



¿SOBREDIMENSIÓN DE LA TENSIÓN ENTRE JUSTICIA Y PAZ? REFLEXIONES SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL, JUSTICIA PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA*

OVERSIZING THE TENSION BETWEEN JUSTICE AND PEACE? REFLECTIONS ON TRANSITIONAL, CRIMINAL AND RESTORATIVE JUSTICE IN COLOMBIA

ALEJANDRO GÓMEZ-VELÁSQUEZ**

JULIÁN CORREA-SAAVEDRA***

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 6 de abril de 2015

Disponible en línea: 30 de junio de 2015

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Gómez-Velásquez, Alejandro & Correa-Saavedra, Julián, *¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia*, 26 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-247 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.stjp>

doi:10.11144/Javeriana.il15-26.stjp

* Artículo de reflexión.

** Abogado, politólogo y especialista en derecho público, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Magister en derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, España. LLM en estudios jurídicos internacionales, American University, Washington D.C., Estados Unidos. Profesor e investigador de tiempo completo, Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Contacto: agomezvl@eafit.edu.co

*** Abogado con énfasis en derecho público, Escuela de Derecho por, Universidad EAFIT. Auxiliar *ad honorem* de la Corte Constitucional de Colombia entre junio y diciembre de 2013. Consultor en asuntos de justicia transicional de la Facultad de Humanidades, Universidad EAFIT. Contacto: jcorreas@eafit.edu.co

Los autores agradecen al profesor Alfonso Cadavid Quintero sus muy valiosas observaciones, comentarios y sugerencias que representaron un sustancial mejoramiento del presente escrito.

RESUMEN

Comúnmente se afirma que en los procesos de justicia transicional inmersos en un contexto de negociación política orientada a la terminación de un conflicto armado interno, hay una tensión irreductible entre justicia y paz. No obstante, a esta visión subyace un paradigma predominantemente retributivo de justicia apuntalado en el deber internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, en escenarios de justicia transicional como el referido, además de que los problemas de legitimación de la justicia penal son aún mayores que los que hay en contextos “ordinarios”, este deber internacional no es absoluto y, en cambio, deja un margen importante para la concesión de amnistías e indultos condicionados y para la imposición de penas alternativas. Lo anterior posibilita la adopción prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en esta clase de procesos de justicia transicional, lo que permite tanto reducir considerablemente la tensión en ellos existente entre justicia y paz, como desencadenar una auténtica reconciliación política nacional. Esto hace que tal paradigma resulte más idóneo no solo para facilitar la firma de un acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, Farc-EP, sin renunciar a la justicia, sino también para impulsar un verdadero proceso de reconciliación política del pueblo colombiano.

Palabras clave: justicia transicional; justicia restaurativa; proceso de paz; amnistía, derechos humanos; Colombia

ABSTRACT

It is commonly said that there is an irreducible tension between justice and peace in the transitional justice processes in the context of a political negotiation aimed at the cease of an internal armed conflict. However, there is an underlying paradigm of justice in this vision, strongly inclined towards retribution, braced in the international duty to investigate, judge, and penalize those responsible for grave violations to human rights. Still, in settings of transitional law, such as the case at hand, in addition to the legitimation problems of criminal justice -which are even greater than those found in "ordinary" contexts - the international duty is not absolute. Instead, it leaves a wide margin for granting conditional amnesty and pardon, and to impose alternative sentences. This allows for the prevailing adoption of a restorative justice paradigm for this kind of transitional justice processes, which allows to considerably reduce the existing tension between justice and peace as well as trigger an authentic national politic reconciliation. This makes the paradigm more suitable for both, making easier the signing of a peace treaty between the Colombian government and the guerrilla of the Colombian Revolutionary Armed Forces - The Peoples Army FARC-EP, without giving up on justice, and to drive a true political reconciliation process in Colombian people.

Keywords: *transitional justice; restorative justice; peace process; amnesty; human rights; Colombia*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y DERECHO POSITIVO VIGENTE.- A. *El deber de investigar, juzgar y sancionar.*- B. *Amnistías con ocasión de procesos de paz.*- C. *El Marco Jurídico para la Paz en Colombia.*- II. LA JUSTICIA PENAL EN CONTEXTOS DE NEGOCIACIONES DE PAZ.- A. *La idea superada del retribucionismo penal.*- B. *Los límites del utilitarismo penal en transiciones hacia la paz.*- C. *El fin último del derecho penal.*- III. UN NUEVO PARADIGMA PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL.- A. *La reducción de la tensión entre justicia y paz.*- B. *La implementación del paradigma restaurativo de justicia.*- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El término *justicia transicional* ha sido acuñado para referirse al conjunto de procesos e instrumentos adoptados por una sociedad determinada para enfrentar un pasado o, incluso, un presente de graves y masivas violaciones de derechos humanos, en un contexto de transformaciones sociopolíticas profundas¹.

Uno de los escenarios donde se recurre a la justicia transicional es aquel en el que un Estado busca la terminación de un conflicto armado interno por medio de una negociación política entre las partes enfrentadas. En este contexto se sostiene que se presenta una tensión insalvable entre dos valores en pugna: la justicia y la paz, pues se dice que hay una contraposición entre el imperativo de castigar a los responsables de haber cometido violaciones de derechos humanos durante el conflicto y las limitaciones que a tal pretensión imponen las circunstancias fácticas de un contexto como ese, en especial, las concesiones que en materia punitiva exigen los combatientes² negociadores de los grupos armados disidentes para acceder al cese definitivo de las hostilidades³.

