

**LA SUBSIDIARIDAD DEL ESTATUTO DE ROMA (CORTE PENAL  
INTERNACIONAL), FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE  
AGENTES DEL PARAMILITARISMO SOMETIDOS A LA LEY DE  
JUSTICIA Y PAZ.**

**PRESENTADO POR:**

**LUIS JESUS ESPINOSA RICO**

**MARIA FERNANDA GUERRRO VARGAS**

**LAURA CAROLINA MANRIQUE BECERRA**

**FRANCISCO JAVIER SEQUEDA MEZA**

**MONOGRAFIA DE GRADO**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA**

**FACULTADA DE DERECHO**

**BUCARAMANGA 2011**

## TABLA DE CONTENIDO

- **INTRODUCCION**
- **ENUNCIACIÓN DEL MARCO TEÓRICO A DESARROLLAR EN LA MONOGRAFIA**
- **OBJETIVO GENERAL**
- **OBJETIVOS ESPECIFICOS**
  1. **CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.**
    - 1.1. **ANTECEDENTES HISTORICOS.**
      - 1.1.1. **HISTORICIDAD JURIDICA.**
      - 1.1.2. **HISTORICIDAD POLITICO – SOCIAL.**
    - 1.2. **FUNDAMENTOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**
    - 1.3. **PRINCIPIOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**
    - 1.4. **CORTE PENAL INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD O COMPLEMENTARIEDAD.**
  2. **LEY DE JUSTICIA Y PAZ ( PARAMILITARISMO)**
    - 2.1. **ANTECEDENTES JURIDICOS DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ**
    - 2.2. **MODELOS Y TEORÍAS EN LOS CUALES SE BASA LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA.**
    - 2.3. **MOTIVACIONES DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.**
    - 2.4. **EL AJUSTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUSTANCIALIDAD DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.**
  3. **LEY Y DE JUSTICIA Y PAZ FRENTE AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y SUBSIDIARIDAD.**
    - 3.1. **LEY DE JUSTICIA Y PAZ VS CORTE PENAL.**
- **CONCLUSIONES**
- **BIBLIOGRAFIA**

# **LA SUBSIDIARIDAD DEL ESTATUTO DE ROMA (CORTE PENAL INTERNACIONAL), FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE AGENTES DEL PARAMILITARISMO SOMETIDOS A LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.**

## **INTRODUCCION**

En momentos donde la orientación del derecho internacional se dirige hacia la protección de los derechos humanos y los bienes jurídicos integrantes de la dignidad humana, es importante recoger uno de los campos de investigación más importantes en cuanto al derecho internacional se refiere, el campo del derecho internacional sancionatorio.

De esta forma, El estatuto de Roma que entró en vigencia para Colombia en el año 2009, debe ser objeto de un análisis profundo por parte de las nuevas generaciones de juristas, porque constituye un campo alternativo de estudio dentro de las ciencias jurídicas, que además se convierte en un territorio de frontera entre el campo del derecho de los derechos humanos, el derecho constitucional comparado y el derecho penal.

La razón de esta frontera epistemológica se da porque las tres disciplinas ya mencionadas se ven representadas principalmente en la protección de la dignidad humana; cuestión que se resalta en momentos en que la ley 975 del 2005 o ley de justicia y paz, contrapone dos situaciones; la primera es la desmovilización y los preacuerdos con los grupos armados al margen de la ley, en este caso los

agentes del paramilitarismo , y el segundo es el deseo de justicia, real y material sobre los crímenes de lesa humanidad, en la cual muchos de los agentes de estos grupos han incurrido.

## **ENUNCIACIÓN DEL MARCO TEÓRICO A DESARROLLAR EN LA MONOGRAFÍA.**

En este trabajo es importante clarificar ciertas diferencias conceptuales entre temas que son de relevancia fundamental en el estudio jurídico alternativo, tales como, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, que si bien son instrumentos para la defensa de la dignidad humana; tienen destinatarios diferentes, por cuanto el primero se consolida en la responsabilidad del Estado y el segundo en la responsabilidad individual de los sujetos que transgreden los bienes jurídicos fundantes de la dignidad humana.

Así el derecho internacional de los derechos humanos se consolida en la protección que deben dar los Estados frente a los derechos inherentes que tienen las personas, y que fincan su responsabilidad sobre los Estados que por acción u omisión permiten la transgresión de su dignidad en contra de las personas que están asociadas a él, bien sea individual o grupalmente.<sup>1</sup>

En cambio el derecho penal internacional se encarga de castigar por medio del tribunal creado por el estatuto de Roma, todos los delitos que signifiquen violación grave a la dignidad de los pueblos, y que tiene su inspiración en la prevención del

---

<sup>1</sup> Concepto de Derechos Humanos. (Defensoría del Pueblo, “Algunas Precisiones sobre la Violación de los Derechos Humanos en Colombia”, Serie Textos de Divulgación, No. 2).

genocidio Judío en la Alemania Nazi,<sup>2</sup> manteniendo los mismos principios del derecho penal clásico frente a las categorías de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad.<sup>3</sup>

Los conceptos anteriores permiten sin duda evocar uno de los ejes más importantes en estos procesos de búsqueda de verdad, que es el tema de la justicia transicional, que por supuesto busca una salida del tema de la impunidad, pero al igual que ella insiste en la búsqueda de verdad y reparación, sacrificando en cierto modo la punibilidad contra los agentes, con el fin de solucionar temas relativos al conflicto.

Ahora, si bien esta investigación parte de la posibilidad analítica de inquirir hasta dónde los beneficios que la ley de justicia y paz le entrega a los agentes del paramilitarismo son una expresión de la impunidad que reina en nuestro país, y que permitiría la intervención residual de la C.P.I.; no es viable abordar esta posibilidad sin adquirir ciertas definiciones y sin desarrollar un concepto supremo, el de la justicia transicional.

En este sentido dentro del avance del marco teórico se podrán ver las consiguientes tesis y modelos de justicia transicional aplicados en Colombia en el marco de la ley de justicia y paz; dentro del esquema de la justicia restaurativa y la

---

<sup>2</sup> AMBOS, Kai. Diálogo Político. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXI - Nº 3 - Septiembre, 2004. P. 85.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 86.

Justicia retributiva; igualmente se permitirá observar los principios de la Corte Penal Internacional, frente a la aclaración de los delitos de lesa humanidad.

De tal manera, se sigue que El Derecho Penal Internacional en las relaciones jurídicas, es un mecanismo alternativo de justicia que tiene en común varios principios con los derechos internos de la mayoría de países del hemisferio; sin embargo, la epistemología que maneja la CPI restringe la intervención del derecho penal a los casos más graves de delitos considerados de lesa humanidad, por tanto se hace de aplicación subsidiaria y restrictiva, lo que lo lleva a hacer de estos instrumentos un campo complejo de aplicación y manejo de los diferentes problemas jurídicos, que se presentan en esta materia, entre los cuales se plantea la intervención punitiva del Estatuto de Roma frente a la posible impunidad producida por penas irrisorias, como es el caso de las penas máximas de ocho años que contempla la ley de justicia y paz, casos de delitos que pueden incluir conductas atentatorias de la existencia de la humanidad, de donde surge esta cuestión.

¿Es posible que en virtud del principio de subsidiaridad, la corte penal internacional tramite procesos contra paramilitares sancionados con las penas previstas en la ley 975 de 2005 ley de justicia y paz?

Pregunta que se puede responder analizando el desarrollo del principio de subsidiariedad y de jurisdicción complementaria, propuesta por la Comisión de Derecho Internacional y adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,

frente al tratamiento especial de posibles delitos de lesa humanidad cometidos por el paramilitarismo, en el marco de la ley de justicia y paz.

De acuerdo a lo antepuesto, es necesario formular un estudio de los antecedentes históricos y jurídicos del Estatuto de Roma, donde se deben identificar los argumentos desarrollados por el Estado colombiano para la promulgación y ejecución de la ley 975 de 2005 ley de justicia y paz, definiendo los alcances del principio de complementariedad y subsidiaridad como aplicación de la última ratio procesal en el sistema penal internacional frente a los intereses jurídicos de la ley de Justicia y paz; para así diagnosticar la posibilidad de intervención de La Corte penal internacional en casos de paramilitarismo, sometidos a la ley 975 de 2005.

Así surge en primer momento una hipótesis de respuesta a la cuestión principal del problema, la cual consiste en entablar la afirmación que indica que los mecanismos procesales de la Corte Penal Internacional, que tienen como dirección la aplicación de principios tales como la subsidiaridad, complementariedad, ultima ratio, etc., no imposibilitan el conocimiento del tribunal sobre aquellos delitos de lesa humanidad, que en el marco de la ley 975 de 2005 tengan penas irrisorias y por fuera del principio de la proporcionalidad.

Por consiguiente para El derecho es una obligación, tanto como instrumento de regulación de relaciones políticas vigentes en una determinada sociedad, tanto como ciencia, requerir de metodologías especiales de investigación, dado que

cada una de las diferentes instituciones jurídicas existe como representación de determinadas relaciones sociales.

Por eso cuando el proceso de conocimiento del derecho se realiza cotidianamente tratando de obviar el estudio de dichas relaciones sociales, tomando de esta forma una realidad tergiversada, la labor tiende a culminar con un proceso que fuerza la norma dentro de la realidad ya existente en la sociedad.

Por lo tanto, se hace necesario confrontar la normatividad existente con la realidad concreta que sirve de escenario para su configuración, puesto que en esta investigación será fundamental realizar un breve recorrido histórico que permita establecer un punto comparativo entre lo ya existente y lo normativo, con miras a admitir un modelo de medición entre lo regulado y la realidad histórica que ha hecho posible su surgimiento.

Ahora bien, se aclara la necesidad de considerar que la investigación jurídica debe dar relevancia a las relaciones del derecho con otros mecanismos, los cuales deben establecer una posibilidad de mediación entre la disciplina jurídica y la afectación que tiene en la comunidad que intenta regular a través de las diferentes instituciones.

Prosiguiendo de esta manera se aclaran los objetivos tanto el general como los específicos, a saber:

### **Objetivo General:**

Analizar el desarrollo del principio de subsidiariedad y de jurisdicción complementaria, propuesta por la Comisión de Derecho Internacional y adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, frente al tratamiento especial de posibles delitos de lesa humanidad cometidos por el paramilitarismo, en el marco de la ley de justicia y paz.

### **Objetivos específicos.**

1. Formular un estudio de los antecedentes históricos y jurídicos, del Estatuto de Roma.
2. Identificar los argumentos desarrollados por el Estado colombiano para la promulgación y ejecución de la ley 975 de 2005, ley de justicia y paz.
3. Definir los alcances del principio de complementariedad y subsidiariedad como aplicación de la última ratio procesal, en el sistema penal internacional frente a los intereses jurídicos de la ley de Justicia y paz, como mecanismos de justicia transicional.
4. Diagnosticar la posibilidad de intervención de la Corte penal internacional en casos de paramilitarismo, sometidos a la ley 975 de 2005 ley de justicia y paz.

Con relación a los objetivos de la investigación se tendrá como referencia metodológica la cualificación del conocimiento de los mecanismos procesales que La Corte Penal Internacional ofrece; este tipo de metodología responde al nombre

de hermenéutica jurídica interdisciplinaria; que tiene su correspondencia interpretativa en los problemas jurídicos, que se relacionan a todos los ámbitos de la vida humana.

# 1. CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

## 1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

### 1.1.1Historicidad Jurídica.

En el año de 1948 la ONU propuso por vez primera vez la idea de crear una institución perenne para juzgar crímenes que se consideran de tipo internacional, por comprometer la seguridad y la permanencia de la raza humana, tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión.

El primer paso que dio la ONU se encuentra en la Convención para la sanción y la prevención del genocidio, la cual entró en vigor en el año de 1951, y que en su preámbulo consideraba la importancia de terminar de una vez por todas con el flagelo del exterminio cultural y genético, en general el texto indica:

*Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena,*

*Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad,*

*Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional.*

De acuerdo a dicha resolución el crimen de genocidio no se limita a que se cometa en tiempos de guerra entre los países ni a las guerras civiles, ya que en todos los casos este delito es impulsado por el odio étnico, y no necesariamente se necesita una guerra para el caso, pues según el artículo primero de la misma: *“Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.*

De la misma manera el tratado del que se viene hablando presenta en su normatividad la posibilidad que exista una Corte Penal Internacional que juzgue el genocidio, siempre y cuando sea de jurisdicción reconocida: *“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.*

Así la ONU consideró que crear un organismo de este tipo era imprescindible para combatir los delitos que atacaban directamente el sentido de lo que representaba la humanidad, razón por la cual la idea de establecer lo que hoy llamamos CPI continuó hasta que en el segundo año de la década de los noventas, la ONU

solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que preparara un proyecto de lo que hoy es la CPI.<sup>4</sup>

Posteriormente se siguió tomando en cuenta de forma periódica la posibilidad de establecer una corte penal internacional, hasta que en 1992 la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional la preparación de un proyecto de lo que hoy se conoce como El Estatuto de Roma.

