

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, EL PROCESO DE PAZ Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN ESTUDIO SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y SU BÚSQUEDA POR ENCONTRAR LA PAZ DURADERA

COLOMBIAN ARMED CONFLICT, THE PEACE PROCESS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT:
A STUDY ABOUT THE INTERNATIONALIZATION OF THE COLOMBIAN ARMED CONFLICT AND
ITS PURSUIT OF A LASTING PEACE

✉ Por: VALENTINA JARAMILLO BUSTAMANTE*

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2015
Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2015

Resumen

El conflicto armado interno en Colombia, y la actual búsqueda de la paz, conducen en la actualidad a un escenario en donde los asuntos que se suponían solo correspondían al Estado, se internacionalizan y convergen para alcanzar el mismo fin. El presente documento se enfoca en analizar el conflicto armado interno en Colombia y su connotación internacional, la cual nace a partir de la globalización que conduce a una noción de soberanía ambivalente en nuestros tiempos. Lo anterior con el fin de explicar como con la creación de la Corte Penal Internacional y su ratificación por parte de Colombia, lleva a que se originen obligaciones adicionales a las adquiridas en cada Estado respecto de los crímenes de competencia de la misma, esto teniendo en cuenta que, se está adelantando un proceso de justicia transicional con las FARC con el fin de llegar a un paz firme y duradera, y que por medio de dicho proceso de paz se busca tener un punto medio en donde los grupos armados ilegales quieran dejar las armas y donde Colombia cumpla con sus obligaciones nacionales e internacionales.

* Abogada Universidad EAFIT, Ex practicante en asuntos jurídicos de la Misión Colombiana ante las Naciones Unidas, Email: vjarami8@eafit.edu.co



Palabras claves: *Corte Penal Internacional, soberanía, conflicto armado interno, justicia transicional, amnistía.*

Abstract

The internal armed conflict in Colombia and the current search for peace, leads us in a place where the matters that corresponded only to the states become internationalized and converge to achieve the same purpose. This document focused in analyzing the Colombian armed conflict and its international connotation, which arises from the globalization that provoke an ambivalent sovereignty in the present time. This, in order to explain how the International Criminal Court and its ratification by Colombia, originates additional obligations regarding the International Criminal Court jurisdiction, this taking into account that, Colombian government is developing a transitional justice with the FARC group in order to have a lasting peace, and, that through that peace process they want to pursuit a middle ground where the illegal armed groups may be willing to lay down their arms and return to civilian life, and where Colombia also fulfill its national and international obligations.

Key words: *International Criminal Court, sovereignty, internal armed conflict, transitional justice, amnesty.*

Introducción

Con la evolución de las sociedades y con la globalización se han creado formas de gobernanza diferentes a las impartidas por los Estados. Con la promulgación de normas y tratados internacionales, los Estados han adquirido obligaciones que anteriormente solo podrían provenir de sí mismos. Por medio del actual proceso de justicia de transición que se adelanta en Colombia, las actuaciones que en la misma se ejecutan están siendo observadas por entes internacionales, específicamente por la Corte Penal Internacional, como organismo encargado de evitar la impunidad de los crímenes más graves a nivel internacional, los cuales violan la dignidad humana. El gobierno colombiano y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) están adelantando un proceso de paz en la Habana-Cuba, el cual tiene como fin obtener una paz duradera en el país por medio de la desmovilización, la dejación de las armas de los grupos armados ilegales y por medio de un acuerdo en donde las partes, tanto el Estado como dichos grupos armados ilegales encuentren una solución pacífica a su diferencias.

El contexto en Colombia es particular, puesto que el conflicto ha perdurado por más de 50 años. Actualmente en el país existe el grupo armado ilegal más antiguo de todos los tiempos, las FARC, quienes se otorgan su nacimiento en el año 1964, y quieren lograr un acuerdo en donde las partes queden conformes; en el cual los integrantes de los grupos armados ilegales dejen las armas y el Estado no comprometa su obligación de impartir justicia. Se



debe tener en cuenta que Colombia tiene sed de paz, pero la consecución de la misma debe seguir unos principios básicos sin los cuales podría correr riesgo la misma, puesto que se tienen obligaciones internacionales que están vigilando la toma de decisiones que se están llevando a cabo. Es por lo mismo que desde el 2012, se está adelantando el proceso de paz entre el Gobierno y las FARC donde se han establecido diferentes mecanismos de justicia transicional, como el marco jurídico para la paz y un acuerdo preliminar de justicia de transición. Con los dos se pretende llegar a una paz duradera, por eso cobra importancia analizar dichos mecanismos en el contexto colombiano y si los mismos son aplicados, que consecuencias internacionales podrían surgir, y si sería factible o no que la Corte Penal Internacional intervenga ante un momento de postconflicto originado por una justicia transicional.

Como actuación relevante, el pasado 23 de septiembre de 2015, el presidente Juan Manuel Santos informó sobre el acuerdo preliminar de la justicia de transición, en donde se establecieron penas alternativas, las cuales son realizables en nuestro contexto, se estipularon amnistías para los delitos políticos y conexos, y se estableció un lapso de seis meses para firmar el acuerdo final de paz. Con dicho comunicado, se dejó claro que se está en un punto de no retorno.

Es por lo anterior, que en la primera parte del documento se explicará el conflicto en Colombia, sus actores y por qué se entiende que el mismo se denomina conflicto armado interno a la luz del derecho internacional. De igual forma se analizará el papel de la Corte Penal Internacional como ente creado con el fin de evitar la impunidad de los crímenes más atroces, toda vez que a la misma se le otorgó legitimidad sobre asuntos que en un principio solo le correspondía manejar al Estado, como ente soberano, en ese sentido se le otorga carácter internacional a una situación que en otro momento solo le competía a cada Estado en su interior. Es importante tener en cuenta que para que la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) tenga autoridad sobre un Estado, el mismo debe haber suscrito y ratificado el Estatuto de Roma, lo cual indica que el Estado se vincula de forma voluntaria a dicho tratado. Para exponer la función de la CPI se analiza el principio de complementariedad el cual se activa por la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales de procesar a individuos que cometieron crímenes de su competencia.

De manera posterior y con la óptica puesta en Colombia se hace un análisis de lo que se entiende por justicia de transición, en el entendido que actualmente en nuestro país se está desarrollando una justicia de transición en aras a encontrar la paz. Con el fin de ilustrar dicha figura se mostrarán dos ejemplos de justicia de transición reconocidos a nivel global, los cuales son; el caso de Sudáfrica y El Salvador, sus características y mecanismos más importantes.

Posteriormente se realizará un examen del marco jurídico para la paz en el cual se expondrá su fin y características, dado que por medio del mismo se busca establecer un mecanismo



por medio del cual se le pueda dar un trato diferente a la situación en Colombia. En dicho marco se busca reparar a la víctimas del conflicto por medio de la justicia y la verdad, en ese sentido se expondrán dos términos importante en el marco jurídico para la paz, los cuales son las priorización y la selección como métodos de la estrategia integral de una justicia transicional, y se informarán sobre los requisitos que tanto la Corte Penal Internacional como el *International Crisis Group* consideran relevantes a la hora de realizar un acuerdo de paz.

En la segunda parte del documento se analiza la legitimación que adquiere la Corte Penal Internacional a partir de un estudio sobre la soberanía y la globalización desde el punto de vista de cuatro autores, los cuales dan a entender que la soberanía no se puede entender como una soberanía absoluta, y la cual se ha transformado en una creación que evoluciona con la realidad de la sociedad nacional e internacional en constante cambio, por lo mismo se ha otorgado legitimidad a entes que no hacen parte del Estado para que regulen situaciones que el Estado no ha podido regular. En dicho punto se indica que los Estados adquieren obligaciones con terceros por medio de tratados o convenios que ellos de manera voluntaria suscriben, como es el caso del Estatuto de Roma, que da entrada a la Corte Penal Internacional. Dado que la misma interviene de manera subsidiaria, se analiza su juicio de complementariedad y el juzgamiento a los individuos que solo se puede dar por crímenes de su competencia, los cuales se expondrán en el texto, ellos son; el genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión.

Por último se tratará el acuerdo preliminar anunciado el día 23 de septiembre de 2015, en La Habana-Cuba, se expondrán los puntos importantes que se pactaron en el mismo, como la creación de una jurisdicción especial para la paz, la búsqueda de la verdad a cambio de sanciones benévolas y el aseguramiento de la participación política para los integrantes de las FARC, de igual forma se anotarán opiniones importantes sobre el acuerdo, como la opinión de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda y el director para las Américas de Human Rights Watch, José Miguel Vivanco. Finalmente se presentarán unas conclusiones de acuerdo al estudio realizado en el presente documento.