- 1 Para una definición similar, entre otros autores, ver: Angelika Rettberg, *Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional*, en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 1-18, 7-8 (1ª ed., Angelika Rettberg, comp., Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005). Disponible en: <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf> y Ruti G. Teitel, *Genealogía de la justicia transicional*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 430-456 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdih.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/59.pdf>
- 2 Ante la ausencia de una definición explícita en el derecho internacional humanitario, a lo largo de este escrito el término *combatientes* se referirá especialmente a los integrantes de los grupos armados disidentes o rebeldes, esto es, guerrilleros, que participan activa y constantemente en las hostilidades y los enfrentamientos armados, en contra de los miembros de las fuerzas armadas del Estado que tienen lugar durante un conflicto armado interno determinado. De esta manera, con respecto al caso colombiano, por combatientes se entenderá principalmente, aunque no exclusivamente, a los militantes de la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc).
- 3 Esta marcada tensión entre justicia y paz se suele etiquetar como “el dilema trágico de la justicia transicional”. Sobre este punto, ver: Rodrigo Uprimny, María P. Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 19-21 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia

Sin embargo, a la magnitud que se le atribuye a esa tensión entre justicia y paz, subyace el predominio de un paradigma retributivo de justicia como pilar sobre el cual descansa la justicia transicional, es decir, la idea de que la justicia penal se erige como el mecanismo idóneo e imprescindible para encarar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el transcurso de un conflicto armado interno⁴.

No obstante, más que el castigo de los victimarios, la consecución misma de la paz y actos como la revelación de la verdad sobre lo sucedido durante el conflicto, el reconocimiento de responsabilidades por los crímenes cometidos, la contribución a la reparación integral de las víctimas, la dejación y entrega definitiva de las armas, la desmovilización y la reinserción a la vida civil por parte de los combatientes (Desarme, Desmovilización y Reinserción, DDR) pueden constituir auténticas expresiones de justicia desde la óptica de otros paradigmas como el restaurativo, que apunta en esencia a una reconstrucción de los lazos sociales destruidos por la violencia en una comunidad⁵.

Por tal razón, en el presente escrito se abordará la normatividad internacional que rige los escenarios de justicia transicional en medio de procesos de paz, para escrutar, en especial, hasta qué punto es jurídicamente factible un tratamiento punitivo atenuado o, incluso, una renuncia condicionada a la persecución penal de aquellos combatientes responsables de graves violaciones de derechos humanos en contextos de justicia transicional como el mencionado. A continuación, a partir del análisis de los fines que tradicionalmente se le han atribuido a la sanción penal,

y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

4 Ezequiel Malarino, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221, 208-209 (2013). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>. Al respecto, el autor afirma: “En esta contraposición, el concepto de “justicia” es utilizado en el sentido específico de castigo a los autores de crímenes y, por lo tanto, se trata de una *justicia como punición*; principalmente, aunque probablemente no solo (...) una *justicia como retribución*”.

5 Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks of Peacebuilding*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36, 19 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

se examinará qué legitimidad ostenta la justicia penal para erigir al paradigma retributivo de justicia como el modelo prevalente en esta clase de escenarios de justicia transicional. Por último, se explorará la idoneidad de la prevalencia del paradigma restaurativo de justicia para reducir la tensión planteada entre justicia y paz propia de este tipo de procesos de justicia transicional, al igual que su capacidad para contribuir a una reconciliación nacional y se indagará por los instrumentos concretos que tal paradigma requiera para su implementación, teniendo en cuenta, en todo caso, su viabilidad fáctica y jurídica.

Por último, debe indicarse que el análisis precedente pretende contextualizarse en el escenario de negociación política que se adelanta desde finales del año 2012 en La Habana (Cuba) entre el grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y el gobierno de Colombia, diálogo este tendiente a lograr la terminación del conflicto armado interno en el que ha estado inmerso el país desde hace más 50 años.

I. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y DERECHO POSITIVO VIGENTE

El paradigma retributivo de justicia que comúnmente predomina en los diversos procesos de justicia transicional, se sustenta en la existencia del deber internacional general que tienen los Estados de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, este deber dista mucho de ser indiscutible y absoluto y, en cambio, su alcance y contenido son controvertidos, tiene limitaciones de contexto importantes y puede ser ponderado con otros principios jurídicos de igual o mayor valor, todo lo cual lleva a que no haya una única manera de cumplir satisfactoriamente este deber para los Estados que se esfuerzan por acatarlo.

A. El deber de investigar, juzgar y sancionar

Es cierto que hay tratados internacionales que contienen explícitamente el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de algunas graves violaciones de derechos humanos tanto en el sistema universal de derechos humanos⁶ como en el sistema interamericano en particular⁷. No obstante, tales convenios internacionales solo se refieren a este deber respecto de las violaciones específicas que cada uno de ellos busca evitar, por lo que de estos no puede extraerse un deber internacional genérico en la materia⁸.

Por otra parte, como lo señala Kai Ambos, ni del derecho internacional consuetudinario ni de los principios generales del derecho, parece tampoco poderse inferir inequívocamente aún un deber general como el descrito, pues como acertadamente advierte el autor⁹: “En cuanto al primero, es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto, y el recurso a los últimos es pasible de crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estados o incluso una práctica contraria simplemente ignorándola”¹⁰.

6 Ver al respecto: Convenios de Ginebra, art. *Sanciones penales. I. Generalidades* (artículo común a los cuatro convenios), 12 de agosto de 1949; Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio, arts. I, IV y VI, 9 de diciembre de 1948; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. 4.b, 30 de noviembre de 1973; Convención contra la tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 4, 10 de diciembre de 1984 y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6.1, 20 de diciembre de 2006.

7 Ver al respecto: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6, 9 de diciembre de 1985; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas art. IV, 9 de junio de 1994 y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 7, 9 de junio de 1994.

8 Louise Mallinder, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, 1 *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 208-230, 214 (2007).