### **1.1.2 Historicidad Político – Social.**

Esta sección aporta los acontecimientos políticos más importantes que llevaron a la creación de la C.P.I, los cuales son una condensación de crímenes y episodios dolorosos para la humanidad, o por lo menos para la sociedad organizada desde la concepción racional de la modernidad.

El primero de todos fue el tratado de Versalles donde se intenta de acuerdo al artículo 227, acusar al ex emperador de Alemania Guillermo II de crímenes contra la moral internacional, para lo cual se tomó la decisión de crear un tribunal especial para el caso, el cual nunca pudo ser llevado a cabo, gracias a diversas circunstancias, entre las cuales están el no nombrar las normas de derecho internacional por las cuales se les habría de condenar a Guillermo segundo, además de la protección que recibió el mismo personaje de parte del gobierno de

---

<sup>4</sup>En: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>. Extraído el 23 de Junio de 2010.

Holanda.<sup>5</sup> Sin embargo este tratado tenía un deseo oculto que era el propiciar la venganza en contra del imperio alemán, para de esta manera llevar al mismo al estado de subordinación frente a los otros países; y en cierta forma buscar un chivo expiatorio para todos los estragos de la guerra.

Con todo, se debe afirmar que el nacimiento de los tribunales penales internacionales y el del la C.P.I. se debe al querer de la humanidad de trazar derroteros para combatir la violencia de los poderosos y terminar con la impunidad que frecuentemente los cobijaba, así como la prevención de los crímenes de lesa humanidad, los cuales tradicionalmente eran precedidos y proseguidos por la impunidad, lo cual mediante un estudio histórico lo confirma la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*(...)Durante el siglo pasado, millones de seres humanos perecieron como consecuencia de genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves reconocidos como tales por el derecho internacional. Debido a los limitados instrumentos jurídicos con que contaba el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos para el establecimiento de responsabilidades individuales, los autores de tales conductas rara vez fueron condenados penalmente. Con el fin de romper el ciclo de violencia e impunidad, la comunidad internacional ha estado preocupada por promover la creación de mecanismos jurídicos que permitan asegurar un juicio de*

---

<sup>5</sup> Ulloa Díaz, Cesar Humberto. La Corte Penal Internacional y la Constitución Peruana de 1993. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,266,0,0,1,0>. Extraído el: 2009/12/14.

*responsabilidad por tales conductas, así como la sanción efectiva de sus autores y cómplices, tanto en el ámbito nacional como en el internacional (...)*<sup>6</sup>

Eventualmente tuvieron que darse los hechos de la segunda guerra mundial, para que se creara el tribunal de Núremberg con el fin de juzgar a los criminales fascistas y nazis; en ese tribunal se condenaron a 12 dirigentes nazis a penas de muerte por crímenes que tenían que ver con la iniciación de guerras ofensivas, atentados contra el derecho de guerra, crímenes contra la humanidad y conspiraciones contra la paz mundial. Igualmente sucedió con el tribunal del extremo oriente en donde se juzgaron a los criminales japoneses por delitos en contra de los ciudadanos chinos durante la invasión entre los años de 1931 a 1945, con resultados parecidos a los del tribunal de Nuremberg, con condenas que oscilaban entre los 10 años y la condena a muerte.<sup>7</sup>

No obstante la sensación de venganza durante estos juicios nunca desapareció, pues no se aplicaron los principios relativos al debido proceso, ya que no se respetaron los principios de Nullum crimen, nulla poena sine lege, no se determinaron de forma previa al juez competente, no hubo imparcialidad, no se respetó el principio de irretroactividad de la ley.<sup>8</sup>

Sin embargo la historia del terror no se detenía ahí, pues en el año 1991 con la

---

<sup>6</sup> Sentencia C-578/02.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> FERNANDES, JEAN MARCEL. **LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SOBERANIA VERSUS JUSTICIA UNIVERSAL**. Madrid: Plaza Edición. Año 2008. P. 100 – 101.

muerte del mariscal Tito y la fragmentación de la antigua Yugoslavia, los líderes Franjo Tudjman (croata) y Slobodan Milosevic (serbio) provocaron la guerra con Serbia y la limpieza étnica contra musulmanes bosnios, albanos – kosovares y gitanos. En el año de 1995 se creó el tribunal de la Ex – Yugoslavia para castigar los crímenes de guerra ocurridos durante la guerra de los Balcanes, las acusaciones fueron por delitos de genocidio y delitos de Lesa Humanidad, las condenas fueron hasta los cuarenta años y Milosevic fue acusado ante el tribunal de La Haya.<sup>9</sup>

El último de estos antecedentes y tal vez el más inmediato se remonta al año de 1994, en la fecha del 6 de abril donde un misil derribó el avión que trasladaba a Juvenal Habyarimana y a Cyprien Ntaryamira, presidentes de Ruanda y Burundi respectivamente, los cuales son los países más perturbados por los enfrentamientos entre Hutus y Tutsis. Sin mayor motivo los hutus por medio de la milicia presidencial ruandesa tomaron represalias y comenzaron el genocidio contra la tribu Tutsi, con un saldo terrible de matanzas, torturas, mutilaciones y violaciones; no solo contra la tribu tutsi sino contra los hutus de tendencia moderada u opositora; de esta manera el genocidio tuvo duración de cien días y produjo un saldo de casi un millón de muertos, de modo que las resoluciones 955 y 1165 crean el tribunal de Ruanda, con competencia que abarcaba a los países vecinos como el Zaire, El Congo, Burundí etc. <sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Opus cit. Corte Constitucional.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

*“El Tribunal condenó al pastor de la Iglesia Pentecostal, Elizaphan Ntakirutimana, a 10 años de prisión, y a Gerard Ntakirutimana (hijo del religioso) a 25 años de prisión. El ex alcalde de Rusumo (Ruanda) Silvestre Gacumbitsi fue condenado a 30 años de cárcel por haber organizado la matanza de veinte mil personas durante el genocidio de 1994.*

Pero sin duda alguna uno de los casos más impresionantes se refiere al proceso del ex primer ministro Jean Kambada, quien acepto cargos por el delito de genocidio y fue sentenciado a la más alta pena, que es la de cadena perpetua, convirtiéndose en la primera persona en la historia en ser condenada por un tribunal especializado por el delito de genocidio, siendo seguido por otra condena relativa a los mismos hechos:

*En un proceso conexo, el ex alcalde del distrito rwandés de Taba, Jean Pierre Ayakesu, fue condenado el 2 de septiembre de 1998 por genocidio contra los ciudadanos Tutsis, así como los delitos de violación, tortura y otros actos inhumanos, y sentenciado posteriormente a reclusión perpetua.”<sup>11</sup>*

De tal forma que el nacimiento de la Corte Penal Internacional es ante todo una evolución del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, pues ante todo responde a la vocación universal del

---

<sup>11</sup> Ibidem.

ordenamiento internacional para la garantía de la dignidad, y una justicia oportuna y efectiva.<sup>12</sup>

## **1.2. FUNDAMENTOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

La jurisdicción Universal representa uno de los grandes desafíos para las sociedades que aspiran a concretar un ordenamiento jurídico en el que prime la idea de una justicia institucional que pueda garantizar la dignidad humana. El enfoque de este tema se relaciona de esta manera con el Derecho penal y los Derechos Humanos; tomando estos la función de preservación de la plenitud humana y aquel la función de protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos frente a cada ciudadano universal,<sup>13</sup>de esta manera se tiene que el desarrollo del Derecho Penal Internacional entra en conflicto con la formación desplegada por el Estado y el concepto de soberanía que este desempeña, la cual tiende a absolutizarse sobre los individuos y las comunidades.

No de otra manera se cambian los paradigmas de los llamados derecho punitivo y el derecho de gentes (o derecho internacional), pues entran en contradicción dos paradigmas, el del Estado absolutamente soberano y el del Estado dignificado en los derechos ciudadanos; siendo el último la punta de lanza del derecho internacional penal y del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> FAUNDEZ VERGARA, Juan José. Jurisdicción Universal, Derecho Penal y Derechos Humanos: A Propósito de la Competencia de la Corte Penal Internacional Sobre Crímenes Internacionales: Conferencia 41. En: XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología (2006, Bogotá). Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, 2006, p.p. 377 – 378.

A propósito, el paradigma de la dignificación del individuo y sus intereses colectivos tiene sus antecedentes en algunos teóricos importantes como Hugo Groccio y Francisco de Vittoria, siendo este último quien sostuvo que el ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto a los gobernantes como a los gobernados, y por ende a la comunidad internacional, primando esta sobre el arbitrio de cada Estado individual.<sup>14</sup>

Por el contrario el paradigma de la personificación del Estado como ente “todopoderoso”, tiene su desarrollo en algunas interpretaciones de la filosofía del Derecho de Hegel, interpretaciones tales como la de Adolf Lasson quien considera al Estado como la más alta manifestación del espíritu objetivo que no puede admitir autoridad por encima de él, por lo cual los Estados no podrían así establecer entre sí una relación de comunidad jurídica, ya que entre estos sólo prima la fuerza.<sup>15</sup>

Por consiguiente en medio de este debate y posteriores sucesos históricos surge el tema de la Universalidad de los Derechos Humanos, atendiéndose principalmente al principio de jurisdicción Universal, nacida con base en cuatro hitos históricos posteriores al horror de la primera guerra mundial, los cuales se detallan de la siguiente manera:

- a) La guerra de Guinea.
- b) La segunda Guerra mundial

---

<sup>14</sup> Ibídem, p 377.

<sup>15</sup> Carrillo Salcedo, Juan A. "El fundamento del derecho Internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico". En: Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, 1996. p 103 – 104.

- c) La Convención de Naciones Unidas
- d) La globalización de los Derechos Humanos.<sup>16</sup>

Sobre este punto es preciso aclarar que el principio de la jurisdicción Universal, también se asocia con el principio de la justicia mundial, debido a que ambos se han ido recogiendo para dar tratamiento a un numero plural de delitos tratados ampliamente en diversos tratados internacionales y en diferentes legislaciones internas, por eso la justicia punitiva internacional atiende al contenido de la infracción y a la protección del bien jurídico conculcado con relación a los derechos humanos, pero su proyección es universal .

Lo que conlleva además a la posibilidad de persecución por parte de cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentre interesado.<sup>17</sup>Por cierto hay que tener en cuenta que lo decisivo es que el tratado internacional obligue al Estado a la persecución del hecho, aunque este haya sido cometido fuera de las fronteras; por lo que El Estatuto de Roma, señala que la C.P.I. tendrá potestad de ejercer su competencia sobre las personas responsables “de los crímenes mas graves de trascendencia Internacional”. En suma al aprobar estos tratados sobre derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común,

---

<sup>16</sup> Opus Cit, Faundes Vergara. p. 378.

<sup>17</sup> *Ibíd*em, p. 380.

asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>18</sup>

Queda por decir dentro de este acápite que de acuerdo a los fundamentos del Estatuto de Roma y la C.P.I., los bienes jurídicos ( fundamentados en los derechos humanos primordiales) que se protegen tienen que ver con los delitos o crímenes de lesa humanidad (que serán explicados posteriormente), los cuales son imprescriptibles y afectan a cualquier humano o colectividad, cuando se traten de actos inhumanos tendientes a afectar gravemente la integridad física y mental; producidos por cualquier persona, colectivo, gobierno etc., que desee el exterminio de la población o un grupo humano, siendo la responsabilidad dolosa, culposa u omisiva, de inferiores a superiores o viceversa.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibíd*em, p. 381 – 381.

<sup>19</sup> QUINTANILLA REVATTA, Raúl Ángel. Crímenes de Lesa Humanidad. Responsabilidad Penal del Estado y Las Personas Jurídicas: Conferencia 40. En: XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología (2006, Bogotá). Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2006. p.p. 372 – 373.

