

**ARTÍCULOS DE
INVESTIGACIÓN**

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA SALIDA NEGOCIADA AL CONFLICTO ARMADO*

Jaime Sandoval Fernández**
Jorge Abello Gual ***

* Este artículo es resultado de investigación del proyecto "Estudio Político Criminal y Dogmático del Estatuto de Roma", financiado por la Universidad del Norte.

** Doctor y Magíster en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona (España). Profesor de Derecho Penal e investigador líder de la línea "Política criminal y dogmática penal", del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), categoría B de Colciencias, de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia).

Dirección postal: Universidad del Norte, Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). *jsandova@uninorte.edu.co*.

*** Abogado, Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte. Joven Investigador adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), categoría B de Colciencias, de la Universidad del Norte (Colombia).

Dirección postal: Universidad del Norte, Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). *georabello@hotmail.com*

Resumen

La Corte Penal Internacional, organismo jurisdiccional creado con el fin de combatir la impunidad de los crímenes más graves en contra de la raza humana, puede ejercer su jurisdicción complementaria sobre los crímenes de su competencia cometidos en desarrollo del conflicto armado colombiano, lo cual pondría en grave peligro la viabilidad jurídica de los procesos de paz si no se realiza una ponderación adecuada de los principios de justicia y paz, en la cual se cumpla con los parámetros internacionales sin obstaculizar la tan anhelada paz en nuestro país.

Palabras claves: Corte Penal Internacional, procesos de paz, parámetros internacionales.

Abstract

The International Penal Court is a jurisdictional organism created to fight the impunity of the most serious crimes against human race, it can exert its complement jurisdiction on the crimes that are its competence, committed in development of Colombian armed conflict. That situation could endanger the legal viability of the peace process, if we don't make a correct balance of the principles of peace and justice, which fulfill all the international parameters, without prevent the peace that all Colombians are waiting.

Key words: International Penal Court, peace process, international parameters.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se desarrollan tres temas básicos. En el primero se muestra una óptica social del conflicto armado colombiano y se destacan algunos de los problemas estructurales más importantes que influyen en él. Y se plantea que la falta de atención de los mismos origina formas de violencia en la sociedad que facilitan el surgimiento y mantenimiento de un conflicto armado interno.

El segundo tema trata sobre los parámetros internacionales para la salida negociada de los conflictos, los cuales imponen unos límites que se han venido definiendo a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para garantizar la protección de los derechos humanos, en especial los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, en el proceso de reconciliación nacional.

El tercer tema consiste en el planteamiento de una propuesta para buscar una salida jurídica a la producción de mecanismos que permitan una solución negociada de los conflictos armados, para lo cual hace una ponderación entre la protección de los derechos humanos y el derecho a la paz de las naciones y el mundo.

Una vez expuestos los temas básicos, se mostrará una mejor idea sobre la problemática jurídica que enfrentan los instrumentos legales diseñados para regular una salida negociada a un conflicto armado, respecto a los límites impuestos por el Derecho Internacional para la protección de los derechos humanos.

1. ACERCAMIENTO A LA DEFINICIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL EN COLOMBIA

Adentrarnos en la problemática social en Colombia—dentro de la cual está inmerso el conflicto armado— implica ubicar algunos de los aspectos que inciden en el nivel de desarrollo y calidad de vida de la población. Los referentes que se van a analizar son los siguientes: el empleo, la pobreza, la corrupción y la existencia de dos estados dentro de uno mismo.

El empleo es un componente social íntimamente relacionado con la efectividad de los derechos fundamentales. “El artículo 6 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” lo concibe

como el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”¹. La necesidad del trabajo para que todo hombre pueda realizarse como persona y vivir dignamente es más que obvia, y un problema de desempleo origina los efectos claramente contrarios. En Colombia, esta situación no es muy alentadora, y así lo demuestra la siguiente cita:

Por otra parte, por si fuera poco, se puede analizar el desempleo en Colombia, en el cual las cifras son contundentes; a pesar de que se muestran ciertos niveles de recuperación, los resultados siguen siendo dramáticos. El DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) reveló que en el segundo semestre del 2004 la tasa de desempleo era de 15.5%, y el número de subempleados disminuyó en un 1.2% en el sector urbano; por otro lado, el desempleo en el sector rural es de un 10.2%, y el subempleo en el mismo sector pasó de un 34.4% a un 37.3%².

Con esas cifras tan dramáticas de desempleo y subempleo en las ciudades y en el campo, tenemos que decir que en Colombia una cantidad importante de personas no tienen un nivel de ingreso que les permita conseguir los recursos necesarios para garantizarse unas condiciones de vida digna para ellos y su familia. Esto expresa un problema social que implica desigualdad manifiesta³ en las condiciones mínimas de vida. Si pensamos un poco en los efectos de las cifras citadas, podemos decir que existe un 51.7% de personas en cada ciudad que sin tener ingresos suficientes deben buscar, de todas maneras, alguna forma para garantizar al menos su subsistencia.

Otro elemento que se debe tratar es la pobreza⁴, cuyas cifras representan una idea más o menos cercana del desarrollo social y la calidad

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222-92. M.P. Ciro Angarita Barón.

² www.moipourtoit.ch/espagnole/colombia.htm

³ 45. **Inequidad.** Colombia sigue siendo un país con altos grados de inequidad. El 20% de la población más rica recibe el 62% de los ingresos laborales, mientras que el 20% más pobre recibe sólo el 3%. Según el índice de Gini, la desigualdad no ha disminuido durante los últimos años. En comparación con el año 1996, el índice de Gini ha aumentado (de 0,544 a 0,56 en el año 2004). La inequidad económica se refleja también en el acceso limitado a ciertos bienes y servicios por parte de los más desfavorecidos. La desigualdad se manifiesta marcadamente entre los sectores urbano y rural. La diferencia de ingreso por persona en la zona urbana es casi dos veces y medio mayor a la de la zona rural. (Tomado del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2005_esp.doc).

⁴ 44. **Pobreza.** La situación de pobreza sigue siendo muy grave. Más de la mitad de la

de vida de una nación. Para efectos de analizar el caso colombiano veamos la siguiente cita:

La CEPAL en su último informe arroja crudas cifras que no mienten: la magnitud de la pobreza e indigencia entre niños y adolescentes colombianos es del 45% (pobres) y 17% (indigentes). Si sumamos, tenemos un resultado escalofriante: el 62% de los pequeños colombianos no tienen acceso a ninguna esperanza de vida plena y se debaten entre la desnutrición, la insalubridad y la ignorancia.

Comparar números es un ejercicio más aterrador. La CEPAL indica que Uruguay, por ejemplo, tiene el 10% de pobres y el 2% de indigentes entre niños y adolescentes; o Costa Rica, un 18% y un 5% respectivamente. Así los niños de Colombia tienen un horizonte sin futuro, si las cosas siguen como hasta ahora. Recordemos la vieja pero sabia frase: "Los niños de hoy son los dirigentes del mañana"; es decir, qué mañana le espera a esta Colombia.⁵

Estas cifras, sin duda, son realmente preocupantes, pues vemos cómo en Colombia dentro de una sociedad ya excluyente con un campo laboral restringido, el 62% de los niños colombianos crecen sin mayores oportunidades de ofrecer mano de obra calificada. De igual manera, hay que decir que son demasiados los niños sometidos a la pobreza, y que por esta razón se encuentran expuestos al hambre y a la falta de educación⁶, que son algunos de los riesgos que más amenazan a los niños pobres.

población, es decir, más de 22 millones de colombianos, tienen un nivel de ingresos que los sitúa en la pobreza. Entre los pobres están particularmente afectados los grupos étnicos, las mujeres y la niñez. El cálculo de la línea de pobreza ha suscitado un amplio debate público sobre la metodología para determinar el número de personas que viven en la pobreza o en la indigencia. En algunas ocasiones se utiliza la metodología de las Necesidades Básicas Insatisfechas. Según ésta, se ha visto una disminución en el nivel de pobreza por los aumentos del gasto público en educación, salud y saneamiento básico. (Tomado del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. *Ibíd.*).

⁵ NARVÁEZ DUCAN, Luis Carlos. La pobreza en América Latina. www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/lcint-pobreza.pdf

⁶ 47. **Educación.** Se estima que 1,6 millones de niños se encuentran por fuera del sistema educativo. Esto equivale al 13% de la población de niños y niñas entre los 5 y 17 años. Adicionalmente, hay marcadas inequidades entre las zonas urbanas y rurales. Mientras las primeras tienen una cobertura de 91%, en las segundas sólo el 77% de los niños y las niñas en edad de recibir educación asisten a un establecimiento educativo. La repetición del año escolar en el sector oficial duplica o triplica a la del sector privado. La tasa de deserción escolar para ambos sexos ha venido disminuyendo en los últimos años. (Tomado del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. *Ibíd.*).

Corresponde ahora referirnos al problema de la corrupción. Según el diario *La República* (edición del 5 de mayo de 2004)⁷, la corrupción en Colombia mueve \$3 billones. En el mismo sentido, “se calcula que a través de la corrupción se ha sacado cerca del 25 por ciento del Producto de la nación y aún no se sabe en manos de quién están quedando estos recursos”⁸. Así entonces, además de un mercado laboral restringido, de unos niveles de pobreza altísimos, debemos afrontar que 3 billones de pesos del presupuesto público dirigidos a obras de infraestructura y a inversión social se están perdiendo, y no están llegando donde deberían llegar.

Por último, queremos tocar el fenómeno de la coexistencia de dos estados dentro del territorio nacional, que es sin duda un aspecto muy importante para entender la problemática social. Y para ello traigo a colación estas palabras de la revista *Semana*, en la cual se hizo un análisis sobre la existencia o no del conflicto armado en Colombia:

Porque si bien José Obdulio tiene razón en que en Colombia existe un Estado legítimo y que después de la Constitución del 91 hay una democracia mucho más plural e incluyente, es una realidad que se vive sobre todo en el país de los centros urbanos. Ahí funciona el Estado, se mueve la economía, la vida es cosmopolita y los colombianos viven en el siglo XXI. Pero a medida que se alejan de ese país urbano se entra a otro país. Un país marginal, rural, abandonado, anclado en el siglo XVII y controlado por los señores de la guerra.

*En varias regiones hay decenas de municipios donde el Estado está controlado por los paramilitares. Tampoco se conoce mucho del Estado legítimo en Cartagena del Chairá o Calamar, en el Guaviare. Tiene razón el ex guerrillero salvadoreño Joaquín Villalobos cuando dice que la guerra en Colombia se ha prolongado por décadas no tanto porque la guerrilla sea fuerte, sino por la debilidad del Estado. El verdadero desafío del gobierno es comprender que ésta es una guerra con muchas caras. Simplificarla sólo es un ejercicio de propaganda y haría bien el Presidente en encomendarle esa labor sólo a José Obdulio.*⁹

⁷ CAMARGO GANTIVA, Adriana (2004, 5 de mayo). Corrupción en Colombia mueve \$3 billones. Diario *La República*.