9 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 36-37 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

10 Prueba fehaciente de lo dicho es que Kieran McEvoy y Louise Mallinder—tanto a partir de un trabajo de campo realizado por ambos autores como a partir de una base de datos creada por la autora—estiman que entre los años 1945 y 2011 se promulgaron más de 530 leyes de amnistía en 138 países del mundo y que entre enero de 1979 y diciembre de 2010, fueron promulgadas 12,25 leyes de amnistía en promedio cada año en todo el mundo. Kieran McEvoy & Louise Mallinder, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration*

Ahora bien, en la órbita continental, aun cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH) no consagra explícitamente en su articulado el deber general de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha deducido la existencia de dicho mandato a partir de la interpretación sistemática de los artículos 8.1 y 25.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH¹¹. En este punto, no obstante, no debe perderse de vista que la interpretación que los órganos jurisdiccionales internacionales realizan de los tratados de derechos humanos, aun cuando aquéllos ostenten la calidad de legítimos intérpretes de éstos, es considerada en principio como una fuente auxiliar que no crea derecho internacional por sí misma¹².

Por su parte, a partir de una interpretación armónica de los incisos 4 a 6 y 10 del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998¹³, es factible sostener la existencia del

and the Governance of Mercy, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 410-440, 411-415 (2012).

- 11 Por ejemplo, en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, afirmó: “La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25) (...) 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 1.1). Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, párr. 242, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf
- 12 En efecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38(d), dispone que las decisiones judiciales —entre las cuales deben incluirse las de las cortes internacionales de derechos humanos— solo constituyen un *medio auxiliar* para la determinación de las reglas de derecho internacional. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/ijcstatute/>
- 13 Los incisos 4 a 6 y 10 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, dicen así: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)

deber general de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar pero solo respecto de los responsables de los denominados crímenes internacionales que este instrumento internacional reprime, es decir, los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio¹⁴. Aun así, debe tenerse en cuenta que esta obligación solo recae en aquellos Estados que hayan ratificado este tratado y solo subsidiariamente en la Corte Penal Internacional, CPI, cuando estos últimos no la cumplan, bien se deba esto a su falta de voluntad o a su falta de capacidad para hacerlo¹⁵.

De esta manera, se observa que se suscitan profundas discusiones alrededor de las fuentes normativas de las cuales emerge el deber de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, y respecto del conjunto de conductas que él reprime, esto es, si tal deber solo recae sobre los llamados crímenes internacionales que regula el Estatuto de Roma o si se extiende a otras conductas susceptibles de ser catalogadas como graves violaciones de derechos humanos; por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada cuando no ocurren de forma masiva y/o sistemática.

Paralelamente, también hay un fuerte debate en relación con el contenido específico que se desprende de ese deber internacional, aunque este parece sí implicar la obligación de enjuiciar penalmente a los individuos sospechosos de haber cometido graves violaciones de derechos humanos, como lo dispone el

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

14 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 38 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

15 Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 *European Journal of International Law*, 3, 481-505, 482 (2003). Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>

Estatuto de Roma¹⁶ y como lo sostiene la Corte IDH en su jurisprudencia actual¹⁷ y, a pesar de que parece claro también que de ser aquellos individuos declarados penalmente responsables, la sanción que debe imponérselos debe tener una connotación de castigo (penal)¹⁸.

En efecto, el centro de la discusión radica, precisamente, en que ninguno de los tratados internacionales referidos hasta aquí ni las interpretaciones que de ellos han hecho sus intérpretes autorizados definen qué debe entenderse por “castigo”¹⁹ y, mucho menos, prescriben que la sanción a aplicar debe consistir necesariamente en la imposición efectiva de una pena de prisión e, incluso, ni siquiera establecen que deba ser una pena privativa de la libertad distinta a esa (como la prisión domiciliaria, por ejemplo).

Tal panorama, en definitiva, deja abierta la puerta a que las sanciones impuestas para quienes hayan sido condenados penalmente por haber incurrido en graves violaciones de derechos humanos o crímenes internacionales puedan válidamente consistir en penas alternativas a la prisión sin que con ello los Estados que opten por estrategias de castigo penal alternativo,

16 Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, preámbulo inciso 6, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

17 Así lo dejó claro la Corte IDH, por ejemplo, en el caso *de la Masacre de El Mozote* cuando indicó: “Teniendo en cuenta lo anterior, así como su jurisprudencia, este Tribunal dispone que el Estado debe, en un plazo razonable, iniciar, impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir, según corresponda, con la mayor diligencia las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos y determinar las responsabilidades penales que pudieran existir, y remover todos los obstáculos *de facto* y *de jure* que mantienen la impunidad total en este caso”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, párr. 319, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

18 Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, preámbulo inciso 4, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

19 Rodrigo Uprimny, Luz M. Sánchez & Nelson C. Sánchez, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, 59-60 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurros/fi_name_recurso.363.pdf

transgredan, por esa sola razón, el deber general de sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos²⁰.

Por último, debe resaltarse que, conforme al principio de “cosa juzgada” dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de Roma²¹, tendrían cabida en él, incluso, instituciones jurídico-penales como la suspensión condicional total o parcial de la ejecución de la pena, es decir, especies de indultos (perdones de la pena) para quienes sean responsables de haber cometido crímenes internacionales²². Lo anterior, siempre y cuando el Estado-Parte lleve a cabo un enjuiciamiento de “buena fe” de estas personas, es decir, si el juicio realmente se orienta a establecer la responsabilidad penal individual por el crimen internacional perpetrado, si el mismo es presidido por un tercero imparcial y si se adelanta respetando todas las formalidades propias de un proceso penal.

20 Si bien es cierto que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional expresamente dispone en el numeral 1 de su artículo 77 que la pena principal aplicable por la CPI será, en todo caso, la reclusión (pena de prisión), esta norma solo opera, precisamente, en el evento en que la CPI asume la persecución penal de un crimen internacional en subsidio de un Estado-Parte. Esto se corrobora al tenor del artículo 80 de ese tratado que establece: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 77, 80, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Por tal razón, cuando un Estado-Parte se encarga él mismo de la persecución penal del crimen internacional, nada lo obliga a que la pena a imponer sea la reclusión (pena de prisión).