### 1.3. PRINCIPIOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Es bien sabido que el derecho penal tiene un fin general de protección, y que determinar la labor de protección del mismo, es tarea de las ciencias jurídicas; lo que conlleva a indagar si en el derecho penal se protege el ordenamiento jurídico (como forma general y abstracta de protección) o bienes jurídicos (como forma concreta de protección); así si centramos el objeto de examen del derecho penal internacional en las relaciones interpersonales, se hace imprescindible acudir a la lógica analítica para entender este punto, de manera que hay que averiguar el sustento iusfilosófico del cual parte el derecho internacional penal para entender lo que realmente protege o deja de salvaguardar este sistema.<sup>20</sup>

Así si bien es cierto que como derecho positivo el derecho penal y en este caso el derecho penal internacional protege un conjunto de normas escritas, también es cierto que no por eso necesariamente protege un sistema normativo especial auto sustentable y gestionable, pues para hacerlo tendría que dirigirse a la idea de protección de un bien ético social abstracto que sustenta al sistema normativo en especial y que prescinde de cualquier consideración de sistemas de conocimiento extraños a él; lo que implica que hay que hacer una revisión de si el derecho penal internacional se dirige a mantener un sistema jurídico en especial, con todas sus consecuencias éticas y metafísicas, o por el contrario se dirige a una protección concreta y material de derechos individuales y colectivos.

---

<sup>20</sup> ALCACER GUIRAO, Rafael. Los Fines del Derecho Penal, Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. p 19.

En este punto es necesario considerar que si se optara por la tesis primera de protección, se debería averiguar el sentido esencial hacia el cual va dirigido dicho sistema normativo, a efectos de saber hasta donde van los alcances de este sistema sancionatorio, y cuál es su destino ético social.<sup>21</sup>

Sin embargo es sabido por los que se aproximan a él que el derecho internacional como sistema concreto al que debe pertenecer el derecho penal, nació con el fin de proteger el ideario de soberanía estatal en los intercambios diplomáticos con los otros estados; por lo cual el objeto del derecho penal internacional estaría no en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos como sujetos internacionales, sino en la soberanía de los sujetos primigenios de derecho internacional ( Estados).

Esto contradice Cosa los postulados de la jurisdicción internacional penal que se centra concretamente en lo que se llaman delitos de lesa humanidad, los cuales desde la visión del estatuto de Roma artículo 7 consiste en un ataque sistemático contra un una población civil y consiste en: Asesinato; Exterminio; Esclavitud; Deportación o traslado forzoso de población; Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; Tortura; Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales,

---

<sup>21</sup> Ibidem. p.p. 20 – 24.

religiosos, de género, u 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; Desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Por otro lado, es importante señalar que el nacimiento del derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos se debe a una lucha de los pueblos por evitar la tiranía y las injusticias, de ahí que no sea gratuito que las conductas más importantes que integra el artículo 7 del Estatuto de Roma sean:

a) El *"ataque contra una población civil"*, entendida esta *"como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;*

b) El *"exterminio"* como *la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;*

c) La *"esclavitud"* entendida como *el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;*

d) La "deportación o traslado forzoso de población" o desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”

e) el genocidio, el cual es explicado por la Convención de la ONU para la prevención y la Sanción del Genocidio como:

“... cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo cual incluye la Matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y el Traslado por fuerza de niños del grupo o otro grupo”.

En breve se puede afirmar que la línea de protección del derecho penal internacional se dirige a determinados bienes jurídicos que integran el fundamento primigenio de la dignidad humana; por lo cual el estatuto de Roma, base y sustancia del derecho punible internacional, se desarrolla en los siguientes principios orgánicos:

- El Principio Non bis in ídem que se halla consagrado en el art. 20 del estatuto de la corte penal Internacional, gira en torno a la condición que propone que “nadie será procesado por la Corte en razón de hechos que puedan constituir delitos de su competencia”.

Lo anterior no se aplicará si el proceso tiene como fin sustraer de la responsabilidad penal al acusado, o si el proceso se efectúa incumpliendo las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional. Este principio parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece en el Art.8.4 que el inculcado absuelto por una sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

- El Principio de legalidad se desarrolla a través de ciertos aspectos por los cuales se prohíbe aplicar la analogía, la costumbre, y la irretroactividad de la ley penal –excepto en casos de favorabilidad-. La legalidad está garantizada por los preceptos del Estatuto, que en su Parte III, específicamente en los artículos del 22 al 24, se establecen los postulados *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege y ratióne personae*.

En el primer caso, se establece que la Corte conocerá solamente sobre los crímenes de su competencia estricta y sin que por analogía se haga extensiva, es así como que caso de duda se pronunciara en favor de aquello que resulte más favorable al imputado *-in dubio pro reo-*. Respecto de las penas, si bien en el Art.23 se sienta el principio general de que éstas estarán determinadas por el Estatuto es bueno aclarar que no se encuentra establecida la pena de muerte, y la reclusión perpetua se encuentra condicionada a la evaluación de la gravedad del delito y de las circunstancias personales del condenado (Art.106).

- La competencia temporal de Corte se encuentra determinada en el Art. 11 y se establece para aquellos hechos cometidos después de la entrada en vigencia del Estatuto.
- Por el principio de Exclusión del procesamiento a menores de 18 años, el Estatuto de Roma reconoce su falta de jurisdicción sobre personas que no superen esta edad. Así lo establece el artículo 26 del Estatuto de Roma: "*La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen*".
- El principio de responsabilidad individual de los particulares reafirma la tendencia ya afianzada en el derecho penal moderno, por el cual todas las personas que cometan o autoricen la comisión de serias violaciones a la ley internacional humanitaria son responsables individualmente por tales violaciones, a diferencia del derecho internacional clásico de los derechos

humanos que responsabiliza a toda una comunidad representada por sus Estados.

- El principio de Imprudencia del cargo oficial apunta a instituye la responsabilidad individual para hacer comparecer a los posibles actores de crímenes contra la humanidad ante tribunales de justicia. Igualmente advierte a los Estados que su descuido o tolerancia frente a ellos los pone en la mira de las instancias internacionales, además de la opinión pública internacional.

El Estatuto de Roma en el artículo 27 se expresa al respecto:

“El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

- El Principio de Responsabilidad de los jefes y otros superiores explica que los mismos son responsables por acción u omisión en la comisión de delitos de lesa humanidad de sus subalternos.
- El Principio de Imprescriptibilidad establece que los delitos de lesa humanidad nunca tienen este beneficio (art. 29).
- **El principio de la Garantía de la doble instancia** se encuentra plasmado en el Estatuto en la Parte VIII, que establece todas las cuestiones relativas a los recursos de apelación y revisión, tanto contra las sentencias definitivas -sea condenatoria o absolutoria-, como contra otras decisiones. La apelación de los fallos se establece en los casos establecidos por el Art. 81.1.a por el Fiscal; circunstancias que se amplían para el demandado que puede recurrir por cualquier "*...motivo que afecte la justicia o la regularidad del proceso o del fallo*" (mismo artículo). También son apelables las penas, si se advierte que existe una desproporción con respecto al crimen cometido. El Art. 84, prevé la revisión del fallo condenatorio o de la pena.
- El Principio de Circunstancias eximentes de responsabilidad y el Principio de Error de hecho y error de derecho, se deben mirar tal y como se entiende por el derecho penal clásico.
- Por último se encuentra el principio de subsidiaridad, el cual será explicado en el punto siguiente.

#### **1.4 CORTE PENAL INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD O COMPLEMENTARIEDAD.**

Frente a lo dicho en apartes anteriores que considera que uno de los fundamentos del Estatuto de Roma y la C.P.I es la protección de los bienes jurídicos que componen las garantías individuales y colectivas de la dignidad humana, queda por integrar este principio de complementariedad o subsidiaridad como la posibilidad que tienen el tribunal internacional no de reemplazar a la jurisdicción internacional en cualquier momento, sino de sustituirla cuando los Estados se abstengan o se encuentren en incapacidad de juzgar los crímenes de Lesa Humanidad.

*(...) El carácter permanente de la CPI y el principio de imprescriptibilidad de los delitos de su competencia aparecen como una barrera eficiente frente a la impunidad porque logran superar los problemas de temporalidad de los tribunales ad-hoc. De esta manera, las características de imprescriptibilidad y de permanencia representan una salvaguarda continua al respeto de los Derechos Humanos, en tanto la posibilidad de sanción es igualmente permanente. En tercer lugar, el carácter subsidiario y complementario de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales es garantía de juicio justo y sanciones ejemplares para quienes comentan los delitos que conocerá la Corte. Así, en situaciones en las cuales la jurisdicción nacional haya colapsado, o por diversas razones, sea incapaz de aplicar justicia hará posible que ningún delincuente pueda sustraerse a*

*la sanción penal, pues cualquier Estado parte podrá requerir la sanción, incluso si quien cometió un delito no es nacional del Estado demandante.*<sup>22</sup>

Sin embargo no significa esto que la limitación a la soberanía del país sea una amenaza para la misma, puesto que el principio de subsidiaridad permite a los tribunales nacionales que juzguen a los culpables por las violaciones de garantías y bienes jurídicos intrínsecos a la dignidad humana; los cuales solo pierden competencia en los casos que la justicia material no sea llevada a cabo, además que cada país que firma el tratado mediante su voluntad declara el derecho de la C.P.I. interfiera en dentro de su territorio, esto sin contar que las contraposiciones entre derecho interno y externo se resuelven a favor de la C.P.I. por mandamiento expreso del estado firmante del Estatuto de Roma.<sup>23</sup>

De esta manera lo indican Andrea Paola Fernández y Victoria Carolina Gómez S:

*A pesar de la fuerza que estos elementos conceden a la justicia internacional frente a la nacional, la puesta en marcha de la CPI no constituirá una amenaza para la soberanía del país, puesto que el principio de subsidiariedad da primacía a los tribunales nacionales para que juzguen a los culpables por violaciones a los Derechos Humanos y además porque sí llegase a existir una contraposición entre el derecho interno y la CPI, ésta se resuelve en la medida que con la ratificación*

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, Andrea Paola y GÓMEZ S, Victoria Carolina. CPI: una apuesta por la sensatez a pesar de incertidumbre, Ensayo Número 13. En: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA. Consulta realizada el 10 de diciembre del año 2010 del portal de la Presidencia de la República de Colombia. <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/altocom/ensayo13.htm>.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

*del Estatuto de Roma el Estado ha declarado su voluntad para que la Corte interfiera en la administración de justicia para los nacionales o por los actos cometidos en su territorio.*<sup>24</sup>

Lo que conllevaría a adelantar ciertas especulaciones por parte de los autores de este trabajo -quiera que dentro de los estatutos de la C.P.I. lo que primero se quiere desterrar es la impunidad que en muchos casos se han dado frente a los delitos de Lesa Humanidad - que consistirían en afirmar que frente a casos como el de los procesos llevados por la jurisdicción de justicia y paz, en los cuales se han dado penas irrisorias por delitos muy graves, se podría aprovechar el principio de subsidiaridad o complementariedad con el fin de aplicar la justicia real y material frente a la desproporcionalidad negativa de las penas; sin embargo este es un punto que debe desarrollarse posteriormente puesto que se necesitan otros elementos cognitivos que posteriormente se tratarán; queda dejar aquí los planteamientos de las autoras ya citadas, con el fin de dilucidar este punto:

*Partiendo de los elementos señalados, es claro que la trascendencia de la CPI radica en constituirse en una herramienta novedosa de batalla contra la impunidad y los argumentos que sustentan esta idea se refieren a la definición de la misma. Primero, la Corte envuelve nociones como la de jurisdicción universal y la reconfiguración del concepto de soberanía representando un avance en la justicia, entendida no solamente como principio de legalidad, sino sobretudo la verificación de conductas mucho más éticas en la sociedad. Así mismo, esto tiene que ver con*

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*

*la evolución del concepto de "seguridad mundial" hacia el de "seguridad humana", considerado dentro de las relaciones en la comunidad internacional, pues en la actualidad la seguridad internacional se entiende sobre la base de la priorización de los derechos de los individuos sobre los de Estados y organizaciones multinacionales.<sup>25</sup>*

## **2. LEY DE JUSTICIA Y PAZ ( PARAMILITARISMO)**

### **2.1 ANTECEDENTES JURIDICOS DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ**

Dentro del variado trasegar histórico a través del cual se ha visto encaminada la realidad política colombiana , el 23 de diciembre de 2002, el entonces Presidente Álvaro Uribe Vélez sancionó la ley 782 de ese año, mediante la cual el gobierno quedó facultado para iniciar negociaciones de paz con grupos que no tuviesen un estatus político. Esto permitió que se iniciaran acercamientos de diálogos de Paz con las autodefensas diseminadas a lo largo del país, para lo cual se estableció una comisión exploratoria,

En la exposición de motivos de dicha ley se hacía referencia a que estos problemas nacieron y se han ido extendiendo a través del tiempo especialmente por las grandes desigualdades sociales y la voracidad de los empresarios por

---

<sup>25</sup> Ibidem.

obtener cada día más ganancias, en perjuicio de la comunidad en general. Además la corrupción administrativa que ha sido una endemia social constante en la historia del país.