1. Contextualización nacional y jurídica del conflicto armado interno colombiano

En el presente capítulo se tratarán dos temas, en un principio se analizará (1.1.) el conflicto armado interno colombiano y su connotación internacional y en la segunda parte se tratará (1.2.) el marco Jurídico para la paz y la Corte Penal Internacional.

1.1 Conflicto armado interno colombiano y su connotación internacional

En Colombia, en el siglo XX surgieron grupos militantes que se alzaron en armas en contra del Estado. Según la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, desde 1964 se



fundó un grupo denominado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), el cual surgió con ideologías marxistas. Posteriormente surgieron otros grupos guerrilleros, tales como: el ELN (el Ejército de Liberación Nacional), el EPL (Ejército Popular de la Liberación) y el M-19 (Movimiento 19 de abril), dichos grupos guerrilleros tenían en común que eran grupos organizados jerárquicamente, es decir que tienen un líder al mando y están organizados de manera piramidal en cuanto a su estructura, dichos grupos están armados y son disidentes del gobierno colombiano.

Lo anterior es importante, dado que nos permite indicar que en Colombia desde el surgimiento de dichas guerrillas se da la tipología de un conflicto armado interno, el cual es reglado por el Derecho Internacional Humanitario. La regulación internacional a los conflictos armados internos tuvo su primera disposición en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se contemplan unas reglas mínimas que se deben cumplir entre las partes en caso de existir un conflicto no internacional o denominado interno.

Posteriormente la Comisión de Expertos del Comité Internacional de La Cruz Roja, estableció una definición de conflicto interno o no internacional en 1962, la cual se basa en lo dispuesto en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 que indica lo siguiente: “[...] el conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a hostilidades dirigidas contra un gobierno legal [...]”, es decir, que se entiende que un país está atravesando un conflicto armado interno cuando un grupo armado no gubernamental despliega sus acciones armadas en contra de un Estado. De igual forma se puede entender como conflicto armado interno, un conflicto que se presente entre dos grupos no gubernamentales dentro del mismo Estado.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja se deben tener en cuenta otros dos criterios para saber si se está frente a un conflicto armado interno o no, los cuales son:

1. Las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad.
2. Los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares¹.

Con base en los anteriores criterios, podemos afirmar que en Colombia hay un conflicto armado interno. Toda vez que existen grupos armados ilegales que dan lugar a hostilidades que han alcanzado niveles altos de intensidad. Esto se reafirma, pues es un conflicto que ha permanecido por más de 50 años y hay constantes enfrentamientos armados entre

1 Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Cuál es la definición de “Conflicto Armado” según el derecho internacional humanitario?*, 2008, pp. 1-4, Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.



las partes, los cuales se han dado en contra del Estado. En especial grupos guerrilleros como las FARC, que son parte en el conflicto, disponen de fuerzas armadas organizadas, tienen estructura de mando, están estructuradas jerárquicamente y son grupos que están integrados actualmente por aproximadamente 6.230 individuos².

Los conflictos armados internos, desde una perspectiva de la teoría clásica del derecho internacional, son resueltos por los mismos Estados con base en el principio de autodeterminación de los pueblos y el principio de no intervención de la comunidad internacional. Dicha teoría indica también que los sujetos de derecho internacional sólo eran los Estados y que estos eran los encargados de asumir las acciones de sus ciudadanos en tanto dichas acciones representan al Estado.

No obstante lo anterior, con el avance del derecho y con la preocupación de la violación de derechos fundamentales que se observó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y con el interés de la comunidad en general de proteger los derechos inherentes al hombre, han surgido entes facultados para intervenir de manera sancionatoria en un conflicto armado así dicho conflicto sea interno, es decir, que se puede internacionalizar una situación que en un principio solo le correspondía manejar al Estado, como ente soberano.

Con el surgimiento del Tribunal de Núremberg (en 1946), el Tribunal de Tokio, y posteriormente en el entorno de post Guerra Fría de los Tribunales *ad hoc* (Antigua Yugoslavia y Ruanda) la comunidad internacional se percató de la necesidad de crear un tribunal internacional con capacidad de procesar y juzgar aquellos crímenes de mayor relevancia internacional que no estuvieran sesgados en la óptica común con tintes de venganza o que se hubieran creado con posterioridad a los actos sancionados. Es por eso que después de la creación de los tribunales de Núremberg, Tokio y los tribunales *ad hoc*, se realizó un estudio para la creación del Estatuto de Roma con aras a crear la Corte Penal Internacional como tribunal permanente, con la facultad de procesar a individuos de los Estados miembros por conductas de su competencia.

Dicha Corte se creó por medio del Estatuto de Roma en 1998, la cual se constituyó como una institución permanente con capacidad para ejercer su jurisdicción de forma complementaria sobre personas naturales de los Estados partes, respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. La CPI se creó con el fin de luchar contra la impunidad sobre los crímenes de mayor gravedad, penaliza a individuos y cumple con el principio de legalidad e irretroactividad de delitos y penas, en tanto que los individuos son procesados por crímenes preexistentes. De igual forma, es importante anotar que, la CPI está facultada para procesar a todos los individuos que violen crímenes de su competencia, sin importar su condición, es decir que no son sujetos calificados.

2 El Espectador, Redacción Política, *Farc pasó de 9.000 miembros a casi 6.000 durante proceso de paz: Min defensa*, 2015, Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-paso-de-9000-miembros-casi-6000-durante-proceso-de-articulo-574152>.



Los delitos que se entiende son de mayor gravedad para la comunidad internacional se encuentran estipulados en el Artículo 5 del Estatuto de Roma, los cuales son:

- (i) El crimen de genocidio,
- (ii) Los crímenes de lesa humanidad,
- (iii) Los crímenes de guerra, y
- (iv) Los crímenes de agresión. Es importante anotar que la CPI no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta el 1º de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción.

Como se indicó anteriormente la CPI puede procesar a individuos de los Estados parte por los crímenes mencionados anteriormente. Para justificar la intervención de entes internacionales en situaciones que en un principio eran de carácter estatal, como es la de imponer justicia, o la denominada “internacionalización de la justicia”. Stahn y van den Herik justifican dicha situación en tanto los crímenes que se protegen a nivel internacional son los crímenes que violan valores fundamentales³, que van ligados a la condición humana, es decir, la dignidad humana, y son de interés de la comunidad internacional. Con base en dicha afirmación es que se protege a dichos crímenes de manera internacional y se le otorga a la comunidad internacional la legitimidad de actuar en garantía de ellos.

Otro factor importante que legitima la internacionalización de la justicia en cabeza de organismos como la CPI es la lucha contra la impunidad. indica que la Corte Penal Internacional tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delito que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional⁴. Desde dicha perspectiva se le autoriza a un ente internacional intervenir en situaciones de carácter interno puesto que se tiene un fin ulterior, que corresponde a la lucha contra la impunidad de aquellos delitos de mayor importancia a nivel internacional.

Los factores anteriormente señalados nos hacen entender por qué la Corte Penal Internacional es un tribunal que tiene la legitimidad de intervenir para procesar individuos de los Estados miembros, de igual forma dicha legitimidad nació por medio de un tratado internacional, como es el Estatuto de Roma, al cual pueden suscribirse los Estados de manera voluntaria. La relación entre los Estados y la Corte Penal Internacional se rige por el principio de complementariedad, cuyo fundamento es

3 Stahn C., & Van den Herik, *Future Perspectives on International Criminal Justice*. La Haya, Países Bajos, TMC Asser Press, 2010, p. 271.

4 Olásolo Alonso, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 45



un sistema de soberanía compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, lo cual constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicción concurrente⁵.

Para entender el tema, es importante indicar que la complementariedad es el principio por medio de la cual la CPI constituye una jurisdicción de *última ratio* que solo puede, primero activarse y posteriormente ejercitarse, ante (i) la inacción, (ii) la falta de disposición o (iii) la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales.

Es importante tener claro que existe la legitimidad de entes internacionales para intervenir en la justicia penal colombiana, esto teniendo en cuenta que desde el año 2012 en Colombia se está adelantando una justicia de transición, con el fin de tomar acciones para que una vez terminadas las hostilidades que han ocurrido en Colombia como consecuencia del conflicto armado interno, se creen condiciones para que haya una paz social y duradera.