⁸ *Ibid.*

⁹ Revista *Semana*, Sí hay guerra, señor presidente, 6 de febrero de 2005. <http://www.mediosparalapaz.org/?idcategoria=1981>.

La existencia de esa dualidad de estados muestra igualmente la diferencia marcada entre condiciones de vida que se tienen en las áreas rurales y las áreas urbanas, igualmente, con el fenómeno del desplazamiento de la población del campo a la ciudad. Esta diferencia se muestra entre los suburbios o áreas periféricas de las ciudades y los barrios residenciales tradicionales de las mismas, lo cual hace cuestionable la existencia de un Estado Social de Derecho Soberano, que garantice un mínimo de condiciones de vida, o por lo menos que garantice a todos los ciudadanos el derecho a no ser coaccionado ilegalmente.

Habiendo analizado algunos de los aspectos más relevantes, podemos decir que nuestro conflicto armado tiene una base social, en la cual se genera un ambiente de violencia estructural, que surge “cuando una colectividad impide a la mayor parte de sus miembros la satisfacción de sus necesidades fundamentales, mientras las minorías se aprovechan cada vez más del trabajo ajeno, existe entonces una situación de violencia estructural que se manifiesta cotidianamente a través de hechos violentos como el desempleo, la vagancia, la prostitución, la enfermedad, el hambre. Si los bienes existen, pero están detentados por unos pocos, nos encontramos en una situación de violencia estructural.”¹⁰ Para el profesor Bustos Ramírez, un sistema social que albergue violencia estructural es contrario a la paz y a la democracia, toda vez que ella implica la explotación o dominación de un grupo humano por otro, y que en todos los casos deviene en ilegítima cuando proviene de las características del sistema social o de sus objetivos.¹¹

También se ha dicho respecto de la violencia estructural que cuando “... el conocimiento y los recursos están monopolizados por un grupo o una clase... existe violencia en el sistema”; igualmente quienes padecen desnutrición o mueren por inanición son víctimas de la violencia estructural: “si la gente pasa hambre cuando el hambre es objetivamente evitable, se comete violencia.”¹²

Un sistema o una organización política en los que se presenten estas condiciones de violencia estructural pueden generar igualmente reac-

¹⁰ CANO, Carmen y CISNEROS, María Teresa. Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal* (p. 516). Barcelona, Promoción Publicaciones Universitarias.

¹¹ Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 517.

¹² VALENZUELA PEDRO, E. La estructura del conflicto y su resolución. Memorias conferencia en auditorio Universidad del Norte, 1997.

ciones violentas por parte de quienes se sienten agredidos. Además la violencia estructural pone en tela de juicio la legitimidad y la existencia misma de una democracia y del poder político del Estado, instituciones que están llamadas a moderar sus diversas manifestaciones.

Tal situación de deslegitimación ha motivado la creación y funcionamiento de grupos al margen de la Ley, quienes se muestran como una reacción a la violencia estructural que ejerce el Estado, e igualmente como otra forma de poder en lugares donde el Estado no ejerce su soberanía. Así lo manifiestan los diferentes grupos armados al margen de la Ley, que en sus discursos políticos¹³ justifican su existencia por la necesidad de combatir la desigualdad que promueve el poder del Estado.

Esa forma de violencia también posee unos caracteres generales más o menos definidos, respecto a los cuales sólo quiero hacer mención de alguno de ellos.

Consecuencia de la lucha armada como reacción a la situación social es que en todo caso significa un camino tormentoso que implica el aislamiento de la sociedad, pues en el momento en que alguien se enrola en un grupo armado al margen de la ley se encuentra ya en la mira del aparato coercitivo del Estado por la comisión de todos los delitos relacio-

¹³ Ejemplos: El "Programa Agrario de los Guerrilleros de las FARC-EP", proclamado el 20 de julio de 1964 durante la lucha armada de Marquetalia, corregido y ampliado por la Octava Conferencia Nacional de las FARC-EP, realizada el 2 de abril de 1993, expresa lo siguiente: "Las FARC-EP como organización político - militar recoge las banderas bolivarianas y las tradiciones libertarias de nuestro pueblo para luchar por el poder y llevar a Colombia al ejercicio pleno de su soberanía nacional y a hacer vigente la soberanía popular. Luchamos por el establecimiento de un régimen político democrático que garantice la paz con justicia social, el respeto a los Derechos Humanos y un desarrollo económico con bienestar para todos quienes vivimos en Colombia." Separata "LA PAZ SOBRE LA MESA"; editada por La Comisión de Conciliación Nacional, El Comité Internacional de la Cruz Roja y la revista *Cambio 16* Colombia, 11 de mayo de 1998, N° 256. p. 38-39. Citado por ALVAREZ ECHEVERRÍA y Felipe, ANGULO GARRIDO, Miguel (1998). "Paz, sociedad Civil y Estado, una visión jurídica política del conflicto armado en Colombia. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

El documento de la Dirección Nacional-Comando Central del ELN de febrero de 1998 nos permite una apreciación reciente de esta organización sobre el conflicto armado colombiano:

"Aun cuando resulte paradójico, la guerra con sus crueldades y dolor, es el único remedio posible para quebrar el terror de los poderosos sobre los débiles. Pero la guerra, la revolucionaria, tiene una dimensión política y humana que busca reconstruir los sueños y esperanzas de millones de hombres y mujeres, marginados, excluidos, violentados por un tejido social y político impuesto por los sostenedores del poder político y económico" (*Ibid.*, p. 22).

nados con la guerra¹⁴ y se convierte en prófugo de la justicia y enemigo del Estado. Así entonces se tienen dos formas de regreso a la sociedad civil. La primera es la cárcel, y quienes no optan por esta salida tratan en lo posible de permanecer impunes al poder coercitivo del Estado, es decir, seguir siendo parte del grupo armado; la otra tiene que ver con un acuerdo de paz que les permita su reinserción a la vida civil, accediendo previamente a ciertos beneficios. Por esta razón son importantes los procesos de reinserción, pues un individuo reinsertado es un individuo menos dentro de un programa de violencia, que para permanecer en el grupo debe hacer todo lo que le ordenen los altos mandos, lo que incluye causar daño a los demás. A partir de esto se puede decir que uno de los fines de lucha podría ser el encontrar un camino de vuelta, o un acuerdo beneficioso para su regreso a la vida social.

Secuela importante de la lucha armada imposible es que cuando una persona pertenece a un grupo armado al margen de la ley, a su vez se encuentra en la mira de los grupos que le son contrarios; por ejemplo, en el caso de la guerrilla, el grupo adverso es el de los paramilitares. De manera que si se desarma totalmente sin ninguna protección del Gobierno se podría presentar una situación similar a la del genocidio ocurrido en contra de los miembros de la Unión Patriótica (UP)¹⁵; por

¹⁴ Rebelión (Art. 467 C.P), Sedición (Art. 468 CP), Homicidio (Art. 103 y ss CP), Terrorismo (Art. 144 y 343 CP), Delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH (Art. 135 a 164 CP), Secuestro extorsivo (Art. 168 y 169 CP), extorsión (Art. 244 CP), entre otros.

¹⁵ Contra los representantes a las corporaciones públicas y los líderes del grupo se ha empleado el método del asesinato selectivo. De esta forma, dos candidatos presidenciales –Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo Ossa– fueron asesinados en 1987 y 1990 respectivamente. En 1994, la UP perdió al último de los miembros de su bancada parlamentaria, al ser asesinado el senador Manuel Cepeda Vargas. Con anterioridad ocho congresistas habían sido víctimas de mortales atentados ocurridos, mayoritariamente, en sus sitios de vivienda. Cientos de alcaldes y representantes a los poderes locales han sido eliminados. En ocasiones se ha presentado el asesinato sucesivo de hasta cuatro alcaldes del movimiento en una misma localidad. Las sedes de la UP han sufrido los estragos devastadores de más de 30 atentados dinamiteros, y también se ha recurrido al silenciamiento de los testigos, sobrevivientes o de los familiares de las víctimas que han exigido justicia.

El resultado de esta multiforme estrategia de persecución ha sido la muerte violenta de más de 5.000 personas y el desplazamiento o exilio forzados de una cifra indeterminada de la base social de la colectividad política. Dichas cifras tienen carácter provisional, pues hasta hoy se llevan a cabo actos de ejecución, persecución y amenaza. La gran mayoría de los casos se encuentran en la impunidad total. En un informe especial sobre esta situación, la Oficina del Ombudsman señaló que de los numerosos actos de violencia cometidos contra la UP entre 1985 y 1992 tan sólo en cuatro casos la justicia colombiana había producido sentencias condenatorias. (CEPEDA CASTRO, Iván y GIRÓN ORTIZ, Claudia. *Le Monde diplomatique*, 6 de mayo de 2005, N° 614. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/genocidio.html>)

tanto, no existen suficientes garantías para un grupo mientras que sus enemigos no depongan igualmente las armas o que el Estado les brinde una protección adecuada o suficiente.

No se puede pasar inadvertida la modificación paulatina de las ideológicas políticas que fundamenten la lucha armada, y el aumento de las políticas de terror en contra de las poblaciones rurales. Al respecto la Vicepresidencia de la República en un estudio sobre los derechos humanos en relación con el conflicto armado colombiano dijo lo siguiente:

La lucha que sostiene en la actualidad los grupos paramilitares y las guerrillas más allá de suscitarse por desacuerdos ideológicos, resulta de la disputa por el control de las zonas con un elevado potencial para ambas fuerzas, donde el apoyo de la población civil se consigue mediante violencia.¹⁶

Por último, téngase en cuenta que es precisamente el poder que han alcanzado los grupos al margen de la Ley en Colombia a través de sus políticas de terror lo que les permite tener una gran influencia en la elección de gobernantes, y de ello hace mención la revista *Semana* en la siguiente cita:

Porque si bien los guerrilleros y los paramilitares son terroristas, no se circunscriben a eso. También es cierto que ambos grupos son narcotraficantes. Y tienen motivaciones políticas. Las Farc, cuyo origen es sin duda político, insisten en que quieren tomarse el poder y enarbolan una agenda de 10 reformas para el país. Los paramilitares cuentan con una sólida base social en ciertas regiones del país, tienen representación indirecta en el Congreso e hicieron una verdadera ‘operación avispa armada’ para controlar por medio del terror y la intimidación gran parte de los gobiernos locales en regiones como la Costa y los Llanos Orientales, entre otras.¹⁷

Hasta este punto se han tocado algunos de los temas más preocupantes que tiene nuestro conflicto armado, los cuales hay que tener muy presente si se quiere llegar a una verdadera solución del mismo.

¹⁶ VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH Observatoria (2002). *Colombia: Conflicto armado, regiones, derechos humanos y derecho internacional humanitario 1998-2002* (p. 21). Bogotá, La Imprenta Ltda.

¹⁷ Revista *Semana*, op. cit.