Dentro de la exposición de motivos, el ministro del interior de la época, plantea, entre otros, estos argumentos:

*El presente tan solo tiene el objetivo de contribuir en la aprobación de la ley para la paz y no para la guerra, y por ello debe ser un marco socio-jurídico que sea lo suficiente que permita la reinserción de todos los grupos armados al margen de la ley, sea cual sea la orientación o su procura. Todos en este país tenemos cuota de responsabilidad. El Estado por no cumplir con sus cometidos, los poderosos por la acumulación de la riqueza y la desproporcionalidad en su distribución, los colombianos porque de una u otra manera nos acostumbramos a convivir con el conflicto. Sobre esta premisa todos debemos aportar a la paz; el gobierno y el congreso haciendo la inversión social y las leyes, los propietarios importantes pagando los bonos de paz y el pueblo Colombiano perdonando, iniciando el camino de la paz y la reconciliación.*

*El texto final que se apruebe debe garantizar la reparación, la rehabilitación y por supuesto los fondos suficientes para resarcir a las víctimas directas, a los desplazados incluso a los excombatientes y a todos los grupos sociales, étnicos afectados a lo largo del conflicto. No es el gobierno ni el congreso quien perdona, es el pueblo Colombiano, démosle a todos los grupos al margen de la ley el marco*

*socio-jurídico que les permita regresar a la legalidad y démosle a los Colombianos la oportunidad de perdonar y vivir en paz.*<sup>26</sup>

Cuando se hace relación, por ejemplo a los perjuicios que ha causado el conflicto sobresalen algunos que es importante resaltar:

En primer lugar los grupos paramilitares se han apoderado de las mejores tierras de pastos y cultivos en el país, ya sea desplazando a la comunidad o comprándoles sus bienes rurales, todo financiado por medio del narcotráfico, la extorsión y el secuestro, es decir, utilizando los mismos métodos que decían combatir de la guerrilla<sup>27</sup>, en segundo lugar las penas aplicadas en el proceso de justicia y paz no son proporcionales muchas veces con la magnitud de los delitos cometidos, y en tercer lugar surgieron nuevas cuadrillas de autodefensas llamados eufemísticamente “bandas emergentes”, lo cual ha revitalizado su presencia en todo el territorio del país, sin contar que las agrupaciones guerrilleras han tenido también una propuesta guerrillera que lejos de disminuir la confrontación bélica la ha intensificado.

No obstante, al parecer se ha continuado por este camino en un esfuerzo legislativo que se ha basado en los siguientes puntos:

---

<sup>26</sup> Sabas Pretelt. De la Vega. En: <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/febrero/09/12092005.htm>.

<sup>27</sup> [http://www.acj.org.co/actividad\\_academica/posesion\\_pulido\\_pineda.htm](http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_pulido_pineda.htm)

En primer lugar y constitucionalmente hablando, se basa en el preámbulo de la Constitución y en el Art. 22 de la misma, que entre otras cosas establece que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, en concordancia con el Art. 2 de la Constitución que señala: “Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad....., facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”.

El segundo se realiza por vía también constitucional, consiste en la reforma del art. 116 de la Constitución por medio del acto legislativo número 03 de 2002, que esencialmente se expresa “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de..... conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

El tercero tiene origen legal y se desarrolla con la ley 906 de 2004 (código de procedimiento penal) que persigue una justicia restaurativa, dado que en todo proceso en donde la víctima, el imputado, acusado o sentenciado, conjuntamente y en forma activa buscan un resultado restaurativo, reparando el daño que causó el delito, se ha pretendido atender las necesidades y responsabilidades individuales o colectivas para que así infractor y víctima vivan en armonía dentro de la sociedad, de lo que se sigue necesariamente:

1. El Consentimiento libre y voluntario de la víctima, el imputado, acusado o sentenciado, a someter el problema a esa justicia. Uno u otro se pueden retractar.
2. Los acuerdos deben contener obligaciones razonables y proporcionadas al daño causado.
3. La participación del imputado, acusado o sentenciado, no se utilizará como prueba que admita culpabilidad en procedimientos ulteriores.
4. El incumplimiento del acuerdo no se puede utilizar para condena o agravación.
5. Los facilitadores desempeñarán sus funciones de manera imparcial, velando por el mutuo respeto entre las partes.<sup>28</sup>

Por otra parte, no fueron claros los criterios del legislador para aprobar la que se conoce como de Justicia y Paz es decir la ley 975 de 2005, pues si bien se supone que es impulsada la normatividad en comento bajo el imperio del Estado, también es cierto que el procedimiento conciliatorio, parece dar garantías exageradas con respecto a la imposición de penas, sin exigir demasiadas contraprestaciones.

---

<sup>28</sup> Para encaminar las posibilidades de configuración de este principio el legislador se viene ocupando de este tema con las siguientes leyes, la 418 de 1997 y la ley 548 de 1999, las cuales se han visto prorrogadas a través de la vigencia de la primera a través del decreto 128 del 22 de enero de 2003, con el cual se reglamenta nuevamente la ley 418 de 1997, y la ley 782 de 2002, que hace referencia a la reincorporación a la sociedad civil de los grupos armados al margen de la ley, y finalmente la 975 de 2005 y su decreto reglamentario 4760 del mismo año, como complemento legislativo que hace relación a la posibilidad de encaminarse hacia la consecución un proceso de Justicia y Paz.

Por ejemplo en el artículo primero de dicha ley se consignan los siguientes propósitos:

1. Facilitar los procesos de paz, reincorporando a los grupos armados al seno de la sociedad.
2. Garantizar los derechos a la víctimas a conocer la verdad, que se haga justicia y haya reparación.

Posteriormente se indican igualmente otras características:

- Quienes tendrán la condición de víctimas en forma individual y colectiva.
- Se hace referencia de su característica principal dado que al ser un proceso de reconciliación nacional promoverá: “El derecho de las víctimas a la verdad, de la justicia y reparación”.
- De aquí se comprende que en la exposición de motivos se dijera que: “El Estado debe tener fondos para indemnizar a las víctimas”, entre las que cuenta a los excombatientes.<sup>29</sup>

De ahí que la ley estableciera estas condiciones:

1. Que las personas hagan parte de un grupo armado al margen de la ley;
2. Que dicho grupo se haya desmovilizado y desmantelado, cumpliendo acuerdos con el gobierno;

---

<sup>29</sup> O.P. Sabas Pretelt de la Vega.

3. Que se entreguen bienes, producto de actividades ilegales la expresión “de procedencia ilícita” del numeral 4 del Art.13 de la ley 975 de 2005 fue declarado inexecutable en la misma sentencia que hemos comentado, por la Honorable Corte Constitucional;
4. Que el grupo entregue al Instituto de Bienestar Familiar a todos los menores que hacían parte de la organización;
5. Que el grupo cese toda injerencia política o cualquier afectación a las libertades públicas;
6. Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito y,
7. En caso de tener personas secuestradas las libere.

Igualmente la ley estableció garantías para quienes perteneciendo a esos grupos (y demostrada su participación a través del proceso), si están privados de la libertad pudieran acceder a los beneficios que la ley establecía. Así mismo se pudieran acoger a dichos beneficios los miembros de esos grupos que se desmovilicen individualmente.

Y si bien la investigación de esas conductas punibles es pública, nunca dejaría de estar a cargo de una unidad especial de la Fiscalía, permitiendo a las víctimas hacer presencia dentro de las versiones libres que se rindieran; de la misma manera el Fiscal o el Juez para remitir las diligencias a la justicia restaurativa

debería informar plenamente a las partes sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión y cerciorarse que no se hubiera coaccionado a la víctima ni al infractor para que participasen en Procesos Restaurativos o aceptasen resultados Restaurativos, ni se los hubiese inducido a hacerlo por medios desleales; igualmente se pondrían en práctica ciertos mecanismos extraprocerales que permitiera facilitar las negociaciones, tales como:

1. La conciliación pre procesal
2. La conciliación en el incidente de reparación integral
3. La mediación.

## **2.2. Modelos Y Teorías En Los Cuales Se Basa La Ley De Justicia Y Paz En Colombia.**

En este acápite se denotarán varias instituciones y teorías que rigen la ley de justicia y paz en Colombia y que corresponden así mismo a diversos modelos de justicia transicional aplicados en diversas partes del mundo; de modo que guían como faro luminoso las intenciones reales de la ley 975 de 2005.

En este sentido es importante mostrar los diversos modelos de justicia transicional en el mundo, frente a hechos amenazadores de la dignidad universal humana, por ejemplo el caso de los Balcanes y el de Ruanda; sin embargo, es primordial aclarar que es la justicia transicional, para entender sus modelos teóricos.

Se tiene pues como justicia transicional toda aquella que nace de dar una respuesta inmediata a la violación sistemática de los derechos humanos, y que pretende a su vez reconocimiento de las víctimas y la promoción de la paz y la democracia <sup>30</sup>, ahora frente a la misma se encuentran diversos modelos teóricos, que Uprimny ha categorizado.

En el primer lugar se encuentra el caso colombiano (M-19) y el caso español (transito a la democracia, después de la dictadura franquista), por medio del cual con miran a restablecer los procedimientos de paz o de buscar un acuerdo de desarme, se garantiza la impunidad y el olvido, como fórmula de lograr la paz.

En segundo lugar, se encuentra el caso del Salvador y Chile, que tiene como metodología una amnistía general acompañada de comisiones de la verdad y algunos procesos para reparación a las víctimas, compensando la impunidad con algunos procesos de reparación y búsqueda de verdades históricas.

En tercer lugar se encuentra el caso especial de Suráfrica que tiene entre sus haberes la identificación individual de los responsables por medio de una confesión total y absoluta de los crímenes cometidos, y por consiguiente el castigo a ciertos tipos de crímenes, que comparten el hecho de ser atroces y estar en contra de la dignidad humana universal; con el fin de lograr un equilibrio entre la punibilidad, el perdón y la paz.

---

<sup>30</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. 2006.p.p. 20 – 21.

Por último está el caso de Núremberg, Ruanda y la ex – Yugoslavia (caso Balcanes), que se conforma con base en tribunales ad – doc, pues desde esta perspectiva, únicamente el castigo a los culpables permite lograr la transición hacia la convivencia y la paz.<sup>31</sup>

Por otra parte es importante resaltar que en Colombia con el marco de la ley de justicia y paz en teoría se busca en teoría evitar el perdón “amnésico”<sup>32</sup>, pues los diferentes instrumentos internacionales no lo permitirían, conceptuando además que es imposible lograr esta transición pacífica, si se verifican los resultados dados por las guerras civiles del siglo XIX en Colombia, donde no se vieron las reconciliaciones, sino periodos de tregua con el fin de continuar la venganza mediante las sucesivas revoluciones.

Sin embargo tampoco se basa este sistema en la idea de crear tribunales especiales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, pues en este punto es importante resaltar que una de las condiciones de esta ley era buscar la posibilidad de encontrar salidas a un presunto conflicto armado con los grupos paramilitares.

Esto deja una sola posibilidad de actuación de la Ley que se viene comentando, la cual consiste en la disminución de la punibilidad (que frente al principio de

---

<sup>31</sup>Ibíd. p.23.

<sup>32</sup> ABAD OROZCO, Iván. Justicia Transicional en Tiempos del Deber de Memoria. Bogotá: TEMIS. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. 2009. 92 – 116.

proporcionalidad es casi un indulto) y la garantía de no repetición, siempre y cuando se logre la responsabilidad y la confesión de los crímenes atroces.

Con relación a ese cúmulo de circunstancias, Iván Orozco Abad tiene su propio análisis con relación al tema de la ley de justicia y paz; configurando maneras diversificadas de transición, de Estados absolutos a Estados democráticos y de empoderamiento de las víctimas frente a la reparación trascendiendo los modelos de indemnización vertical de los Estados, permitiendo la intervención social de las víctimas en las etapas posconflicto.

