicio internacional del que se tenga noticia es el de Peter Von Hagenbach, llevado a cabo en el año de 1474. En dicho juicio, el personaje en cuestión resultó condenado y fue decapitado al ser hallado culpable de la realización de crímenes de guerra y diversas atrocidades cometidas durante la ocupación de Breisach, en Alemania.

Sin embargo, se acepta por la doctrina general que con el Tribunal de Núremberg fue cuando “por primera vez en el orden internacional se tipificaron los delitos contra la paz, además de los delitos contra la humanidad, y fue hasta 1948 que se incluyó el delito de genocidio, como una subcategoría especial de los delitos contra la humanidad” (Guerrero, 1999). Los principios en que se basa la Convención sobre el Genocidio, se puede decir que forman parte del derecho internacional consuetudinario.

Por lo que respecta al actual sistema de juzgamiento internacional, como hacer ver Guerrero (1999), este trabaja por medio de tribunales *ad hoc* internacionales; tribunales internacionalizados o mixtos, la Corte Penal Internacional, así como los tribunales nacionales. Una de las consecuencias jurídicas de la consideración de un acto como un crimen internacional es “que puede dar lugar a lo que se llama jurisdicción universal, que permite a cualquier Estado juzgar a los presuntos autores, incluso en ausencia de cualquier vínculo entre el acusado y el Estado que ejerce la competencia” (Guerrero, 1999).

Paralelamente a la creación de estos tribunales, se iniciaron los estudios y los debates en relación con la idea de crear una Corte Penal Internacional permanente, sin embargo, solo hasta 1998 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que entró en vigencia el 1o de julio del año 2002 (López, et.al., 2009).

Hay que mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, desarrolló una noción de *crimen de lesa humanidad* que se aparta en cierta medida de lo descrito en el vigente Estatuto de la CPI, en relación con el requisito de existencia de un conflicto para que se configure la referida conducta, así como en lo atinente a los requisitos de sistematicidad o generalidad (Zuluaga, 2012).

En este sentido, se pronunció tal tribunal internacional cuando emite la sentencia de apelación en el caso *Prosecutor v. Tadic*, en la que estableció que

“(…) el derecho internacional consuetudinario ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente este puede cometerse en tiempos de paz. Por lo demás, ya en la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1° b), a los crímenes de lesa humanidad ‘cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del ocho de agosto de 1945(…)” (TPIY, 1997).

En el mismo sentido, lo contenido por en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que establece una competencia para conocer de crímenes de lesa humanidad si estos “han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso” (Estatuto del TPIR. Art 3).

En este caso, como lo nota Guerrero (1999), se incluyen los requisitos de generalidad, sistematicidad y dirección de la conducta en relación con un grupo específico, sin consideración alguna a la existencia de un conflicto armado.

Para concluir en cuanto a la definición de CLH, se puede decir que los crímenes de lesa humanidad son “crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y

abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales” (Luban, 2011:62).

Sobre el genocidio en particular, según el artículo II de la Convención sobre el Genocidio, es entendido como cualquiera de los siguientes actos, cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En cuanto a los ataques como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, que configuran el escenario de los crímenes de lesa humanidad (ver Estatuto de Roma, art. 7), cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como suele ocurrir en el caso de las amnistías. Esto es tajante desde la posición de la Organización de las Naciones Unidas (véase la Observación general N° 20:44).

En general, se puede afirmar que ninguna teoría o posición oficial, aterrizando en el marco del actual proceso de paz en Colombia, puede justificar que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por CLH queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables.

También cabe resaltar que el Estado colombiano, en su calidad de Estado Parte, tiene también la obligación de prestar asistencia para someter a la justicia a las personas de las que se sospeche que han cometido actos catalogados como CLH, como actos punibles con arreglo al derecho internacional.

Finalmente, se debe hacer mención de los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados no internacionales, catalogados como violaciones graves de las reglas del derecho humanitario. Estos, responden al ámbito de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que se configuran en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949.

Los crímenes de guerra son violaciones graves de las leyes de la guerra, es decir, el Derecho Internacional Humanitario, que es otro tema de investigación. El DIH, es el conjunto de normas de derecho internacional que regulan la conducta en los conflictos armados internacionales y no internacionales. En este contexto, las violaciones graves a tales reglas, dan lugar a la responsabilidad penal individual, tanto en el orden interno como en el internacional. Los crímenes de guerra “incluyen en forma característica las violaciones graves de las leyes de la guerra encaminadas a proteger a las personas que no participan o ya no participan en las hostilidades y de normas que limitan los medios y métodos de la guerra”.

1.7.La jurisdicción de la Corte Penal Internacional

La justificación de la existencia de un Tribunal en el orden internacional, según Fernández (2000), nace de la codificación internacional del principio de justicia universal, entendido como la fuente principal del ejercicio de la extraterritorialidad de la ley penal en el espacio. Su protección normativa deriva del contenido de los principios de Núremberg, y de igual forma en el contenido de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968, y también, en el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos Protocolos de 1977, los cuales marcan un desarrollo progresivo de la jurisdicción internacional hasta la cristalización del Estatuto de Roma, que es la base jurídica del actual Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

Sobre lo anterior, el mismo Fernández Sánchez (2000), refiere que la detallada incorporación de las conductas criminales en el Estatuto de Roma, a su vez permite establecer una jurisdicción taxativa de la CPI, al enunciar cuáles son los crímenes de competencia de este Tribunal.

En este sentido según el autor muchos crímenes graves quedan fuera del alcance de este Tribunal, al observar entre ellos, delitos internacionales como el terrorismo, el narcotráfico y otros tipos de actos delincuenciales, que pueden ser considerados actos abominables, por el nivel de afectación y de daño que ocasionan a la sociedad internacional, pero que en gran medida se vinculan al ámbito penal aplicable de los Estados, en el ejercicio de su jurisdicción o competencia territorial de la ley penal.

Según la definición de Casesse (2008), el Derecho Penal Internacional “es un conjunto de normas de derecho internacional público cuyo sentido es la descripción y castigo de cierto tipo de conductas delictuosas, entre las que destacan los crímenes de guerra, los crímenes en contra de la humanidad, el genocidio, la tortura, la agresión y el terrorismo y de considerar a aquellos que las han cometido jurídicamente responsables”. Según el autor, “no hay que olvidar que el DPI deriva su origen y su desarrollo tanto del derecho internacional humanitario como también de los derechos humanos, así como también del derecho penal nacional” (Cassese, 2008:6).

Hay quienes ven el derecho penal internacional como una manifestación de un derecho penal del enemigo, basado “en estructuras jurídicas obsoletas que ponen en peligro la tradición liberal del derecho penal, donde el fin justifica los medios, y ante la posible impunidad de estos hechos debe buscarse su sanción a cualquier costo. Todo ello llevaría a considerar los elementos de un sistema penal diferente, dirigido a los enemigos de la humanidad” (Pastor, 2006).

Lo concreto es que en el artículo 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, se establece que se entenderá por “crímenes de lesa humanidad” aquellos “que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Además señala que las acciones judiciales previstas para su persecución así como las sanciones correspondientes serán

imprescriptibles (Artículo 29). Cabe anotar que en el Estatuto de Roma, a diferencia de los diferentes estatutos de los tribunales internacionales mencionados, no elabora una definición de la noción de crimen de lesa humanidad.

Pero lo que sí hace el Estatuto, es establecer una serie de delitos (Artículo 7) dentro de tal categoría, como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, la tortura, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, así como la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género.

Dentro de los delitos que tipifica el Estatuto de Roma también aparecen la desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid, y una categoría abierta, que incluye otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

No obstante las diferencias conceptuales que existen sobre la definición y los requisitos de los crímenes de lesa humanidad en los estatutos mencionados, se puede resaltar que “la existencia y conciencia del ataque, la generalidad o la sistematicidad, así como la calidad de población civil de las víctimas de los crímenes perpetrados, son elementos definitorios comunes de tal categoría” (López et. al., 2009).

Lo anterior hay que entenderlo teniendo en cuenta que, Según Ambos (2005), la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacionales resultado de un difícil proceso adelantado a lo largo de muchos años en la búsqueda de encontrar soluciones a los diversos problemas que implica el refundir los distintos intereses político criminales y los diferentes paradigmas legislativos de los países, en forma aceptable para todos.

1.7.1. La admisibilidad de los casos

En relación con la admisibilidad de casos por parte de la Corte Penal Internacional, se debe tener en cuenta que este tribunal no puede entrar a conocer de una situación ni de un caso si estos no son admisibles. Entonces, el test de complementariedad en estricto sentido (Ambos, 2010), determina el análisis en tres ámbitos: primero, la admisibilidad por inacción del Estado; segundo, la inadmisibilidad por acción del Estado, y tercero, la admisibilidad por falta de disposición o por falta de capacidad del mismo. El segundo test se ocupa del estándar de gravedad suficiente, que se erige en un criterio para justificar la intervención de la Corte Penal Internacional.

La regla general está en el artículo 17.1 del Estatuto de Roma, y es la de no admisibilidad; de tal forma que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Así que a la hora de implementarse un proceso de judicialización, se deben tener en cuenta estos criterios para determinar la admisibilidad de los casos. Con el análisis a la luz de tales criterios en el nivel interno, se cumple un doble objetivo: garantía y respeto de los derechos de las víctimas y el cumplimiento de los estándares internacionales. Y fundamentalmente, la aplicación del test de complementariedad por parte de la Corte Penal Internacional.

La complementariedad, entonces, implica como premisa que primero se debe analizar si se realizaron o no procedimientos de derecho interno dentro del Estado correspondiente y que sólo si se encuentra que efectivamente se llevaron a cabo tales procedimientos, puede comenzar el análisis de si existió una falta de disposición o de capacidad.

Conforme al Estatuto de Roma, la falta de disposición se analiza a partir de tres criterios, contenidos en el Artículo 17.2, a saber: a. Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; b. Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c. Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Como lo determina el Artículo 17.3, para determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Todo lo anterior se puede resumir en que el interés de la justicia es un principio que se enfrenta a la impunidad en el orden internacional. Según la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española en su sección de Derecho, la impunidad debe ser entendida como la “falta de castigo”, es decir, como la ausencia de cumplimiento de la ley penal.

La impunidad, en el orden internacional, se configura como una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, de adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas. Se configura impunidad, cuando no se garantiza a las víctimas los recursos para la reparación de los perjuicios sufridos, y cuando no se garantiza el derecho a conocer la verdad de lo sucedido, y cuando no se toman todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

Pero pueden darse otras circunstancias que bien pueden producir efectos semejantes. Entre ellas, se incluyen la inacción de los Estados cuando no tipifican en su legislación los crímenes que, con arreglo al derecho internacional, se deben castigar; la de los Estados que no inician juicios penales contra los responsables de violaciones de derechos humanos incluso cuando sus propias leyes no constituyen una barrera para el castigo; la de los Estados que no suministran a los fiscales los recursos que necesitan para velar por un enjuiciamiento efectivo, y la intimidación de testigos cuyo testimonio resulta necesario para garantizar que se haga justicia cabalmente.