2. PARÁMETROS INTERNACIONALES PARA LA SALIDA NEGOCIADA AL CONFLICTO

Los procesos de paz en Colombia se encuentran autorizados por la Constitución, que establece en sus artículos 150.17 y 201.2 lo siguiente:

*“por graves motivos de conveniencia pública” se concedan amnistías o indultos por delitos políticos, los cuales deberán tener los siguientes requisitos de acuerdo a los preceptos de la Carta Política: (i) el órgano que los concede sea el Congreso de la República, donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan a la Nación, (ii) que la decisión correspondiente sea adoptada por una mayoría calificada de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara, (iii) que los delitos objeto de estos beneficios pertenezcan a la categoría de “delitos políticos” y (iv) que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, “el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar” (artículo 150, numeral 17, CP). Además, corresponde al gobierno en relación con la rama judicial “conceder los indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad (artículo 201, numeral 2, CP)”.*¹⁸

Pero los indultos y las amnistías no pueden ser utilizados por un gobierno de cualquier manera, pues los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido estableciendo a través de su doctrina parámetros que deben tener los estados para utilizar estos instrumentos en los procesos de reconciliación nacional para no vulnerar derechos humanos, los cuales se analizarán a continuación.

El primer parámetro sentado por el derecho internacional es que las autoamnistías y los autoindultos¹⁹ se encuentran excluidas de lo legal, y como ejemplo se pueden citar los casos de las leyes de Punto final de Chile y Argentina. En todo caso, con relación a este punto se ha dispuesto lo siguiente:

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, *op. cit.*

¹⁹ Es decir, las leyes de amnistías o los indultos que los gobiernos otorgan a favor de sus propias Fuerzas Armadas; no obstante lo anterior, es permitido otorgar amnistías e indultos a favor de los opositores del Estado.

Un ejemplo clásico de autofavorecimiento lo constituyen las denominadas autoamnistías, por ejemplo el DL 22924 argentino, mediante el cual los legisladores, por motivos políticos, dejaron libres de toda acción penal por los hechos cometidos, a sus órganos estatales, especialmente a las fuerzas armadas. Cuando el Parlamento persigue sus propios intereses no se puede llegar a ninguna ley “racional” orientada en el bien común, y por tanto ese tipo de amnistías violan la exigencia, derivada del principio de legalidad, de la “racionalidad” de la ley. Se puede atacar además, si se tiene en cuenta la premisa de que una amnistía a favor propio es en todo caso violatoria del derecho internacional, como quiera que el legislador – en sentido figurado– actúa aquí como “juez de sus propios asuntos”. La Corte Internacional Permanente ya en 1925 había establecido que “nadie puede ser juez de sus propios asuntos....”

Por el contrario, las amnistías a favor de la oposición [...] no tienen inconveniente alguno desde el punto de vista del derecho internacional. El respectivo Estado no se favorece a sí mismo, sino que actúa de conformidad con el art. 6 del protocolo II de Ginebra. Hace uso de su derecho soberano de imponer una pena y posteriormente retirarla. Emplea el instrumento de la amnistía teniendo en cuenta su origen histórico - legal como “correctivo altruista de carácter legal.”²⁰

Sin duda, los límites sustanciales más importantes al ejercicio soberano de los estados de otorgar amnistías e indultos es toda la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el respeto a los derechos de Justicia, Verdad y Reparación. A continuación definiremos el contenido de los citados derecho de conformidad con sus pronunciamientos.

En relación con el derecho a la verdad, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

150. El “derecho a la verdad” es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana

²⁰ AMBOS, Kai (1997). *Impunidad y derecho penal internacional* (p. 285 y 286). Konrad Ad naver Stiftung.

protege el derecho a acceder y a recibir información, especialmente en los casos de desaparecidos, en relación con los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero.

151. *El derecho a la verdad se relaciona también con el artículo 25 de la Convención, que establece el derecho a contar con un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos consagrados en ella. La existencia de impedimentos fácticos o legales (como la ley de amnistía), para acceder a información relevante en relación con los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, constituye una abierta violación al derecho establecido en la mencionada disposición e impide contar con recursos de la jurisdicción interna que permitan la protección judicial de los derechos fundamentales establecidos en la Convención, la Constitución y las leyes.*

152. *Además de los familiares de las víctimas directamente afectados por una violación a los derechos humanos, también es titular del derecho a ser debidamente informada la sociedad en general. Como ha sostenido la Comisión: “ Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias” .²¹*

En cuanto al derecho a la reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como un derecho derivado del deber de protección judicial. Según la sentencia Velásquez Rodríguez, el derecho a la reparación se definió de la siguiente manera: “... el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de...asegurar a la víctima una adecuada reparación.” (El subrayado es nuestro). El derecho a una compensación adecuada también está ligado íntimamente al derecho a

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 1/99. Caso 10.480, 27 de enero de 1999. Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes y otros contra el Estado del Salvador. Párrafos 150, 151 y 152.

la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención.²² Al respecto, cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la reparación se encuentra bien resguardado, toda vez que en la Constitución se dispuso que en los casos de amnistía o indulto en que “En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17, CP)”. Es decir que independientemente del proceso de paz adelantado, el derecho a la reparación está garantizado por la Carta fundamental, y siendo ésta de aplicación inmediata, el derecho a la reparación por parte de las víctimas puede hacerse exigible por vía de tutela, toda vez que nos encontramos frente a la protección de un derecho fundamental de aquellos de los que habla el artículo 94 de la Carta²³, pues el derecho a la reparación ha sido definido como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De conformidad con esto, si los instrumentos legales regulan la reinserción de grupos armados ilegales no satisfacen el derecho a la reparación, o simplemente lo desconocen, la acción de tutela estaría más que justificada.

En lo relacionado con el derecho a la Justicia, éste se encuentra formado por otros derechos y deberes que se derivan del mismo y que la Corte Interamericana ha desarrollado a partir de sus sentencias: son el acceso a la justicia, el derecho a la protección judicial, la obligación del Estado de investigar los hechos que constituyan violaciones a los derechos humanos y el deber de sancionar.

El primer punto que se debe tratar es el derecho de acceso a la justicia, que para la Corte Interamericana se vulnera a través de mecanismos extintivos de la acción penal. En relación con este aspecto, la citada institución estableció: “La expedición de las medidas extintivas de la pena significa, en términos generales, que las víctimas de violaciones a los derechos humanos o a sus familiares se les quita la posibilidad a una acción penal.”²⁴ Cuando dice “en términos generales” se abre la posibilidad de aplicar otras medidas, como los indultos y las amnistías

²² CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

²³ Artículo 94. «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

²⁴ *Op. cit.*, p. 291.

impropias, pues estos instrumentos al aplicarse con posterioridad al juicio no obstaculizan el ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas, y les permiten el acceso a un proceso, a un juez y a la protección por parte del Estado a través de sus funcionarios desde el momento en que tengan conocimiento de los hechos. El derecho al acceso a la justicia institucional excluye la posibilidad del ejercicio de una justicia privada. La justicia institucional, a su vez, crea otra garantía fundamental para el ciudadano, pues todo funcionario judicial se encuentra sometido al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución); por tanto, esta forma de justicia debe excluir cualquier decisión arbitraria, que no tenga como fundamento la Constitución y la ley.

El segundo punto que se debe tratar dentro del tema es el derecho a la protección judicial, es decir, “los Estados partes [según la Convención] se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1)”.²⁵

Un tercer punto guarda relación con la omisión deliberada por parte del Estado de investigar. Esto implica, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una violación a los derechos humanos, toda vez que se interprete una omisión injustificada de investigar como una forma de asentimiento o colaboración por parte del Estado para con los autores de violaciones de derechos humanos, en perjuicio de las víctimas. Sobre este punto la Comisión ha dicho lo siguiente:

“Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impune-mente”. [22]. “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garay Herмосilla et al. v. Chile. Caso 10.843. Informe N° 36/96, 15 de octubre de 1996, párrafo 69.

con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” [23]. “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se establezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción [24]. En cuanto a la obligación de investigar, señala la Corte que la investigación “...debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad” [25].²⁶

Por su parte, el deber del Estado de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos es para mí el aspecto más polémico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunas organizaciones internacionales, como Amnistía Internacional, y la Corte Penal Internacional²⁷, entre otros entes internacionales, buscan combatir la impunidad de los crímenes que afecten de manera grave los derechos humanos, y concibe como impunidad la ausencia de pena a los responsables de violaciones a los derechos humanos, y además la interpretan como forma de promover la ocurrencia de nuevos crímenes.²⁸ Según el profesor Kai Ambos, la obligación de sancionar del Estado se configura de manera coetánea al resto de violaciones, de la siguiente manera:

De acuerdo con la doctrina de la responsabilidad estatal, el Estado implicado contraviene el derecho internacional no sólo a causa de la violación directa a los derechos humanos, sino también por falta de castigo de esa violación.

²⁶ *Ibid*, párrafo 73.

[21] *Op. cit.*, párrafo 166.

[22] *Op. cit.*, párrafo 173.

[23] *Op. cit.*, párrafo 174.

[24] *Op. cit.*, párrafo 176.

[25] *Op. cit.*, párrafo 177.

²⁷ Ver Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁸ Ver AMNISTIA INTERNACIONAL. Informe Anual de Amnistía Internacional 2000. Soldados en nombre de los derechos humanos. <http://amnistiainternacional.org/infoanu/2000/info00prologo.htm>

La violación del derecho internacional por la denegación de protección jurídica se conduce de dos maneras: de una parte, la violación directa de los derechos humanos obliga al Estado a una reparación, que además de una compensación puede consistir en la efectiva penalización de los órganos culpables; de otra parte, el Estado comete otro delito autónomo, de derecho internacional, cuando no cumple con el deber internacional de penalizar las violaciones graves de derechos humanos, por ejemplo, mediante la expedición de una ley que obstaculice la persecución penal.²⁹

Sin duda, el deber de penalización del Estado es un aspecto muy polémico, pues existe mucha resistencia a la posibilidad de indultar graves violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Doctrinantes como el profesor Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero opinan que existe un deber ineludible del Estado de sancionar a los autores de estas conductas, toda vez que este derecho está incorporado dentro del derecho a la Justicia, y la idea de no sancionar traería como consecuencia el desconocimiento de un derecho fundamental de las víctimas. El profesor Kai Ambos sienta su posición de la siguiente manera:

... el derecho internacional sienta límites absolutos, en forma tal que no admite bajo ninguna circunstancia en caso de graves violaciones a los derechos humanos (torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas) una exención total de la pena.³⁰ Y agrega: "Las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de los estados de investigar esta clase de actos; de garantizar la no comisión de tales actos dentro de su jurisdicción; y de asegurar que ellos no ocurran nuevamente en el futuro. Los estados no pueden privar a los individuos del derecho a una acción efectiva, incluyendo el pago de una compensación y a una rehabilitación plana en el caso que sea posible."³¹ Y concluye diciendo: "La absoluta impunidad no puede justificarse jamás, como quiera que implícitamente se prohíbe siempre la exoneración penal en caso de graves violaciones a los derechos humanos.³²

²⁹ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 296.

³⁰ *Ibid.*, p. 284.

³¹ *Op. cit.*, p. 284.

³² *Ibid.*, p. 284.