21 “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 instruido 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”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 20.3, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

22 Rodrigo Uprimny, Luz M. Sánchez & Nelson C. Sánchez, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, 71 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/fr2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf

B. Amnistías con ocasión de procesos de paz

Ahora bien, resulta de gran importancia preguntarse si a pesar de la existencia del deber general de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, bien sea solo de los crímenes internacionales que proscribe el Estatuto de Roma o bien sea de otras graves violaciones de derechos humanos, también existe la posibilidad de que los Estados concedan amnistías, es decir, renuncien a la persecución penal, de por lo menos, algunos de los autores o partícipes de este tipo de conductas, en especial en escenarios de justicia transicional caracterizados por adelantarse en medio de una negociación política encaminada a terminar un conflicto armado interno, como es el caso colombiano.

En primer lugar, debe advertirse que aquellas amnistías denominadas *incondicionales* o *absolutas* en las que se renuncia a la persecución penal de todos los autores de todas las graves violaciones de derechos humanos sin ningún tipo de exigencia o restricción para sus destinatarios²³, están totalmente proscritas a la luz del derecho internacional vigente²⁴. Esto, debido a que este tipo de amnistías, además de hacer ilusorios los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, son la antítesis del deber general de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos²⁵.

23 Debe anotarse que la especie más común dentro del género de las amnistías incondicionales o absolutas son las llamadas *autoamnistías* que son aquellas en las que quienes las conceden son, al mismo tiempo, sus beneficiarios. No obstante, este tipo de prácticas ocurre más comúnmente en las transiciones de regímenes dictatoriales a sistemas políticos democráticos cuyos artífices son los funcionarios estatales que cometieron graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura, que en procesos de justicia transicional orientados a alcanzar una paz negociada.

24 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 64 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

25 En este sentido, la posición de la Corte IDH es paradigmática. Al referirse particularmente a las leyes de autoamnistía peruana en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, este tribunal sostuvo: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o

Por oposición, también existen las llamadas *amnistías condicionadas*, en las cuales sus beneficiarios deben satisfacer necesariamente una serie de exigencias o requisitos que, en transiciones negociadas de la guerra a la paz, suelen consistir en el reconocimiento de responsabilidades, la contribución a la reparación integral de las víctimas y el sometimiento a una Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) y a programas de Desarme, Desmovilización y Reinserción (DDR) por parte de los excombatientes²⁶. Esto hace que a la inversa de sus pares antagónicas, estas amnistías permitan alcanzar importantes niveles de justicia, al menos, si esta es entendida no solo como mera justicia penal²⁷.

Ahora bien, en el Estatuto de Roma parece haber lugar para que los Estados-Parte concedan esta última clase de amnistías en medio de una transición hacia la paz, cuando menos, a algunos individuos respecto de algunos crímenes internacionales. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 17(1)(b) de ese tratado²⁸, pues con base en tal norma que concreta el *principio de complementariedad* de la Corte Penal Internacional, CPI, podrían tornarse inadmisibles ante esta los casos en los que un Estado, por ejemplo, cumpla el deber de investigación mediante la creación de una CVR y decida renunciar a la persecución penal de

arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, serie C No. 75, párr. 41, 14 de marzo de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. La Corte IDH se refiere a la Ley 26.479, de 14 de junio de 1995 y a la Ley 26.492, de 28 de junio de 1995.

26 Mark Freeman, *Amnesties and DDR Programs*, en *Disarming the Past: Transitional Justice and Ex-Combatants*, 36-85, 55-59 (1ª ed., Ana Cutter-Patel, Pablo de Greiff & Lars Waldorf, eds., Social Science Research Council, SSRC & International Center for Transitional Justice, ICTJ, New York, 2009). Disponible en: http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/%7B465ede38-0c0d-df11-9d32-001cc477ec70%7D.pdf

27 Louise Mallinder, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, 1 *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 208-230, 218-220 (2007).

28 El art. 17(1)(b) del Estatuto de Roma establece: "1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este 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". Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

excombatientes que se sometan a ella²⁹ por no considerarlos los mayores responsables de los crímenes internacionales de mayor trascendencia perpetrados en medio del conflicto armado interno³⁰, siempre y cuando estos satisfagan las exigencias de las amnistías condicionadas en transiciones negociadas de la guerra a la paz³¹. Así, esa estrategia podría apreciarse como una alternativa legítima del Estado para alcanzar la paz sin renunciar a un umbral mínimo de justicia (penal) y no como la falta de capacidad o de voluntad del Estado para llevar a cabo “el enjuiciamiento” del que habla la norma.

Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que la “gravedad suficiente” de la que habla el artículo 17(1)(d) del Estatuto de Roma³² puede ser entendida, desde un ámbito objetivo, como que el crimen internacional debe poseer una trascendencia o gravedad aún “adicional” a la ordinaria en este tipo de delitos³³

-
- 29 Carsten Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720, 711 (2005). Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 *European Journal of International Law*, 3, 481-505, 499-500 (2003). Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>
- 30 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 81-82 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf. Carsten Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720, 707-708 (2005).
- 31 Louise Mallinder, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, 1 *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 208-230, 229 (2007).
- 32 El art. 17(1)(d) del Estatuto de Roma dice: “La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- 33 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 85-86 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf. Por su parte, Carsten Stahn concuerda con esta interpretación pero infiriéndola de la referencia que hace el artículo 17(1) al artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual dispone que: “La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto” (énfasis añadido). Carsten Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720, 707-708

y, desde un ámbito subjetivo, como que el individuo debe ser el principal responsable de un crimen internacional como el descrito³⁴ para que el caso sea admisible ante la Corte Penal Internacional, CPI. Además, tal interpretación se compagina perfectamente con la estrategia de persecución adoptada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional hasta el momento³⁵.