La justicia de transición, según Olásolo se entiende como “el conjunto de procesos y mecanismos- que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial con distintos niveles de participación internacional o sin ella, y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones o una combinación de ellas- asociados con los intentos de una sociedad de afrontar un legado de abusos a gran escala y por asegurar las respectivas responsabilidades, hacer justicia y lograr la reconciliación”⁶. Por otro lado Michael y Del Mar denominan la justicia transicional como una justicia adaptada a las transformaciones de la sociedad después de un período de abusos de derechos humanos, por medio de dicha justicia se busca un mecanismo para que la transición de la guerra a la paz lleve consigo la reconciliación de las partes⁷.

Para el Centro Internacional para la Justicia Transicional, los mecanismos y elementos de una política de justicia transicional integral deben incluir la creación de; acciones penales, reparaciones, la reforma de instituciones pública y la comisión de la verdad. Para Michael y Del Mar la justicia transicional debe incluir los elementos antes mencionados pero agregan que deben existir sanciones penales o de otro tipo para los perpetradores de las conductas⁸. En todo caso una justicia de transición trata de ser el puente por medio del cual se regulan las situaciones que requieren las partes para llegar a una paz, en donde se pueda llegar a un equilibrio para que las víctimas tengan la verdad y justicia y los victimarios acepten una forma benévola en que se llegue a la misma.

5 *Ibíd.*, p. 46.

6 *Ibíd.*, p. 71.

7 Michael, N., & Del Mar, K., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2014, p. 840.

8 *Ibíd.*, p. 841.



Diversos Estados han solucionado sus conflictos por medio de una justicia de transición. En ese entendido es menester ampliar un poco algunos procesos de justicia de transición que se han desarrollado en diferentes países para tener un contexto más amplio del proceso que se desarrolla actualmente en Colombia.

Uno de los casos que tuvo resonancia a nivel internacional fue la justicia de transición que se adelantó en Sudáfrica. Desde 1948 Sudáfrica sufrió graves violaciones de los Derechos Humanos y la dignidad humana, los cuales nacieron por la política de discriminación racial, hacia las personas de raza negra, dicho movimiento adquirió el nombre de *Apartheid* (condición de estar separados en el idioma afrikáans de los descendientes de los antiguos colonos holandeses)⁹, por medio de dicho movimiento se limitaban los derechos de las personas de raza negra, se les prohibió el derecho al voto y tenían que ocupar lugares diferentes en los buses y otros espacios públicos; de igual forma se presentaron delitos como torturas, violaciones y asesinatos hacia los miembros de dicho grupo y contra la oposición política al referido sistema.

No fue sino hasta 1993 que se creó una nueva constitución, la llamada constitución transitoria, en donde se reconoció la democracia, los Derechos Humanos y una coexistencia pacífica entre todos los sudafricanos, independientemente de su color, raza, clase, creencias o sexo¹⁰. Por medio de Acto de Reconciliación y de promoción de una nación unida del 26 de julio de 1995, el entonces presidente sudafricano, Nelson Rolihlahla Mandela, estableció una constitución transitoria para las violaciones de los Derechos Humanos cometidos en el período transcurrido entre el 1 de marzo de 1960 hasta 1993. Dicho mecanismo de transición contaba con una Comisión de Verdad y Reconciliación, un comité de Reparación y Rehabilitación, un Comité de Amnistías y un Comité de Violación de Derechos Humanos.

Por medio del Comité de Verdad y Reconciliación el solicitante revelaba todos los hechos cometidos y si estos hechos eran delitos políticos, se consideraba la concesión de una amnistía. Con el fin de obtener la verdad sobre las situaciones en donde se habían cometido conductas que violaban los derechos de las víctimas, se autorizaron formas de amnistía absoluta, las cuales se podían obtener cuando al procesar a los posibles victimarios, estos debían confesar todos sobre los actos cometidos.

La amnistía se otorgaba con el fin de obtener la reparación a las víctimas y para motivar a los victimarios para dar toda la información que tenían en su poder para lograr dicha reparación. Sobre el tema Uprimny señala lo siguiente:

9 Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas asociadas en la lucha contra el apartheid*, s.f., Recuperado de <http://www.un.org/es/events/mandeladayapartheid.shtml>.

10 De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 771.



En ese país se abandonaron los modelos extremos, pues los acuerdos de paz y la llamada constitución transitoria tomaron en consideración los derechos de las víctimas, pero también autorizaron formas de amnistía. Por ello que fue creada una comisión de verdad y reconciliación, dividida a su vez en tres comités: uno que escuchó a las víctimas para reconstruir la verdad sobre los crímenes del apartheid; otro que tramitó las amnistías, y un tercero que formuló recomendaciones para las reparaciones. Un punto decisivo fue entonces que no hubo una amnistía general, sino que cada victimario que quería obtener el perdón debía hacer una confesión pública de sus crímenes ante el comité de amnistía, y podía obtener el perdón únicamente si se trataba de un crimen político, había realmente confesado todos los hechos relevantes del crimen, y existía una cierta proporcionalidad entre el hecho de violencia y el propósito político perseguido. Obviamente, el perdón sólo cubría el delito confesado¹¹.

Con ese modelo de amnistía se abrió un camino a nivel global, puesto que se concedía el perdón a cambio de la verdad, en los casos en donde se presentó evidencia que el procesado no decía toda la verdad sobre sus actuaciones, se perdían todos los beneficios y dependiendo del acto cometido, este podía ser privado de su libertad.

Con posterioridad al caso sudafricano, surgieron otros tipos de justicia de transición, como es el caso de El Salvador, un país ubicado en Centroamérica, quien padeció una guerra civil entre 1980 y 1992. Los bandos enfrentados fueron, por un lado, las Fuerzas Armadas, los Cuerpos de Seguridad Pública, las organizaciones paramilitares y los grupos clandestinos o los escuadrones de la muerte. Por el otro lado, las cinco organizaciones revolucionarias armadas que conformaban el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), las fuerzas progresistas agrupadas en el Frente Democrático Revolucionario (FDR) y otras agrupaciones afines. Las confrontaciones se originaron por la concentración de riqueza en la oligarquía del país, la injusticia en la distribución de la tierras, existía mucha pobreza, desempleo y había represión de los partidos de oposición.

Se cometieron diversos crímenes, entre ellos magnicidios, hubo asesinatos de campesinos, quienes estaban indefensos, desapariciones forzadas, torturas y secuestros. De acuerdo con algunos autores durante la guerra civil en El Salvador, en total, hubo más de 70.000 asesinatos, miles de desaparecidos, torturados, lisiados y cientos de miles de desplazados, refugiados y exiliados. Después de intentar solucionar el conflicto de diversas formas, en 1990 se inició un proceso de negociación entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, que culminó con los Acuerdos de Paz del Salvador firmados el 16 de enero de 1992 en México.

Con el fin de realizar una reconciliación se establecieron cuatro mecanismos de justicia de transición, los cuales fueron: (i) una Comisión de la Verdad, con el fin de dar a conocer

11 Urpimny Yepes, R., Saffon Sanín, M.P., Botero Marino, C., y Restrepo Saldarriaga, E., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, 2006, p. 30.



la verdad sobre los crímenes que ocurrieron; (ii) la depuración de las fuerzas armadas y funcionarios de otras instituciones estatales; (iii) un proceso de cese al fuego, concentración, desarme y desmovilización; (iv) medidas de reparación, compensación, rehabilitación y de no repetición. De igual forma, cuando se dio a conocer el informe de la Comisión de la Verdad se decidió decretar una Ley de amnistía general, solo se tenía el requisito de enviar a las Naciones Unidas las decisiones de los mecanismos de justicia de transición, dado que ellos eran los encargados de verificar dichas decisiones¹².

Por medio de dicha justicia de transición se logró una desmovilización y un cese al fuego que eran necesarios para acabar la violencia en el país, no obstante lo anterior, se vieron diversas críticas como consecuencia de la amnistía general puesto que algunos crímenes quedaron impunes.

1.2 Marco Jurídico para la Paz y la Corte Penal Internacional

La existencia en Colombia de un conflicto armado interno por más de 50 años, supone que se hayan dado distintos intentos de negociación para lograr el fin del mismo. El actual proceso de negociación busca incorporar elementos de la denominada justicia transicional. Lo cual se da a través del denominado Marco Jurídico para la Paz (en adelante MJP), como un criterio constitucional y legal a partir del cual se deben concretar posibles negociaciones de paz. El MJP se creó por medio del Acto Legislativo 1 de 2012.

El Marco Jurídico para la Paz es un fundamento jurídico que sirve como herramienta o mecanismo para llevar a cabo las negociaciones que se están adelantando con las FARC, en La Habana- Cuba. Por medio del mismo se elevan los principios de justicia transicional a nivel constitucional y se contempla la creación de medidas encaminadas a facilitar la terminación del conflicto armado, al tiempo que protege “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”¹³.