Así sostiene la existencia de dos modelos:

- El primero tiene que ver con el de justicia retributiva, donde el castigo proporcionado con la situación de conflicto es más fácil de llevar a cabo, pues garantizaría la justicia imparcial y vertical, aún cuando eso dificultara la reconciliación.
- El segundo basa su tesis en la reconciliación, pero sin justicia vertical punitiva, lo que contradeciría el modelo anterior y llevaría a la impunidad.<sup>33</sup>

Por consiguiente, dentro de los límites legales de la ley de justicia y paz los modelos mixtos de reconciliación y justicia, lejos de ser complementarios resultan siendo excluyentes, pues las penas irrisorias que se les da a los que se acogen a

---

<sup>33</sup> Iván Orozco Abad. Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Temis-Uniandes, Bogotá, 2005. P.p. 100 – 120.

la misma, terminan siendo un indulto camuflado, por el cual no hay lugar a la reconciliación ni a la justicia

### **2.3 MOTIVACIONES DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.**

Frente a la ley de Justicia, Paz y Reparación se han dado diferentes tránsitos legislativos y por lo mismo se han dado diferentes exposiciones de motivos, dando en algunas ocasiones (la mayoría) ponencias favorables generalmente basadas fundamentalmente en la consecución de políticas favorables de paz y reconciliación, y en otras ponencias que son conocidas por su posición crítico negativas hacia el entonces proyecto de ley de justicia y paz; sin embargo como el espacio de este escrito es limitado por las características del mismo, dentro de esta monografía se trataran en resumen cuatro ponencias, las que a juicio de los autores se consideran las más importantes dentro del contexto de la política criminal que promueve la ley de justicia y paz.

En primer lugar se encuentra la ponencia del ex ministro Sabas Pretelt de la Vega quien inicia aclarando que en razón a la constitución de 1991 que establece la paz como objetivo del Estado Social de Derecho, y en desarrollo de la política de seguridad democrática, que combina el diálogo y la fuerza legítima, se busca desarrollar una ley de alternatividad penal, que tiene como fin iniciar encuentros de paz entre el gobierno y grupos armados al margen de la ley ( en ese momento el llamado paramilitarismo).

Considera el ex ministro que el proyecto de ley (que posteriormente sería Justicia y Paz), es un complemento de la ley 782 de 2002, la cual él considera como un paso importante para la pacificación del país; con todo, esta ley no se considera de suficiente envergadura para llevar a cabo procesos de paz con miembros de grupos armados que en razón a su actuación han llevado a cabo delitos diferentes a los políticos y al concierto para delinquir, es decir delitos que no contemplan los beneficios de amnistía o indulto.

No obstante el ex ministro considera que las personas que han cometido esta clase de delitos graves, pero que están dispuestas a colaborar en un eventual proceso de paz, merecen una aplicación de justicia alternativa, por medio de la cual se le otorguen beneficios penales siempre y cuando se tengan los siguientes elementos: el primero de todos la comparecencia del responsable ante los jueces y la fijación de una condena, el segundo la no repetición de hechos, y la posibilidad de hallar un mecanismo de control por parte del Estado y la sociedad para supervisar la conducta posterior del criminal.

Dice el ex ministro Pretelt dentro del texto que el susodicho proyecto se estructura frente a los ejes de verdad, justicia y reparación, teniendo en cuenta que prevalecen el derecho de las víctimas por sobre el de los acogidos a la ley; lo que implica que los beneficios siempre y en todo caso deben ser posteriores a la facultad de las víctimas a conocer lo sucedido y a ser indemnizadas, además de que los integrantes de los grupos que estén integrados a justicia y paz hallan contribuido al desmantelamiento de las organizaciones criminales.

Es importante resaltar que el gobierno en la vocería del ex ministro Pretelt consideraba que estos beneficios deberían ser tanto individuales como colectivos, pues de esa manera se podría dar un equilibrio entre la justicia y la paz, teniendo en cuenta que la desmovilización debería hacerse con ocasión a la pertenencia a un grupo armado ilegal y con anterioridad a la promulgación de la ley.

Ahora bien, con relación a la ponencia presentada por el también ex ministro Carlos Holguín Sardi, quien se pronuncia frente a una adición a la ley de justicia y paz, considera que esta ley es necesaria para darle un mayor soporte jurídico a al proceso de paz con las autodefensas, en el cual se permitiría el tránsito tranquilo y seguro y la inserción social de un grupo de personas que eran ilegales y que no tienen otras cuentas pendientes con la justicia a la de haber sido miembros rasos de las organizaciones ilegales ya nombradas.

Para el ex ministro Holguín esta reinserción era totalmente necesaria, dado que si bien los delitos cometidos por los paramilitares no eran en esencia todos de carácter político, si podría decirse que eran de origen político, pues era una respuesta armada al fenómeno de la rebelión protagonizada por la guerrilla.

Igualmente resalta el ministro Holguín que el proceso de paz que se inició con los paramilitares ha ayudado a recuperar la institucionalidad y la convivencia pacífica de los colombianos, en vista a la confesión de masacres paramilitares, numerosos hechos delictivos, entrega de armas, desmovilizaciones etc.

Ahora bien el proyecto de reforma consistía en 3 puntos:

- El primero era el de incluir como concierto simple la pertenencia a grupos armados ilegales, siempre y cuando se hiciera con la característica de ser “rasos”.
- Se le aplicaría solamente a quienes se hubieran desmovilizado individual o colectivamente en el marco de un proceso de paz adelantado por el gobierno nacional.
- Se excluye a los funcionarios públicos, a los “parapolíticos” y a los que se hubieran valido de las conductas ya mencionadas para acceder a la función pública.

Hasta aquí se ha mostrado la posición gubernamental, es decir, la que considera que todos los beneficios que se les da a los grupos armados ilegales son necesarios para consolidar un proyecto de paz duradero y ejemplar, siempre y cuando (en teoría se les respete los derechos a las víctimas), a pesar que sean beneficios desproporcionados y en realidad sean considerados una burla a las víctimas.

Ahora bien es importante mostrar dentro de los planteamientos de justicia y paz, las críticas negativas radicales, como la de la senadora opositora Piedad Esneda Córdoba, que realiza una ponencia propia para un proceso de justicia paz y reparación, el cual se fundamenta en los derechos de verdad, justicia y reparación que asisten a las víctimas de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares, así como en el derecho - deber a que el

Estado Colombiano prevenga la repetición de hechos de esa naturaleza, por eso en su consideración establece la necesidad presentar dicha ley como mecanismo para recuperar la memoria histórica, la cual debe prevalecer en los colombianos respecto de los hechos que conlleven atentados contra la humanidad.

Dicha memoria histórica debe fundamentarse en la edificación de una conciencia moral y ética de la Nación, donde prevalezca la comprobación de la verdad sobre los grandes atentados a los derechos humanos ocurridos entre 1945 y 2004, puesto que el fenómeno del Paramilitarismo comenzó con la creación legal de organizaciones de autodefensa bajo el Decreto 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968, pero tuvo sus raíces en la época de la violencia liberal - conservadora, por eso para la senadora se permitió que tales grupos de autodefensas se trocaran en bandas que se especializaron en el homicidio de opositores políticos y organizaciones sociales, derivando en la configuración de ejércitos privados que se financiaban con recursos del narcotráfico, todo bajo la complacencia del Estado de Derecho; el cual amparaba la comisión de genocidios con el fin de obtener autoridad política en el país.

He ahí la necesidad de encontrar la certeza acerca de los delitos ejecutados por emisarios del Estado o particulares vinculados al fenómeno paramilitar, como financiadores, planificadores, auspiciadores, autores intelectuales, asesores nacionales y extranjeros, pues de otra manera no hay posibilidad de garantizar la no repetición de los actos de barbarie ya descritos.

Ahora bien para la senadora:

*“El juzgamiento de cada caso particular para establecer los delitos que se han cometido, individualizar a los culpables y aplicar las sanciones que correspondan será atribución exclusiva de un Tribunal Penal para la Verdad, la Justicia y la Reparación Integral de Crímenes de Lesa Humanidad y de guerra”.*

Pues ella considera que:

*“Otros proyectos de ley anteriores no buscan el esclarecimiento profundo de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por el paramilitarismo. No establecen el origen de este fenómeno como una política de Estado, ni dotan a dichos proyectos de los mecanismos idóneos para el esclarecimiento. No proponen una comisión de la verdad, dejando a unidades de la Fiscalía la labor que debe cumplir la sociedad civil con apoyo de las víctimas, desde una auténtica comisión de la verdad, única que puede esclarecer los hechos históricos y a la vez acompañar un proceso de pedagogía social y de reflexión ética colectiva, que concite la participación de los más diversos sectores de nuestra sociedad, los cuales asuman esta verdad y adopten las actitudes y acciones necesarias para curar las profundas heridas causadas al país por las violaciones a los derechos humanos”.*

Termina la senadora indicando que este proceso se debe cimentar en las indicaciones que hacen los diversos tribunales de derechos humanos y los diferentes organismos como la O.E.A., que señalaban la responsabilidad del

Estado colombiano en los crímenes de lesa humanidad, ocurridos dentro del conflicto armado.

## **2.4 EL AJUSTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUSTANCIALIDAD DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.**

La ley de justicia y paz ha sido demandada ante la Corte Constitucional con distintos argumentos, uno en cuanto a su legalidad, dos a que no garantiza castigo severo para los desmovilizados y tres que considera que las víctimas no tienen acceso a la verdad de los hechos y a la reparación.

Así la Corte en extensa sentencia<sup>34</sup> (de la cual resulta imposible ocuparse en su totalidad por razones de espacio), traza unos puntos principales; el primer planteamiento lo hace con relación a la forma cómo se tramitó la ley 975 de 2005, la cual ya había despachado en la sentencia C.319/2006, en donde concluye: *“Así las cosas dado que en relación con el cargo ahora formulado se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, lo que corresponde es estarse a lo resuelto en la referida sentencia C.319/2006 y así se señalará en la parte resolutive esta sentencia”*.

Ahora en cuanto a que la ley debió tramitarse como estatutaria por conceder amnistía e indulto, luego del ponderado estudio se concluye:

---

<sup>34</sup> C.370 del 18 de mayo de 2006.

*“No se dan pues en el presente caso las propuestas que definen la amnistía ni el indulto y por tanto mal podía exigirse al legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas”.*

*“Así las cosas, el cargo propuesto por haber sido tramitada la ley 975 de 2005 como ordinaria, pese a que debería haberlo sido mediante el procedimiento especial previsto para las leyes que conceden amnistía o indultos generales, no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de la sentencia”.*

En lo relativo a los artículos 70 y 71 fueron declarados inexecutable por vicios de procedimiento en su formación.

En cuanto al derecho a la paz la pronunciación se resume en este comentario:

*“La paz puede ser considerada como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional. Así se evidencia en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en varias de las disposiciones de la misma Carta, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el preámbulo y en la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos. También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmados en 1966, la paz aparece como en el final que se orienta el reconocimiento de los Derechos allí mencionados”.*

Esto es evidente, en lo que se puede denominar el bloque de constitucionalidad a que hace referencia la Carta Política Colombiana. Pues aunque se trata de un mecanismo de justicia especial, se encuentran variadas presiones que coexisten al momento de su implementación jurídica, permitiendo de esta manera una flexibilización y posterior incorporación de nuevos postulados los cuales ingresan en la normatividad; junto con el hecho de la desmovilización presentada con posterioridad a la entrada en vigencia de este marco normativo.

Dentro del contenido de apreciación del marco de Constitucionalidad que establece la Corte se tiene que según lo expresa el alto tribunal en sus apartes, uno de los principales referentes a ser estudiados dentro del análisis de dicha ley, se centra en el problema de investigación que gira en torno a la pregunta por las condiciones de validez constitucionales establecidas al interior de la misma.

Es por esto que la corte se pregunta en un primer momento si:

*“Es constitucional la norma que a cambio de una reducción sustantiva de la pena efectiva exige para el otorgamiento del beneficio, el reconocimiento de los delitos que le son imputados por el Estado o aquellos que el implicado voluntariamente quiere confesar, pero no ordena la confesión integral de todos los hechos criminales en los cuales la persona hubiere participado en su condición de integrante del grupo armado específico y confiere beneficios penales adicionales*

*respecto de estos delitos no confesados cuando el Estado no pueda demostrar que esa omisión fue intencional “.*<sup>35</sup>

Dentro de estos aspectos se tiene que a consideración de la Corte constitucional, con dicha reducción de las penas se busca principalmente la consolidación y búsqueda de la paz como valor consagrado constitucionalmente. Pero la búsqueda de ese principio no puede obviar el contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad, por lo cual debe buscarse en primer lugar: “el derecho a que los delitos mas graves sean investigados”, lo cual implica que tales delitos sean investigados y por lo tanto el Estado de hace responsable por la acción y la omisión, buscando de esta forma una investigación seria acorde con la normatividad nacional o internacional. En este punto la tesis de la Corte Constitucional gira en torno a que se debe buscar que el contenido de la Ley 975 de 2005, se armonice con los criterios formados por el tribunal de San José de Costa Rica.