CAPÍTULO II

La amnistía en América Latina

Establecer la posición actual en el determinar la posición real y actual del derecho internacional con respecto a la amnistía, y que permite establecer si se regula o se rechaza en el ordenamiento jurídico internacional, así como los límites del ejercicio de esta facultad estatal (Martínez et. Al., 2009).

Al respecto, el constitucionalista colombiano Ramelli Arteaga señala que “la expedición de una ley de amnistía corresponde al ejercicio de un derecho del Estado a no ejercer el *iuspuniendi*, de manera transitoria, contra determinados sujetos que o bien han atentado contra la existencia de aquel o, en cambio, en su calidad de servidores públicos han delinquido gravemente, so pretexto del ejercicio de la ‘legítima defensa’ de un orden establecido, sea democrático o autoritario” (Ramelli, 2003).

Según el penalista Fernando Velásquez, la amnistía es “un acto de poder del soberano, en consonancia con una política estatal, que permite el olvido total y absoluto de las infracciones a la ley penal que tienen carácter político” (Velásquez, 2009:11). Las amnistías, son distintas de otras formas de inmunidad oficial en derecho internacional, como las de los jefes de Estado y las inmunidades diplomáticas, las cuales protegen a los funcionarios del ejercicio de la jurisdicción de un Estado en territorio extranjero.

Aunque también hay que anotar que en cuanto a la responsabilidad por las atrocidades que se puedan cometer por funcionarios con inmunidad diplomática, en materia de protección a los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia ha destacado lo siguiente:

"La inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban los titulares de ministerios de relaciones exteriores no significa que gocen de impunidad respecto de cualquier delito que puedan haber cometido, independientemente de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos bastante separados. [...] La inmunidad jurisdiccional bien puede impedir el enjuiciamiento durante un cierto período respecto de ciertos delitos; no puede exonerar a la persona a la que se aplica de toda responsabilidad penal".

La palabra amnistía, etimológicamente se deriva de la palabra griega *amnestia*, que se refieretambiéna la raíz de la palabra *amnesia*, lo que connota la idea de olvido. O'Shea, distingue las amnistías de los indultos sobre la base de que "la amnistía promueve la paz o la reconciliación", en tanto que un indulto "constituye un mecanismo discrecional para evadir la acción judicial"(O'Shea, 2004:22).

En Colombia, es claro que la amnistía solo aplica para los delitos políticos siempre que hayan sido cometidos por integrantes de grupos guerrilleros, con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991. El gran interrogante surge en torno a la aplicación de una posible amnistía para los miembros de grupos guerrilleros que participan en el actual proceso de paz.

Para este análisis, a continuación se examinan antecedentes de aplicación de amnistías en el contexto latinoamericano, en el sistema europeo de Derechos Humano, las experiencias en el sistema africano, y la situación en el sistema universal de Naciones Unidas.

Como bien señala Cantón (2007), las constantes rupturas constitucionales y los enfrentamientos internos que tuvieron lugar durante las décadas de 1970, 1980 y1990 dejaron profundas heridas en la institucionalidad y en la sociedad latinoamericanas, ya que las dictaduras y los conflictos internos repercutieron negativamente en los ámbitos político, social, económico, jurídico, etc.; y aunque en cada país la respuesta fue distinta, en todos

los casos se tuvo como factor común, la dificultad de hacer justicia por las graves violaciones de los derechos humanos.

En este sentido, los Estados actuaron de manera distinta frente a la búsqueda de justicia por las violaciones de los derechos humanos, ya que se dictaron leyes que limitaron la posibilidad de investigar, juzgar, condenar y reparar el daño causado a las víctimas (Cantón, 2007). Esto se evidenció en la República Argentina, cuando en 1983, antes de dejar el poder, la Junta Militar expidió una ley de auto-amnistía denominada “Ley de Pacificación Nacional”, con el fin de evadir la responsabilidad penal de la Fuerza Pública en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura militar. La ley abarcaba los crímenes cometidos desde 1973 hasta junio de 1982 (Martínez, et.al., 2009).

Sin embargo, a pesar de haber sido revocada por inconstitucional y nula, con posterioridad la llamada “Ley de Punto Final” de 1986 cerró la posibilidad de llevar a juicio a los responsables de violaciones a los derechos humanos durante el gobierno de la Junta Militar (Martínez, et.al., 2009). En el mismo sentido, la llamada “Ley de Obediencia Debida”, estableció una presunción de derecho para eximir de responsabilidad penal a todos aquellos oficiales que hubiesen cometido un crimen en cumplimiento de la orden de un superior.

En el caso chileno, se encuentran las leyes de amnistía que se promulgaron en la década de 1970, con el fin de impedir el juzgamiento de los responsables de los crímenes que se cometieron durante 1973 y marzo de 1978, en lo que se conoció como el Estado de Sitio. Todo comenzó el 23 de Agosto de 1973, cuando Augusto Pinochet es nombrado Comandante en Jefe del Ejército, y la Cámara de Diputados aprueba un proyecto de acuerdo en el que se afirma que el gobierno ha sobrepasado la Constitución. Ese mismo año, el 11 de Septiembre, estalla el golpe de Estado en el que ocurrió el suicidio del presidente constitucional Salvador Allende.

En el caso de Perú, como señala Cantón (2007), el Gobierno de Fujimori dictó las Leyes de Amnistía 26.479 y 26.492 de 1995, que tenían como objetivo amnistiar al personal militar, policial o civil involucrado en las violaciones de los derechos humanos

cometidas desde 1980. Estas leyes habrían producido sus efectos, de no ser por la caída del régimen de Fujimori.

2.1.La amnistía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.1.1. La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El informe anual de 1985-1986, marca un hito en la posición de la Comisión Interamericana sobre el tema de la aplicabilidad de la amnistía, por cuanto el organismo en tal oportunidad se refirió a la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la efectividad de los derechos humanos, y además planteó un equilibrio entre la exigencia para los Estados de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, y al mismo tiempo, de que “no llegue a arriesgarse ni la urgente necesidad de reconciliación nacional ni la consolidación del régimen democrático” (Cantón, 2007).

En contexto con lo anterior, es de notar cómo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) considera incompatibles las leyes de amnistía, con la obligación de prevenir, investigar y castigar a los responsables de cometer violaciones de derechos humanos, consagrada en la CADH (CIDH, 1996).

Por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, se expresó la oposición hacia las normas de amnistía en Chile (1978), lo que en su momento se argumentó desde diversas disposiciones e instrumentos de derecho internacional que contenían obligaciones para el Estado chileno, y su conducta como violatoria del derecho consuetudinario y de los principios de *ius cogens*, que contemplan las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad como delitos de una enorme magnitud que no pueden quedar en la impunidad.

La CIDH también ha establecido restricciones sobre las leyes de amnistía, en los

casos específicos de violaciones de derechos humanos que no han sido investigadas o sancionadas por el Estado sobre el que recae la jurisdicción, por ejemplo, cuando en virtud de una determinada ley de amnistía se obstaculiza el proceso para establecer la responsabilidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (Martínez et. Al., 2009)

Un ejemplo de la posición de la CIDH respecto de las normas relacionadas con la amnistía que han obstaculizado procesos judiciales, es el de *CatalánLincoleo contra Chile*; en tal oportunidad, la CIDH manifestó que el Decreto Ley 2191 de 1978, por el cual se concedía una amnistía general que beneficiaba a los violadores de derechos humanos durante el régimen militar chileno de 1973 a 1990 (CIDH, 2001).

2.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1.2.1. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras

En 1988, en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, si bien la Corte no hizo mención expresa del tema de la amnistía, en dicha ocasión la Corte afirmó que “en cumplimiento de la obligación de los Estados Parte de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, estos tenían el deber de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención (CIDH, 1988).

Para la Corte, el proporcionar tales recursos es un deber jurídico de los Estados, que se verifica de acuerdo con la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Esto, en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, implica que los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1); lo anterior parece ir en contra de la posibilidad de aplicación de amnistías.

En este caso, también consideró la Corte, que el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención y que si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Para la Corte, lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

2.1.2.2. Caso El Amparo contra Venezuela

En el caso *El Amparo contra Venezuela* (CIDH, 1996) la Corte reafirmó su posición respecto a la obligación de las partes de la CADH de llevar a cabo una investigación seria y sancionar de la misma manera, y no simplemente como una formalidad, a los responsables de cometer violaciones de derechos humanos. Esto, claramente, excluye la figura de la amnistía, según Martínez et. Al. (2009).

En virtud de lo anterior, la CIDH reiteró al Estado venezolano su deber de cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos libremente asumidas bajo la Convención Americana y demás instrumentos jurídicos aplicables y lo exhortó a dar cumplimiento efectivo a las recomendaciones, y no sólo emitir condenas como formalismos, a fin de contribuir al fortalecimiento de la defensa y protección de los derechos humanos en un contexto democrático.

Vemos como se vincula el principio democrático con el cumplimiento de las obligaciones para los estados parte, y cómo la obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los Derechos Humanos debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad.

2.1.2.3. Caso Barrios Altos contra Perú

En sentido estricto, esta es la primera sentencia en que la CIDH se refiere a la amnistía. En este caso, haciendo referencia expresa a las leyes de amnistía, la Corte señaló la incompatibilidad de este tipo de leyes con distintas obligaciones y derechos consagrados en la Convención Americana (CIDH, 2001).

En virtud de lo que afirmó la Corte en la sentencia de fondo, las leyes de amnistía violan derechos y obligaciones consagrados en la CADH al no permitir el acceso a la justicia, al dejar sin castigo a los responsables de violar derechos humanos y al no constituir medidas que garanticen el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por la convención (artículo 2.º); en tal sentido, cualquier ley de amnistía que tenga estas consecuencias será contraria a la CADH.

Al referirse a la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, la Corte consideró que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CIDH, 2001).

Igualmente, estimó necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención (CIDH, 2001).

Por lo tanto, para la Corte, los Estados Partes en la Convención que adopten leyes de amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención., por cuanto las leyes de amnistía (particularmente las de auto-amnistía) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad,

por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana (CIDH, 2001).

También señaló la Corte que como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana (CIDH, 2001).

Para la Corte, este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

En el caso *Almonacid Arrellano contra Chile*, la Corte reafirma esta posición, cuando dice que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”. En esta ocasión, se puede decir que la Corte fue más allá de su posición en la sentencia en el caso Barrios Altos, al realizar la afirmación según la cual “los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía” (CIDH, 2001).

2.2.La amnistía en el sistema europeo

En el ejemplo de Europa, existe el antecedente de la Ley de Amnistía promulgada en la República Federativa de Yugoslavia (RFY) en el año de 2001, que concedía la amnistía a las personas que en el período comprendido entre 1992 y octubre de 2000 hubieran cometido o fueran sospechosos de haber cometido los delitos de prevención de la lucha con el enemigo, levantamiento armado, instigación a la fuerza para el cambio de sistema constitucional, asociación para actividades hostiles y violación de la reputación de la RFY (Martínez, et.al., 2009).

En cuanto a los casos presentados ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), las decisiones revelan una posición hasta cierto punto dual (Martínez, et.al., 2009), tanto que la Corte EDH se refiere el necesario respeto de la figura de la amnistía, sin importar la nimiedad en el tiempo de la pena (CEDH, 2008) e incluso en alguna ocasión se refiere a la posibilidad de que individuos que cometen actos terroristas puedan recibir los beneficios de la aplicación de leyes de amnistía, como en el Caso *Barberá, Messegue y Jabardo contra España* (ECHR, 1994).