Todavía más significativa es la “cláusula del interés de la justicia” consagrada en el artículo 53(1)(c)³⁶ y (2)(c)³⁷ del Estatuto de Roma, la cual abre la puerta para que de ser concebida la “justicia” por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no como mera retribución, pues tal interpretación tornaría en inocua la norma ya que el Estatuto de Roma precisamente se refiere a la aplicación de justicia penal, sino en un sentido más extenso³⁸,

(2005).

- 34 Carsten Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720, 707 (2005). Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf
- 35 Alejandro Valencia-Villa, *Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación con las FARC-EP, Fundación Ideas para la Paz, Cuadernos del conflicto: Lecciones y retos para eventuales diálogos de paz con las Farc*, 7-26 (2012). Disponible en: <http://archive.ideaspaz.org/images/leccionesretosfarcweb.pdf>
- 36 El art. 53(1)(c) del Estatuto de Roma prescribe: “El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:
c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- 37 El art. 53(2)(c) del Estatuto de Roma prescribe: “Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:
c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- 38 Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 *European Journal of International Law*, 3, 481-505, 488 (2003). Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>. Carsten Stahn, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720, 698 (2005). Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129, 103 (1ª ed., Kai Ambos,

que comprenda también la reconciliación nacional y la convivencia pacífica³⁹ (o por lo menos, la ausencia de conflicto armado interno), el esclarecimiento de la verdad, el reconocimiento de responsabilidades, la reparación de las víctimas y los programas de Desarme, Desmovilización y Reinserción, aquella cláusula haría también compatible al Estatuto de Roma al menos con amnistías condicionadas concedidas en transiciones negociadas hacia la paz⁴⁰.

En el plano interamericano aunque es verdad que recientemente en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, la Corte IDH por primera vez dejó sin efectos una ley de amnistía producto de un acuerdo de terminación de un conflicto armado interno, lo hizo, entre otras razones, por ser esas amnistías de carácter incondicional, lo cual incumplía, además, los términos en que se suscribió el Acuerdo de Paz salvadoreño⁴¹, lo que revela, al menos, su legitimidad ante los ojos de la Corte IDH⁴².

Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

- 39 Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf
- 40 Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 *European Journal of International Law*, 3, 481-505, 497-498 (2003). Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>
- 41 En este punto se destaca el alcance del reproche que hace la Corte IDH: “De lo antes descrito se colige que la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en El Salvador, imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de ‘la actuación ejemplarizante’ de los tribunales de justicia ordinarios *al menos* las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición” (énfasis añadido). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, párr. 288, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. El Salvador, Acuerdos de Paz de Chapultepec, entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), jueves 16 de enero de 1992. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992ene/16/acuerdosdepaz/index.htm>
- 42 Rodrigo Uprimny, Luz M. Sánchez & Nelson C. Sánchez, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, 76 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf. Incluso, Uprimny y sus colaboradores señalan: “Pero adicionalmente, del fallo de *El Mozote* podría entenderse que en tal contexto de transición hacia la paz, el cumplimiento del deber no implica de manera

Más importante aún es el voto concurrente del juez Diego García-Sayán, el cual dejó entrever, en repetidas veces, la posibilidad de limitar o relativizar legítimamente el deber general de persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos en aras de lograr un equilibrio en la tensión entre justicia (retributiva) y paz inherente a los procesos de justicia transnacional que giran alrededor del eje de una negociación política⁴³. Así, la jurisprudencia de la Corte IHD en la materia podría flexibilizarse en el futuro, pues se destaca que el voto concurrente fue suscrito por otros 4 jueces más (5 en total: “Los jueces y juezas Leonardo A. Franco, Margarett May-Macaulay, Rhadys Abreu-Blondet y Alberto Pérez-Pérez se adhirieron al presente voto del juez Diego García-Sayán”) de los 7 que componen la Corte IDH.

Por último, es pertinente subrayar que la única disposición de derecho internacional que explícitamente se refiere a las amnistías es el artículo 6(5) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra⁴⁴. Aun cuando el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha indicado que esta norma no debe interpretarse para amnistiar crímenes de guerra⁴⁵ y que la Corte IDH ha

necesaria investigar y juzgar a todos los responsables, y que eventualmente podría resultar admisible una estrategia de selección o priorización de casos. La Corte no advierte esto explícitamente en su fallo, pero queda sugerido por la inclusión del Acuerdo de Paz como uno de los parámetros de análisis sobre la legitimidad de la Ley de Amnistía”.

- 43 Uno de sus más emblemáticos pronunciamientos al respecto es el siguiente: “En ese contexto, se pueden diseñar pautas específicas para el tratamiento de los responsables de las más graves violaciones abriendo el camino, por ejemplo, de priorizar los casos más graves como ruta de manejo de una problemática en la que podrían ser, en teoría, muchos miles los procesados y atender los casos de menor gravedad a través de otros mecanismos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, voto concurrente juez Diego García-Sayán, párr. 29, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf
- 44 El art. 6(5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 prescribe: “A la cesación de las 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 libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Organización de Naciones Unidas, ONU, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
- 45 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I, *Normas*, 691-692 (1ª ed., Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007). Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

aseverado lo mismo respecto de delitos de lesa humanidad⁴⁶, la norma justamente opera en escenarios donde ha finalizado un conflicto armado interno según el Derecho Internacional Humanitario y aboga por una aplicación general de las amnistías por parte de los Estados inmersos en ese contexto, cuando menos, respecto de las demás graves violaciones de derechos humanos.

C. El Marco Jurídico para la Paz en Colombia

Ahora bien, descendiendo al ámbito nacional, en atención a los diálogos de paz que adelantan el gobierno colombiano y el grupo guerrillero de las Farc, en La Habana (Cuba) y que se iniciaron formalmente en Oslo (Noruega) el 18 de octubre de 2012, el Congreso de este país —haciendo un análisis de la normatividad internacional similar al delineado en este escrito— decidió reformar la Constitución Política y expidió el Acto Legislativo 01 de 2012⁴⁷. La reforma constitucionalizó la justicia transicional y, en particular, autorizó en el marco de este contexto, la creación de una estrategia de persecución penal a partir de la adopción de mecanismos de “priorización y selección” de casos, orientada a investigar, juzgar y sancionar con penas alternativas a los “máximos responsables” de los más graves crímenes internacionales cometidos dentro del conflicto armado interno colombiano, permitiendo también, la eventual amnistía de los restantes combatientes⁴⁸, todo ello condicionado al cumplimen-

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, párr. 286, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

47 Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 48.508 *Diario Oficial*, 31 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>

48 “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes

to por parte de unos y otros de las exigencias mínimas propias de una transición negociada hacia la paz⁴⁹.