En este orden de ideas, se ha dicho que si el Estado tiene el deber de sancionar, entonces no lo debe hacer de cualquier manera, pues la sanción debe ser proporcional al acto que se le imputa. Por tanto, se podría considerar la imposición de una pena laxa o insignificante como una forma de exonerarse del deber de sancionar este tipo de conductas. De ahí surge igualmente un ataque al indulto como instrumento para lograr la paz, pues el indulto es considerado un mecanismo que tiene unos efectos más leves que la amnistía, por cuanto procede posteriormente al juicio, y no contraviene el derecho al acceso a la justicia de las víctimas. Sin embargo, se sigue contraviniendo el deber de penalización internacional del Estado, respecto a conductas que violen derechos humanos, por cuanto extinguen la pena, y de esta manera impiden

*el cumplimiento de una pena proporcional al hecho realizado. El deber de penalización previsto en el derecho internacional para los casos de graves violaciones a los derechos humanos implica que a los delitos contemplados por el derecho internacional les corresponda una pena adecuada. Ciertamente, se puede discutir respecto de la proporcionalidad de la pena. Pero en todo caso, se ha determinado que el simple cumplimiento simbólico de la pena es violatoria del derecho internacional en caso de graves violaciones a los derechos humanos.*³³

Ahora, independientemente de esta postura, surgió una duda sobre cómo interpretar el contenido del artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que establece lo siguiente:

Artículo 6. DILIGENCIAS PENALES. (...)

6.5. 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.

Por su parte, el profesor Kai Ambos opina sobre la interpretación de este artículo que si bien el fin del Art. 6.5 del Protocolo Adicional II es lograr la paz y la reconciliación entre las partes del conflicto, dejando la posibilidad de que se acuerden indultos y amnistías, debe tenerse en cuenta que

³³ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 298.

Al momento de la suscripción del Protocolo (1979) no se pensó en modo alguno en posibilitar las amnistías que contravinieran los deberes de penalización consagrados en el derecho internacional. Como quiera que, partiendo del concepto de la unidad del derecho internacional, se tiene que concluir que, por ejemplo, una norma –aquí el Art. 6.V del Protocolo Adicional II– no puede permitir lo que las disposiciones especiales del derecho internacional prohíben para el caso serán las normas que sirven de base al deber de penalización.³⁴

En igual sentido se ha pronunciado el Comité Internacional de la Cruz Roja, que ha descartado la posibilidad de otorgar indultos o amnistías a las graves violaciones contra el DIH, lo cual está fundamentado por el artículo 131 de los Convenios de Ginebra, que establece:

Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.³⁵

Sin embargo, esto no podría ser una limitación en el caso colombiano, pues según lo establecido por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el Caso Tadic, para que se produzca una grave violación contra el DIH³⁶ es necesario que exista un conflicto armado de carácter internacional, y en Colombia existe conflicto armado pero de carácter no internacional³⁷. Los fundamentos del Caso Tadic son los siguientes:

³⁴ *Op. cit.*, p. 281.

³⁵ Ver al respecto COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Colombia, P y J editores, 1998.

³⁶ El artículo 130 del estatuto en análisis dispone cuando se cometen las graves infracciones contra los Convenios:

“Las infracciones graves a las que se refieren al artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.”

³⁷ Al respecto véase Eduardo Pizarro Leóngomez, quien ha dicho: “El justo rechazo a la noción de guerra civil no implica negar que haya un conflicto armado que produce cada año alrededor de tres mil víctimas.” PIZARRO LEÓNGOMEZ, Eduardo (2005, 25 de abril). *¿Conflicto armado o amenaza terrorista?* *El Tiempo*, p. 1-17). Juan Pedro Schaerer, delegado en Colombia del Comité Internacional de la Cruz Roja, quien opinó sobre la situación colombiana lo siguiente: “Se trata de

First, common Article 3 of the Geneva Conventions and the entirety of Protocol II, the treaty law applicable to non-international armed conflicts, are indeed silent as to criminalization of violations thereof.

Second, the field of application of the provisions on grave breaches is limited by article 2 common to the Geneva Conventions, as it is for all articles of the Geneva Conventions other than common Article 3, to international armed conflicts.

Third, the Geneva Conventions and Protocol I limit the concept of grave breaches to acts “against persons or property protected by the present Convention”, and the term “protected person” is, as far as civilians are concerned, limited to “persons... who... find themselves... in the hands of a Party to the conflict... of which they are not nationals”.

Fourth, grave breaches include some acts which are not even prohibited by international humanitarian law if committed by a State against its own nationals.³⁸

De todas las anteriores, el fundamento más importante se encuentra en razón a que las graves violaciones deben cometerse en contra de personas protegidas, que según la interpretación del tribunal sólo se aplica en los casos en que las personas son encontradas en manos de la parte del conflicto del cual ellos no son nacionales.

Así podríamos dejar sentada una tesis según la cual a la luz de los principios establecidos en los Convenios de Ginebra, las graves violaciones al DIH no serían aplicables al conflicto armado colombiano, ya sea

un conflicto armado de carácter interno, en el cual son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II”, según concepto que le llegó desde Ginebra al pedir recalificar a Colombia. Revista *Semana*, Sí hay guerra, señor presidente, 6 de febrero de 2005. <http://www.mediosparalapaz.org/?idcategoria=1981>. Makarim Wibisono, presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, quien dijo con respecto a Colombia: “La Comisión reitera su apoyo al Gobierno de Colombia en la búsqueda de una solución negociada al conflicto armado interno [...] con los grupos armados al margen de la ley que cesen todas las hostilidades”, en su declaración del 21 de abril pasado. *Semana*, op. cit. Michael Frühling, representante de la ONU para los Derechos Humanos, quien en su más reciente informe dijo sobre Colombia: “La nueva caracterización de la problemática existente puede prestarse a confusiones y problemas desde los datos estadísticos hasta las políticas públicas”. MERCADO RIVERA, Bibiana. ‘En Colombia sí hay un conflicto armado interno’: Comité Internacional de la Cruz Roja, 4 de mayo de 2005. http://eltiempo.terra.com.co/coar/DER_HUMANOS/derechoshumanos/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2058965.html

³⁸ SASSÒLI, Marco LL.D, OLSON, Laura M.LL.M. *New horizons for international humanitarian and criminal law?* Received for publication: January 2000. www.icrc.org.

porque en principio nos encontremos regidos bajo el artículo 3 común a los Convenios, que según la doctrina de los tribunales internacionales, y en especial en el Caso Tadic, no son aplicables las graves violaciones al DIH, o sea que no se puede aplicar el concepto de persona protegida cuando víctima y victimario tengan la misma nacionalidad.

Hecho el anterior análisis, llama la atención que en el Código Penal colombiano, es decir, en la Ley 599 de 2000, siempre se habla de “persona protegida” sin hacer ninguna referencia a qué tipo de conflicto armado se refiere; es decir, si habla de persona protegida se entiende que se está sobre la base que se está aplicando el artículo 2 de los Convenios de Ginebra, o si el legislador lo que quiso fue ampliar el margen de protección al artículo 3 o del protocolo II dándoles el carácter de personas protegidas a los no combatientes en un conflicto de carácter no internacional, lo cual sí se puede hacer, según el penúltimo inciso del artículo 3, que dispone: “Además las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especial, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.” Sin embargo, bien lo dice el Convenio, que el acuerdo será realizado entre las partes en conflicto, y la ley no es otra cosa que una manifestación unilateral de la voluntad, en la cual no participan los grupos armados que se encuentran en contra del régimen constitucional y legal vigente.

Así pues, darles carácter de persona protegida a los no combatientes, podría significar de manera peligrosa que el juez encuentre que se puede aplicar el concepto de graves infracciones al DIH, que no son amniables, al conflicto armado no internacional, o en casos en los que la víctima, por cuestión de la nacionalidad no encuadre en el concepto de persona protegida, el juez niegue la amnistía o el indulto. Pero la solución, como ya se dijo, está planteada en el derecho internacional por medio de un reenvío obligatorio que hace la ley nacional a los Convenios de Ginebra, de manera que el juez en materia penal deberá tomar como fuente del derecho las normas internacionales y la jurisprudencia internacional, para ofrecerle el principio de la favorabilidad, en la norma más favorable y en la interpretación más favorable, según lo expresa en el artículo 22.2 del Estatuto de Roma: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.”

3. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como ya se dijo en el abstract, la Corte Penal Internacional (CPI) es un organismo jurisdiccional de carácter internacional, con la cual se busca combatir la impunidad de los crímenes de mayor connotación para la humanidad, que hasta ahora han sido definidos en tres categorías³⁹: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Sin embargo, la CPI no fue creada para desplazar de su competencia a los tribunales nacionales, pues tiene carácter complementario a la jurisdicción nacional. Esto quiere decir que la CPI asumirá el conocimiento de un crimen de su competencia en un Estado Parte, o cometido por un ciudadano de un Estado Parte, en los casos en que el Estado no pueda o no quiera investigar, hacer comparecer, o realizando lo anterior se observe la finalidad de exonerar a un individuo de su responsabilidad penal.

El principio de complementariedad se encuentra establecido en el artículo 17, que regula lo relacionado con la jurisdicción complementaria, y en el artículo 20, que regula lo concerniente al principio de la cosa juzgada del ER.⁴⁰

³⁹ Pues el delito de agresión aún no ha sido aprobado por la asamblea de los estados partes.

⁴⁰ **Artículo 17.** CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD.

1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

De conformidad con el principio de complementariedad, y particularmente de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 literal a), en el cual se involucra el concepto de decisión nacional que haya “sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, vuelve a surgir el problema de las amnistías y los indultos frente a la Corte Penal Internacional, toda vez que éstos son, sin lugar a dudas, formas de decisiones nacionales que tienen como propósito precisamente sustraer al individuo de su responsabilidad penal. Esta interpretación está implícita en la carta que envió el fiscal de la CPI al Gobierno colombiano en pleno debate de la Ley de Justicia y Paz, en la que en uso de sus párrafos dice:

Finalmente, señor embajador, la Fiscalía está al tanto de los tantos anteproyectos de ley que han sido discutidos recientemente y se refieren a la creación de medidas para investigar y castigar a los líderes de grupos ilegales que hayan cometido crímenes graves. Tales iniciativas son claramente de gran interés para la Fiscalía y le agradecería, por tanto, que me mantuviera informado de los avances en este respecto.⁴¹

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

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

Artículo 20. COSA JUZGADA

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Aquí entonces se establece un problema entre la posibilidad de una salida negociada al conflicto y el deber de penalización que tiene el Estado colombiano ante la comunidad internacional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha argumentado lo siguiente:

La Corte encuentra que el Estatuto no pretende restringir las potestades de los estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario. De ahí que el artículo 10 del Estatuto advierta que “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”.

En segundo lugar, la Corte destaca que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, 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.

No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.

[...]