Mientras que en el caso *Gast y Popp contra Alemania I*, se rechazó la aplicación de una amnistía porque el ordenamiento interno no cobijaba este tipo de delitos, y porque en el tratado bilateral entre las dos Alemanias, si bien se había considerado el tema de la amnistía nunca se había llegado a un consenso en cuanto al tema (Martínez, 2009), y los intentos de introducirla posteriormente fueron fallidos.

En el caso de *Isayeva, Yusupova y Bazayeva contra Rusia*, que se trata de un bombardeo aéreo en contra de un convoy de civiles en un contexto de enfrentamientos en Chechenia entre las Fuerzas Federales Militares y las guerrillas chechenas, en 1999, los demandantes señalaron que sus familiares fueron torturados y asesinados por miembros del ejército ruso, que la investigación de su muerte era ineficaz y que no tenían acceso a recursos eficaces a nivel nacional. El Estado ruso alegó que el ataque fue legítimo y las medidas absolutamente necesarias y proporcionadas para suprimir la resistencia activa de los grupos armados ilegales (Martínez, 2009).

La Corte EDH consideró que Rusia, debido a la falta de planificación de este ataque en lo atinente al requisito previo de atención a la vida de la población civil, había violado el artículo 2.º, acerca del derecho a la vida, del Convenio EDH. Además, sostuvo que la ineficacia de las investigaciones constituía una violación del artículo 3.º de la prohibición de la tortura del Convenio EDH. Por último, se refirió específicamente a la ausencia de eximentes de responsabilidad, habida cuenta de que a pesar de existir una ley de amnistía que favorecía a los miembros de las Fuerzas Militares rusas, esta no aplicaba a delitos comunes, como el homicidio (Martínez, 2009).

2.3.La amnistía en el sistema africano

Dentro del sistema africano la figura de la amnistía aparece principalmente como un mecanismo político para dar solución a los constantes conflictos internos. Se destaca el año de 1995 cuando el Parlamento Sudafricano, en el marco del proceso de justicia transicional que supuso el proceso de paz en ese país africano, aprobó el Acta de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación, que ordenaba el establecimiento de una Comisión de Verdad y Reconciliación. Pero su aspecto más controversial fue el ofrecimiento de una “amnistía por la verdad” dirigida a los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos que estuvieran dispuestos a confesar sus crímenes (Martínez. 2009).

Otro ejemplo de esto es el Acuerdo de Paz de Lomé, firmado entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido (RUF), en 1999. En el Acuerdo, se dispuso una amnistía total para los miembros del grupo rebelde RUF, del Consejo de Fuerzas Armadas Revolucionarias, del Ejército de Sierra Leona y de la Fuerza de Defensa Civil, con el fin de promover la paz y la reconciliación nacional (Martínez. 2009).

2.4.La amnistía en el sistema universal

Desde la perspectiva del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, la primera labor en el ámbito de las Naciones Unidas, referida a la elaboración de instrumentos que receptaran a los derechos fundamentales, fue llevada a cabo por la Comisión de Derechos Humanos en el año 1946. Frente a ese panorama, la Organización de Naciones Unidas orientó sus esfuerzos a la elaboración de pactos que estuvieran dotados de mecanismos de protección eficaces frente a las situaciones de violaciones de derechos humanos. Igualmente, el Consejo adquirió la facultad de formular recomendaciones con respecto a la situación de los derechos humanos a la Asamblea General, y realizara un examen periódico universal sobre el cumplimiento, por parte de los Estados que componen la comunidad internacional, de las obligaciones y los compromisos asumidos en materia derechos humanos (Tudda, 2010).

En ese sentido el Consejo asume y debe perfeccionar todos los mandatos, mecanismos y funciones de la Comisión como así también mantener un sistema de procedimientos especiales y un procedimiento de denuncia.

Recientemente, el Consejo Económico y Social de la ONU, a través del informe de la relatora Diane Orentlicher, se ha pronunciado respecto a las leyes de amnistía, en el sentido de definir una incompatibilidad general de las leyes de amnistía con la obligación de los Estados de investigar los actos que constituyen este delito, y con la de garantizar que los ciudadanos no sean víctimas de dichos actos y que estas conductas no ocurran en el futuro (ONU, 1994).

CAPÍTULO III

Responsabilidad de los agentes y aplicabilidad de la amnistía

En nuestro país el conflicto armado posee un carácter muy complejo y se caracteriza en gran medida por su heterogeneidad de actores y por las profundas secuelas que deja en la economía, la política y la dinámica social de la Nación. Por esto, se abre un interrogante muy serio desde el punto de vista jurídico, que consiste en establecer si los altos mandos de los grupos armados ilegales van a responder penalmente por sus delitos, o si por el contrario, en virtud de un proceso de paz se pueden aplicarse leyes de amnistía.

Esto adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta la relación de apoyo y de subsidiariedad (Cassese, 2008) entre el derecho interno y el Derecho Penal Internacional. El DPI (Chirino, 2005), en efecto, intenta regular reglas procedimentales que impidan la arbitrariedad a la hora de la persecución de los hechos punibles. Para esto, resulta fundamental que en el agotamiento de la vía nacional la justicia sea eficaz, y que para acudir a la jurisdicción internacional se esté en estricto cumplimiento del principio de complementariedad (Chirino, 2005) que sostiene que son los Tribunales de los Estados los que preferentemente deben juzgar los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional, conforme a las reglas de territorialidad y de nacionalidad.

Según este principio, solo en caso de que las jurisdicciones nacionales no tengan capacidad para adelantar las investigaciones, sean ineficaces o carezcan de lo necesario para juzgar los delitos, corresponderá a la Corte Penal Internacional ejercer sus competencias. Pero junto al análisis de la posible intervención del Derecho Internacional, a continuación se revisarán las herramientas que existen en el derecho interno para aplicar la ley penal a los miembros de los grupos armados ilegales que se encuentran en negociación con el gobierno colombiano, por delitos que en su gran mayoría son ejecutados por agentes que no actúan de forma individualizada, sino que actúan por medio de aparatos organizados de poder.

En Colombia, por las especiales características que tiene su conflicto armado interno, la cantidad de actores que en él aparecen y la imposibilidad práctica de individualizar la autoría en la totalidad de ejecución de los delitos, ha venido ganando terreno en nuestro

sistema judicial la aplicación de la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, esto con la finalidad de poder judicializar a los mandos de organizaciones que presentan estas características como los grupos guerrilleros, grupos paramilitares, BACRIM, etc.

3.1. Formas de imputación y atribución de responsabilidad

En este punto, se presentan los presupuestos que permiten decantarse por la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los miembros de los grupos armados ilegales, en detrimento de la aplicación de una amnistía en el marco del actual proceso de paz. Veremos cómo es posible atribuir responsabilidad penal a los jefes de los grupos armados ilegales en virtud de la denominada autoría mediata por dominio de la voluntad, a través de aparatos organizados de poder. Antes de empezar a desarrollar esta figura, primero se planteará el concepto de “autor” en materia penal.

3.1. 1. El concepto de la autoría en materia penal

Esta figura fue desarrollada por Franz Von Liszt, quien construyó el concepto unitario de autor. Dentro de esta doctrina unitaria de la autoría se desarrollan a su vez dos vertientes: Una posición de carácter “formal”, según la cual toda persona que participe en un hecho delictivo, es autor del mismo, sin que existan diferentes clases de autores dependiendo de la participación. En segundo lugar, una postura de carácter “material”, que acepta la igualdad en el aporte causal de todos los intervinientes y por tal su idéntico marco punitivo, aunque admite la clasificación de los mismos en autor por incitación o por determinación, autor inmediato y mediato, y autor por apoyo o por colaboración” (Velásquez, 1997).

Según Velásquez, autor es “aquella persona que reuniendo los elementos requeridos (tanto objetivos como personales), por sí mismo, utilizando a otro como instrumento, o mediante actuación funcional conjunta, o por representación de persona natural o jurídica, según el caso, ejecuta o realiza la conducta punible” (Velásquez, 1997).

Vemos que para la teoría unitaria de la autoría no hay realmente una diferenciación respecto de las personas que intervienen en el delito, ya que todos terminan siendo autores del mismo, independientemente del grado de aporte que tengan para la comisión del punible.

El concepto restrictivo de autor pugna por establecer una diferencia clara entre autor y partícipe, derivando esta última figura de consagraciones legales específicas, cuya función principal es ampliar el espectro del tipo penal para permitir su inclusión.

El concepto de autor, desde la Teoría Objetivo – Material (Welzel), ha sido desarrollado por el eminente penalista alemán Claus Roxin. Para esta teoría, es autor la persona que es causa del hecho, por lo que se tiene que hacer una clara diferenciación entre quien aporta la causa necesaria (autor), quien aporta un simple favorecimiento (partícipe), y quien aporta una simple condición (cómplice). Para Roxin, “quien aporta la causa necesaria durante toda la comisión del delito es quien domina el hecho, pues es él quien posee la decisión de detener o seguir adelante con la materialización del punible” (Roxin, 1997).

En la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho. Según Hanz Welzel, citado por Bacigalupo, "tiene dominio sobre el hecho el que en base a su decisión de voluntad lo realiza finalmente" (Bacigalupo, 1996). Según el tratadista argentino, existen tres formas para que una persona tenga el dominio del hecho dentro de la ejecución de una conducta punible: a) cuando se tiene el dominio de la acción, b) cuando se tiene el dominio de la voluntad y c) cuando se tiene el dominio funcional.

En la primera el autor es aquel que realiza todos los elementos del tipo penal. En la segunda, nos encontramos frente a la figura de la “autoría mediata”, y la responsabilidad se atribuye por la coacción ejercida sobre la persona que finalmente termina ejecutando el hecho; por el aprovechamiento de un error en el cual se indujo previamente a este, o por la utilización de un aparato organizado de poder para la materialización del punible. Así que se puede considerar como autor es autor a quien se valga de cualquiera de las formas antes mencionadas para la realización de una conducta punible.

En la tercera y última modalidad de dominio del hecho, tenemos el dominio funcional, el cual fue desarrollado exclusivamente para el tema de la coautoría, explicando que en esta, cada coautor tiene dominio del hecho sobre la parte del trabajo criminal que le toca hacer para lograr el fin común, por este motivo el dominio del hecho se halla distribuido en varios sujetos. Serán autores todos aquellos que se dividen el trabajo criminal para llevar a cabo la realización de una conducta punible, dado que como se explicó anteriormente, todos poseen el dominio del hecho.

3.1.2. La autoría mediata en la legislación penal colombiana

La regulación que consagra el vigente Código Penal en su artículo 29, expone de manera expresa la autoría mediata y la coautoría impropia, cuando establece que

“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la finalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la infracción” (Ley 599 de 2000, Art. 29).

En el primer inciso del artículo, se ve la inclusión de las autorías inmediata y mediata. La coautoría impropia o funcional en el segundo inciso y en el tercero la autoría por representación.