No obstante algunas expresiones del inciso 4 del artículo 1 de este Acto Legislativo fueron demandadas ante la Corte Constitucional de Colombia, este tribunal decidió declarar exequible todo el inciso. Para tomar tal decisión, la Corte efectuó un *juicio de sustitución* de la Constitución vigente⁵⁰ (complementado con un test de proporcionalidad), a partir del cual sostuvo que, aunque era cierto que la obligación del Estado de garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas constituía un pilar fundamental de la Carta Política del cual se desprendía el deber general de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de todas las graves violaciones de derechos humanos⁵¹, este deber ostentaba la naturaleza de principio constitucional por lo que

de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”. Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 48.508 *Diario Oficial*, 31 de julio de 2012, artículo 1, inciso 4. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>

49 “En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”. Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 48.508 *Diario Oficial*, 31 de julio de 2012, artículo 1, inciso 5. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>

50 “El juicio de sustitución evalúa si los elementos definitorios de la identidad de la Constitución (pilares fundamentales) han sido sustituidos por un acto reformatorio. No tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, sino que busca verificar que un aspecto esencial de la Constitución no haya sido sustituido. En otras palabras, revisa el contenido de una reforma constitucional para comprobar si el órgano competente para tal reforma excedió o superó sus potestades”. Kai Ambos & John Zuluaga, *Justicia de transición y constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz*, 4 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 165-176, 167 (2014). Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_4_809.pdf

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 8.1.2 (iii), magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

podía ser ponderado y ceder en ciertos contextos frente a otros principios constitucionales como la consecución de la paz y la reconciliación nacional, los cuales, justamente, inspiraban la reforma constitucional⁵².

Partiendo de este análisis, la Corte Constitucional consideró legítimas las restricciones al deber general de persecución penal contenidas en la reforma constitucional y, por tanto, no sustituyendo el pilar fundamental de garantía de los derechos, argumentando que: (i) los más graves crímenes internacionales ocurridos en el marco de un conflicto armado interno, constituían el núcleo mínimo de graves violaciones de derechos humanos que un Estado sumido en ese contexto debía perseguir⁵³; (ii) la concentración de la responsabilidad penal en los “máximos responsables” no implicaba que se dejaran de investigar todos esos crímenes internacionales, sino que significaba que serían imputados solo a quienes cumplieran un rol esencial en su comisión⁵⁴; (iii) las amnistías concedidas estarían completamente condicionadas a las exigencias propias de una transición negociada hacia la paz⁵⁵ y (iv) las penas alternativas se fundaban en la necesidad de tomar distancia de una visión retributiva de la justicia que la hiciera compatible con la reconciliación y la garantía de no repetición⁵⁶.

Volviendo al punto de partida, puede constatarse que los matices que toma el deber general de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, como lo son la posibilidad de imponer penas

52 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 8.3.1, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 8.3.2 (ii), magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 9.6, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

55 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 9.7, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, párr. 8.3.2 (vi), magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

alternativas a la prisión y aun de indultar a quienes sean los mayores responsables de los más graves crímenes internacionales cometidos durante un conflicto armado y de conceder amnistías condicionadas a todos los que no lo sean, permiten que exista un margen jurídico importante para disminuir la intensidad con la que se manifiesta la justicia penal y, con ella, el paradigma retributivo de justicia en los procesos de justicia transicional que se desarrollan en el marco de una negociación política encaminada a la terminación de un conflicto armado interno.

Tal panorama, que se replica en su integridad en el ámbito doméstico colombiano, tiene el valor agregado (efecto práctico) de ensanchar el margen de negociación política entre el gobierno nacional y la guerrilla de las Farc, pues aumenta las posibilidades de que el eventual acuerdo de paz al que lleguen las partes tenga plena validez jurídica, aun cuando este no contenga elevados niveles de aplicación de justicia penal (retributiva).

II. LA JUSTICIA PENAL EN CONTEXTOS DE NEGOCIACIONES DE PAZ

Más allá de las posibilidades jurídicas que el derecho positivo vigente ofrece para la concesión de beneficios punitivos para los excombatientes, es más importante aún preguntarse si los tradicionales problemas de justificación de la sanción penal en contextos ordinarios deben darse por superados cuando se intenta legitimarla en un escenario de justicia transicional enmarcado en un proceso de paz.

La respuesta parece ser que tales dificultades son mucho mayores teniendo en cuenta que algunos de los fines perseguidos por la sanción penal son hoy insostenibles, otros pueden ser alcanzados por medios alternativos más eficaces en ese contexto, la persecución de otros implicaría más costos que beneficios sociales o podría ser innecesaria y, finalmente, otros fines pueden ser alcanzados prescindiendo de la pena; todo ello, sumado al hecho de que el fin último del derecho penal mismo parece ser

enteramente compatible con el objetivo de la terminación de un conflicto armado interno.

A. La idea superada del retribucionismo penal

Actualmente, incluso para los excombatientes considerados como los máximos responsables de las más graves violaciones de derechos humanos cometidos durante un conflicto armado interno, debe prescindirse de toda noción retributiva de justicia⁵⁷ como criterio de justificación del eventual castigo penal que se les pretenda imponer a estos.