De igual forma, por medio del MJP se prevé que el Congreso debe aprobar unas leyes conexas en un plazo de cuatro años contados a partir de la presentación al Congreso de la primera ley implementadora en donde se regularan las actuaciones necesarias para lograr dicho tránsito hacia la paz. Sobre el tema de los grupos ilegales dicho Marco indica que se debe realizar un tratamiento penal diferente para los grupos al margen de la ley, y exige la creación de una comisión de la verdad, la cual es altamente necesaria para lograr la reconciliación con las víctimas.

Para Cote y Tarapué con la creación del MJP se busca implementar “mecanismos mediante los cuales sea posible satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la

12 De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 765-767.

13 International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brusels, International Crisis Group, 2013.



reparación y al mismo tiempo a la necesidad de brindar un tratamiento penal especial a personas que han participado activamente en el conflicto armado colombiano y que han dejado las arma. Esta tensión surge ante la posibilidad de llegar a acuerdos de paz con los grupos guerrilleros que actualmente se encuentran en pie de lucha y que durante años han cometido crímenes atroces”. Esto quiere decir que con el MJP se busca establecer un mecanismo por medio del cual se le pueda dar un trato diferente a la situación colombiana, buscando reparar a las víctimas por medio de la justicia y la verdad y tratando de llegar a acuerdos con los grupos armados ilegales. Se debe aclarar que de realizarse procesos penales en contra de los integrantes de las guerrillas se harán de una forma especial, en tanto no se pretenden juzgar a todos los individuos, solo a algunos cabecillas.

El MJP establece dos términos denominados la priorización y la selección; los cuales son elementos de la estrategia integral de la justicia transicional. Esto, pues se reconoce la dificultad de procesar penalmente todas las conductas delictivas cometidas por las partes del conflicto armado colombiano. Por lo tanto, estos criterios permiten concentrarse en la investigación, judicialización y sanción de los altos dirigentes responsables y de los crímenes más graves.

El contenido de la priorización supone que los Fiscales ponen en práctica criterios para definir cuál es el orden en el que serán procesados los distintos casos y cuál debe procesarse con mayor prontitud. Con el presente mecanismo se busca implementar un orden con el fin de establecer de todos los casos cuál debe ser procesado primero que el otro.

En el caso de la selección, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz ha señalado que “el Legislador diseña una serie de criterios para determinar contra quienes se procederá penalmente –casos seleccionados– y en qué casos –por ejemplo, aquellos de los menos responsables– se podrá renunciar a la persecución penal siempre que se cumplan ciertas condiciones como la dejación de las armas, la contribución efectiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores reclutados.¹⁴ La idea es concentrar los esfuerzos y recursos de judicialización en una cuestión fundamental: la develación de los sistemas de victimización y la rendición de cuentas por parte de los máximos responsables”. Por medio de la selección se analiza exactamente contra quienes se iniciará un proceso penal y en qué casos es mejor renunciar a dicha persecución penal, a cambio de otras actuaciones como la dejación de las armas, la reparación de las víctimas y la obligación de no repetición.

En el aspecto de la selección se debe ser muy precavido porque como se dijo anteriormente, existen organismos internacionales como la Corte Penal Internacional, que están facultados

¹⁴ Alto Comisionado para la Paz, *Preguntas y respuestas Marco Jurídico para la Paz*, 2015, Recuperado de: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Style%20Library/AltoComisionado/img_banners/marco_juridico_para_la_paz.pdf, p. 5.



para intervenir en caso que los Estados decidan no procesar o no tengan la facultad de procesar a sus ciudadanos. No obstante lo anterior, se entiende que en los contextos de justicia transicional y ante contextos masivos donde se violen los derechos humanos, no es posible investigar y juzgar todos los hechos que ocurrieron en un conflicto armado, y tampoco parece factible sancionar a todas y cada una de las personas que participaron en dicho conflicto, por el contrario si un Estado pretende enjuiciar a todas y cada una de las personas involucradas en el conflicto, en el caso colombiano se abriría una puerta más grande para la impunidad, puesto que el país no cuenta con una justicia capacitada para adelantar tantos juicios. Es posible que ninguna justicia tenga dicha capacidad.

En el caso de la CPI, la persecución penal se ha concentrado en el enjuiciamiento de los máximos responsables. En Colombia, por medio del MJP se está tratando de llegar a un acuerdo en La Habana-Cuba, en donde se pueda llegar a una paz, es decir, se tiene que hacer un acuerdo que sea aprobado por las partes y que logre que las víctimas puedan tener una verdad absoluta, una reparación a sus daños y se pueda llegar a la reconciliación. Otro aspecto importante es la desmovilización de los grupos armados ilegales.

El acuerdo debe cumplir con algunos requisitos que se consideran fundamentales para el International Crisis Group, los cuales son:

1. Se debe realizar una evaluación realista de la capacidad administrativa y financiera, en donde las instituciones del Gobierno permitan implementar de manera eficaz el modelo de justicia transicional.
2. Se debe ofrecer seguridad jurídica para los miembros de las FARC en la medida de lo posible. Es de gran importancia, porque cuando se presenta mayor seguridad jurídica, se puede convencer a un mayor número de guerrilleros a dejar sus armas.
3. Se deben tener claras las reglas para un tratamiento diferenciador, entre la *guerrilla*, otros grupos y los agentes del Estado. Es claro que no se deben proporcionar los mismos beneficios a los agentes del Estado y a la guerrilla, pero si se proporcionan beneficios a los paramilitares deben ser equitativos a los de la guerrilla.
4. Se deben respetar las obligaciones internacionales y nacionales de Colombia 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 repetición¹⁵.

De igual forma, el acuerdo está vigilado por la Fiscal de la Corte Penal internacional, quien en el 2004 abrió un informe preliminar sobre el caso de Colombia. En noviembre de 2012 la Fiscalía de la CPI emitió un Reporte Preliminar en donde señaló que tenía conocimiento de

15 International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brussels, International Crisis Group, 2013.



las acciones que las autoridades colombianas continúan llevando a cabo en contra de los diferentes grupos ilegales, como las FARC, ELN y mandos paramilitares, como es el caso de la Ley de Justicia y Paz, por ese motivo no ha decidido intervenir, porque considera que los casos son inadmisibles.

Por otro lado indicó que dado que se estaba creando el MJP, iba a tener en consideración los siguientes puntos en los cuales se focaliza el análisis y la observación por parte de la Fiscal de la CPI en Colombia, los cuales son:

- i) “El seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos pertinentes, así como los aspectos jurisdiccionales relacionados con el surgimiento de “nuevos grupos armados ilegales”,
- ii) Acciones judiciales relacionadas con la promoción y expansión de grupos paramilitares,
- iii) Acciones judiciales relacionadas con el desplazamiento forzado,
- iv) Acciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y
- v) Casos de falsos positivos”¹⁶.

Como bien se dijo, la CPI ante el examen que tiene en Colombia se va a focalizar en los anteriores puntos para saber si se cumple con el deber de imponer justicia. De igual forma se debe tener claro que la CPI en su juicio de admisibilidad analiza si el Estado miembro no ha querido o no ha tenido los medios para procesar a los individuos que han cometido crímenes de su competencia. En el entendido que el MJP sigue activo, la CPI no puede admitir casos que estén involucrados en el MJP porque no tiene conocimiento sobre el resultado del procesamiento o no de los individuos que cometieron los crímenes.

Se debe tener claro que el MJP busca defender los derechos de las víctimas, y seguir los lineamientos jurídicos para los mismos, así como lograr realizar los trámites pertinentes para poder cumplir con las exigencias de las partes, tratando de evitar la intervención penal internacional.

Es importante indicar que no se puede asegurar como pueden desarrollarse las cosas en un momento de postconflicto, porque los procesos de justicia transicional no son modelos exactos ni han sido definidos de manera precisa, en realidad los procesos de justicia transicional se han adelantado en países de manera empírica y no tienen una vía exacta para llegar a su fin, el cual puede ser la restauración de la democracia o el tránsito de un conflicto hacia la paz. En el caso colombiano, la justicia transicional se está implementando para realizar el tránsito entre el conflicto armado hacia la paz.

16 Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia, Reporte Intermedio*, 2012, Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf>, P. 7.



El modelo que se está llevando a cabo cumple con una característica importante que es la de la creación de una comisión de la verdad y se están buscando formas de justicia que no vinculen la privación de la libertad. Es, en dicha búsqueda de impartir justicia sin privar de la libertad a algunos guerrilleros, en donde entra a jugar un papel importante la Corte Penal Internacional como organismo permanente con facultades para procesar individuos.