El concepto de la autoría mediata aparece como fruto de la evolución en el campo teórico y práctico del derecho penal. De tal modo que de una primera etapa en la que autor era quien ejecutaba físicamente el acto que tenía como resultado un hecho punible, se llegó a la concepción del autor detrás del autor, como agente necesario para que se cometa el

hecho punible. Esta nueva identificación del autor, como agente mediato, superó la causalidad natural y la ejecución fáctica como medida de análisis del hecho punible.

Para diferenciar al autor del simple cooperador, cosa que la causalidad natural no permitía distinguir, se introdujo en el análisis del hecho punible un elemento subjetivo, el *animus*, que mediaba en el sujeto: si había actuado con ánimo de autor era autor; si con ánimo de cooperador era cómplice (Márquez, 2009). En este sentido, el autor mediato no interviene en la causalidad natural, como si lo hace la persona que realiza materialmente el hecho punible, quien a su vez, sirve como instrumento de la voluntad del autor mediato.

El autor mediato no realiza el tipo penal, ya que es el mediador quien la ejecuta. Pero el autor mediato es quien tiene la voluntad de realizar el hecho punible, solo que lo hace valiéndose de otra persona como medio o instrumento para la consecución de sus fines. En este caso, la imputación recae sobre quien dispone de los medios necesarios para que otra persona realice físicamente el hecho punible.

En la teoría del dominio del hecho, la calidad de autor es conferida por la titularidad de la facultad de disponer de la ejecución del hecho, interrumpirlo o abandonarlo. La autoría se caracteriza de acuerdo con el dominio final del hecho, y este dominio lo tiene quien dirige la totalidad del acto a un fin determinado, por lo tanto, es autor quien tiene el dominio del desarrollo del proceso ejecutivo, y dominio de la voluntad de la persona que era instrumentalizada al ser usada como medio de configuración del delito (Márquez, 2009).

Ahora bien, por lo anterior se pueden hacer análisis en referencia al actuar de los grupos ilegales armados que negocian la paz con el gobierno colombiano, en especial sus altos mandos. En el actuar de los miembros rasos de estos grupos ilegales, quien controla la voluntad de los hombres armados, no se puede considerar como autor mediato, puesto que quienes integran las filas de los grupos armados lo hacen bajo motivaciones subjetivas de tinte político, que poco dan paso a considerar una diferencia entre el actuar de quien controla la voluntad y la del instrumento, por lo que la figura de la autoría mediata, aunque se constituye como un importante avance doctrinal, no parece tener un alcance práctico y

viable al momento de atribuir responsabilidad penal a los altos mandos de los grupos armados ilegales.

La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder ha sido formulada por Claus Roxin. Este tratadista alemán define al agente en este contexto como *el sujeto de detrás*, caracterizado como aquel que al mando de una estructura organizativa, da órdenes para que se realicen conductas antijurídicas, con la seguridad de que la orden se cumplirá sin necesidad de interactuar directamente con la persona encargada de ejecutar físicamente la conducta (Roxin, 1997).

Para Roxin, en efecto, en estos aparatos de poder organizado “la institución está por encima de sus componentes y funciona de forma independiente a la voluntad individual de estos por la posibilidad de sustitución inmediata del ejecutor renuente o de aquel que pretende comprometer la eficacia de la orden” (Roxin, 1997).

La teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder planteada por Claus Roxin responde a la necesidad que se plantea en el actual proceso de paz en Colombia, por cuanto a partir de esta se pueden abordar la determinación de la responsabilidad penal de los altos mandos en la estructura jerárquica de los grupos armados ilegales, lo que es perfectamente identificable en el contexto colombiano en organizaciones en las que claramente los altos mandos emiten ordenes criminales con el pleno conocimiento de que sus subordinados los ejecutarán.

Desde la perspectiva del artículo 29 del actual Código Penal, se puede afirmar que la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, se constituye como el primer elemento para sustentar la posición de la fórmula anti-amnistía en el caso del proceso de paz colombiano, en tanto que se pueda evidenciar con claridad el hecho de que las decisiones para la ejecución de los delitos que han cometido los grupos armados ilegales son tomadas por superiores jerárquicos, y que quienes ejecutan los hechos son intercambiables de acuerdo a la consideración de los propios superior jerárquico.

3.2. La autoría mediata en el derecho penal internacional

Durante los juicios del Tribunal Militar de Nüremberg (que se realizaron finalizada la Segunda Guerra Mundial con el fin de ajusticiar a los altos oficiales del régimen Nacionalsocialista), se configuró la primera ocasión en que se imputó responsabilidad a los miembros de un cuerpo militar en virtud de la teoría de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.

Sin embargo, hay que señalar que ya años atrás, con ocasión de la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial, se había logrado imputar responsabilidad a los oficiales alemanes, en virtud de la costumbre internacional y del derecho internacional, con argumento en factores como el poder de intervención, el conocimiento de los crímenes que realizan miembros del estado y la omisión de actuar ante circunstancias gravísimas.

Pero fue durante los procesos contra los oficiales nazis cuando realmente se sentaron las bases para imputar responsabilidad a los superiores jerárquicos en organizaciones de poder, cuando éstos hubieren ordenado la comisión de una conducta punible, donde el sujeto de atrás responde.

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, supone la responsabilidad de los superiores de mando superior y medio, civiles y militares, lo que permite en el ámbito internacional adjudicar responsabilidad penal a superiores.

Hay que mencionar que existía una división entre la doctrina penal colombiana sobre la aceptación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder, y quienes la rechazan argumentan que tal teoría resulta arbitraria, dado que la ley no contiene esta modalidad y la interpretación de la Corte resulta extensiva.

La Ley 1592 de 2012, por lo tanto, reorienta los esfuerzos de persecución penal a los “máximos responsables” de delitos graves, a fin de develar los patrones de macro-criminalidad de los grupos armados ilegales. En la categoría de “máximos responsables”, se incluyen a los autores de la amplia gama de delitos graves y representativos, como el desplazamiento forzado, los delitos sexuales y el reclutamiento de niños y niñas.

Igualmente, se entiende como máximos responsables a quienes cometan abuso contra los derechos humanos, categoría que hace referencia a las conductas o prácticas que infringen las normas del derecho internacional, sean las normas del DIH, de derechos humanos, o ambas categorías. En resumen, abarca: privación arbitraria del derecho a la vida; indiferencia por la protección debida a los civiles atrapados en el conflicto; interferencia con la libertad de circulación; interferencia con la libertad de expresión, de reunión y de asociación; tortura y malos tratos; abusos contra los niños y las mujeres; y privación arbitraria de la libertad y del debido proceso (CIEDH, 2000).

3.3. El delito de tortura en el derecho penal colombiano

En la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, en su Título II sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, incluye una definición de *tortura en persona protegida*, de la siguiente forma:

“*Artículo 137.* El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.”

En el Título III, de los Delitos contra la Autonomía Personal, el Código integra la siguiente tipificación del delito de tortura:

“*Artículo 178.* El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla

por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.”

En el artículo se aclara en su parte final, que no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

El antecedente de los anteriores artículos, se remonta al Código Penal de 1980, cuando el legislador estableció el delito de tortura bajo una descripción simple y genérica, con sujeto activo indeterminado y sin fijación de un móvil específico como condicionante de la ejecución de la conducta, de la siguiente manera:

“Artículo 279. Tortura. El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.”

La Corte Suprema de Justicia (1993) por medio de su jurisprudencia, entendió que esta descripción típica del artículo 279 del Código Penal, carecía de elementos normativos, jurídicos o extrajurídicos y subjetivos para modificar o dar otras connotaciones a esta clase de tortura. Este precepto, luego se modificó, lo que permitió también agravar la pena.

Refirió la Corte en tal ocasión que:

“Referida la tortura a la aflicción corporal, la etimología del vocablo y la acción que de ella se desprende, no permite hacerlo coincidir con la denominada por la ley tortura moral, lo cual significa que esta debe precisarse por vía interpretativa superando el análisis gramatical

en cuanto a que la tortura no sólo puede ser física, sino también moral.”(Corte Suprema de Justicia, 1993)

Para la Corte,

“Esta clase de tortura, quizás por este aparente escollo, suele confundirse con la física al equipararla con los efectos internos que todo mal origina; de ahí que para diferenciarla y concretarla en su exacto contenido, se torna necesario clarificar estos dos aspectos, pues es incuestionable que la ley penal describe dos conductas diferentes.” (Corte Suprema de Justicia, 1993)

Posteriormente, el Decreto Legislativo 180 de 1988, con su artículo 24 subrogó el artículo 279 del Código Penal ya mencionado. En este Decreto, se consagró la siguiente definición:

“Tortura. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.”

Esta norma adquirió la naturaleza de legislación permanente en virtud del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, concretamente en su artículo 4. Sin embargo, en una sentencia de la Corte Constitucional, este tribunal superior estimo que la definición del art. 279 del Código Penal de 1980, que consagra el tipo penal de tortura con sujeto activo indeterminado, se ajustaba a la Constitución Nacional por cuanto la fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a deberes de abstención por parte del Estado; por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación por parte tanto del Estado como de los particulares. Para la Corte, la redacción del tipo penal de tortura tampoco vulneraba el principio de tipicidad y el de legalidad consagrados en la Constitución.

De todos modos, en la posterior legislación penal del año 2000, y de manera consecuente con los preceptos constitucionales y con la misma interpretación de la Corte Constitucional, se incluyó la

definición típica de la tortura en el art. 178, estableciéndolo como un comportamiento punible que atenta contra el bien jurídico de la autonomía personal, de la siguiente manera:

“El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior. No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.”

A partir de lo anterior, se puede decir que en Colombia se puede cometer el delito de tortura tanto por los servidores públicos como por los particulares, ya sea como forma de obtener información, como manera de infligir castigo, intimidación o coacción, y que también puede derivarse de cualquier forma de discriminación. Pero también puede darse con fines distintos de los descritos, sea por medio de afectaciones físicas o psíquicas.

3.3.1. Definición dogmática.

La distinción entre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, es en esencia un problema de intensidad, magnitud o particular característica, dentro de una básica identidad conceptual, y que merece una apreciación relativa en cada caso individual. (IPDH, 2005) Fundamental para iniciar el análisis, es realizar las distinciones necesarias entre la tortura y los tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes. Posteriormente, hay que diferenciar la tortura de otros actos prohibidos.

En cuanto a las penas crueles, toda pena que no sea impuesta acorde con la dignidad del hombre es cruel. Una pena es cruel cuando es impuesta o ejecutada en virtud de procedimientos que generan algún riesgo substancial para la vida o la integridad física o mental del hombre, o que pueda ser ejecutada de manera arbitraria o irracional. (IPDH, 2005)

Como trato cruel debe entenderse a toda actitud o tratamiento realizado por funcionario policial o de vigilancia, que no está de acuerdo con la dignidad del hombre y de la mujer sobre quien se actúa, cuando causa un dolor o sufrimiento que por su restringida intensidad y despropósito, no pueda considerarse como tortura, y sin que el maltrato sea consecuencia de una sanción penal aplicada. (IPDH, 2005)

En cuanto a la diferencia entre penas inhumanas y penas crueles, en cuanto no existe jurisprudencia ni doctrina suficiente como para inferir una noción clara y precisa de la distinción entre las mismas. La calificación de inhumanidad debe alcanzar cierto grado de lesividad, de dolor o sufrimiento. Así, la sanción penal que ordena la muerte de un hombre o mujer, es cruel e inhumana; cruel por la forma de ejecución e inhumana por la naturaleza misma del hombre. (IPDH, 2005) Por lo que se refiere a los tratos inhumanos, la noción de trato inhumano comprende a aquellos que deliberadamente causan severo sufrimiento mental o físico, que en el caso particular resulte injustificable.