Lo anterior, pues es enteramente contrario a un Estado y a un derecho penal de carácter *liberal* que se orientan a la consecución de fines sociales como lo es la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia humana, pretender castigar a un individuo con la única motivación de “retribuir” su culpabilidad mediante la imposición irrestricta de una pena, ya que así, este castigo se erige, en definitiva, como un fin en sí mismo y no como un medio para la concreción de propósitos colectivos ulteriores que le puedan conferir un sentido práctico a su imposición y, por ende, tornarlo socialmente útil⁵⁸.

Sumado a ello, pretender “compensar” la causación de un mal (en este caso, las graves violaciones de derechos humanos) con la imposición de otro mal, una pena, (en especial la privativa de la libertad) al perpetrador del primer perjuicio resulta ser una idea carente de la más mínima racionalidad exigible a un Estado laico. Esto, pues no existe sustento empírico alguno de que este segundo mal por sí mismo pueda reportarle beneficio tangible

57 Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini definen en sentido genérico a la justicia retributiva como aquella doctrina ética según la cual: “el mal reclama el mal, el bien, el bien; el delito pide una pena equivalente, la buena acción, el premio correspondiente. Es una proyección de la idea del contrapeso o del trueque: la justicia como venganza o como reconocimiento. La función de la justicia es distribuir sanciones y recompensas”. Gustavo Zagrebelsky & Carlo María Martini, *La exigencia de justicia*, 36 (1ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2006).

58 Claus Roxin, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, 4, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1-24, 9 (2012). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>

alguno a la víctima o a la sociedad en su conjunto⁵⁹; desde esta óptica, el sufrimiento que acarrea la imposición y ejecución de la pena es, en última instancia, un mal inútil.

Por otra parte, menos admisible es aún considerar que las penas deban ser concebidas como un “bien” para los excombatientes responsables de graves violaciones de derechos humanos con el argumento de que permiten la expiación de su culpa al activar sus sentimientos de remordimiento y arrepentimiento por los hechos cometidos, así como su disposición a no incurrir de nuevo en ellos. Tal concepción de la pena no solo resulta contrafáctica, pues esta es en sí misma un mal pues entraña una restricción coactiva de derechos que padece quien la cumple, sino que, además, el pretendido efecto expiatorio que persigue, aun cuando sea concebido desde una perspectiva secular, es una decisión moral autónoma del sancionado y como tal escapa a la órbita del Derecho como orden normativo de la conducta humana de estirpe netamente heterónoma⁶⁰.

De cualquier forma, hoy el único rasgo rescatable de una concepción retributiva de la pena es el principio de culpabilidad pero entendido este no como fundamento de la sanción penal a imponer sino como límite a su proporción⁶¹. Incluso, obsérvese que en procesos de justicia transicional inmersos en negociaciones de paz, la menor culpabilidad del autor puede llegar a constituir el fundamento para renunciar a la persecución penal, es decir, para conceder amnistías (condicionadas) a los excombatientes que no sean catalogados como los máximos responsables de las más graves violaciones de derechos humanos cometidas.

59 Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 84 (1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1997). En concreto, afirma el autor: “La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), solo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo”.

60 Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 85 (1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1997).

61 Claus Roxin, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, 4, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1-24, 9-10 (2012). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>

Ahora bien, es de resaltar que a lo largo de los últimos treinta años, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales por medio de sus legislaciones y, en especial, a partir de sus jurisdicciones internas se han adherido a la postura acabada de reseñar, como en el caso de Colombia, Estado donde desde 1997, la Corte Constitucional al avalar la prohibición de la pena de muerte, proscribió también todo recurso al retribucionismo como fundamento válido de la imposición de cualquier castigo penal, decisión esta que, precisamente, fue retomada textualmente por la sentencia C-579-13 para declarar exequible el “Marco Jurídico para la Paz”⁶².

En todo caso, el retribucionismo penal al ser una doctrina de la justicia de raigambre dudosamente racional y con ninguna utilidad social, en el fondo, más parece una “refinada” justificación de instintos humanos de venganza insatisfechos, por lo que podría catalogarse como la antítesis misma del propósito de paz y reconciliación nacional que persigue un proceso de justicia transicional orientado a superar las graves secuelas que deja un conflicto armado interno como el colombiano⁶³.

62 En ese entonces, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo: “Como vemos, el retribucionismo rígido (...) olvida que la modernidad democrática precisamente se construye con la idea de abandonar la ley del talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de ese nombre, no debe ser una venganza encubierta (...) la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos”. Corte Constitucional, Sentencia C-144-97, 19 de marzo de 1997, párr. 6, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>

63 En sentido similar se manifiesta Danilo Zolo, quien sostiene: “Es evidente, en mi opinión, que la concepción retributiva de la sanción penal difícilmente puede reconciliarse con cualquier proyecto de construcción de paz social” (traducción libre). Danilo Zolo, *Peace through Criminal Law?*, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 727-734 (2004).

B. Los límites del utilitarismo penal en transiciones hacia la paz

Si bien el paradigma retributivo de justicia asumido en sentido estricto es una doctrina anacrónica hasta para justificar el castigo de las más graves violaciones de derechos humanos, entendido en un sentido amplio, aquel prototipo de justicia puede comprender también las llamadas *doctrinas utilitaristas* de la pena en la medida en que estas igualmente legitiman la imposición de un castigo penal, aunque solo como un medio desafortunado pero necesario para la prevención de delitos futuros⁶⁴, finalidad esta que en un escenario de justicia transicional enmarcado en un proceso de paz se orienta, en concreto, a prevenir futuras graves violaciones de derechos humanos⁶⁵.

De esta forma, por una parte, la denominada *prevención general negativa* en un contexto de justicia transicional como el descrito, busca disuadir la perpetración de futuras graves violaciones de derechos humanos, luego de la terminación del conflicto armado interno mediante la imposición efectiva de penas a los excombatientes responsables de haber cometido aquella clase de crímenes, lo cual refrenda la coacción psicológica (intimidación) que por sí misma representa para el común de los miembros de la comunidad la posibilidad latente de que les sea impuesto un castigo penal como consecuencia de incurrir en conductas como las mencionadas en un escenario de posconflicto.