Reconociendo también adicionalmente que:

*”El derecho a la verdad incorpora el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo, lugar en los que los delitos fueron cometidos”.*

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.

*“El propósito de la Ley es promover la paz y proteger, en este aspecto el derecho de las víctimas a la verdad, pero no basta para que se revoque el beneficio concedido que durante el periodo de libertad a prueba, alguien alegue que se ocultó la verdad en la versión libre. Además el delito ocultado sobre el accionar del bloque o frente debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el pilar de la reconciliación.”*

Por lo anterior, la sentencia en sí busca un concepto de reparación de víctimas en relación causa-efecto entre el daño colectivo causado y las personas individualizadas frente a la ley, pese a lo cual se hace altamente discutible este punto, dado que no existe la posibilidad de determinar objetivamente los daños causados a determinada comunidad.

En todo caso se considera en este escrito que la ley en sus aspectos principales, especialmente, en cuanto su objeto, Su ámbito, interpretación, aplicación y el beneficio de alternatividad, no se pronuncia desfavorablemente, es decir lo que encontró inexecutable la Corte en su pronunciamiento, no afecta el sentido general de la ley.

### **3. LEY Y DE JUSTICIA Y PAZ FRENTE AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y SUBSIDIARIDAD.**

Frente a lo dicho en apartes anteriores que considera que uno de los fundamentos del Estatuto de Roma y la C.P.I es la protección de los bienes jurídicos que componen las garantías individuales y colectivas de la dignidad humana sobre el derecho de soberanía absoluta de los estados, queda por integrar este principio de complementariedad o subsidiaridad como la posibilidad que tiene el tribunal internacional no de reemplazar a la jurisdicción internacional en cualquier momento, sino de sustituirla cuando los Estados se abstengan o se encuentren en incapacidad de juzgar los crímenes de Lesa Humanidad.

*(...) El carácter permanente de la CPI y el principio de imprescriptibilidad de los delitos de su competencia aparecen como una barrera eficiente frente a la impunidad porque logran superar los problemas de temporalidad de los tribunales ad-hoc. De esta manera, las características de imprescriptibilidad y de permanencia representan una salvaguarda continua al respeto de los Derechos Humanos, en tanto la posibilidad de sanción es igualmente permanente. En tercer lugar, el carácter subsidiario y complementario de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales es garantía de juicio justo y sanciones ejemplares para*

*quienes comentan los delitos que conocerá la Corte. Así, en situaciones en las cuales la jurisdicción nacional haya colapsado, o por diversas razones, sea incapaz de aplicar justicia hará posible que ningún delincuente pueda sustraerse a la sanción penal, pues cualquier Estado parte podrá requerir la sanción, incluso si quien cometió un delito no es nacional del Estado demandante.*<sup>36</sup>

Sin embargo no significa esto que la limitación a la soberanía del país sea una amenaza para la misma, puesto que el principio de subsidiaridad permite a los tribunales nacionales que juzguen a los culpables por las violaciones de garantías y bienes jurídicos intrínsecos a la dignidad humana; los cuales solo pierden competencia en los casos que la justicia material no sea llevada a cabo, además que cada país que firma el tratado mediante su voluntad declara el derecho a que la C.P.I interfiera en dentro de su territorio, esto sin contar que las contraposiciones entre derecho interno y externo se resuelven a favor de la C.P.I. por mandamiento expreso del Estado firmante del Estatuto de Roma.<sup>37</sup>

De esta manera lo indican Andrea Paola Fernández y Victoria Carolina Gómez S:

*A pesar de la fuerza que estos elementos conceden a la justicia internacional frente a la nacional, la puesta en marcha de la CPI no constituirá una amenaza para la soberanía del país, puesto que el principio de subsidiariedad da primacía a*

---

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ, Andrea Paola y GÓMEZ S, Victoria Carolina. CPI: una apuesta por la sensatez a pesar de incertidumbre, Ensayo Número 13. En: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA. Consulta realizada el 10 de diciembre del año 2010 del portal de la Presidencia de la República de Colombia. <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/altocom/ensayo13.htm>.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

*los tribunales nacionales para que juzguen a los culpables por violaciones a los Derechos Humanos y además porque sí llegase a existir una contraposición entre el derecho interno y la CPI, ésta se resuelve en la medida que con la ratificación del Estatuto de Roma el Estado ha declarado su voluntad para que la Corte interfiera en la administración de justicia para los nacionales o por los actos cometidos en su territorio.*<sup>38</sup>

Lo que conllevaría a adelantar ciertas especulaciones por parte de los autores de este trabajo -quiera que dentro de los estatutos de la C.P.I. lo que primero se quiere desterrar es la impunidad que en muchos casos se han dado frente a los delitos de Lesa Humanidad - que consistirían en afirmar que frente a casos como el de los procesos llevados por la jurisdicción de justicia y paz, en los cuales se han dado penas irrisorias por delitos muy graves, se podría aprovechar el principio de subsidiaridad o complementariedad con el fin de aplicar la justicia real y material frente a la desproporcionalidad negativa de las penas; sin embargo este es un punto que debe desarrollarse posteriormente puesto que se necesitan otros elementos cognitivos que posteriormente se tratarán; queda dejar aquí los planteamientos de las autoras ya citadas, con el fin de dilucidar este punto:

*Partiendo de los elementos señalados, es claro que la trascendencia de la CPI radica en constituirse en una herramienta novedosa de batalla contra la impunidad y los argumentos que sustentan esta idea se refieren a la definición de la misma. Primero, la Corte envuelve nociones como la de jurisdicción universal y la*

---

<sup>38</sup> *Ibidem.*

*reconfiguración del concepto de soberanía representando un avance en la justicia, entendida no solamente como principio de legalidad, sino sobretudo la verificación de conductas mucho más éticas en la sociedad. Así mismo, esto tiene que ver con la evolución del concepto de "seguridad mundial" hacia el de "seguridad humana", considerado dentro de las relaciones en la comunidad internacional, pues en la actualidad la seguridad internacional se entiende sobre la base de la priorización de los derechos de los individuos sobre los de Estados y organizaciones multinacionales.*<sup>39</sup>

Por otro lado la Corte en su sentencia C-587 de 2002, había presentado una noción de soberanía ideas con respecto a El Estatuto de Roma, entendida esta en sentido jurídico, pues para el alto tribunal la soberanía confiere derechos y obligaciones a los Estados, quienes disponen de autonomía e independencia para regular sus asuntos internos, y tienen la capacidad de aceptar espontáneamente, en su condición de personas de la comunidad internacional, obligaciones dirigidas a la concordia y al robustecimiento de vínculos de cooperación y ayuda recíproca.

No obstante, a veces se puede requerir la aceptación de la competencia de organismos o tribunales internacionales sobre ciertos asuntos de competencia de la nación, cediendo en ocasiones competencias a tribunales de índole supranacional, siendo perfectamente compatible con el ordenamiento interno

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*

constitucional, siempre que tal restricción a la autonomía nacional no conjeture una cesión absoluta de las competencias nacionales.”<sup>40</sup>

De ahí que se pongan en choque dos principios que en los momentos presentes parecen paradójicos en su manera de resolver los problemas criminales que surgen con respecto al conflicto armado violento, estos son el principio interno de alternatividad inscrito en la ley de justicia y paz y el internacional de subsidiaridad o complementariedad inscrito dentro del Estatuto de Roma

Ahora bien, en términos de resguardo a los Derechos Humanos se explica el principio de complementariedad desde la determinación de dos probables consecuencias, la primera es la obligación por parte del Estado de fortalecer el sistema penal, puesto que la Corte Penal Internacional no tiene como labor sustituir a las autoridades internas, a menos que esta se realice en forma inoperante; la segunda conlleva a representar a la Corte como una instancia adicional en caminata a la sanción penal individual, por las diversas violaciones cometidas contra los Derechos humanos y la dignidad.

De este modo, la creación de la CPI se hace ineludible en el sentido en que se deben investigar y juzgar a los culpables por delitos contra la supervivencia de la raza humana en condiciones de equidad, diversidad y dignidad, tomando como partida la universalidad de la justicia, la cual se fundamenta en que los derechos

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-578/02.

humanos son ecuménicos<sup>41</sup> y como tal se protegen; lo que conlleva que de acuerdo a las legislaciones internas, cualquier nación podrá capturar y juzgar a los culpables de estos delitos.

Esta institución ontológica implica la derivación necesaria en el cambio del principio de juzgamiento, pues en primer lugar implica Juzgar a quien haya consumado el delito en la jurisdicción de un Estado parte, aun cuando el acusado no provenga de un estado adherido al Estatuto de Roma, así mismo implica Juzgar a un nacional de un Estado parte que haya cometido el delito fuera de su país, sea o no un Estado parte, empero lo más novedoso que tiene la C.P.I. es la autoridad para juzgar a quienes lleven a cabo crímenes de lesa humanidad en el territorio de un Estado no parte y que tampoco sean nacionales de un Estado parte, siempre y cuando el Consejo de Seguridad solicite al fiscal, previendo una situación que amenace la paz y la seguridad internacional.

En síntesis el principio de complementariedad o subsidiaridad se podría resumir de la siguiente manera:

*“Principio de Complementariedad o Subsidiariedad: por el cual se establece que la Corte no reemplazará a la jurisdicción nacional, de forma que los acusados tendrán derecho a ser juzgados por tribunales nacionales en primera instancia.*

---

<sup>41</sup>Ibídem.

*Sólo cuando las jurisdicciones nacionales se abstengan o se declaren incapaces de juzgar a los criminales, la Corte entrará a ejercer su jurisdicción. Para tal efecto será la misma Corte la que considere si el Estado en cuestión tiene la capacidad de administrar justicia, si dispone de las pruebas o si por razones como de seguridad nacional no se encuentra en disponibilidad para llevar a cabo un juicio. A pesar de la fuerza que estos elementos conceden a la justicia internacional frente a la nacional, la puesta en marcha de la CPI no constituirá una amenaza para la soberanía del país, puesto que el principio de subsidiariedad da primacía a los tribunales nacionales para que juzguen a los culpables por violaciones a los Derechos Humanos y además porque si llegase a existir una contraposición entre el derecho interno y la CPI, ésta se resuelve en la medida que con la ratificación del Estatuto de Roma el Estado ha declarado su voluntad para que la Corte interfiera en la administración de justicia para los nacionales o por los actos cometidos en su territorio.”*

Dentro de este contexto la Corte Constitucional Colombiana reconoce una serie de principios, que permite a los Estados juzgar hechos punibles. Los dos principios de mayor aplicación son el de territorialidad (*ratione loci*) y el de nacionalidad (*ratione personae*), los cuales se explican de esta manera:

*“Bajo el principio de territorialidad, los estados tienen jurisdicción para investigar y juzgar crímenes cometidos en su territorio. De conformidad con el principio de nacionalidad, los estados se reservan el derecho de juzgar a sus propios nacionales, incluso por crímenes cometidos fuera de su territorio. También se han*

*desarrollado otros principios, como el de personalidad pasiva, muy controvertidos, según el cual un Estado puede reclamar su jurisdicción para juzgar los delitos que afecten los derechos de sus nacionales, aun si tales delitos fueron cometidos fuera de su territorio; o el principio de protección, a partir del cual se garantiza a los Estados jurisdicción sobre extranjeros, por delitos cometidos por fuera de su territorio, cuando tales delitos afectan su seguridad nacional”*<sup>42</sup>

De cualquier modo el principio que más respalda la complementariedad es el principio de la jurisdicción universal, el cual ya fue explicado, pero que tiene un desarrollo único en la jurisprudencia nacional, pues el alto tribunal constitucional los explica de la siguiente manera:

*“Además de estos principios, el derecho internacional ha desarrollado el principio de jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de graves crímenes de trascendencia internacional, tal como ha ocurrido con el genocidio Artículos 5, 6 y 7 de la Convención sobre Prohibición y Castigo del Crimen de Genocidio (Ley 28 de 1959). Ver Schabas, William H. Genocide in International Law: The crime of crimes. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 345 y ss. la tortura Artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 76 de 1986) Ver Robertson, Geoffrey. Crimes against humanity. The Struggle for Global Justice. The New*

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-621/01, MP: Manuel José Cepeda.