Las penas degradantes, son aquellas que además de castigar al individuo, devienen como accesorias de la sanción principal, destinadas (conscientemente o no) para discriminar y humillar al preso condenado, ya sea ante terceros o a él mismo, siempre que sea deliberada, arbitraria o discrecional y que traspase los límites de degradación implícitos en toda pena.

En la determinación del carácter degradante de una pena, la publicidad y difusión que se otorgue a la misma, sea por la decisión judicial o por su aplicación, es un elemento importante, aunque no decisivo, basta con que la pena resulte degradante al individuo. (IPDH, 2005)

En cuanto al dolo, en la tortura, el dolo que se exige es el mismo dolo que se requiere para sancionar una Lesión (Art. 111) o una Coacción Sexual (Art. 128). En este delito, el dolo y la intencionalidad de la conducta, convierte a la tortura en un delito doloso, imposibilitando su comisión culposa.

En efecto, según el artículo 309 del Código Penal, la tortura será siempre una conducta dolosa, puesto que su autor “conoce y quiere” lesionar la integridad física o síquica, la libertad de comportamiento, de decisión o ambulatoria, o la autonomía sexual de la víctima. No se admite entonces la punibilidad de una tortura cometida por imprudencia, negligencia o impericia.

Ahora bien, la tortura también puede ser cometida por omisión y comisión por omisión. Este caso se presenta cuando el crimen de tortura es cometido por la omisión de un funcionario o persona que ejerza funciones públicas, por ejemplo, un funcionario militar o Policial.

3.3.2. Bien jurídico tutelado.

La definición típica de la tortura en el art. 178, estableciéndolo como un comportamiento punible que atenta contra el bien jurídico de la autonomía personal. Pero se puede afirmar que dada la sistematicidad y generalidad de la tortura y los malos tratos, se pueden identificar unos patrones relativos a la comisión de la tortura como medio de persecución política.

Además de ser sistemática, la práctica de la tortura en Colombia tiene carácter generalizado, pues se han documentado casos en casi todo el territorio nacional. Así entre julio de 2003 y junio de 2008, por ejemplo, se registraron hechos de tortura en 30 de los 33 departamentos colombianos. En términos absolutos los mayores registros de tortura física se reportan en los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca, Tolima, Cauca y Magdalena. (Coalición Colombiana contra la Tortura, 2009)

Así, en el marco de detenciones, con el propósito de obtener una confesión o información, método de sometimiento de la población carcelaria, mecanismo de discriminación, forma de control social y para sembrar terror en las comunidades, como método de sometimiento contra las personas secuestradas, como parte de la instrucción de miembros de la fuerza pública. (Coalición Colombiana contra la Tortura, 2009)

Quizá uno de los patrones más reconocidos de la práctica de la tortura es cuando se utiliza como mecanismo para obtener confesión o información en el marco de investigaciones de hechos criminales. Así, a pesar de que la normatividad colombiana prohíbe el empleo de la tortura como mecanismo para obtener información, miembros de la fuerza pública, infligen torturas en contra de presuntos sospechosos o personas que podrían tener información relacionada con la comisión de un delito.

Se dice que en la práctica, los miembros de la fuerza pública obligan mediante torturas a que las personas confiesen su participación, acusen a otras, o suministren información sobre la comisión de hechos delictivos. Estos hechos, de ser ciertos, contradicen lo establecido por la legislación nacional, que considera ilícito este medio de obtener información y que exige declarar nula la prueba y excluirla del material probatorio.

3.3.3. Sujeto activo.

Según algunas organizaciones sociales, la responsabilidad por los casos de tortura atribuibles a la Fuerza Pública se enmarca en la implementación de la política de “seguridad democrática”, que ha llevado al aumento de las violaciones a los derechos humanos bajo la excusa de la lucha contra el terrorismo. Contexto que ha sido motivo de mayor atención por parte del Relator Especial sobre la Tortura, quien ha manifestado su “extrema preocupación por los actos de tortura, desaparición forzada y homicidios cometidos contra civiles supuestamente por agentes estatales en el marco de la lucha contra la insurrección”. (ONU, 2008)

Sin duda alguna, un punto importante de inflexión ocurre cuando es promulgada durante el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe la Ley de Seguridad y de Defensa Nacional, que disponía funciones judiciales para la fuerza pública, con la posibilidad de excluir controles

judiciales independientes y la subordinación de la autoridad civil a la militar en los llamados teatros de operaciones o zonas de orden público. Esta ley fue declarada por la Corte Constitucional incompatible con la Constitución y con el Estado de Derecho.

Desde el año de 2002, con la expedición del Decreto N° 2002 que creó las Zonas de rehabilitación y consolidación, la actuación de la fuerza pública en estas zonas no contó con el suficiente y efectivo control de los órganos judiciales y del Ministerio Público. Ejemplo de esto, fue que en muchos de los operativos, la fuerza pública recurrió a las facultades a ella atribuidas por el decreto (y posteriormente declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional) de practicar capturas, allanamientos y registros sin mandamiento judicial, con un alto número de personas retenidas, de las cuales sólo una minoría fue puesta a disposición judicial, como señaló Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del año 2003.

Luego en el año de 2005, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, señalaba sobre el sujeto activo del delito de tortura, que en la aplicación de la política de seguridad del Gobierno se notaron inconsistencias entre sus objetivos y los métodos utilizados lo cual tuvo efectos sobre sectores de la población civil, verificándose un aumento de denuncias de ejecuciones extrajudiciales atribuidas a miembros de la fuerza pública y a otros servidores públicos.

Para el año de 2008, La oficina de derechos humanos de la ONU en Colombia recibió información sobre casos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y uso excesivo de la fuerza atribuidos a miembros de la Fuerza Pública. Las quejas sostenían que algunos casos de ejecuciones

extrajudiciales atribuidas a miembros del Ejército Nacional habían sido precedidos de torturas. También se denunciaron torturas infligidas asoldados por sus superiores jerárquicos en Bogotá, así como casos de tortura atribuidos a miembros de la Policía Nacional ocurridos en comisarías o durante rondas policiales.

A junio de 2009, la Fiscalía estaba investigando 10.545 casos de tortura. Estos casos correspondían tanto a tortura física como psicológica y, en su mayoría, las torturas se practicaron en concurso con otros crímenes, tales como desaparición forzada, secuestro o violencia sexual.

En el año de 2010, es importante resaltar que el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humano, consignaba que Colombia no tenía una fuente confiable de cifras oficiales sobre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, por lo tanto, los datos existentes en la época no parecían reflejar ni la magnitud del problema ni su real impacto. El temor de las víctimas a represalias, la falta de confianza en las instituciones, la ausencia de acompañamiento legal y psicosocial apropiado, la falta de medidas de protección adecuadas y diferenciadas y la estigmatización social de las víctimas, fueron señalados en el informe como los factores que dificultan la plena comprensión de la magnitud del problema.

En el 2012, se señala en el informe de Naciones Unidas importantes signos positivos, como el inicio oficial del diálogo entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el inicio de la aplicación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, de 2011. En el informe no se señalaron quejas sobre delito de tortura cometido por las autoridades de la fuerza pública.

3.3.4. Definición de grupo armado ilegal

La definición de lo que constituye un grupo al margen de la ley se elabora a partir del Artículo 1(1) del Protocolo II (1977) adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Los “grupos armados al margen de la ley”, es una categoría en la cual se consideran incluidos

las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), las FARC y el ELN, pero no los nuevos grupos armados ilegales (NGAI) que han surgido después de la desmovilización paramilitar y que son considerados criminales.

La categoría de *grupo armado ilegal*, hace referencia a los grupos que usan la fuerza y las armas para lograr sus objetivos, y que no se encuentran bajo control gubernamental. Por lo general, son grupos que impugnan o disputan el poder político, aunque resulta difícil distinguir claramente entre grupos con objetivos políticos y grupos con objetivos criminales. No se abarca con este término a los organismos paramilitares que de hecho están bajo control gubernamental, a menos que tengan cierta autonomía real (CIEDH, 2000).

En Colombia, tal como se deriva del texto del artículo 1° de la Ley 975 de 2005, se entiende por Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML), el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas organizaciones, de las que trata

La Ley 782 de 2002, en el párrafo primero del artículo 8, prevé que:

“De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

En este contexto de la Ley es claro que al referirse a Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, no se está haciendo alusión a simples bandas o grupos urbanos que se constituyen con el fin de cometer delitos comunes, sino de organizaciones armadas con capacidad operativa suficiente para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas en áreas específicas del territorio (López et.al., 2010).

Se trata de grupos que han puesto en juego la paz nacional y la estabilidad del Estado en alguna parte del territorio nacional y, en consecuencia, requieren de un trato penal

especial, diferente de aquél que se aplica a la delincuencia común en tiempos ordinarios(López et.al., 2010).

Tal y como lo concluyó el propio Tribunal de Núremberg, los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y es solamente sancionando a aquéllos que las disposiciones del derecho internacional pueden ser respetadas. En este sentido, los miembros de los grupos armados pueden ser perseguidos penalmente por los tribunales nacionales de su propio país, a menudo por su simple pertenencia al grupo, o por delitos derivados de abusos contra los derechos humanos.

No es fácil estimar el efecto disuasivo de estos enjuiciamientos, ya que puede haber casos en los que los Tribunales nacionales gozarán de poca credibilidad entre los miembros de un grupo que se ha levantado en armas contra el gobierno. Por esto, en los casos de mayor gravedad, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, los miembros de los grupos armados pueden ser sometidos a enjuiciamientos internacionales por tribunales internacionales o por países que decidan ejercer la jurisdicción universal (CIEDH, 2000).

A los grupos armados y a sus miembros se los puede también castigar (y persuadir) con sanciones internacionales. Éstas pueden usarse para penalizar a los que comercian con ellos o les proporcionan armas y materiales, para restringir el trabajo que realizan en otros países, para impedir que sus dirigentes se desplacen al extranjero o para obligar a otros Estados a confiscar los bienes que posean en otros países. Las sanciones pueden imponerse colectivamente o por uno o varios Estados individualmente. La eficacia de las sanciones contra los grupos armados merece estudiarse más a fondo, particularmente para poder entender si la repercusión que tienen sobre su comportamiento es mayor o menor que sus efectos negativos (CIEDH, 2000).

3.3.5. Sujeto pasivo.

En Colombia, uno de los patrones que corresponde con la condición de la víctima, es la que es considerada por el perpetrador de los hechos como opositora política, y el sector al que pertenece se

identifica como “enemigo”. Así, en esta categoría se agrupan personas que en razón a su condición o a su actividad, son consideradas por los grupos armados como contendores. Se encuentran en esta categoría activistas políticos, líderes sociales y comunitarios, sindicalistas, defensoras y defensores de derechos humanos, entre otros (Coalición Colombiana Contra la Tortura, 2009).