Para aclarar lo anterior, se debe indicar que, Colombia firmó el Estatuto de Roma (en adelante el ER) el 10 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 5 de agosto de 2002. Al firmarlo Colombia emitió una declaración, condicionando la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra, de acuerdo con los parámetros establecidos bajo el Artículo 124 del ER, es decir que la jurisdicción sobre los crímenes de guerra de la CPI, sólo le serán aplicables a Colombia siete años después de la entrada en vigencia del ER, significa que la CPI tiene competencia para dichos crímenes de guerra desde noviembre de 2009, sobre los otros crímenes establecidos en el Artículo 5 del ER, la CPI tiene competencia desde el 2002.

Cobra gran importancia la CPI en el momento del postconflicto colombiano, dado que, si por medio del MJP se otorga amnistía a guerrilleros que se consideran máximos cabecillas y que cometieron crímenes de la competencia de la CPI, está, con posterioridad a su juicio de admisibilidad o complementariedad puede llegar a procesar a dichos individuos.

Es, en ese momento en el cual, una situación que en principio es de la competencia de cada Estado, es decir impartir justicia, se internacionaliza, dado que por medio de un tratado, Colombia le otorgó dicha facultad a la CPI. Colombia puede recurrir a varios escenarios para poder evitar una posible intervención, los cuales pueden ser, realizar procesos a los cabecillas de las FARC en los cuales se obligue a los mismos a entregar la verdad absoluta y de no ser otorgada la misma, se procederá al privación de la verdad, siempre se debe contar con una comisión de la verdad, la desmovilización, la reparación y la no repetición.

No obstante lo anterior dado que la CPI tiene pocas sentencias, no se puede tener certeza de la posible actuación de la misma. Parece factible que en un proceso de paz puedan existir alternativas diferentes a las de la privación de la libertad para poder imponer justicia a quienes cometieron crímenes que vulneran la dignidad humana. Es por eso que Colombia debe ser cautelosa en su actuación de búsqueda de la paz.

Es claro que Colombia está buscando un fin ulterior que es la justicia y la paz, por su lado la CPI tiene como fin evitar la impunidad de los crímenes más atroces a nivel internacional, situación que se puede traducir en la búsqueda de la justicia. Con esto se pretende indicar que tanto la CPI como Colombia buscan la justicia encaminada a la paz, pero su perspectiva de aplicar justicia puede ser diferente, es por lo mismo que se debe realizar una justicia transicional donde las víctimas encuentren la justicia y los victimarios opten por la desmovilización y la paz.



Una vez analizado el contexto colombiano, el conflicto armado interno existente desde mediados de 1960 y la internacionalización de la justicia, es pertinente evaluar los crímenes de competencia de la CPI con el fin de tener una mirada amplia de la actuación de la CPI a nivel global y sus implicaciones en el Estado colombiano.

2. El proceso de paz en Colombia y sistemas judiciales internacionales

En el presente capítulo se analizará por un lado (2.1.) los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, y con posterioridad, se abordará el tema de (2.2.) el acuerdo preliminar, la justicia transicional en Colombia y la posible intervención de la CPI.

2.1 Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

Con el fin de entender la legitimación que tiene la CPI para intervenir en asuntos que anteriormente eran solo de competencia de los Estados, se hará un análisis de la noción de soberanía y de la globalización, desde el punto de vista de cuatro autores.

La soberanía para la escuela clásica se entendía como un todo absoluto en donde el Estado era el encargado de controlar todos los asuntos en su interior y no se permitía la intervención de actores externos, puesto que regía el principio de autodeterminación de los pueblos y el de no intervención como característica necesaria e inquebrantable de la soberanía.

En el siglo XIX se entendía que la soberanía era absoluta, por eso cuando un Estado no podía tomar una decisión de forma independiente, la misma se veía vulnerada. Con la globalización se ha puesto en duda la creencia de la soberanía absoluta, puesto que han nacido procesos económicos, culturales, jurídicos, políticos y sociales que crearon flujos de redes que han interconectado a los Estados nacionales. Debemos partir del punto que la soberanía es un concepto ficticio que se inventó el hombre y que se puede transformar y entender de manera diferente con el desarrollo y evolución de la sociedad global. Con el análisis de Bonilla, se puede indicar que la soberanía no es absoluta, puesto que los Estados se relacionan de manera interdependiente y existen normas y reglas que van más allá de la creación de un Estado-nación.

Sobre el tema, Teubner señala que, por medio de la globalización se puede inferir que los Estado- nación no representan sociedades en sí mismas regidas por la territorialidad, por el contrario con la globalización se generan procesos de creación normativa descentralizada que no corresponden únicamente al Estado¹⁷. El autor señala que con las diferentes

17 Teubner, G., Sassen, S, y Krasner, compilado por Saldivia, Laura y dirigido por Bonilla, Daniel. *Estado,*



esferas sociales se crean diferentes normas a nivel internacional, las cuales no dependen de un orden jerárquico, sino de una situación que surge en la vida cotidiana, como se puede observar en la siguiente cita:

La fragmentación de la sociedad mundial crea una forma bastante peculiar de derecho global sin Estado que no puede medirse con los estándares de los sistemas jurídicos nacionales basados en la unidad y la jerarquía normativa, ello debido a que la globalización rompe el marco jerárquico en el que se inserta la Constitución nacional, la cual representa la unidad histórica del derecho y el Estado¹⁸.

Es decir, que se crea un derecho global que depende de otras esferas de la sociedad, en donde se ve la necesidad de crear un tipo de reglas que después se vuelven derecho, dicho derecho lo denomina el autor como *derecho neoespontáneo*, se denomina así dado que surge por una necesidad social, y no existe un órgano político o institucional que realice dicha creación normativa. Los casos que menciona el autor son: los grupos de interés, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales y regímenes privados.

Se puede inferir de este autor entonces, que las normas que regulan los aspectos de la sociedad no se pueden encuadrar solamente en lo que consideramos un Estado- nación, con el desarrollo de la actividad humana y los cambios que esta tiene, nos estamos viendo obligados a crear normas que regulen aspectos específicos de las relaciones humanas que no tienen que provenir de un órgano jerárquico en la organización de los Estados.

Para autores como la profesora Sassen los límites territoriales de los Estados no coinciden con la extensión o límites de la autoridad política sobre la economía y la sociedad, en el entendido que en la última década ha crecido el poder de los regímenes políticos internacionales. Es decir, que, en su concepto la soberanía se torna ambivalente, dado que, existen temas que el Estado no está en la capacidad de regular, es por esto que se crean regímenes internacionales capaces de regular dichos aspectos sin desdibujar la estructura del Estado en sentido formal. Esto significa que el Estado sigue siendo un modelo de representación internacional que prevalece, pero su soberanía se modifica, dado que no tiene la capacidad de regular todos los asuntos que se desarrollan en la sociedad y se traslada dicha regulación a regímenes diferentes de los creados por el Estado. Lo cual se traduce en una coexistencia entre los regímenes internacionales y el Estado.

Por otro lado, como es bien conocido, Krasner indica que hay un error en suponer que la soberanía estatal ha sido un todo inequívoco, puesto que siempre ha tenido diferentes

soberanía y globalización. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010, p. 34.

18 *Ibíd.*, p. 41.



matices, como neorrealista, dicho autor sostiene que a través de la historia los gobernantes han estado motivados por el deseo de permanecer en el poder y actúan para alcanzar sus propios intereses independientemente de lo que ocurra con la soberanía. Según Krasner la soberanía estatal no está siendo fundamentalmente erosionada o transformada por la globalización, ya que ha sido siempre objeto de diversos desafíos, por el contrario afirma, que el debilitamiento del control estatal puede fortalecer su autoridad. Krasner indica que “la globalización ha aumentado la importancia de la soberanía entendida como reconocimiento mutuo, porque una de las maneras como el Estado ha respondido al aumento de flujos que no puede controlar unilateralmente consiste en firmar acuerdos internacionales de cooperación”. Para este autor la globalización aumenta la importancia de la soberanía puesto que cuando los Estados son conscientes que hay temas que no pueden regular de manera unilateral buscan colaboración por medio de acuerdos internacionales de cooperación, los cuales según el autor son muestra clara del reconocimiento mutuo que tiene un Estado con relación al otro.