*Press, New York, 1999. La esclavitud. Este crimen fue prohibido expresamente por la Convención sobre la Esclavitud y por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo II, artículo 4. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, cuyo artículo III establece la obligación de las Partes de "adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención".*

En resumen, la competencia de la Corte Penal Internacional se encuentra señalada en el art 1 del estatuto de Roma y muestra un carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales. El alcance de este principio orientador de la Corte, es posteriormente desarrollado en los artículos 17 y 19, Parte II del Estatuto de Roma, y también por el artículo 20, que regula el principio de la cosa juzgada, frente al cual el principio de complementariedad tiene fortaleza, quíerese que prevalece este último cuando se ha juzgado y el Estado parte no ha querido o no ha podido aplicar la justicia.

Si bien la competencia de la C.P.I no excluye a los Estados Parte de su autoridad de investigación y juzgamiento de los delitos contra el género humano y la paz

universal, la actuación frente a tales facultades establece una limitación a la soberanía y a la jurisdicción punitiva de los estados.<sup>43</sup>

Por otra parte, en cuanto al principio de alternatividad penal, se puede comentar que por medio de la sentencia C- 370 de 2006, la Corte Constitucional admite el mecanismo de justicia transicional, por medio de la cual se busca conceder grandes y generosos beneficios punitivos con el fin de permitir la confesión de todos los crímenes y las consecuentes indemnizaciones.<sup>44</sup>

Sin embargo frente a los delitos de lesa humanidad, la alternatividad penal puede significar una burla a los derechos de las víctimas, lo que conlleva una especie de indulto o por lo menos una pequeña amnistía de delitos que en si son muy graves (apartándose los autores de la tesis mayoritaria de la Corte, y mas bien acogándose a la del magistrado Araujo), los cuales no resultarían proporcionales en su sanción con relación a la falta cometida, ya que la misma en ningún momento puede superar los ocho años de cárcel; a pesar que los delitos comentados y debatidos en el marco de justicia y paz van desde desaparición forzada hasta tortura, sin dejar de lado el genocidio y el desplazamiento forzoso .

La Corte Constitucional además acomoda un concepto de justicia por fuera del Estado Social de Derecho, al sostener contenidos de validez diferentes a los criterios formales de reparación, buscando de esta manera alejarse de la concepción que plantea la necesidad de la reparación en un sentido material,

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

abandonando con esto el principal básicos del Estado Social de Derecho que no es mas que la materialización de la justicia.

Como bien lo presentado el profesor Rodrigo Uprimny:

“La jurisprudencia internacional (Corte interamericana de derechos humanos) y doctrina internacional (informe de derechos humanos ONU), reconocen que el **Derecho a la Justicia** de las victimas, esta compuesto por dos derechos fundamentales sin los cuales no podría haber justicia, estos son el **Derecho a la Reparación y el derecho a la Verdad** que consiste en *“conocer las circunstancia de modo tiempo y lugar en las que los crímenes atroces que las afectaron ocurrieron así como las razones por las cuales ello fue así”*.<sup>45</sup>

Es por esto que en un Estado constitucional como el colombiano, los poderes públicos no están autorizados para desconocer estos derechos en nombre de otro bien jurídico o valor constitucional, pues los mismos constituyen el limite al poder de configuración del Estado, en relación a esto la ley de justicia y paz aboga por una verdad esencialmente judicial y no establece mecanismos extrajudiciales institucionalizados para esclarecer la verdad del fenómeno del paramilitarismo.

La ley 975 de 2005 tal como lo expresa Rodrigo Uprimny resulta ser una *“confesión tipo Buffet”* en la cual el desmovilizado si quiere acogerse a los

---

<sup>45</sup> Ibidem.

beneficios de la ley, NO esta obligado a declarar todos sus delitos en su versión libre aunque si a declararse culpable de los que le imputa la Fiscalía, de esta forma, también se les incluirán en el beneficio punitivo es decir una pena alternativa que nunca serán penas superiores a ocho años.

El derecho a la verdad se ve de esta forma violado completamente, puesto que no es posible hablar de verdad en cuanto a que la ley propone de forma contradictoria que el desmovilizado confiese pero que no se auto-incrimine, es decir, lo que la ley propone es que el sindicado reconozca ser miembro de un grupo de autodefensas y acepte lo que la Fiscalía al respecto disponga.

A parte de esto, gracias a la ley en cuestión, la Fiscalía cuenta con un tiempo muy limitado para la investigación de los delitos presuntamente cometidos por los desmovilizados, se dejan vacíos en cuanto al problema de la expropiación de tierras, la ubicación de fosas comunes y las actividades de los patronos de los mismos.

Por tanto, dentro de los diferentes cuestionamientos que se han presentado respecto de la aplicación de la Ley 975 de 2005, conocida como LEY DE JUSTICIA Y PAZ y el desarrollo de la normatividad que la complementa, se centra en el hecho de que tras más de cinco años de haber entrado en vigor no se han presentado aún un relevante número de decisiones definitivas o sentencias,( tomando en cuenta que, por una parte, procesos similares de aplicación de justicia transicional se presentaron en otras latitudes transitando igualmente por

períodos extensos de afianzamiento, innumerables e imponderables sucesos en su discurrir, los cuales buscaban también con esto dar un cambio total del concepto de JUSTICIA , tanto para el legislador como para los funcionarios a cuyo cargo se habían asignado el trámite de los respectivos casos ), lo cual por su parte no se ha visto representado en la muestra del más enconado esfuerzo lograr dichos propósitos por parte de las autoridades asignadas para ello en Colombia .

Es así como el paso del tiempo y el consecuente correr de los términos en relación con el período de la pena alternativa (cinco a ocho años) sin que hasta la fecha haya quedado en firme una sola sentencia, además de los retrasos y repeticiones en el trámite de diligencias procesales y las dificultades generadas por la introducción de la parcialidad como precepto rector, lo que provoca el aumento del nivel de inconformidad de las partes involucradas en el procedimiento de justicia y paz.

Aún así en el último año la Sala de Casación Penal ha tomado determinaciones de gran trascendencia buscando de una u otra forma aproximarse a el fin último perseguido con la ley de justicia y paz, el cual se halla encaminado a conseguir la posibilidad de una reconciliación nacional, partiendo de la base del reconocimiento de los derechos de las víctimas, además dando tratamiento conceptualmente a temáticas bastante controversiales como la relacionada con las imputaciones parciales, cuya falta de regulación parecía en su momento no

permitir la continuidad del proceso de justicia transicional, pero que, con la orientación presentada por la Corte, ahora no constituye obstáculo para alcanzar su culmen, a la luz de los criterios de razonabilidad que allí se exponen .<sup>46</sup>

Igualmente la Corte Suprema ha dado vía libre a la Fiscalía para que avance en la imputación y formulación parcial de cargos haciendo un énfasis apropiado en que se debe proceder de manera extraordinaria, resaltando la diferencia que existe entre este mecanismo y la aplicación de los principios de oportunidad y de selección de casos.

Bajo estos parámetros, se ha entronizado entonces la necesidad de acudir al postulado de estricta tipicidad, insistiendo en el deber que asiste a los funcionarios

---

<sup>46</sup> El impugnante recordó que los cargos se fundamentan en un total de 32 hechos delictivos que reseñó, y sostuvo que las acciones ejecutadas por el procesado lo fueron en el marco del conflicto armado protagonizado por las autodefensas, cometidos algunos de ellos bajo el esquema de crímenes de guerra y otros como crímenes de lesa humanidad puesto que el desmovilizado era un combatiente, comandante de frente del grupo ilegal de las autodefensas, miembro de un aparato organizado de poder o aparato de guerra, y que es preciso que el Tribunal (en sede de audiencia de legalización de cargos) clarifique –como lo hiciera la fiscalía en sede de formulación de cargos- cuáles actos deben ser calificados como homicidios agravados en persona protegida, cuáles deben ser calificados como crímenes de guerra y cuáles deben ser tenidos como delitos de lesa humanidad.

La declaración de crimen de guerra o crimen de lesa humanidad es un acto de connotación judicial (léase de autoridad judicial) que bien puede hacerlo el funcionario de la Fiscalía General de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez del conocimiento en cualquier oportunidad, a instancia del Ministerio Público o por petición de un ciudadano. Dígase además que los delitos de lesa humanidad repudian figuras tales como las leyes de punto final<sup>4</sup>, amnistías y autoamnistías, y en general, todo tipo de normas que atenten contra los derechos de las víctimas a tener un recurso efectivo que les permita conocer la verdad<sup>5</sup>. En suma, los homicidios agravados y en persona protegida en los que incurrió el acusado directamente o por intermedio del aparato organizado de poder (autodefensas), mal llamadas acciones de “limpieza social”, que revisten las características de ser conductas sistemáticas, generalizadas, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores. Recuérdese lo ocurrido en Argentina con las leyes de punto final que favorecían a los militares por violaciones graves de derechos humanos. Imputación por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra es compatible Extracto No 3M. P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO *Radicado 33301 – 11 de marzo de 2010. En: Procesos Contra Aforados Constitucionales Parapolítica compilación De Autos Y Sentencias De La Sala De Casación Penal De La Corte Suprema De Justicia Diciembre De 2007 A Septiembre De 2010.*

de imputar las conductas acorde con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, especialmente si se trata de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra y, en el plano procesal, se ha permitido incursionar en temáticas complejas, como aquella que se refiere a la facultad que se otorga al juez de conocimiento para modificar la imputación inicial en ejercicio del control material que sobre tal acto le asiste.

Análogamente, en los diferentes llamados a los demás operadores de justicia se entroniza la necesidad de realizar un análisis de las conductas bajo las categorías de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, lo cual podría permitir a la comunidad en general entender de manera más amplia las dinámicas y contenidos de los fenómenos de violencia que afectan al país y cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

De cualquier modo y aunque se han generado adelantos en cuanto a temas tales como: la no equivalencia de la formulación de cargos dentro de este especial procedimiento, con la aplicación del principio de selectividad que ha sido aplicado en los Tribunales internacionales y con el de oportunidad consagrado en la Ley 906 de 2004, se ha permitido el señalamiento de algunos criterios orientadores para la labor de dosificación punitiva de la pena alternativa, sin contar que el mecanismo de justicia transicional no ha logrado su objetivo primario, cuál es de garantizar los derechos de las víctimas frente a la reparación y a la verdad, sin

incluir que la desproporcionalidad negativa de las sentencias ( poca sanción frente al horror de los delitos cometidos) podría hacer viable la aplicación del principio de subsidiaridad o complementariedad a los responsables del fenómeno paramilitar en Colombia, aún cuando se hubieran adherido al mecanismo de justicia transicional o alternatividad penal, de la ley de justicia y paz.

### **3.1 LEY DE JUSTICIA Y PAZ VS CORTE PENAL**

Las amnistías, los indultos, los perdones judiciales y en fin todas las absoluciones administrativas, no se encuentran tipificados o mencionados en el Estatuto, como si lo están en la Carta Política cuando se refiere a los delitos políticos; tal como se puede observar conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma, de modo que las normas sobre inadmisibilidad contienen una regla que se aparta de la generalidad, la cual ocurre cuando el Estado no quiere o no puede investigar o juzgar, esbozando así la duda que relaciona dicha norma con la potestad del Estado colombiano de conceder amnistías o indultos, en ejercicio de las competencias que le son propias cuando se presenten "graves motivos de conveniencia pública".<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Sentencia C- 278 de 2002.

Igualmente en coherencia con la regla establecida en el artículo 20 del Estatuto de Roma, cuando suceda que un País haya otorgado una amnistía, un indulto, un perdón judicial, o cualquier otro beneficio penal de naturaleza administrativa, en un asunto llevado a cabo por la jurisdicción interna, a favor de un sujeto cuya autoría penal vaya a ser investigada por la C.P.I, ésta no la enjuiciará de nuevo, a menos que el desarrollo de los procesos judiciales internos tuvieran el propósito de garantizar la impunidad sobre el asunto, o lo que es lo mismo, el sustraer a la persona de la justicia penal.

Así pues, es necesario interpretar tanto el Estatuto de Roma como la Constitución, con el fin de concertarlos eficazmente cada uno; de modo que se tiene en primer lugar que la Corte ha indicado insistentemente que la paz posee en el orden de principios garantizados por la Constitución un sitio predominante, incluso, en el Preámbulo constitucional la paz figura como un fin que orienta al constituyente en la elaboración de toda la Carta Magna de Colombia.

De igual manera en el artículo 2 de la Carta Política Nacional el constituyente concreta dicho propósito en un fin esencial del Estado, consistente precisamente en el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, de modo similar el artículo 22 va más allá, pues establece que la paz, es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, dentro de las variadas herramientas para abrir la puerta a la paz, la Constitución sistematizó modos de resolución de los conflictos dentro del marco constitucional, buscando la protección efectiva de los derechos fundamentales, un ejemplo claro es la acción de tutela (artículo 86 CP.).