Los actos de tortura infligidos en contra de estas personas tienen como propósito obstaculizar el desarrollo de actividades que se entienden como opuestas al orden establecido. Con este propósito, las víctimas son seleccionadas según sus actividades de liderazgo lo que comunica un mensaje intimidatorio en contra de las demás personas que desarrollan o tienen afinidad por estas actividades obstaculizando el desarrollo de procesos organizativos políticos o sociales (Coalición Colombiana Contra la Tortura, 2009).

Otro aspecto de preocupación en cuanto al sujeto pasivo, es la situación de algunas poblaciones especialmente vulnerables. Este es el caso de las mujeres, aunque se registra una disminución del 16,3% en los hechos de tortura en los que ellas fueron víctimas, se identifica a su vez un incremento de los registros de tortura psicológica contra las mujeres, pues se pasó de 15 víctimas registradas entre julio de 1998 y junio de 2003 a 36 en el último período. (Coalición Colombiana Contra la Tortura, 2009)

También se ha constatado que algunas medidas adoptadas por la guardia penitenciaria en el país, tienen el propósito de someter a la población carcelaria a través de medidas desproporcionadas que vulneran los derechos de los reclusos, las que muchas veces implican la comisión de hechos de tortura y malos tratos en su contra. (Coalición Colombiana Contra la Tortura, 2009). Algunos grupos sociales son particularmente vulnerables a la tortura, como las mujeres, los niños y niñas, jóvenes, personas privadas de libertad y personas LGBT.

3.3.6. Requisitos procesales de la denuncia.

Como la tortura es un delito de acción penal pública, su denuncia puede ser presentada por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho. La investigación puede ser iniciada también de oficio por un representante del Ministerio Público.

Las denuncias pueden ser presentadas, según lo establece el art. 284 del C.P.P: a. Al Ministerio Público: regularmente son presentadas a la Mesa de Entrada para luego ser derivadas a la Unidad de Derechos Humanos para su estudio y tratamiento. De acuerdo al art. 290 del C.P.P deberá informarse al Juez del inicio de investigación dentro del plazo de 6 horas, contadas a partir de la toma de conocimiento del hecho. b. La Policía Nacional: las recepcionadas por esta entidad deberán ser remitidas a la brevedad posible al Ministerio Público.

Otras instituciones receptoras: con frecuencia se presentan también denuncias al Parlamento Nacional, a la Defensoría del Pueblo y a Organizaciones No Gubernamentales relacionadas a la defensa o promoción de los Derechos Humanos, que les otorgan diferentes trámites, según su naturaleza y Atribuciones. Estas instituciones son el Parlamento Nacional a través de sus respectivas Comisiones de Derechos Humanos. También la Defensoría del Pueblo recibe denuncias, que define sus funciones a lo establecido por la Constitución Nacional en sus artículos 276 al 280 y a lo preceptuado por la Ley 631/95.

Cuando un detenido o familiar o abogado presenta una denuncia de tortura, siempre debe haber una investigación inmediata. El proceso de registro de denuncia debe ser simple e inicialmente de carácter confidencial. La existencia de mecanismos para denuncia debe ser ampliamente divulgada y las personas deben ser estimuladas a informar todo los actos de tortura u otras formas de malos tratos (IPHD, 2005).

Víctimas y testigos también deben ser protegidas durante y después de las investigaciones. Los involucrados en las investigaciones deben ser alejados de cualquier cargo de control o poder, sea directo o indirecto, sobre denunciantes, testigos y sus familiares, así como sobre aquellos que

realizan la investigación. A menos que la denuncia sea claramente infundada, los operarios públicos envueltos deben ser alejados de sus funciones hasta el final de la investigación y de cualquier acción legal o disciplinar subsecuente. En el caso de que detenidos estén corriendo riesgo, ellos deben ser transferidos hacia otra casa de detención donde puedan ser tomadas medidas especiales en pro de su seguridad (IPHD, 2005).

3.4. La reparación por violaciones masivas de los derechos fundamentales

En el actual marco del proceso de paz con los grupos armados ilegales, cualquier política criminal que sea adoptada por el Estado colombiano, tiene la obligación de asegurar que las víctimas y la sociedad misma, puedan conocer todo lo sucedido en el conflicto, es decir, el origen y las causas de las actuaciones de los GAOML, sus estructuras y formas de actuar, los motivos que determinaron la comisión de los delitos que se les imputa, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se registraron los hechos que afectan a las víctimas o les han generado daño.

Del mismo modo, las víctimas tienen derecho a la Justicia, es decir, a que el Estado adelante los procesos judiciales correspondientes, identifique los culpables y les imponga, a través de sentencia, las penas ordinarias a que son acreedores, penas que ceden ante el beneficio de la alternatividad que suspende la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización, como lo señala el artículo 3° de la Ley 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz (LJP), en los siguientes términos:

“Art. 8° de la Ley 975 de 2005. “Derecho a la reparación. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del

delito. La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito”.

La rehabilitación, según la Ley 975, “consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido. Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley”.

En cuanto a la reparación simbólica, esta se entiende como “toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia” (Ley 975 de 2005).

Este mecanismo, según la Ley 975, se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática. Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley” (Ley 975 de 2005, art. 8).

Finalmente, la ley contiene una fórmula general y amplia que hace referencia al menoscabo de los “derechos fundamentales” que, en este caso, bien podría consistir en la afectación de derechos tales como la libertad, la libre locomoción, la integridad personal, el derecho a no ser torturado, ni a ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad de conciencia y de opinión, o a la de fundar medios masivos de comunicación o, en fin, a ejercer cualquiera de los derechos fundamentales que se consagran en la Carta Política (López et al, 2010).

Se deja en claro que, en el contexto de la Ley 975 de 2005, el concepto de daño es muy amplio; en algunos casos el daño sufrido permite la identificación de los perjuicios y su directa cuantificación más o menos exacta en dinero, pero en muchos otros se trata de bienes o derechos o intereses cuyo precio en dinero no es fácil de apreciar o

definitivamente es imposible hacerlo porque se trata de la afectación a derechos de contenido inmaterial (López et. al., 2010).

El daño individual, que no tiene connotaciones esencialmente distintas de las del daño resarcible en general; los daños colectivos, que afectan grupos sociales o colectividades, los mismos se perciben como un elemento novedoso en materia de reparación, pues el tipo de derechos, intereses o bienes tutelados exige consideraciones distintas de las propias del daño individual, con miras a las reparaciones que ordinariamente tiene confiadas la justicia penal.

En este plano, la Corte Constitucional (sentencia C-715 de 2012) también precisó, en cuanto al derecho a la justicia, a la justicia y a la reparación, unas reglas y criterios jurisprudenciales.

Sobre el derecho a la justicia, en la mencionada sentencia, la Corte ha establecido como reglas jurisprudenciales una serie de aspectos relativos al derecho procesal. Incluye la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas como el desplazamiento forzado interno, lo cual se traduce en la obligación del Estado de luchar contra la impunidad. Tal obligación, implica para el Estado el deber de establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas de delitos.

En este sentido, como criterio que se desprende de la sentencia C-715 de 2012 en relación con el derecho a la justicia, se fija la obligación del Estado de “diseñar y garantizar recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, y de impulsar las investigaciones y hacer valer los intereses de las víctimas en el juicio”; igualmente, “el deber de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el respeto del debido proceso y el establecimiento de plazos razonables para los procesos judiciales.

Se incluye también como criterio jurisprudencial, el deber de iniciar *ex officio* las investigaciones en casos de graves violaciones contra los derechos humanos, que en últimas

se deriva del mandato constitucional de velar porque los mecanismos judiciales internos no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad.

Los derechos de las víctimas, según la corte constitucional, son el fundamento de otros criterios limitantes frente a figuras de seguridad jurídica tales como el principio del *non bis in ídem* o la prescripción de la acción penal y de las penas, esto, en los casos de violaciones protuberantes a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta regla, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la referida sentencia del año 2012, “solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan”. Se puede notar en lo anterior, como la garantía del derecho a la justicia se establece como un presupuesto necesario para la cristalización del derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas.

En relación con el derecho a la verdad, la Corte lo entiende como aquel derecho inalienable que tienen los perjudicados por graves violaciones de derechos humanos a saber la verdad de lo ocurrido, derecho que se encuentra en cabeza de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto, y que encuentra su fundamento en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al buen nombre y a la imagen. El derecho a la verdad, se constituye como un derecho imprescriptible que debe ser garantizado en todo tiempo, y que tiene como fin busca la coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real (Corte constitucional, 2012).

Este derecho, comporta tanto una dimensión individual, como una dimensión colectiva. Según la corte, la dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares conozcan la verdad sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido, lo cual conlleva por lo tanto, el derecho a conocer la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, así como el patrón criminal de los mismos, sea que se constituya como

una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad real (Corte constitucional, 2012).

La dimensión colectiva del derecho a la verdad, según la Corte, significa que la sociedad debe “conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “memoria pública” sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”. Real (Corte Constitucional, 2012).

De otra parte, el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, ya que el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares, constituye un medio de reparación. Para la Corte Constitucional en la referida sentencia del año 2012, los familiares de las personas desaparecidas tienen derecho a conocer el destino de los desaparecidos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales.

En este punto, la Corte Constitucional resalta no solo la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales con el fin de esclarecer la responsabilidad penal individual y la verdad de los hechos, sino también la importancia de mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad de carácter administrativo real (Corte Constitucional, 2012).

En cuanto al derecho a la reparación del daño causado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte ha fijado como parámetros y estándares constitucionales, primero y de manera fundamental, que éste es un derecho internacional y constitucional de las víctimas. Este derecho a la reparación integral, se concreta en la adopción de distintas medidas tanto de justicia distributiva como de justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas (Corte Constitucional, 2012).

La reparación integral incluye, además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. Así, según lo dicho por la Corte Constitucional en la referida sentencia de 2012,

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

La reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene, al igual que el ya visto derecho a la verdad, una dimensión individual y una dimensión colectiva. En su dimensión individual, la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación. Mientras que en su dimensión colectiva, la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad, como puede ser el reconocimiento público por parte del responsable de un crimen que se haya cometido.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional ha evidenciado que el derecho a la reparación es de naturaleza compleja, y que se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos ya vistos, a la verdad y a la justicia. De manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia.

La Corte Constitucional, también diferencia entre la reparación integral a las víctimas y las distintas formas de ayuda humanitaria. Destaca la Corte, que mientras los servicios sociales se originan en el reconocimiento y la garantía de unos derechos sociales, la asistencia humanitaria la ofrece el Estado en caso de desastres.

3.5. La amnistía en el contexto de la justicia transicional

La categoría de “justicia transicional”, resulta decisiva en el análisis de la posible solución del conflicto colombiano. Bajo este término, se conoce “todo el conjunto de teorías y prácticas relacionadas con el proceso político mediante el cual una sociedad ajusta cuentas con su pasado de violencia y hace justicia a las víctimas de una dictadura, una

guerra civil o una crisis comparable, con el propósito de avanzar o retornar a la plena normalidad democrática” (Valencia, 2005:7).