Ante las ideas anteriormente señaladas, Bonilla indica que, los Estados deben considerarse todos iguales y deben adquirir obligaciones con terceras personas sólo cuando manifiesten su voluntad de manera implícita o explícita. Con la globalización y el entendimiento de la soberanía como un desarrollo ficticio que no se entiende absoluto, se permite indicar que los Estados no tienen la capacidad y no regulan todos los aspectos de la sociedad, dicha situación no elimina su condición de Estado-nación. De igual forma los Estados adquieren obligaciones internacionales de manera voluntaria, esto se consigue por medio de convenios o tratados internacionales o adhiriéndose a organismos con fuerza vinculante, creados por los mismos Estados.

Haciendo un análisis de la concepción que tienen los anteriores autores de la soberanía podemos señalar que la misma tiene diferentes matices y no se debe entender como absoluta, esto partiendo de las concepciones como la de Teubner quien indica que la globalización promueve la creación de normatividad descentralizada que no corresponden solo al Estado, sino que la misma surge como necesidad de la vida cotidiana y el contexto de cada generación, es decir que el derecho surge por una necesidad social, con la evolución de nuestro tiempo, podemos dar origen a normas que se crean por las necesidades de las situaciones y que no tienen que provenir del Estado. Por su lado, la profesora Sassen es consciente que el Estado no tiene la capacidad de regular todas las esferas que comprenden las relaciones del ser humano, por lo mismo indica que se han creado regímenes internacionales que regulan dichos aspectos, por eso traslada parte de su soberanía a otros regímenes, por lo cual hay coexistencia de regímenes internacionales y el Estado. Krasner tiene una concepción más amplia y señala que, con la globalización y con los asuntos que el Estado no puede solucionar solo busca firmar acuerdos internacionales de cooperación en donde según el autor se evidencia la soberanía como reconocimiento mutuo, puesto que se reconoce la capacidad que tiene cada uno de determinar con quien desea hacer alianzas.



Recogiendo estas posiciones podemos indicar que la soberanía ha dejado de entenderse como absoluta y se ha transformado en una creación que evoluciona con la realidad de la sociedad, por lo mismo hemos dado legitimidad a entes que no hacen parte del Estado para que regulen situaciones que el Estado no ha tenido la capacidad de regular. Asimismo hemos aceptado adquirir obligaciones con terceras personas mediante tratados y convenios que nos vinculan, los cuales firmamos de manera voluntaria, dicha situación se puede observar en el caso de la Corte Penal Internacional, los estados al poder decidir y determinarse a sí mismos tienen la posibilidad de firmar o no el Estatuto de Roma, situación que conlleva la cesión de parte de la soberanía a un ente internacional, pero al mismo tiempo puede reafirmar la soberanía en tanto que el Estado es quien decide someterse a dicho régimen. Es de recordar que la CPI solo puede intervenir de manera complementaria o subsidiaria como se explicó de manera previa.

Si bien es claro que la CPI puede intervenir en Colombia en el entendido que dicho país hace parte del ER, la misma tiene requisitos para poder tener jurisdicción sobre las conductas de los individuos. Por un lado debe pasar el juicio de subsidiariedad o complementariedad que se realiza como se explicó anteriormente cuando un Estado no quiere o no puede procesar a los sujetos que cometieron la conducta que es de competencia de la CPI, dichos crímenes que son de competencia de la CPI se entienden como las conductas que vulneran la dignidad humana, entre los cuales están: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de guerra.

Una vez analizada la soberanía y la globalización en cuanto a la competencia de la CPI para intervenir en esferas de los Estados, es pertinente analizar los crímenes de competencia de la CPI, de la siguiente manera.

Para Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst el genocidio se entiende como la negación de la existencia de un grupo humano¹⁹, que tiene como fin necesario el intento de destruir todo o parte de un grupo, es decir que siempre tiene una connotación discriminatoria hacia un grupo social específico. Dichas conductas deben ser protegidas por la lista del Convenio de Genocidio que protege a las víctimas que son violentadas por: su nacionalidad, etnia, raza o por pertenecer a un grupo religioso.

Para que una conducta sea constitutiva de un acto de genocidio debe estar tipificada en el Artículo II del Convenio de Genocidio que regula las siguientes conductas:

- a) Matar a miembros de un grupo,
- b) Causar daños psicológicos o físicos a miembros de un grupo,

19 Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 203.



- c) Infligir deliberadamente condiciones a un grupo, destruirlos físicamente en todo o en parte,
- d) Imponer medidas y evitar nacimiento de un grupo,
- e) Transferir forzosamente niños de un grupo a otro.

Es claro entonces que el genocidio constituye un crimen que vulnera los derechos y la dignidad humana por considerarse una forma clara de discriminación hacia una raza, sexo, religión o etnia, y porque quienes cometen dicho crimen están evitando que las personas pertenezcan a un grupo en el cual se define el desarrollo de su personalidad.

El crimen de lesa humanidad se entiende como la realización de actos generalizados, sistemáticos que son perpetrados contra la población civil, en los cuales no hay necesidad de que haya un conflicto armado y no hay requerimiento de ánimo discriminatorio. Se entiende por generalizados los crímenes que se cometen contra una gran cantidad de víctimas, ya sea por la cantidad de crímenes o por ser un crimen con muchas víctimas. Hasta el momento no se ha estipulado un número exacto para definir la cantidad de los crímenes que se deben cometer para entenderse como un crimen de lesa humanidad, puesto que según la comunidad internacional dicha situación se debe examinar caso por caso.²⁰ Por sistemático se entiende que las conductas criminales que aparte de ser generalizadas, se realizan con arreglo a un plan político preconcebido que permite la realización repetida o continuada de dichos actos inhumanos.

La definición de los crímenes de lesa humanidad incluye ciertos actos prohibidos que se han enlistado desde el Tribunal de Núremberg, en donde apareció la primera lista de los crímenes de la siguiente manera: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, persecución y tratos inhumanos. Después se agregó a la lista la violación, tortura y el encarcelamiento. Con la creación de la CPI trataron de ajustar la lista en la cual se incluyeron los siguientes actos: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, otras violencias sexuales, desaparición forzada y el apartheid.

Los crímenes de guerra se consideran como violaciones graves de las leyes, normas y las costumbres aplicadas en los conflictos armados, también conocido como el derecho internacional humanitario, que se utiliza en caso de conflicto armado interno o internacional.

En un principio por medio del Tribunal de Núremberg se creó un listado con los crímenes de guerra que incluía los siguientes actos: asesinatos, malos tratos, deportación y trabajos forzados a civiles y prisioneros, ejecución de rehenes y destrucción no debida a razones militares. Posteriormente con la creación del tribunal *ad hoc* de la Ex República de

²⁰ *Ibíd.*, p. 236.



Yugoslavia se realizó un listado con más crímenes de guerra, como se puede observar en su Artículo 3, el cual incluía las siguientes conductas: el uso de armas tóxicas, o el uso de armas que ocasionan sufrimientos innecesarios, destrucciones innecesarias, ataque a lugares indefensos, destrucción de monumentos históricos, obras de arte y saqueos.²¹ En el Tribunal de Ruanda los jueces de igual manera hicieron un listado de los crímenes de guerra para procesar a los individuos que cometieron dichas conductas.

Con la creación del Estatuto de Roma en 1998 se estableció en el Artículo 8 un listado con 50 conductas que se consideran hasta el día de hoy como las que configuran crímenes de guerra. Cuando hablamos que los tribunales como los de Yugoslavia y Ruanda le daban contenido a los crímenes de guerra, estamos afirmando que los mismos tenían permitido crear normatividades aplicables a los procesados, en ese entendido se puede afirmar que se otorga un grado de discrecionalidad alto al juez.

Con la creación de la CPI, se estipularon crímenes que al momento de ser analizados caso por caso deben llenarse de contenido para encaminar un acto realizado a un tipo penal, en dicho acto el juez se vuelve un sujeto dotado de discrecionalidad para analizar los supuestos de hecho y los tipos de los delitos. Si se asume que los jueces están dotados de discrecionalidad en dicho campo, se puede cuestionar también la toma de decisiones sobre las intervenciones que la CPI debe tomar o no en algunos países, la cual no es tomada por el juez, sino que en el caso de la CPI, dicha decisión es asumida por la Fiscalía. Si bien es cierto que los delitos de competencia de la CPI son taxativos, dado que están consignados en el ER, la situación sobre la aplicación de los mismos genera controversia, toda vez que la Fiscalía de la CPI debe hacer un juicio en el cual establezca si en el caso concreto es válida o no su intervención.