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.*⁴²

Sin embargo, en dicho análisis la Corte Constitucional olvidó hacer mención del indulto a las graves violaciones contra los derechos humanos y el DIH. Pues si bien el ER, según el principio de complementariedad, puede admitir la concesión de amnistías e indultos, no se analizó lo que pasaría con la tortura y las graves violaciones contra el derecho internacional humanitario, que según la normatividad internacional, el estado tiene el deber de sancionar a los autores de tales conductas. En estos casos, se le aplicaría al Estado en la causal según la cual se procese a una persona con la intención de excluirla de su responsabilidad penal. Al respecto ha expresado Oscar Julián Guerrero:

*Hay que anotar que existen límites materiales muy claros frente a conductas que no aceptan este tratamiento de impunidad, por ejemplo, la desaparición forzada. En otros casos, las normas del derecho internacional humanitario permiten el otorgamiento de amnistías cuya finalidad se circunscribe a alcanzar la paz interna y la reconciliación de las partes en conflicto, respecto de las conductas cometidas como consecuencia directa de las disputas, pero esta situación plantea el problema de un conflicto de normas (y principios) en el derecho internacional. Por un lado, se prohíbe expresamente la exención de la pena y, por otro, se tienen normas que predicán la amnistía. Este problema ha encontrado una vía de solución en los deberes de penalización, es decir que las amnistías son permisibles siempre y cuando no exista prohibición internacional expresa sobre la impunidad de una conducta determinada. En este contexto resulta claro que ninguna conducta comprendida dentro de los crímenes de lesa humanidad podrá ser amnistiada, pues como ya se había observado, estos hechos se configuran sin referencia al conflicto; a contrario sensu, existirán otros hechos, en especial conductas propias de la guerra, que como producto del conflicto puedan ser de la gama de los amnistiabiles, tal como ha sucedido en la ex Yugoslavia.*⁴³

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, *op. cit.*

⁴³ GUERRERO, Oscar Julián. Justicia Penal y Paz Hacia el derecho penal Internacional. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (p. 96). Universidad Externado de Colombia. Reimpresión 2003.

Igualmente, ha expresado el citado autor:

... con la expedición del Estatuto de Roma, no debe quedar duda de que con la revolución jurídica operada desde allí la cuestión de circunscribir o no el respeto a las normas de la guerra y los derechos inalienables del ser humano a las contingencias políticas o a las condiciones de reciprocidad pasó a un segundo plano. Las obligaciones de respeto ahora se hacen exigibles penalmente, en la medida en que corresponden a la conciencia jurídica de la humanidad, como valor superior.⁴⁴

Analizada esta problemática, parece ser que de conformidad con las interpretaciones citadas, el derecho nacional en su bloque de constitucionalidad no puede darles vía libre a los indultos o las amnistías de las personas que hayan cometido graves violaciones contra los derechos humanos o en contra del DIH, pues en todo momento se encuentra el deber internacional del Estado de castigar o penalizar las graves infracciones a los derechos humanos o al DIH; por tanto, no hay forma mediante la cual el Estado colombiano pueda extinguir la acción penal o la ejecución de la pena, a través de una amnistía o un indulto, a los miembros de los grupos armados ilegales, y particularmente a sus comandantes, que en su mayoría son sindicados de graves violaciones a los derechos humanos, y que están los mismos encargados de llevar a cabo las negociaciones como cabezas visibles del grupo y de su ideología.

De lo anterior surge una pregunta interesante: ¿Qué puede negociar quien no tiene la posibilidad de acceder a algún beneficio? ¿Qué interés puede tener una negociación para alguien cuya única solución es la cárcel?

Las normas internacionales que obligan al Estado a penalizar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, que hacen parte de nuestro ordenamiento y que prevalecen sobre las normas internas, son implacables al cerrarle las puertas a la impunidad, como se vio en la sección anterior. Sólo una luz se ve a lo lejos, y está contenida en el Art. 6 del Protocolo II de Ginebra⁴⁵, en cuanto deja abierta la posibilidad de

⁴⁴ *Ibid.*, p. 98

⁴⁵ "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

las amnistías en los casos en que se llegue a un acuerdo que termine el conflicto armado. Sin embargo, es una luz muy tenue que los doctrinantes del derecho internacional quieren seguir limitando.

Desde este punto, sólo queda aumentar al máximo esa luz, basándola en una doctrina fundada en los motivos de conveniencia nacional e internacional en torno a la conveniencia de la reconciliación y la paz nacional y mundial, donde se parta de la competencia exclusiva de los Protocolos de Ginebra, que buscan un manejo racional de los conflictos y un término conveniente de los mismos, y la exclusión de la aplicación de los instrumentos protectores de los derechos humanos, que son los que incorporan mayores trabas al asunto.

Hay que partir de la base que si no hay un acuerdo entre las partes no puede haber paz, y si todos los instrumentos internacionales⁴⁶ lo que buscan es crear un ambiente de paz y armonía entre los seres humanos con la protección de los derechos fundamentales, no deberían obstaculizar un proceso de pacificación que pueda poner fin a una contienda que lleva más de 50 años.

Los instrumentos tienen fines muy loables, como son la protección de los derechos humanos y la prevención de la impunidad de las graves violaciones a estos derechos. Sin embargo, más que una solución ofrecen un problema cuando impiden la salida negociada de un conflicto armado, donde no hay duda que se deben presentar graves violaciones a los derechos humanos. Además, qué es mejor solución, ¿mantener el conflicto o acabarlo? Y si hay que mantenerlo en aras de evitar la impunidad, ¿hasta qué costo hay que mantenerlo?

Por otra parte, puedo argumentar con una pregunta: ¿Es posible que se someta a un pueblo a padecer un conflicto eterno en aras de salvaguardar la moralidad universal? Y para complementar, habría otro interrogante dentro de este problema: ¿Qué sería más inmoral? O ¿Qué afectaría más la conciencia humana?

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

⁴⁶ Entre ellos la Carta de las Naciones Unidas, los Protocolos de Ginebra, La Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Después del estudio realizado se puede decir que además de los problemas que pueden surgir en relación con los intereses políticos, se puede afirmar que hay una serie de restricciones internacionales a las fórmulas legales que se establezcan para alcanzar la paz. Lo anterior surge toda vez que el ordenamiento jurídico interno, integrado con el internacional a través de los artículos 93 y 94 de la Carta, mantienen unas prohibiciones fuertes a la exoneración de la pena a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, y dada la ferocidad de nuestro conflicto armado, estaríamos imposibilitando una reconciliación nacional cuando mantenemos el aparato coercitivo esperando a sus víctimas luego que termine el acuerdo; y siendo esto así, “no habría ningún cese de hostilidades.”

Ahora, el gran inconveniente que se crea con la Corte Penal Internacional se presenta respecto de los crímenes de lesa humanidad que se pueden cometer tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, pues dentro de esta categoría se pueden clasificar los secuestros, las torturas y lo que en nuestro medio llamamos matanzas, que es a la luz del Estatuto de Roma un asesinato, por lo que estos delitos o crímenes, como se les quiere ahora llamar, pueden reunir los requisitos del crimen internacional ya sea de lesa humanidad o de guerra, pues de acuerdo con las conductas de los bandos del conflicto⁴⁷, se puede argumentar fácilmente, como lo hizo ya el fiscal de la CPI en carta dirigida a Colombia, que los crímenes son realizados por las partes en conflicto de forma sistemática y generalizada.

En el caso de los crímenes de guerra, estos aún no han entrado dentro de la competencia de la CPI, pues el Gobierno de Uribe aplazó por

⁴⁷ Pudo observarse la persistencia de graves infracciones cometidas por los grupos armados ilegales, en particular las FARC-EP y los integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Con sus acciones incumplieron las normas humanitarias y atacaron a la población civil. Las guerrillas, en particular las FARC-EP y en menor medida el ELN, continuaron cometiendo homicidios, masacres, actos de terrorismo, amenazas y ataques a la población civil, toma de rehenes, utilización de minas antipersonal, reclutamiento de niños y niñas y ataques a la misión médica. Los paramilitares violaron repetidamente su compromiso de cese de hostilidades y persistieron en la comisión de homicidios, amenazas y ataques contra la población civil, toma de rehenes, tortura y tratos humillantes y degradantes, desplazamientos forzados, reclutamiento de niños y niñas y actos de violencia sexual. A los miembros de la Fuerza Pública, y en particular del Ejército, se atribuyeron infracciones al principio de distinción, entre ellas, por la utilización de niños como informantes y en otras actividades militares, así como el uso de escuelas y viviendas civiles, así como actos de violencia sexual. (Tomado del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, *op cit.*).

siete años más el reconocimiento de la competencia de la CPI para estos crímenes.

Y en lo que respecta al genocidio, en Estatuto de Roma se habla de propósito de destruir un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Sin embargo, existe una postura forzada que hace prevalecer el aspecto subjetivo del autor sobre lo objetivo de la existencia del grupo. Por lo tanto consideran que “Dado que sería un ejercicio arriesgado delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es “más apropiado” evaluar su estatus desde la perspectiva de las personas “que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad, esto es, para los supuestos autores del crimen.”⁴⁸ Esta teoría, cabe aclarar, surgió a partir del Tribunal de Ruanda, donde se planteó un gran problema⁴⁹ para determinar si existía o no genocidio, pues no había forma de determinar objetivamente que existía un grupo determinado al cual se iba a destruir, puesto que no había diferencia entre nacionalidad, étnia, raza o religión, debido a que las tribus enfrentadas en Ruanda compartían todos estos aspectos; por tanto, se decidió adoptar una teoría

⁴⁸ Prosecutor vs. Akayesu, Judgment of 2 September 1998 (ICTR), citado por AMBOS, Kai (2004). *Los crímenes del Nuevo derecho penal internacional* (p. 22). Bogotá, Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colección autores extranjeros.

⁴⁹ La definición del delito de genocidio que figura en los Estatutos es una réplica de lo estipulado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Por “genocidio” se entenderá diversos actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso como tal. En el Estatuto se reproduce otra disposición de esta Convención (artículo 2, párrafo 3), en virtud de la cual serán también punibles la conspiración para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio.

Esta definición plantea algunas cuestiones fundamentales relativas al conflicto en Ruanda y a los Estatutos del TPIR. Cabría preguntarse simplemente, en primer lugar, cómo o según qué criterios se puede definir al grupo de los tutsis, a fin de avenirse con lo previsto en el artículo 2. Los hutus y los tutsis hablan el mismo idioma y comparten la misma religión. Los matrimonios interétnicos han imposibilitado prácticamente, por generaciones enteras, cualquier distinción biológica y cultural. En las tarjetas de identidad expedidas a todos los ruandeses se indica efectivamente la etnia del titular de la tarjeta, pero los criterios según los cuales los ciudadanos ruandeses son identificados originalmente como pertenecientes a uno o a otro grupo (las bases que sirvieron para expedir dichas tarjetas) no pueden considerarse, en modo alguno, como verdaderamente objetivos para una clasificación nacional, étnica, racial o religiosa. Por lo tanto, el enfoque más plausible para identificar al grupo tutsi es aplicar un criterio subjetivo, según el cual se determina que el grupo tutsi está integrado por aquellas personas que se consideran a sí mismas como tutsis o que se sabía que lo eran. Aplicar este parámetro subjetivo para identificar al grupo de los tutsis no es hipotéticamente contrario a la Convención sobre genocidio ni a lo especificado en el artículo 2 de los Estatutos, pero requerirá probablemente mayor atención durante el juicio. HARHOFF, Frederik (1997, 30 de noviembre). Tribunal para Ruanda: algunos aspectos jurídicos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 144, pp. 711-719.

subjetiva en la cual prevaleciera la percepción mental del autor al dirigir su conducta a destruir un grupo que el piensa que existe.