Para el sociólogo noruego Jon Elster, citado por Valencia (2005), “la justicia transicional está compuesta de los procesos penales, depuraciones y reparaciones que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro” (Elster, 2005:1). El concepto de justicia transicional hace referencia, entonces, a un entramado de decisiones en el campode la política criminal, que se toman con el fin de cumplir unos propósitos superiores dentro de la finalidad de la existencia del Estado, que en el caso de un contexto de conflicto armado interno, corresponden con la paz y la convivencia nacional.

En un proceso de justicia transicional, se flexibiliza la justicia, y después de hacer una ponderación, unos derechos se limitan, con el fin de obtener la realización de otros valores que, desde cierta perspectiva, tienen un valor preponderante.

En relación con el contenido y alcance de la justicia transicional, en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos”.

Para la Corte, se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o pos conflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social (Corte Constitucional, 2011).

El propósito fundamental en este tipo de procesos, es el de impedir que los hechos acaecidos en el marco de un conflicto armado vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar

respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes(Corte Constitucional, 2011).

La flexibilidad que supone este tipo de *transiciones*, responde a la necesidad de lograr acuerdos políticos con los grupos armados ilegales, que permitan el cese de las hostilidades y la entrega de las armas, como supuestos de una buscada armonía social. Esta situación de tránsito a la paz que supone cualquier proceso de justicia transicional, sin embargo, no debería ser incompatible ante la exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.

Aunque como bien se mencionó en un apartado anterior, según la consultora *Crisis Group*, hoy en día el gobierno de Colombia y las guerrillas están ante un proceso que se puede catalogar como una negociación de paz, pero no como un proceso de justicia transicional, si se puede entender que en un proceso de negociación propiamente dicho, “no hay ganadores ni perdedores, las concesiones mutuas son inevitables y no es posible imponer los términos del acuerdo por una de las partes a la otra” (Crisis Group, 2012:222).

En todo caso, de existir un proceso de justicia transicional, este debe guardar respeto por las normas constitucionales y los tratados internacionales que forman el bloque de constitucionalidad. Igualmente, debería estar en concordancia con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Acto Legislativo N.º 01 de 2012 hace referencia explícita a la justicia transicional. Como observan López et. al., (2009), ya la Corte Constitucional había señalado que se encontraban al menos cuatro alusiones de las cuales podía admitirse la implantación excepcional de medidas de justicia transicional.

Así las cosas, tanto la Constitución como la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, permiten que, bajo ciertas circunstancias, puedan ser utilizadas herramientas que se corresponden con la justicia transicional. Por su parte nuestro

legislador, a pesar de que no haya incluido el término de justicia transicional, ha expedido normas que se ajustan con los mecanismos utilizados por esta justicia de carácter excepcional y transitorio (López, et. al., 2012).

En todo caso, como bien señalan López, et. al., (2012), la amnistía y el indulto para delitos políticos, podrían contarse como posibles herramientas de justicia transicional. Como mecanismos de justicia transicional se pueden contar también el principio de oportunidad, la cesación de procedimiento, autos inhibitorios, la preclusión de la investigación, suspensión de las medidas de aseguramiento y de condenas; criterios de selección y priorización de delitos y autores, y, penas alternativas. política criminal del Estado, hace que se deban observar criterios de proporcionalidad y razonabilidad y que no se contravenga ninguna prohibición constitucional.

Como fundamento constitucional de la justicia transicional, se puede contar la frecuente mención a la paz (tanto en el propio preámbulo, como en los arts. 2, 22 y 95 constitucionales) como valor constitucional preponderante, así como las amplias referencias a la paz como valor supremo en el Derecho Internacional. De esto se encuentran ejemplos concretos en los preámbulos de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Consistente con los estándares internacionales, sendas sentencias de la Corte Constitucional favor en la interpretación que elimina la posibilidad de otorgar amnistías en el caso de delitos graves, como los crímenes de guerra y de lesa humanidad y las violaciones graves a los derechos humanos (en este sentido, ver las sentencias C-986 de 2010; C-370 de 2006; C-578 de 2002; C-695 de 2002; y sentencia C-456 de 1997).

En el mismo sentido, existe un cuerpo importante de directrices internacionales que establecen una serie de prácticas en materia de justicia transicional que se orientan hacia la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Como se mencionó en el primer capítulo, los relatores especiales de la Organización de las Naciones Unidas, Diane Orentlicher y Louis Joinet, articularon en sus informes la teoría sobre el deber de los Estados nacionales soberanos para enjuiciar delitos graves que se encuentran bajo su jurisdicción, así como la autoridad de la comunidad internacional para tomar medidas con el fin de hacer cumplir la ley penal en los casos en que lo anterior no se cumpliera.

En concreto, como lo menciona Valencia Villa (2005), de conformidad con la doctrina oficial recientemente adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra, se obliga al Estado colombiano a respetar en un proceso de justicia transicional, en un primer orden, a garantizar la construcción de la verdad pública y la recuperación de la memoria histórica sobre las atrocidades perpetradas contra la población civil por los actores; en segundo orden, la sanción penal de los responsables intelectuales y materiales de los abusos; finalmente, en tercer lugar, la reparación integral de las víctimas de los crímenes.

Como veremos en las conclusiones, más allá de lo positivo que se le pueda ver al proceso de paz actual, dado que ha sido el proceso de paz que más ha tomado tiempo en Colombia, se debe tener en claro que si en este proceso de negociación no se llega a lograr el equilibrio entre Verdad, Justicia y Reparación, difícilmente el posible acuerdo final llegue a ser refrendado por la gran mayoría de los colombianos.

CAPITULO 4.

CONCLUSIONES

De acuerdo con el modelo filosófico que adopta nuestra legislación penal, en el que la libertad de autodeterminación determina los límites del *iuspuniendi*, el sistema de garantías tiende a tutelar el ejercicio de la libre autodeterminación de los individuos en sociedad. En esta lógica, el derecho penal actúa se constituye como un sistema de garantías, pero como la *ultimaratio*; es decir, que es la forma más extrema y legítima de limitación de las libertades individuales, no parece posible pensar que el Estado colombiano deje de imponer penas, en tanto estas representan una vulneración a las libertades.

Siguiendo la lógica de entender el derecho como un sistema de garantías, al ser el derecho penal la herramienta para la tutela de bienes jurídicos, el fin de la pena tiene como fin proteger bienes jurídicos, entendidos como valores que tienen una vinculación dentro del marco de un Estado Social y Democrático. El criterio esencial para lograr ese equilibrio es el principio de proporcionalidad, según el cual una restricción a un derecho (derecho a la justicia) sólo es legítima si constituye un medio adecuado y necesario para alcanzar un propósito democrático importante, como puede ser el resultado satisfactorio del actual proceso de paz en Colombia.

Como se puede constatar en el proceso de negociación que el actual gobierno colombiano adelanta con los grupos armados ilegales con miras a su eventual desmovilización y reincorporación a la vida civil, en la Mesa de Diálogos se hace referencia a la existencia de un conflicto armado, y por lo tanto se reconoce la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH). En todo caso, si los dirigentes y militantes de los grupos guerrilleros no pagan por sus crímenes ante la justicia colombiana, entonces se convierten en sujetos justiciables por la Corte Penal Internacional (CPI), en todos los casos en que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad.

Este supuesto de intervención del Tribunal Internacional, se extiende también a la apariencia de justicia que puede dar lugar a partir de lo que llegasen a negociar el Gobierno Nacional y las guerrillas que se encuentran en diálogos, por cuanto toda estrategia de amnistía general, da pie a la actuación de la Corte Penal Internacional en virtud del artículo

17.2.a del Estatuto de Roma, que establece que el Tribunal tiene plena competencia para asumir casos de individuos ya enjuiciados en el orden interno cuando “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte”. Éste sería el caso de muchos combatientes de las guerrillas que se encuentran en diálogos de paz con el Gobierno de Colombia.

En todo caso, si algo es claro, es que el Estado colombiano debe respetar las obligaciones internacionales y nacionales en relación con los derechos humanos y defender los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. En este orden de ideas, hay que apostar por una Política Pública del nivel Nacional para la solución del conflicto armado, que involucre los esfuerzos necesarios para lograr el esclarecimiento de los hechos delictivos en el contexto del conflicto, y en la construcción de la verdad pública y la memoria histórica, así como el castigo de los victimarios y la reparación integral de las víctimas. Esta apuesta se funda absolutamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se deben especificar las reglas para un tratamiento igualitario tanto para las guerrillas como para los agentes del Estado, por cuanto mal se haría en concentrar más la responsabilidad penal en los agentes del Estado y los beneficios en los grupos armados ilegales. De lo contrario, no se lograría realmente la reconciliación en el país.

Mientras no se haya exigido que los comandantes de los grupos guerrilleros en diálogo, tengan que responder ante la justicia penal, y que además revelen todo lo necesario para garantizar la reparación integral de las víctimas, no se podría hablar propiamente de justicia integral.

Esto anterior, puede ser un elemento para poder revisar innumerables casos sin resolver, que se relacionan con las atrocidades cometidas en el conflicto armado y que constituyen crímenes de lesa humanidad y que se puedan contar como argumentos para restringir en determinados casos, los beneficios en caso de una posible desmovilización.

Habida cuenta de los miles de delitos graves que han sido cometidos por los grupos al margen de la ley que se encuentran en negociación con el Estado colombiano, es evidente

que el principal reto desde lo jurídico, consiste en diseñar un mecanismo que equilibre los propósitos de poner fin al conflicto, con la necesidad de establecer una serie de penas para los responsables de los delitos más graves.

Las amnistías e indultos amplios, no tendrían lugar en el marco del actual proceso de negociación de paz, en tanto han sido sistemáticamente excluidos por la jurisprudencia constitucional colombiana e internacional, y que en la actualidad se le asigna una mayor importancia a los derechos de las víctimas. Aunque no fue objeto del presente trabajo, se puede explorar como un problema distinto el de si podrían considerarse como constitucionales otro tipo de mecanismos, como pueden ser las penas alternativas.

En todo caso, ninguna estrategia de paz puede soslayar o desprestigiar la persecución penal de los máximos dirigentes de los grupos armados ilegales en negociación con el Gobierno, por cuanto dada su condición de responsables de crímenes internacionales graves, no son susceptibles de ser sujetos de una amnistía para delitos políticos. Debe haber, en cambio, un proceso de justicia integral más allá de las actuales negociaciones, condicionado a que los responsables contribuyan real y eficazmente a la verdad y a la reparación.

La referencia a los crímenes de lesa humanidad, tal como se encuentran en el Estatuto de Roma de la CPI, hace que se reduzca la lista de los delitos que pueden ser considerados como conexos a la rebelión u otros delitos políticos y que pueden ampliar el espectro o alcance de una amnistía.

En general, se puede concluir que de acuerdo con la posición actual en el derecho internacional, e incluyendo la política de las Naciones Unidas, las amnistías son impermisibles si impiden la judicialización de los sujetos que tienen que ser imputados por crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos.