Se debe tener clara que si bien la CPI evita la impunidad de los crímenes más atroces, también es consciente del contexto en el cual desea intervenir, por ejemplo, si se está hablando de un país en conflicto que atraviesa por una justicia de transición, la CPI debe establecer si decide intervenir y analizar los efectos que dicha intervención pueda producir en la solución del conflicto, para ampliar dicha idea es menester recordar que el Estatuto de Roma en su artículo 53 (1) (c) establece la posibilidad de que el Fiscal considere un asunto inadmisibile y desista de una investigación si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. Por medio de dicha cita se puede decir que la Fiscalía de la CPI, tiene elementos en su estatuto para analizar en cada caso si debe intervenir o no, aparte de eso debe analizar el contexto del país donde pretende intervenir. Parece adecuado indicar que en el contexto colombiano, dado que se está adelantando un proceso de justicia transicional la Fiscalía de la CPI prefiera el interés de la justicia, lo que

21 *Ibíd.*, p. 274.



se interpreta como el interés que tiene Colombia por alcanzar una paz duradera, y en ese entendido la CPI se abstenga de intervenir. De igual forma debe tener en consideración que, actualmente en Colombia se están adelantando acuerdos y procesos por medio de los cuales se está impartiendo justicia para el país.

Si bien es cierto que mediante el actual proceso de paz y sus herramientas, se está buscando impartir justicia en el país, es pertinente señalar que Colombia cuenta con una normatividad vigente en donde penaliza las mismas conductas que persigue la CPI, por medio del Artículo 101 del Código Penal Colombiano se regula el delito del genocidio y en el Libro II, Título II del señalado Código, se regulan los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, también conocido como crímenes de guerra, frente al crimen de lesa humanidad se ha venido desarrollando el delito de forma jurisprudencial. Todo esto para dejar claro que si bien se está analizando la internacionalización de la justicia y la actual justicia de transición en Colombia, como mecanismos para llegar a una paz firme y duradera, no se debe dejar de lado que en Colombia ya existen mecanismos penales para sancionar a las personas que cometen crímenes como lo son el genocidio, el crimen de guerra y el crimen de lesa humanidad.

Considerados los crímenes de competencia de la CPI y la importancia de la Fiscalía y el Juez en la toma de decisiones sobre la intervención o no en sus países miembros, es necesario tener un enfoque concreto de la situación actual de la justicia de transición en Colombia y como está puede abrir o cerrar la puerta para una posible intervención de la CPI.

2.2 Acuerdo preliminar, la justicia transicional en Colombia y posible intervención de la Corte Penal Internacional

En el caso de Colombia, existe una expectativa sobre la posible intervención o no de la CPI que puede generarse en un momentos de postconflicto, ante esto es importante indicar que, por medio de reunión del día 23 de septiembre de 2015, el actual presidente de Colombia, el señor, Juan Manuel Santos y el grupo de negociadores del proceso de paz que se adelanta en Colombia anunciaron la creación de un acuerdo preliminar donde se estipulan algunas condiciones de la justicia transicional con aras a encontrar una paz duradera, dicho acuerdo preliminar no se encuentra a la fecha plenamente divulgado, pero el mismo fue entregado a los medios de comunicación quienes han informado a la comunidad sobre los temas pactados en el mismo. Según la revista Semana, por medio de dicho acuerdo se pactaron los siguientes puntos:

- 1 La creación de una jurisdicción especial para la paz donde no hay impunidad.
2. Amnistías: según el comunicado se contemplará amnistía para los delitos políticos y conexos, a través de una ley que se presentará ante el Congreso, actualmente solo puede aplicarse para los delitos de rebelión, sedición y asonada. Lo que se debe tener



claro es que ningún delito de lesa humanidad o delito de guerra será amnistiado. La discusión que se está adelantando sobre el tema se basa en el narcotráfico como delito conexo a un delito político, en tanto los dineros del narcotráfico se convirtieron en el motor económico de los grupos armados ilegales como las FARC, para sostener su rebelión contra el Estado.

3. No es justicia solo para las FARC: la jurisdicción está diseñada para las personas que hayan cometido delitos graves relacionados con el conflicto armado colombiano, es decir que la jurisdicción se aplica para guerrilleros que hagan parte del acuerdo de paz, militares, agentes del Estado o civiles que hayan cometido graves crímenes. Se puede observar que en la nueva jurisdicción no parten del principio de selectividad que se había mencionado en el MJP, el problema con no aplicar dicho principio, es que se intenta procesar a un número considerable de individuos, lo cual puede generar congestión en el sistema y así originar decisiones escasas y lentas.
4. A más verdad menos sanción: en este punto se busca el esclarecimiento de la verdad, es por esto que las penas dependen de la entrega efectiva de la verdad de quienes cometieron las conductas, es decir que, (i) las personas que aporten una verdad exhaustiva y detallada sobre los hechos cometidos, podrán recibir sanciones restaurativas y una restricción efectiva de su libertad entre 5 y 8 años, (ii) quienes entreguen esa verdad de manera tardía o parcial, serán investigados y si resultan culpables, recibirán una pena de prisión ordinaria de entre 5 y 8 años, (iii) quienes no digan la verdad podrán recibir penas de prisión de 20 años. Hasta el momento no se tiene claro que tipo de sanciones restaurativas se impondrán, pero el Gobierno ha indicado que las mismas tendrán vigilancia constante y serán efectivas.
5. Solo es para el conflicto armado: como se mencionó anteriormente, los delitos que se procesarán por dicha jurisdicción solo son los que hacen parte del conflicto armado interno, en ese entendido, se creará una sala por medio de la jurisdicción especial encargada de calificar si los procesos son parte o no del conflicto.
6. No habrá extradición: el acuerdo prohíbe que se extradite a quien entra a ser parte de dicha jurisdicción y cumpla con los requisitos y sanciones que la misma impone.
7. Participación en política: las partes en el conflicto han indicado que darán apertura política a los integrantes de las FARC, lo que no se ha concretado es el momento en el cuál puedan participar en la política, si desde que están ejecutando las sanciones restaurativas y la privación de la libertad o si tiene que ser en un momento posterior²².

22 Revista Semana, *Qué se pactó*, 2015, Edición No. 1743, 28-31.



Por medio de la reunión se acordó que a más tardar en 6 meses se firmará el fin del conflicto, posterior a la mencionada firma, se contarán 60 días en los cuales, las FARC deben dejar las armas.

Respecto de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, el Gobierno ha informado que los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no quedarán en la impunidad, frente al tema la Fiscal General de la CPI, Fatou Besuda “notó con optimismo que el acuerdo excluye la concesión de amnistías por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y que está diseñado, entre otras cosas, para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves”²³. De igual forma la Fiscal informó que va a revisar detalladamente los acuerdos que se pacten para lograr la paz en Colombia.

El director para las Américas de *Human Rights Watch*, José Miguel Vivanco señaló que “aunque la jurisdicción especial contribuirá a que haya confesiones, también permitirá que los máximos responsables de atrocidades masivas eludan completamente la prisión, y de ese modo se privaría a las víctimas de cualquier medida de justicia que mínimamente respete el sentido de ese valor universal”²⁴. Vivanco no está conforme con las penas no privativas de la libertad, puesto que Colombia tiene una obligación jurídica internacional de interponer penas que guarden proporción con la gravedad de los delitos, no obstante lo anterior, cuando se habla de justicia no siempre se tiene que tener en consideración la privación de la libertad por medio de la cárcel, existen otras formas de justicia como lo son la reparación de las víctimas, la verdad y el compromiso de no repetición, situaciones que han sido mencionadas por el Gobierno como parte del acuerdo final.

Según el acuerdo preliminar solo se aplicará amnistías para los delitos políticos y conexos, es decir que los otros delitos serán procesados y se deben pagar penas por los mismos. En el entendido que se otorgarán penas restaurativas y restricción de la libertad a las personas que entreguen toda la verdad de 5 a 8 años, pero no serán penas de prisión ordinarias, es posible que los individuos que otorguen dicha verdad hayan cometido crímenes de la competencia de la CPI.

La CPI, se originó con el fin de terminar con la impunidad de los crímenes más atroces a los individuos, desde su surgimiento han sido pocas las sentencias que se han impartido, por consiguiente no es factible prever sus actuaciones en casos concretos. Por medio del acuerdo preliminar se abre la puerta para que a Fiscal de la CPI actúe de diversas maneras.