La anterior teoría, aunada a la consagración del delito del genocidio en el Código Penal colombiano, en el cual se incluye al grupo político, llevaría a la implementación de un genocidio político en el ámbito interno, en los casos en que un grupo armado ataca y realiza matanzas en un pueblo por considerarlo colaborador de determinado grupo armado, puesto que una cosa es ser colaborador y otra ser combatiente. El ser colaborador no le quita a un miembro su estatus de civil, y es claro que a partir del poder territorial que tiene un grupo armado en una zona también tiene poder político, y puede tener partidos políticos con los cuales llenan en cierta forma sus aspiraciones y sus expectativas políticas dentro del conflicto, como se mencionó en el primer punto de este escrito. De esta manera, un ataque a estos grupos políticos podría implicar, según un planteamiento de la teoría subjetiva, la posibilidad de tipificar un genocidio de conformidad con el artículo 101 del Código Penal colombiano⁵⁰.

4. PROPUESTA

La Ley de Justicia y Paz es un instrumento viable, que tiene aspectos interesantes, pero también tiene puntos que mejorar. Uno de los puntos más chocantes con los parámetros internacionales son las penas que se impondrán a los autores de crímenes atroces, es decir, de 5 a 8 años. Para la comunidad internacional existe un principio según el cual las penas deben ser proporcionales al hecho cometido, de lo contrario se estaría incentivando la impunidad. Sin embargo, esto es uno de los aspectos más defendibles, pues en principio la proporcionalidad es un criterio que surge del principio de la culpabilidad que se encuentra como una garantía del individuo hacia el *ius puniendi* del Estado, que le garantiza al reo que la pena sea acorde con su grado de culpabilidad⁵¹. Sin

⁵⁰ **Artículo 101. GENOCIDIO.** [Aparte tachado INEXEQUIBLE]. “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años”.

⁵¹ Ver FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2004). *Derecho Penal Fundamental I*, 3ª ed. (p. 207-209). Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2002). *Manual de derecho penal* (p. 54-56). Bogotá, Temis.

embargo, también debe tenerse claro que el Congreso, en su libertad para determinar lo lícito de lo ilícito, puede establecer criterios político-criminales más favorables para alcanzar la paz, incluso puede llegar a otorgar amnistías o autorizar indultos. Ahora, el principio de culpabilidad es una garantía en circunstancias ordinarias, pero en circunstancias extraordinarias como la consecución de la Paz –principio fundamental en la Carta Política– existen otros instrumentos (como las amnistías y los indultos), pues las cosas se deben mirar desde otra óptica, al tener que ponderar principios constitucionales como el deber de protección de los bienes y honra de los ciudadanos y el deber de alcanzar la paz en el territorio nacional.

Un nuevo inconveniente surge luego con los fines de la pena en el derecho internacional, en el que se ha planteado la necesidad de combatir la impunidad y evitar las graves violaciones de los derechos humanos; además, todos los antecedentes⁵² de la justicia penal internacional parten de la necesidad de punir para proteger los derechos humanos. De esta manera, en el Tribunal para Ruanda se argumentó de la siguiente manera:

... este Tribunal fue creado por el Consejo de seguridad en aplicación del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en el marco de las medidas que está habilitado para tomar en virtud del artículo 39 de la mencionada Carta a fin de hacer cesar las violaciones al derecho internacional humanitario en Ruanda en 1994 y a reparar sus efectos. [...] la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994, adoptada para tales efectos por el Consejo, indica que con la creación del Tribunal se buscaba perseguir y castigar a los autores de las atrocidades cometidas en Ruanda de manera tal que por esta vía se ponga fin a la impunidad y se favorezca la reconciliación nacional y el regreso de la paz.⁵³

Y además dijo el Tribunal de Ruanda que “para el Consejo de Seguridad la condenación e imposición de una pena de prisión a tales personas es el punto de partida de una política de disuasión en contra de

⁵² Los tribunales internacionales de Nuremberg, de Tokio, de la antigua Yugoslavia y de Ruanda.

⁵³ Citado por RAMELLI ARTEAGA, Alejandro (2003). La función de la pena en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal: homenaje a Fernando Hinestrosa* (p. 175). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

la continuidad de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos y libertades fundamentales de las personas que caracterizaron aquellos territorios y restablecer, así, la paz y seguridad internacionales.”⁵⁴ Sin embargo, debe resaltarse, como lo dijo el Tribunal, que sería un punto de partida para un Gobierno como el de Ruanda que había perdido toda institucionalidad, para regresar a la seguridad de un gobierno democrático; pero pueden haber otros casos, como el colombiano, en los que aún se puede acudir a la institucionalidad democrática para reestablecer el orden. Además, si planteamos el término de disuasión, estaríamos en derecho penal frente a una teoría de prevención general, a la cual en la dogmática penal se le ha hecho una crítica constante frente a los efectos en el criminal:

*En lo que respecta a las teorías relativas, la prevención general negativa y la prevención especial negativa, orientadas a la intimidación de la colectividad o del penado, para ser efectivas deberían propiciar penas que constituyan males mayores a los generados por los delitos, lo que choca con el principio de proporcionalidad, y, además, no tienen en cuenta que quienes delinquen no lo hacen tras advertir un saldo favorable en el inventario de costos y beneficios del delito, sino en cuanto asumen que evitarán la imposición de la pena.*⁵⁵

Igualmente, si lo que se busca es restituir es el valor de la justicia en contradicción de la impunidad, tampoco es aceptable avalar la perspectiva de una comunidad internacional que busque un fin retributivo en la pena –pues ésta es de las teorías de la pena la más retrógrada– cuando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de la resocialización como el fin más aceptable de la pena.

Por otra parte, es inconcebible la continuidad de los juicios del vencedor contra el vencido, que ha sido ya una tradición en la justicia internacional al citar los casos de Nuremberg, de Tokio, de la ex Yugoslavia y de Ruanda. Y ni qué decir de la “justicia medieval” practicada en las cárceles de Irak o de Guantánamo. Esta tradición debe terminar con la CPI, y es uno de los puntos más defendibles de este Tribunal.

⁵⁴ Citado por RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, *op. cit.*

⁵⁵ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2003). *El derecho penal del Estado Constitucional de Derecho. Comentarios a los códigos Penal y de Procedimiento Penal* (p. 375). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

De igual manera, cabe mencionar que con la tradición de la justicia punitiva a nivel internacional no se ha logrado que personas se abstengan de seguir cometiendo crímenes contra la humanidad, algo que ya hemos explicado. Cerrarle el paso a otros modelos de justicia diferentes, que pudiesen poner término de manera pacífica a los conflictos, teniendo en cuenta la prevención al sufrimiento de las futuras víctimas, no es lo más apropiado. Al respecto cabe mencionar un ejemplo claro en Uganda, donde “el tribunal internacional ha anunciado que está a punto de emitir órdenes de arresto contra los principales jefes rebeldes, entre ellos, indudablemente, Joseph Kony, el autoproclamado espiritualista que los encabeza.”⁵⁶ Muy a pesar de esa situación, “algunas víctimas de la guerra exhortan al tribunal internacional a desistir. Alegan que la población local sufrirá si el mando rebelde se siente arrinconado. Recomiendan dar más oportunidad al perdón, a través de una ceremonia ancestral en la que se emplean huevos crudos”^{57,58}. Y en el mismo sentido, algunas autoridades como David Onen Acana II, jefe de la tribu dominante en Uganda, ha manifestado: “Cuando se habla de órdenes de arresto, suena tan sencillo. Pero una orden de arresto no significa que terminará la guerra. ¿Cómo se la haces llegar a Kony? ¿Cómo reaccionará?”⁵⁹ Y esto no quiere significar que se ceda por temor a las retaliaciones, sino que debe interpretarse como la respetable decisión de acoger otros modelos preexistentes y coexistentes a la justicia punitiva, conscientes de que la adopción de esta última puede implicar mayor sufrimiento para las víctimas y que las primeras pueden generar consecuencias más favorables.

⁵⁶ LACEY, Marc (2005, 24 de abril). Víctimas de Uganda eligen el perdón. *El Tiempo*.

⁵⁷ El periodista Marc Lacey realiza la siguiente reseña sobre la tradición: “Hace poco, una asamblea de jefes acholis puso en práctica la noción del perdón. En su presencia, en la cima de una colina que domina Gulu, capital regional, 28 hombres y mujeres desertores del bando rebelde formaron una fila por orden del rango, encabezada por un teniente coronel sin una pierna y algunos adolescentes soldados rasos al final. Habían matado y mutilado juntos. Uno tras otro, metieron el pie derecho desnudo en un huevo recién quebrado. De acuerdo con la tradición local, el huevo simboliza la vida inocente, y al entrar en contacto con él, los asesinos recobran su estado original.

Después los ex combatientes rozaron su cuerpo contra una rama en un acto simbólico de limpieza. Y al pasar por encima de una vara fueron nuevamente acogidos en la comunidad por Acana y los otros jefes.” LACEY, Marc, *op. cit.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

Con esto lo que se busca es precisamente, como estructura de un proceso judicial que respete los parámetros internacionales, lo siguiente:

ACCIÓN PENAL (acceso a la justicia, y protección judicial) = PROCESO (derecho a la verdad procesal y a partir de la verdad procesal derecho a una restauración) = INDULTO (perdón como forma de justicia).

Dentro de esta postura hay que llamar la atención que efectivamente el perdón es una forma de justicia:

El perdón es la antítesis de condenación y depende por tanto a la racionalidad inmanente a la justicia; el perdón limita el juicio condenatorio, le quita la pretensión de ser la única manifestación de la justicia, completa la comprensión verdadera de ésta. Pero el fin de la justicia no es condenar sino equilibrar la relación entre las personas; [...]

[...] corresponde entonces a la sociedad civil el proveer positivamente a esa falta estableciendo sus formas de justicia con vistas a restablecer el justo equilibrio de la sociedad.⁶⁰

Pero esta idea del perdón como forma de justicia es necesario que sea acogida por el máximo órgano democrático, pues es a partir de éste que se deben tomar las decisiones más importantes en un país, y sobre todo en materia penal. Por lo tanto, no es acertado sostener que las víctimas tienen derecho a que sus victimarios deban ser penalizados, como se puede llegar a interpretar el deber de penalización del Estado, pues las víctimas con deseo de venganza sólo hacen parte de un sector del pueblo soberano, dentro del cual también se encuentran las víctimas dispuestas a perdonar, personas que no han sufrido en medio de la guerra y que buscan que el conflicto se acabe de manera negociada, e incluso también se encuentran los victimarios. Por tal razón se ha dicho que

la democracia participativa, en materia penal, se concreta en que todos los sectores de la sociedad tienen el derecho de intervenir en la formación de la voluntad estatal mediante la cual se seleccionan las relaciones que van a ser penalmente relevantes, se fijan penas y procedimientos y se señalan los mecanismo de control que han de emplearse para contrarres-

⁶⁰ GILBERT S.J., Paul (2004, 16 de octubre). Justicia e indulto. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana, p. 5.