Menos se podría hablar de amnistías, si los acuerdos que se llegasen a proponer para ser refrendados, llegan a interferir con el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. También se limita el derecho de las víctimas cuando no se hace efectivo el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre las violaciones a las que han sido

sometidas. En el mismo sentido, los mecanismos que procuren restaurar la situación de los derechos humanos, no pueden limitar la restauración de los mismos, y tampoco permitir las condiciones para que en algún modo se repitan las violaciones.

En cuanto a cualquier tipo de amnistía relativa a crímenes de lesa humanidad, este mecanismo estaría en contradicción con las múltiples obligaciones del Estado colombiano respecto de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito, y totalmente incompatible con el derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, una amnistía relativa al genocidio, sería violatoria de la Convención sobre el Genocidio y del derecho internacional consuetudinario.

Como factor indispensable para construir las condiciones institucionales que contribuyan a fortalecer la vigencia de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, se necesita la eficacia de una política pública sobre justicia y paz, que irradie a todos los actores en una posible salida negociada al conflicto armado en Colombia, junto con el establecimiento de los estándares internacionales en derechos humanos, como complemento de la política de paz, que en últimas es el fundamento de la legitimidad de todo Estado Social y Democrático de Derecho.

- a) La amnistía relativa a crímenes de lesa humanidad no es compatible con la obligación que tiene el estado de investigar, procesar y prevenir violaciones de derechos humanos.
- b) Las amnistías son impermisibles si impiden la judicialización de los sujetos que tienen que ser imputados por crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos.
- c) El estado colombiano debe respetar las obligaciones internacionales y nacionales en relación con los derechos humanos y defender los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición..

BIBLIOGRAFIA

Ambos, K. (2009) Ambos, Kai (coord.), ProFis-GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, Temis.

_____ (2005). Estudios de Derecho Penal Internacional. Bogotá: EditorialLeyer.

Arango Olaya, Mónica (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en Rev. Precedente, Julio 2004, págs. 80-102.

Bacigalupo, Enrique (1994) Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia

Beloff, Mary. (1993) Determinación Judicial De La Pena. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bernardi, Alessandro (2006) Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha.

Boggiano, Antonio (2006) Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Estudio de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo I. Edición La Ley. Argentina. Segunda Edición.

Canton, Santiago A. (2007) Leyes de amnistía. Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina Guatemala, El Salvador y Perú, DueProcess of LawFoundation.

Carbonell, Miguel (2007) Teoría del neo constitucionalismo. Madrid: Trotta. 2007. p. 11.

Cassese, Antonio (2008) International Criminal Law, Oxford, New York, Oxford University Press, Second Edition, 2008, p. 3.

Cepeda, Manuel José (1991) Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Santa Fe de Bogotá: Temis. 1997. pp. 1-10.

Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos-CIEDH (2000) El fin y los medios: una aproximación a los grupos armados desde la perspectiva de los derechos humanos, Versoix, Suiza. Disponible en http://ichrp.org/files/summaries/6/105_summary_es.pdf, recuperado el 03-1-2015.

Chirino Sánchez, Alfredo (2005) La Reforma Penal y los Delitos Competencia de la Corte Penal Internacional, San José.

Colombia. Congreso de la República. Ley 782 de 2002.

Colombia. Congreso de la República. Ley 733 de 2002.

_____ Ley 599 de 2000.

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 100 de 1980.

Colombia. Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (1996) Informe anual 1992-1993; Informe anual 1996; Reporte 28/92 caso Argentina; Reporte 29/62 caso Uruguay; reportes 34/96 y 36/96 caso Chile)

Corte Europea de Derechos Humanos (2000) Juicio en el Caso Gast and Popp v. Germany, 25 February, 2000, Application No. 29357/95.

Crisis Group (2013) Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia, Informe sobre América Latina N°49, 29 de agosto de 2013.

_____ (2012) Desmantelar los nuevos grupos armados ilegales en Colombia: lecciones de un sometimiento Informe sobre América Latina N°41, 8 de junio de 2012 Traducido del Inglés.

Cryer, Robert (2007) An introduction to criminal law and procedure, p. 33.

Elster, Jon (2005) Closing the books: Transitional justice in historical perspective, Cambridge University Press, Cambridge.

Esguerra Portocarrero, Juan Carlos (1996) “El sistema colombiano de protección de los derechos fundamentales”. En: Jornadas colombo-venezolanas de Derecho público. Colombia: Universidad del Externado-Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior. p. 273-284.

Fernández Sánchez, Pablo. (2000) El Derecho Aplicable por la Corte Penal Internacional. En, Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Ed). La Criminalización de la Barbarie: Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

Ferrajoli, Luigi. (2006) Derechos y garantías: la ley del más débil, Ed. Trotta, Madrid.

Gutiérrez Espada, C. (1995) Derecho Internacional Público, Madrid, Trotta.

Hernández Villalobos, LarysLeiba (2004) Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial, en REVISTA DE DERECHO, Universidad del Norte, 22: 65-95, 2004.

Jakobs, Gunther. (1997) “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. Madrid. Marcial Pons.

Jiménez de Archeaga, E. (1979) Curso de Derecho Internacional Público, Ed. LL, Montevideo.

López, C., González, D., y Errandonea, J. (2012). Justicia transicional en Colombia. En Forer, A., y López Díaz, C. Giz. (Eds.). Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional (pp. 11-114).

López Díaz, Claudia; Forer, Andreas (2009) Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia, PROFIS-GTZ, Bogotá.

Luban, David (2011) Una teoría de los crímenes contra la humanidad, traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, Bogotá, Temis S.A.

Martínez-Vargas, Juan Ramón y Mateus-Rugeles, Andrea (2009) Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional, en *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 11(2): 133-179, julio-diciembre de 2009.

Monroy Cabra, Marco Gerardo (2008) El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional ACDI, Bogotá, Año 1, N° 1: 107-138, 2008

Nieto Loaiza, Rafael (1998) Los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y su relación con el derecho internacional, la Corte Penal Internacional y el derecho interno colombiano, *Revista Javeriana*, octubre, 1998, págs. 283-291.

OlenoGarcía, Hernán Alejandro (2005) “El bloque de constitucionalidad en Colombia”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 1. 2005. Pp. 231-242.

Organización de Estados Americanos-OEA (2001) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report No. 61, 2001, Case 11.771, Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile, April 16, 2001.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2009) Comentario General No. 20, 1994. *Citadopor International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Judgment in the case of The Prosecutor v. Furundzija, December 10, 1998, Case No. IT-95-17/1-T; nota al pie 172.* Corte Europea de Derechos Humanos (2009) *OuldDah v. France*, Decisión No. 13113/03, 17 de marzo de 2009, p. 17.

_____ (2006) Comisión de Derechos Humanos, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de marzo de 2006.

_____ (2005) Comisión de Derechos Humanos, “Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad”, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/ Add.1.

_____ (2004) Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, 23 de agosto de 2004, párr. 8.

_____ (2004) Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

_____ (1994) Comentario General 20, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 at 30 (1994).

_____ (2000) Consejo de Seguridad. Reporte del Secretario General sobre el Tribunal Especial para Sierra Leona, S-2000-915.

_____ (1997) Comisión de Derechos Humanos, “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión”, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 2 de octubre de 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

Orozco Abad, Iván (1998) *El derecho internacional humanitario y el delito político: la agonía del delito político*, Derecho internacional humanitario aplicado, Villarraga, Álvaro (compilador), Bogotá, 1998, págs. 340-353.

O'Shea, Andreas. (2004) *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer International, La Haya.

Pastor, Daniel (2006) *El Derecho Penal del Enemigo en el Espejo del Poder Punitivo Internacional*, en: Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Diez, C., *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso de la Exclusión*, Tomo II, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 475 y ss.

Pellet, A. y Daillier, P. (2005) *Droit International Public*, París, LGDJ.

Pensky, Max (2008) *Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law*, *Ethics & Global Politics* Vol. 1, No. 1-2, 2008, pp. 1-40.

Puig, J. (1974) *Derecho de la Comunidad Internacional*, vol. 1, Parte General, Buenos Aires, Ediciones Depalma.

QuintanoRipollés, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo I. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto < Francisco de Vitoria >. Madrid – España. 1955.

Ramelli Arteaga, Alejandro (2011) *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia / Alejandro Ramelli*. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Agencia de Cooperación Internacional Alemana; Ediciones Uniandes.

_____ (2003) *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2.a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Remiro Brotóns, Antonio (2000) *Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial*. En, Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). *El Derecho Penal Internacional*. Consejo General del Poder Judicial.

Rousseau, Ch. (1966) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, ED. La Ley.

Roxin, Claus. (1997) Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición, Ed. Civitas, Madrid.

_____ (1976) Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. REUS. Madrid.

Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) (2004) Prosecutor v. Kallon and Kamara SCSL A. Ch. 13.3. 2004 parag. 82.

_____ (2004b) Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. Disponible en <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnD1MJeEw%3d&tabid=176>

Ruiz, Florentino (2000) Derechos Humanos y Acción Unilateral de los Estados. Universidad de Burgos, España.

Shaw, M., (2005) International Law, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 127.

Tudda, Gabriel (2010) El sistema universal de protección de los derechos humanos, en Derecho Internacional Público, Cátedra de Derecho Internacional Público, Universidad de la Plata.

Uprimny, Rodrigo y Lasso, Luis (2004) “Verdad, reparación y justicia en Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”, en Ernesto Borda Medina et. al., Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas, Fundación Social/Fundación Ebert/Embajada de Alemania en Colombia, Bogotá.

Valencia Villa, Hernando (2005) La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, Centro de Investigación p Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM), Madrid.

Vanossi, J. y Dalla, A., (2000) Régimen constitucional de los Tratados, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot.

Vergara Molano, A. (1995) Derecho Internacional Público, 2ª ed., Santafé de Bogotá, Ediciones Librería La Constitución.

Wolffhügel, Christian (2011) El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos ¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad de intervención complementaria?, Universidad Sergio Arboleda, Estudios de Derecho Penal, No. 2.

Zuluaga, T. (2012) Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional, en Revista General de Derecho Penal 17 (2012), UniversitätGöttingen.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Sala de cuestiones preliminares

(2009) The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-1/05-1/08-424, Pre-trial Chamber II , 15 June.

Sala de apelaciones

(2008) The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, Case ICC-1/04-1/07-717, Pre-trial Chamber I, 30 September.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(2010) Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, sentencia 24 de noviembre, 2010, Serie C no 219, para. 137.

(2010) Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia del 1 de septiembre 2010, Serie C no 217, par. 197.

(2007) Caso Masacre de La Rochela contra Colombia, Sentencia de 11 de Mayo DE 2007, Serie C – 163, loc. cit., 193-198.

(2006) Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre 2006, Serie C no 153, para. 84.

(2001) Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. v. Perú) Juicio del 14 de marzo de 2001; Serie C No. 75 (2001) IACHR 5.

(1998) Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafo 166.

(1989) Caso Godínez Cruz contra Honduras, 20 de enero de 1989, serie C, No. 5, párrafo 175

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

(1993) Sentencia C-295-93 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

(1995) Sentencia C-225-95 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(1997) Sentencia C-456 de 1997 del 23 de septiembre de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

(2002) Sentencia C-695 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

(2011) Sentencia C-771 de 2011. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