De acuerdo al comunicado, se puede afirmar que no hay impunidad para los crímenes de la competencia de la CPI, no obstante lo anterior, se debe tener claro que el papel de la CPI no es solo exigir que se señale la falta de impunidad, esta puede hacer

23 *Ibid.*

24 Human Rights Watch, Colombia: un acuerdo que sacrifica, 2015, Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia>



un examen meticuloso en donde señale que las medidas tomadas para los crímenes de su competencia son adecuadas o inadecuadas en cada caso. Es de recordar que la Corte Penal Internacional puede intervenir ante la inacción, (ii) la falta de disposición o (iii) la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Es decir que Colombia queda a la espera de las actuaciones futuras de la jurisdicción especial y si estas son suficientes para al CPI, la misma no podrá intervenir, de lo contrario podría intervenir y poner en riesgo el proceso de paz tan anhelado.

Teniendo en cuenta los crímenes de competencia de la CPI y el acuerdo preliminar que se está adelantando en Colombia es pertinente señalar que el papel que tiene el juez y la Fiscalía de la CPI es fundamental, puesto que dependiendo del análisis que emitan y de los resultados del Acuerdo Preliminar y/o del MJP se definirá en qué situación se ubica Colombia ante la Corte Penal Internacional.

Conclusiones

Con la existencia del conflicto armado interno en Colombia y su internacionalización la cual se ha generado por la globalización, la ambivalencia de la soberanía y la suscripción de acuerdos y tratados internacionales, es justo decir que la justicia de transición que se está adelantando en Colombia, está en el foco de entes internacionales, como es el caso de la Corte Penal Internacional. Dicha situación se desprende del hecho de que Colombia es miembro del Estatuto de Roma y que en Colombia se han vulnerado derechos que tanto la comunidad internacional como la Corte Penal Internacional protegen, de igual forma, se han cometido delitos de su competencia, como crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra por diferentes actores del Estado.

Desde el año 2012, Colombia está llevando a cabo un proceso de paz con las FARC por medio de una justicia de transición en la cual se pretende que dicho grupo deje sus armas y se logre negociar una paz duradera, dado que en Colombia se han vulnerado diversos crímenes, entre ellos crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, se debe ser cauteloso con los mecanismos que se estipulen para lograr la paz. El hecho que la CPI sea un ente que se ocupa de sancionar conductas propias de los conflictos armados internos hace que se genere una actitud precavida por parte del Gobierno sobre las soluciones del conflicto. Por lo anterior se debe analizar la siguiente pregunta ¿cuál es la finalidad de la Corte Penal Internacional? Ante dicho cuestionamiento, se puede afirmar que la CPI tiene como objetivo primordial acabar con la impunidad de los delitos más atroces a nivel mundial, de igual forma, la misma se entiende como mecanismo de presión para que los Estados actúen en pro de los derechos de sus ciudadanos y eviten la impunidad. Otro aspecto importante de la CPI es que busca la justicia global y es un organismo que funciona con base en el contexto de cada país, es decir que no actúa desmesuradamente.



En ese entendido, de acuerdo a lo planteado anteriormente, se puede indicar que Colombia es consciente que es miembro de la CPI y por lo mismo tiene claro que tiene que perseguir los crímenes de su competencia, so pena de que la misma intervenga, por lo mismo, el papel que tiene la CPI para presionar a sus miembros a que combatan la impunidad se ve muy presente en este país. Por otro lado en relación con el papel que tiene la CPI para asegurar que cada país cumpla con su búsqueda de justicia se está viendo presente en Colombia, puesto que por medio de la justicia transicional y el proceso de paz, se están desarrollando mecanismos para procesar a los sujetos que han cometido conductas delictivas y de competencia de la Corte Penal Internacional en el marco del conflicto armado colombiano, y es claro que, si dichos mecanismos son ejecutados de manera eficiente, y se logra un país con paz, lo más razonable sería que la CPI se abstenga de intervenir, puesto que los elementos de admisibilidad se verían afectados, esto teniendo en cuenta que Colombia ha desplegado su jurisdicción para procesar a los individuos que cometieron dichas conductas, es decir que habría acción, en tanto se dispone a procesar a los individuos, disposición, como bien se ha mencionado en el acuerdo preliminar y capacidad de la jurisdicción nacional para procesar a dichos individuos. En este aspecto, se debe hacer un examen postconflicto puesto que se debe analizar si los requisitos de admisibilidad se cumplieron a cabalidad o no.

Por otro lado no se puede olvidar que en Colombia se está buscando darle terminación a un conflicto que ha perdurado por más de 50 años, ahora cabría preguntarse ¿qué finalidad tiene el proceso de paz? Mediante el actual proceso, se esta buscando la paz de Colombia por medio de una justicia restaurativa, es decir por medio de la verdad, la desmovilización de los grupos armados ilegales y la promesa de no repetición, dicho proceso de paz, hasta el 23 de septiembre de 2015, se iba a desarrollar por medio del Marco Jurídico para la Paz, como método de justicia transicional y mecanismo por medio del cual se busca reparar a las víctimas del conflicto mediante la justicia y la verdad. No obstante lo anterior, por medio de reunión llevada a cabo en La Habana-Cuba, de dicho día, se anunció la creación de un acuerdo preliminar por medio del cual se va a desarrollar una jurisdicción especial para la paz, dicho acuerdo se entiende como una actuación política, entre el Estado y las FARC. Lo que dicha actuación deja en el aire es la relación que la misma tendrá con el Marco Jurídico para la Paz, es decir, no es claro si las dos se complementarán o preferirán optar por alguna de las dos para solucionar el conflicto. Desde ya se han podido observar discrepancia entre ellas, puesto que en el MJP se pretende aplicar las figuras de la priorización y la selección, por el contrario en la jurisdicción especial para la paz se pretende procesar a todas las personas que hayan cometido delitos graves relacionados con el conflicto armado colombiano.

En los dos casos se debe tener en cuenta que las decisiones tomadas por el Gobierno serán observadas por la comunidad internacional, en especial la CPI, la cual tendrá que hacer dos juicios de admisibilidad: 1) por un lado analizar el contexto colombiano, su empeño y su búsqueda por la paz, y que Colombia ha desarrollado mecanismos de justicia de transición



para terminar un conflicto que ha perdurado por más de 50 años, en este caso optaría por dejarle el camino libre a un país y no intervendría, lo cual la dejaría como un ente observador pero no interventor, 2) por otro lado si decide intervenir, tendría que hacer un juicio de admisibilidad, en el cual debe analizar si Colombia actuó, y si su forma de actuar le parece satisfactoria. Cabe decir que dichos juicios deberían realizarse en un momento de postconflicto, puesto que mientras se estén desarrollando mecanismos para lograr la paz, la CPI no puede actuar puesto que su accionar solo se puede despertar de manera subsidiaria o como *última ratio*.

Bibliografía

- Alto Comisionado para la Paz, *Preguntas y respuestas Marco Jurídico para la Paz*, 2015, Recuperado de: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Style%20Library/AltoComisionado/img_banners/marco_juridico_para_la_paz.pdf
- Ambos, K., Malarino, E., y Elsner, G., *Justicia de transición, informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009.
- Ambos, K., Cote Barco, G.E., Ibáñez Gutiérrez, C., Sánchez, N.C., Tarapués Sandino, D.F., Villa Rosas, G., y Zuluaga, J.E., *Justicia de transición y Constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2014.
- Clapham, A., & Gaeta P., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Cuál es la definición de "Conflicto Armado" según el derecho internacional humanitario?*, 2008, Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.
- Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia, Reporte Intermedio*, 2012, Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf>
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmschurst, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.
- De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- El Espectador, Redacción Política, *Farc pasó de 9.000 miembros a casi 6.000 durante proceso de paz: Min defensa*, 2015, Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-paso-de-9000-miembros-casi-6000-durante-proceso-de-articulo-574152>.



Human Rights Watch, *Colombia: un acuerdo que sacrifica*, 2015, Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia>

International Crisis Group, *Justicia Transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Brusels, International Crisis Group, 2013.

Michael, N., & Del Mar, K., *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas asociadas en la lucha contra el apartheid*, s.f., Recuperado de <http://www.un.org/es/events/mandeladay/apartheid.shtml>

Olásolo Alonso, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas - Biblioteca Jurídica Díké, 2009.

Revista Semana, *Qué se pactó*, 2015, Edición No. 1743, 28-31.

Revista Semana, *Guiño Global*, 2015, Edición No. 1743, 32.

Stahn C., & Van den Herik., *Future Perspectives on International Criminal Justice*, La Haya, TMC Asser Press, 2010.

Teubner, G., Sassen, S, y Krasner, compilado por Saldivía, Laura y dirigido por Bonilla, Daniel. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010.

Urpimny Yepes, R., Saffon Sanín, M.P., Botero Marino, C., y Restrepo Saldarriaga, E., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, 2006.

<http://www.iccnw.org/?mod=aggression&lang=es>