*tar la delincuencia, los cuales no necesariamente se reducen a la pena, pues existen otros alternativos.*⁶¹

La democracia es pues la llamada a hacer, en virtud de un acuerdo colectivo y general a través de una institución democrática como el Congreso, que representa al pueblo, precisiones sobre las garantías que el Estado no puede vulnerar y hasta dónde puede llegar el *ius puniendi* del mismo:

*Hay que ver la democracia dentro del derecho penal como una contrapartida de todas las formas de selección de conductas delictivas, de penas y de procedimientos de manera autocrática, pues ha de mirarse tal democracia como la gran limitante que tiene el Estado al establecer quién está autorizado para escoger los bienes jurídicos materia de tutela penal, las sanciones y los ritos que guíen y precedan la solución de un conflicto, así que tal competencia le corresponde ejercerla por exclusividad al pueblo soberano, de manera directa o a través de sus representantes, sin que le sea permitido renunciar a tal potestad, porque hacerlo implicaría abdicar a su esencia.*⁶²

Pero si bien la democracia es la encargada de dar respuesta a la discusión entre prevención y garantías⁶³, también deberá darle respuesta a la problemática entre pena y perdón como formas de justicia, cuyos efectos en la sociedad se ven teniendo en cuenta que “el fin de la justicia no es condenar sino equilibrar la relación entre personas; la condenación tiene como objeto restablecer el equilibrio social, y esto, sobre todo, mediante la imposición de multas o castigos. En ese contexto, el perdón consistiría en mantener un desequilibrio o un desorden, de ahí el peligro que hace correr a la sociedad.”⁶⁴ Así, entonces, cabría argumentar que la posibil-

⁶¹ SUÁREZ SÁNCHEZ (2001). *El debido proceso penal*, 2ª ed. (p. 53). Universidad Externado de Colombia.

⁶² *Ibid.*, p. 52.

⁶³ El conflicto sobre la prevención y las garantías también surge a partir de la filosofía liberal entre las corrientes utilitarista y la individualista; según la primera corriente, se “aspira a maximizar el bienestar de la colectividad, pudiendo menoscabar, entonces, en aras de dicho objetivo, la libertad del individuo concreto.” Y la segunda corriente “que considera prioritaria la libertad individual frente a cualquier aspiración al bien común, proscribiendo toda funcionalización de dicha libertad en aras de fines sociales.” ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002). *Prevención y garantías conflicto y síntesis. XXI Jornadas Internacionales de derecho penal* (p. 60). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

⁶⁴ GILBERT S.J., Paul, *op. cit.*

dad de un perdón estaría dada por el argumento de la necesidad de la pena según el cual “la imposición de pena sólo sería necesaria cuando la impunidad del delincuente no pudiera asumirse por la población sin que se quebrantara su fidelidad al ordenamiento.”⁶⁵

La importancia del perdón al interior de una sociedad, por encima del castigo contenido al interior de la ley, se explica de la siguiente manera:

*El primer papel de la ley es codificar las intenciones elementales nacidas de la conciencia humana razonable, para que esta conciencia, viviendo en sociedad, pueda permanecer recta en su naturaleza originaria. Rechazar la ley es rehusar a la libertad, el vivir según el ser excelente o la rectitud. Pero no la ley sola la que forma la conciencia; muy por el contrario, una conciencia limitada por la sola ley sería inmediatamente pervertida [...]. El perdón debe, por tanto, ser considerado como un acto de restauración de la libertad en su posibilidad de obediencia a la conciencia.*⁶⁶

Así entonces hay que tomar conciencia de que “Tanto perdón como olvido son siempre procesos largos, tormentosos y atormentados, por eso su consecución se llama “duelo”, es decir, que duele. Y lo son así no por disposición de la ley sino por constitución de la psiquis humana, y aquélla no puede ni acortarlos ni menguarlos por decreto”⁶⁷, pero igualmente sigue siendo una posición y una decisión respetable si se toma ese camino.

Otro argumento a favor de la paz se encuentra en una de las vertientes de la filosofía liberal, que es la doctrina utilitarista según la cual “el único criterio que debe inspirar al buen legislador es el de hacer leyes que tengan por efecto la mayor felicidad del mayor número de personas. Lo que quiere decir que si deben existir límites al poder de los gobernantes, éstos no derivan de la presuposición ilusoria de inexistentes y de algún modo demostrables derechos naturales del hombre, sino de la consideración objetiva de que los hombres desean el placer y huyen del dolor, y por consiguiente la mejor sociedad es la que logra obtener

⁶⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 778.

⁶⁶ GILBERT S.J., Paul, *op. cit.*

⁶⁷ MELUK, Emilio (2004, 16 de octubre). Para qué perdón y olvido, importa el motivo. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana, p. 4.

el máximo de felicidad para el mayor número de sus componentes.”⁶⁸ De esta forma, es aceptable que el pueblo colombiano a través de la democracia en Colombia decida el camino del indulto y la amnistía como forma de felicidad de la mayoría con el fin de la guerra.

En este caso entonces se estaría optando por una posición democrática sobre el límite entre la prevención y las garantías sobre el asunto del conflicto armado. Según lo cual se estaría obedeciendo a la filosofía liberal que inspira a la CPI, y que al mismo tiempo debe ser el sustento que guíe sus actuaciones; por tanto, no sería coherente que la CPI los desconociera u obligara a un Estado a no observarlos. Igualmente, no le sería reprochable a una nación que opte por el perdón y olvido como formas de hacer justicia a través de una decisión democrática para conseguir la paz. En este sentido se presenta una de las mayores críticas al proceso de globalización, y tiene que ver con que “La globalización es un proceso principalmente económico que ha ido imponiendo relaciones sistémicas en el mundo entero, al mismo tiempo que ha ido restándoles atribuciones políticas a los estados nacionales. En este contexto, resulta cada vez más problemático el principio (o el derecho) de la participación democrática en las decisiones políticas”.⁶⁹ Es decir que a partir del proceso de globalización se pretende despojar a los pueblos del derecho a participar y defender sus derechos fundamentales, pues en el mundo se gestan otro tipo de interpretaciones que no tienen en cuenta los intereses de países mal llamados “en desarrollo”.

Un aspecto de carácter sustancial para posibilitar un proceso de paz, y que fue bastante controvertido en el proceso de creación de la Ley de Justicia y Paz, es la definición extensiva del delito político⁷⁰. Para muchos teóricos y reconocidos organismos como la ONU y países como Estados Unidos, los grupos al margen de la ley no son delincuentes políticos sino delincuentes comunes. Y es más, el mismo Gobierno los ha catalogado como terroristas en múltiples ocasiones. Para evitar el problema que se presenta con el móvil altruista, se debe proponer una redefinición

⁶⁸ BENTHAM, citado por BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁹ GIUSTI, Miguel. Derechos humanos en un contexto intercultural. http://www.aulainter-cultural.org/IMG/pdf/Miguel_Guisti.pdf

⁷⁰ Ley 975/2005, Art. 72 Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.”

del delito político no a partir de un criterio legal, como se adoptó en la Ley de Justicia y Paz, en la que se incluyó a los grupos guerrilleros y paramilitares en el delito de sedición, lo que en mi parecer tiene muy poco peso como argumento en el ámbito internacional. La redefinición del delincuente político debe hacerse teniendo en cuenta el carácter de combatiente, como lo establece el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra al expresar: “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”. De esta forma, el concepto de delito político tendría un sustento internacional y constitucional, por ser parte del bloque de constitucionalidad los Convenios de Ginebra.

Pero esto sólo es posible si se acoge la concepción de la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, y desistir definitivamente de definir la situación colombiana de orden público como una amenaza terrorista. Lo anterior se debe precisamente a las consecuencias que tiene una interpretación de tal envergadura, que se pueden resumir en los siguientes planteamientos del ex presidente López Michelsen, quien dijo que el hecho de ponerles el rótulo de terroristas a los grupos armados ilegales lo que hace es que los despoja de su carácter de ejército regular, lo cual provoca “la imposibilidad de invocar el Derecho Internacional Humanitario, celebrar armisticios y, en último término, pactar la paz.”⁷¹

Esos efectos en la definición de la problemática de la situación social colombiana fueron planteados durante el debate sobre la creación de la Ley de Justicia y Paz a grandes personalidades como el ex presidente Alfonso López, el profesor Eduardo Pizarro Leóngomez⁷², Juan Pedro Schaerer⁷³, delegado en Colombia del Comité Internacional de la Cruz

⁷¹ LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso (2005, 13 de febrero). ¿Hay o no conflicto armado en Colombia? *El Tiempo*, p. 1-23.

⁷² Quien ha dicho: “el justo rechazo a la noción de guerra civil no implica negar que haya un conflicto armado que produce cada año alrededor de tres mil víctimas.” PIZARRO LEÓNGOMEZ, Eduardo (2005). ¿Conflicto armado o amenaza terrorista? *El Tiempo*, 25 de abril, p. 1-17.

⁷³ Quien opinó sobre la situación colombiana lo siguiente: “Se trata de un conflicto armado de carácter interno, en el cual son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II”, según concepto que le llegó desde Ginebra al pedir recalificar a Colombia. *Revista Semana*, Sí hay guerra, señor presidente, 6 de febrero de 2005. <http://www.mediosparalapaz.org/?idcategoria=1981>

Roja, a Makarim Wibisono⁷⁴, presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Michael Frühling⁷⁵, delegado de la ONU para los Derechos Humanos, quienes opinan que en Colombia sí existe un conflicto armado, con el presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, al Comisionado para la Paz Luis Carlos Restrepo y a José Obdulio Gaviria, asesor presidencial y autor de *Sofismas del Terrorismo en Colombia*, quienes consideraban que en Colombia no existe una guerra sino una amenaza terrorista.

En lo que respecta a la doctrina que sostenía el Gobierno de Uribe, cuyo principal ideólogo era José Obdulio Gaviria, se esgrimían dos argumentos para negar la existencia de un conflicto en Colombia:

*El primero es que no existe un conflicto porque Colombia es una democracia legítima y no una dictadura ni un régimen opresivo. Por lo tanto no hay justificación para que un puñado de violentos continúen en armas. Segundo, porque después de la caída del Muro de Berlín la guerrillas colombianas ya no luchan por un ideal político sino que actúan como mafias vinculadas al narcotráfico y a la captura de rentas como la gasolina, la coca y el oro. En consecuencia, más que revolucionarios en busca de un nuevo régimen son bandas criminales con poderosos aparatos militares. Y por último, porque en su lógica criminal la principal víctima son los civiles. En síntesis, son simples terroristas que no respetan las normas humanitarias.*⁷⁶

Por otra parte, la tesis de la existencia del conflicto, a la cual me adhiero, sostiene lo siguiente:

... la definición de si existe un conflicto no depende del capricho o de la apreciación del presidente de turno sino de unas condiciones objetivas. El Protocolo II de Ginebra se aplica cuando en un territorio las Fuerzas Armadas se enfrentan a "fuerzas armadas disidentes o grupos armados

⁷⁴ Quien en su declaración del 21 de abril pasado dijo con respecto a Colombia: "La Comisión reitera su apoyo al Gobierno de Colombia en la búsqueda de una solución negociada al conflicto armado interno [...] con los grupos armados al margen de la ley que cesen todas las hostilidades". *Semana*, op. cit.