Por añadidura, la Constitución permite que "por graves motivos de conveniencia pública" se concedan amnistías o indultos por delitos políticos, aún cuando de por medio no se haya circunscrito un proceso de paz, e instauró requerimientos claros para que ello fuera constitucional, estos requisitos son en su orden:

- (i) Es el Congreso de la República quien tiene la iniciativa de otorgar el perdón estatal a los delitos, pues es allí donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan a la Nación. -
- (ii) Requiere una mayoría calificada en cada una de las cámaras.
- (iii) Solo procede este perdón, cuando trata de "delitos políticos" y
- (iv) El Estado queda obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar, en caso que este perdón trajera consecuencias civiles (artículo 150, numeral 17, CP).
- Además, El gobierno en relación con la rama judicial, es quien concede los indultos por delitos políticos, de acuerdo a la ley e informando al Congreso quien tiene vigilancia sobre el ejercicio de esta facultad (artículo 201, numeral 2, CP).

La Corte halla que el Estatuto de Roma no restringe las atribuciones de los Estados ejercidas con el propósito de lograr los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario. De ahí que el artículo 10 del Instrumento internacional advierta : "nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto", concretándose este principio con respecto de las penas, pues en el artículo 80 del Estatuto se dice:

**Artículo 80:** *"Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte."*

Al mismo tiempo la Corte Constitucional destaca que las amnistías dictadas en procesos de paz han sido consideradas como instrumentos concurrentes con el acatamiento al derecho internacional humanitario. Así lo indica, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

*"Artículo 6. Diligencias Penales. (...)*

*"5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el*

*conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado"*

Sin desechar lo anterior, y con el fin de hacer concurrente la paz con la efectividad de los derechos fundamentales y el respeto al D.I.H, el derecho internacional ha estimado que las herramientas intrínsecas que esgriman los Estados para lograr el entendimiento de los bandos políticos en pugna, precisan garantizar a las víctimas de una conducta criminal, la garantía de acceder a la justicia, pues el conocimiento de la verdad sobre lo ocurrido es un derecho, solo de esa manera se puede obtener una protección judicial efectiva.

Por ello, el Estatuto de Roma, al aglomerar el asentimiento internacional en la materia, no imposibilita otorgar amnistías que cumplan con estos requerimientos mínimos, pero sí las que son producto de disposiciones que no ofrecen acceso seguro a la justicia.

Por eso las leyes de punto final que imposibilitan el acceso a la justicia, los perdones en blanco para cualquier delito, es decir distintos a los políticos, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores del poder en un país se auto conceden y a los cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra característica cuyo propósito sea impedir a las víctimas hacer satisfactorio su derecho, se consideran transgresoras del compromiso universal de los Estados de proporcionar recursos judiciales para la protección de los derechos humanos.

Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que:

*"(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla." <sup>48</sup>*

Ante eso la Corte Constitucional de Colombia ratifica que:

*"Los Estados partes se que suscribieron el estatuto de Roma se comprometieron:*

- a) Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."*

Por eso con relación a las víctimas expresa:

*"4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y*

---

<sup>48</sup> Citar. Mirar la C -278 de 2002.

*administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas."*

Por eso si la corte reconoce que las normas del derecho internacional de gentes y el derecho de los derechos humanos es inderogable, debe indicar como efectivamente lo hace a continuación la importancia de penalizar los delitos más graves para el derecho internacional:

*En este sentido, el derecho internacional ha penalizado los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Lo anterior inspiró el artículo 5 del Estatuto de Roma. Sin desconocer el derecho internacional, Colombia ha concedido amnistías e indultos específicamente por delitos políticos por ejemplo:*

**Ley 35 de 1982**, reguló la amnistía y otras disposiciones para restablecer la paz; **Ley 49 de 1985**, que otorgó facultades especiales al Presidente para conceder indultos., la **Ley 77 de 1989** que reguló el procedimiento para dar Indulto, los **Decretos 206 de 1990 y 213 de 1991**, mediante los cuales se adoptaron medidas para el restablecimiento del orden público, incluida la regulación de la figura de extinción de la acción penal para facilitar la reincorporación de Miembros del EPL, el PRT y el Quintín Lame; el Decreto 1943 de 1991, a través del cual se adoptaron medidas sobre Indulto y Amnistía; el Decreto 1059 del 26 de 1994, con el cual se dictaron normas encaminadas a facilitar la incorporación de milicias populares con carácter político; el Decreto 1387 de 1994, dirigido a facilitar la reincorporación de los miembros del Frente Francisco Garnica vinculados al proceso de paz; la Ley 104 de 1993, cuyos artículos 48 a 60 regulan la posibilidad de otorgar beneficios judiciales para facilitar la reinserción. En la Constitución Política, el artículo

*transitorio 30 autorizó al gobierno a conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.*

Esto indica que los principios de derecho internacional aceptados por Colombia en su legislación penal (artículo 9 CP.), y en el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, sólo permiten la amnistía o el indulto para delitos políticos con el respectivo pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar, inadmitiéndose así el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial

Dentro de estos parámetros, en el Estatuto de Roma han quedado a salvo los esfuerzos genuinos dirigidos a establecer la verdad de los hechos, la responsabilidad penal de los implicados, así como la reparación a las víctimas y perjudicados.

La existencia de tales procedimientos judiciales internos, permiten reafirmar necesidad de adecuar la jurisdicción nacional sobre estos asuntos, lo que a criterio de la Corte Penal Internacional permite apreciar si se cumple el presupuesto procesal señalado en el artículo 17.1, literal d) del Estatuto de la Corte penal internacional.

Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda

implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia, ya que como se ve las leyes de indulto y amnistía no pueden implicar la impunidad y la transgresión del derecho de las víctimas.

### **CONCLUSIONES:**

1. La Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos parten de la idea de seguir un tipo de justicia transicional, sin embargo son seguidoras de las tesis más radicales de las mismas, es decir la verdad y la reparación deben ser absolutas; indicándose además que la C.P.I. no concede beneficios a las personas que cometen delitos de lesa humanidad. La única excepción que se tiene frente al tema es la posibilidad de arreglo que tienen los Estados con la Comisión ( CIDH), en el sentido de la posibilidad de buscar una amigable composición internacional, que en este caso equivaldría a una conciliación; pero no dentro del marco del derecho internacional sancionatorio, sino desde el marco del derecho internacional de los derechos humanos; el cual para Colombia se regula por el procedimiento ante la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Dentro de este acápite se pueden evidenciar varias conclusiones, la primera es que siendo la C.P.I. un tribunal que nace de la urgencia de proteger la dignidad humana, también debe entenderse que este no tiene poderes especiales tan fuertes como los tribunales de derechos humanos (verbi gracia, la Corte Interamericana) quiera que los mismos juzgan sobre la responsabilidad objetiva y tiene jurisdicción sobre Estados enteros.

Por el contrario la Corte Penal Internacional es un tribunal que juzga con jurisdicción residual, es decir, bajo el principio de la complementariedad o subsidiaridad; lo que como ya se explicó significa que solo viene a actuar cuando el estado no sea capaz o no quiera juzgar un criminal de guerra o de lesa humanidad. De la misma manera tampoco tiene facultades indemnizatorias ni poder sobre los Estados, únicamente sobre los individuos que cometan los crímenes ya señalados y siempre bajo los principios del derecho penal garantista.

3. Otra de las conclusiones de este trabajo consiste en entender que las amnistías no solamente consisten en el perdón de todos los delitos de lesa humanidad que se cometan, también las amnistías son aquellas condenas ínfimas que se les da a las personas responsables de delitos contra la esencia del ser humano, pues ese tipo de condenas no respetan el principio de la proporcionalidad, entre el daño cometido y la medida punitiva contra los infractores.

4. Es importante resaltar que ni siquiera los procesos de paz pueden ser obstáculo para que se aplique la justicia material del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, así que una vez entrado en vigor el Estatuto de Roma, si la C.P.I. observa que un proceso de paz puede ser aliciente para la impunidad, bien sea por desproporcionalidad negativa o por ausencia total de punibilidad, o por ser de acuerdo con la Corte Interamericana<sup>49</sup>, un Estado que ha patrocinado a grupos paraestatales para que cometan en masa crímenes contra su población, conllevaría a que se aplicara inmediatamente el principio de complementariedad, sin esperar los resultados de un posible proceso de paz en un país como Colombia.
5. La justicia transicional que se quiera llevar a cabo en Colombia requiere dos cosas; la primera que garantice reconciliación desde la justicia, pero que sin embargo sea prudente en no obstaculizar los componentes de lo que significa la verdad y la reparación, para lo cual podría dársele incentivos a quienes se desmovilicen, en miras de lograr su colaboración. No obstante eso no significa la impunidad con base en lo irrisorio de las penas y en la no posibilidad de reparar a todas las víctimas.
6. Por lo mismo es posible que dentro de una justicia transicional se puedan aplicar todos los criterios de reconciliación y reparación, sin dejar de lado que la justicia no se puede abandonar, ya que sin esta no habrá reconciliación que perdure.

---

<sup>49</sup> Caso Mapiripán.

7. Con esto se confirma la hipótesis que se había planteado desde el inicio de este trabajo, la cual consiste en ofrecer la posibilidad de llevar a los agentes del paramilitarismo sometidos a la ley de justicia y paz, frente a frente con la justicia penal internacional, dado que es posible afirmar que este es un proceso de paz que se ha elaborado para garantizar impunidad; pues de la misma no se ha desprendido ningún tipo de reparación a las víctimas, ya que las penas aplicadas son desproporcionadas y el Estado, desde las ramas ejecutiva y legislativa, ha demostrado que no pueden frenar el fenómeno de la violencia de Estado (valga el pleonasma), ya que no han sido capaces de someter toda la estructura del problema social que implica los crímenes de lesa humanidad en Colombia, ni de desarticular sus bases económicas; además que del articulado de la ley de Justicia y paz se desprende que las bajas penas que se imponen incluso por delitos muy graves, lejos de ser una garantía para un proceso de paz duradero, termina siendo un aliciente para futuros acuerdos de impunidad.

## Bibliografía

### Libros en Físico:

1. ALCACER GUIRAO, Rafael. Los Fines del Derecho Penal, Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.
2. FERNANDES, Jean Marcel. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SOBERANIA VERSUS JUSTICIA UNIVERSAL. Madrid: Plaza Edición. Año 2008.
3. OROZCO ABAD, Iván. Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Temis-Uniandes, Bogotá, 2005.
4. OROZCO ABAD, Iván. Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Temis, Bogotá, 2009.
5. UPRYMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: Ediciones ANATROPOS - Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. 2006.

**Páginas Web:**

1. <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>.
2. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,26>  
[6,0,0,1,0](#).
3. <http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/altocom/ensayo13.htm>.
4. [http://www.acj.org.co/actividad\\_academica/posesion\\_pulido\\_pineda.htm](http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_pulido_pineda.htm).

### **Artículos en Físico:**

1. Carrillo Salcedo, Juan A. "El fundamento del derecho Internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico". En: Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, 1996.
  
2. FAUNDEZ VERGARA, Juan José. Jurisdicción Universal, Derecho Penal y Derechos Humanos: A Propósito de la Competencia de la Corte Penal Internacional Sobre Crímenes Internacionales: Conferencia 41. En: XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología (2006, Bogotá). Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, 2006.
  
3. QUINTANILLA REVATTA, Raúl Ángel. Crímenes de Lesa Humanidad. Responsabilidad Penal del Estado y Las Personas Jurídicas: Conferencia 40. En: XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología (2006, Bogotá). Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2006. p.p. 372 – 373.

## Artículos Digitales:

1. FERNÁNDEZ, Andrea Paola y GÓMEZ S, Victoria Carolina. CPI: una apuesta por la sensatez a pesar de incertidumbre, Ensayo Número 13. En: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA. Consulta realizada el 10 de diciembre del año 2010 del portal de la Presidencia de la República de Colombia.  
<http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/altocom/ensayo13.htm>.
2. Ulloa Díaz, Cesar Humberto. La Corte Penal Internacional y la Constitución Peruana de 1993. Disponible en:  
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,266,0,0,1,0>.  
Extraído el: 2009/12/14.
3. Sabas Pretelt. De la Vega. En:  
<http://www.presidencia.gov.co/sne/2005/febrero/09/12092005.htm>.

## Jurisprudencia:

1. Corte Constitucional. Sentencia C – 370 de 2006.
2. Corte Constitucional, Sentencia C-578/02.
3. Corte Constitucional, Sentencia C-621/01, MP: Manuel José Cepeda.
4. Corte Constitucional, Sentencia C- 278 de 2002.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Mapiripán.