⁷⁵ Quien en su más reciente informe dijo sobre Colombia: "La nueva caracterización de la problemática existente puede prestarse a confusiones y problemas desde los datos estadísticos hasta las políticas públicas". MERCADO RIVERA, Bibiana. 'En Colombia sí hay un conflicto armado interno', op. cit.

⁷⁶ Revista *Semana*, Sí hay guerra, señor presidente, op. cit.

organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo". En Colombia es difícil negar –aunque José Obdulio Gaviria lo intenta– que las Farc tienen un mando responsable como es el Secretariado. También es indudable que aún ejercen control sobre fracciones del territorio. Lejano, a veces ocasional, pero lo ejercen. ¿Cómo explicar de otra manera que puedan tener campos de concentración donde llevan secuestrados soldados y policías más de cinco años? Aunque el gobierno de Uribe ha avanzado muchísimo en arrebatarles su retaguardia en el sur del país, conservan todavía la capacidad para realizar operaciones militares, como lo demostró el ataque a Iscuandé.⁷⁷

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido en sus sentencias que existe un conflicto armado, el Congreso de la República ha desarrollado leyes como la de los desplazados a raíz del conflicto y la gran mayoría de colombianos cree que en Colombia existe una guerra. Es más, eligieron a Álvaro Uribe porque fue el único candidato que prometió ganarla. Más aun: las Fuerzas Armadas piensan, se preparan y actúan para la guerra. "Estamos en guerra y vamos ganando", entonan al unísono los soldados al formar.⁷⁸

Y la principal razón por la cual nos adherimos a la tesis de la existencia del conflicto armado es por estar en desacuerdo con el principal efecto político de la tesis que sostiene la existencia de una amenaza terrorista, que es "cerrar el margen de maniobra para una negociación política con los grupos armados. Con terroristas no se negocia. Se les somete por la fuerza. No obstante, Uribe deja abierta la posibilidad de llevar a cabo procesos de desmovilización con la condición de un cese del fuego.

⁷⁷ 31 de enero de 2005 las 2:10 de la madrugada del día siguiente, cerca de un centenar de hombres de las Farc atacaron a Iscuandé, un pequeño puerto incrustado en las costas de Nariño que ha sido estratégico para el tráfico de drogas. Mimetizados en el espeso follaje de la selva y ayudados por una lluvia pertinaz, los guerrilleros abrieron fuego contra la base, donde dormían 60 militares, la mitad de los cuales eran soldados campesinos. La guerrilla no escatimó en su artillería de fuego: pipetas de gas, ametralladoras, fusiles... "En ese momento la noche se volvió día y todo se cubrió de un rojo intenso", dijo a *El Tiempo* uno de los pobladores que vive al frente de la base. Al despuntar el día, y después de cuatro horas de intenso fuego cruzado, la escena no podía ser más dantesca: hombres calcinados, cadáveres ensangrentados, gritos de ayuda, hierros retorcidos, y lo que había sido la noche anterior la base militar de Iscuandé no era más que unas ruinas humeantes con olor a pólvora y muerte. El saldo final: 15 infantes muertos y 26 heridos. *Semana, op. cit.*

⁷⁸ *Ibíd.*

Procesos que, como en el caso del que se sigue en Santa Fe de Ralito con los paramilitares, no incluyan ninguna agenda política.”⁷⁹

Al respecto de esta controversia, cabe decir que el artículo 61 de la Ley de Justicia y Paz parece ser el reconocimiento del Estado colombiano de la existencia de un conflicto armado a través de su órgano legislativo, que actuó con independencia del concepto que ha venido manejando el Ejecutivo de la amenaza terrorista, pues dispone el artículo en mención que “el Presidente de la República podrá autorizar a sus representantes o voceros para adelantar contactos que permitan llegar a acuerdos humanitarios con los grupos armados organizados al margen de la ley.” De esta forma, al hablar de acuerdo humanitario, es necesario la aplicación de los Convenios de Ginebra, que requieren para su aplicación la existencia de un conflicto armado; por tal razón considero que el Legislativo “habló” por el Estado e hizo caso omiso del concepto que venía manejando el Ejecutivo en la materia.

Sólo cabe decir que el derecho a la paz, que se encuentra consagrado tanto en la Carta de Naciones Unidas⁸⁰ –como la protección de la tranquilidad y la seguridad mundial–, en el mismo Estatuto de Roma, artículo 16 –con la suspensión de investigaciones y juicios solicitadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para garantizar precisamente la tranquilidad y la seguridad mundial– y en el artículo 8.3 –que establece que “Nada de lo dispuesto en los parágrafos 2c) y d) afectará la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ La Carta de Naciones Unidas en su preámbulo establece: “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos: a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra [...]; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas”, y que posteriormente en el mismo preámbulo afirma la finalidad de “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”; principios y propósitos que son bien afirmados en el artículo 1 de la misma Carta que consagra como propósitos de las Naciones Unidas:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamiento de la paz;

2. fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal [...]

y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo–, en el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, reseñado muchas veces, en el preámbulo de la Constitución Nacional, en el artículo 2 (fin del Estado de convivencia pacífica), en el 22 (el derecho a la paz), en el artículo 150.17 (facultad del Congreso de otorgar amnistías e indultos) y en el artículo 201.2 (facultad del presidente para conceder indultos), hace parte de un modelo de desarrollo mundial, en el cual se han concertado instrumentos como el indulto y la amnistía con el fin de buscar salidas negociadas al conflicto, de manera que lejos de ir en contra con los propósitos de la CPI, se armonizan con sus fines, puesto que no se podría llegar a la absurda conclusión que el derecho penal es fin en sí mismo, en vez de ser lo que es: “el ultimo instrumento o recurso para evitar la guerra de todos contra todos.” De esta manera, debe concebirse una Corte Penal Internacional que permita las negociaciones de paz y las salidas negociadas a los conflictos armados. RD

Referencias

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002). *Prevención y garantías conflicto y síntesis. XXI Jornadas Internacionales de derecho penal*. Bogotá, Universidad el Externado de Colombia.
- ÁLVAREZ ECHEVERRÍA, Felipe y ANGULO GARRIDO, Miguel (1998). “Paz, sociedad civil y Estado, una visión jurídico-política del conflicto armado en Colombia (tesis de grado), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- AMBOS, Kai (1997). *Impunidad y derecho penal internacional*. Konrad Ad naver Stiftung.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. Informe Anual, 2000. Soldados en nombre de los derechos humanos. <http://amnistiainternacional.org/infoanu/2000/info00prologo.htm>
- BOBIO, Norberto (2001). *Liberalismo y democracia*. México, Fondo de Cultura Económica.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona, Promoción Publicaciones Universitarias.
- CAMARGO GANTIVA, Adriana (2004, 5 de mayo). Corrupción en Colombia mueve \$3 billones. *Diario La República*.
- CANO, Carmen y CISNEROS, María Teresa. Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987). *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona, Promoción Publicaciones Universitarias.
- CEPEDA CASTRO, Iván; GIRÓN ORTIZ, Claudia (2005, mayo). *Le Monde diplomatique*, N° 614. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/genocidio.html>

- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1998). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Colombia, P y J editores.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222-92. M.P. Ciro Angarita Barón.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 1/99. Caso 10.480. 27 de enero de 1999. Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes y otros contra el Estado de El Salvador.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garay Herмосilla et al. v. Chile. Caso 10.843. Informe N° 36/96, 15 de octubre de 1996.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. 4 de mayo de 2005. http://eltiempo.terra.com.co/coar/DER_HUMANOS/derechoshumanos/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2058965.html
- El Tiempo* (2005, 31 de marzo). El contenido de la carta.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2004). *Derecho Penal Fundamental 1*, 3ª ed. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- GILBERT S.J., Paul (2004, 16 de octubre). Justicia e indulto. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana.
- GIUSTI, Miguel. Derechos humanos en un contexto intercultural. http://www.aulaintercultural.org/IMG/pdf/Miguel_Guisti.pdf
- GUERRERO, Oscar Julián. Justicia Penal y Paz: Hacia el derecho penal internacional. AMBOS, Kay; GUERRERO, Oscar Julián (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Reimpresión 2003, Bogotá, Universidad el Externado de Colombia..
- HARHOFF, Frederik (1997, 30 de noviembre). Tribunal para Ruanda: Algunos aspectos jurídicos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 144.
- INFORME DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA. http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2005_esp.doc
- LACEY, Marc (2005, 24 de abril). Víctimas de Uganda eligen el perdón. *El Tiempo*,
- LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso (2005, 13 de febrero). ¿Hay o no conflicto armado en Colombia? *El Tiempo*.
- MELUK, Emilio (2004, 16 de octubre). Para que perdón y olvido, importa el motivo. *El Tiempo*, Lecturas Fin de Semana.
- MERCADO RIVERA, Bibiana (2005, 4 de mayo). 'En Colombia sí hay un conflicto armado interno': Comité Internacional de la Cruz Roja. http://eltiempo.terra.com.co/coar/DER_HUMANOS/derechoshumanos/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2058965.html

- NARVÁEZ DUCAN, Luis Carlos. La pobreza en América Latina. www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/lcnt-pobreza.pdf
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro (2003). La función de la pena en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal: homenaje a Fernando Hinestrosa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Revista *Semana* (2005, 6 de febrero). Sí hay guerra, señor presidente. <http://www.mediosparalapaz.org/?idcategoria=1981>
- SAVATER, Fernando (2000). *Ética para Amador*. Barcelona, Ariel.
- SASSÓLI, MARCO LL.D; .. OLSON, LAURA M.LL.M. *New horizons for international humanitarian and criminal law?* Received for publication: January 2000. www.icrc.org.
- SUÁREZ SÁNCHEZ (2001). *El debido proceso penal*, 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín (2003). *El derecho penal del Estado Constitucional de Derecho. Comentarios a los códigos Penal y Procedimiento Penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- VALENZUELA, Pedro E. (1997). La estructura del conflicto y su resolución. Memorias conferencia en auditorio Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia).
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2002). *Manual de derecho penal*. Bogotá, Temis.
- VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2002). Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH Observatoria. *Colombia: Conflicto armado, regiones, derechos humanos y derecho internacional humanitario 1998-2002* (p. 21). Bogotá, La Imprenta Ltda.
- www.moipourtoit.ch/espagnole/colombia.htm