No obstante, aunado a la clásica crítica relativa a la escasa evidencia empírica que existe sobre la real eficacia del poder disuasorio de la pena, en especial en relación con los delitos más graves⁶⁶, se suma el hecho de que en contextos de negociación

64 Kai Ambos & Christian Steiner, *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 191-211, 199 (2003). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5060&dsID=Documento.pdf>

65 Rodrigo Uprimny, Luz M. Sánchez & Nelson C. Sánchez, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, 109 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf

66 Este reparo se centra en que las motivaciones de la conducta humana no se agotan en

política para la terminación de un conflicto armado interno ya en curso, un planteamiento como el referido desconoce lo contraproducente que podría ser intentar llevarlo a cabo. En efecto, la oposición de los combatientes negociadores a ser castigados penalmente de manera irrestricta con base en un ideal de disuasión general, significaría el fracaso de cualquier negociación de paz, lo cual daría lugar a una perpetuación del conflicto que prolongaría indefinidamente las continuas y masivas graves violaciones de derechos humanos que toda guerra, con sus formas de violencia cada vez más degradadas en el tiempo, trae aparejada⁶⁷.

Así, los costos sociales (mayor cantidad y creciente intensidad de graves violaciones de derechos humanos) ciertos y presentes que acarrearía el intento de aplicar penas con una finalidad puramente intimidatoria, serían mucho mayores que los beneficios futuros e hipotéticos (incierto) perseguidos con tal fin⁶⁸, por lo que la doctrina de la prevención general negativa, en definitiva, podría no estar lo suficientemente justificada en el marco de una transición negociada de la guerra a la paz desde los postulados mismos de utilidad social sobre los cuales se sustenta⁶⁹.

un análisis puramente racional de costo-beneficio que conllevaría la realización de determinado acto, sino que estas abarcan también consideraciones no susceptibles de ser alteradas por la amenaza de un castigo —como las convicciones y los fanatismos morales, políticos, religiosos (entre otros) de los seres humanos—, las cuales particularmente operan bien para hacer la guerra o dejar de hacerla, bien para respetar o transgredir los derechos humanos de otros seres humanos sin importar las ulteriores consecuencias que esto implique. Ver al respecto, entre otros autores, a Antonio García-Pablos de Molina, quien sostiene que: “aun cuando resulte paradójico, la teoría de la prevención general no está en condiciones de fundamentar la pena precisamente en los casos más graves y preocupantes”. Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al derecho penal*, 266 (4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006).

- 67 Ezequiel Malarino, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221, 220 (2013). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>. Al respecto el autor afirma gráficamente que: “Pérdida de la paz significa guerra, sea abierta o encubierta, y guerra significa muerte y violaciones masivas de derechos”.
- 68 Ezequiel Malarino, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221, 217 (2013). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>.
- 69 En este punto se destaca el siguiente razonamiento: “si queremos justificar la pena como institución social (...) su utilización ha de revestir un mayor beneficio social que el daño que causa; en otras palabras: ha de poder concebirse como amarga necesidad, como un

Además, es de resaltar que, en el contexto colombiano, el costo social que se derivaría de la ruptura de los diálogos de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las Farc podría ser particularmente significativo, teniendo en cuenta que la experiencia demuestra que los intentos fallidos de negociaciones de paz que ha habido en el país con los grupos guerrilleros han ocasionado una inexorable intensificación del conflicto y con esta un incremento en la extensión y en la magnitud de la vulneración de los derechos humanos en el territorio colombiano.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina de la *prevención general positiva o integradora*, se afirma que en un proceso de justicia transicional inserto en negociaciones de paz, la pena debería imponerse con la finalidad de reafirmar la vigencia de la normas relativas al respeto de los derechos humanos, para lograr con ello no solo generar confianza en la comunidad sobre el carácter inquebrantable de estas normas y del ordenamiento jurídico en general, sino, sobre todo, afianzar en los ciudadanos el valor ético-social intrínseco de los derechos humanos⁷⁰.

Al margen de los atinados cuestionamientos que se les han hecho a las formulaciones extremas de la prevención general positiva en las que se sostiene que el fin del derecho penal es garantizar la vigencia de la normas jurídicas como tales y no la protección de bienes jurídico-penales concretos⁷¹, lo cierto es

“mal necesario”, sin cuya intermediación las cotas de violencia social serían más elevadas que con ella. La justificación de su existencia ha de venir dada (...) asumiendo que solo la pena útil será una pena legítima. Esa racionalidad instrumental utilitarista de la pena (...) debe exigirse no solo en un nivel genérico de justificación, sino además en cada caso concreto”. Rafael Alcácer-Guirao, *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*, 51 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*, 365-587, 379-380 (1998). Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alcacer.pdf

70 Rodrigo Uprimny, Luz M. Sánchez & Nelson C. Sánchez, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, 113-115 (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf

71 A ese normativismo exacerbado se le ha reprochado tanto el hecho de desvincularse por completo de toda repercusión práctica (“normativismo libre de empirismo”) como esconder una inexorable justificación retributiva de la pena. En efecto, se ha cuestionado que se justifique la imposición de un castigo penal cuando el único y exclusivo fin que se persigue con él es netamente simbólico, esto es, confirmar la vigencia de la norma transgredida con total indiferencia de que con ello se logre efectivamente impedir en el futuro la lesión de bienes esenciales, reales y concretos de los ciudadanos. Prueba de lo segundo

que teniendo en cuenta que los propósitos que se persiguen con esta doctrina de la pena están revestidos de un sustrato fundamentalmente simbólico, en un contexto de transición negociada de la guerra a la paz, podrían ser alcanzados más eficazmente con la implementación exitosa de una Comisión de la Verdad y Reconciliación, CVR⁷².

Lo anterior pues debe comprenderse que la finalidad de las CVR no es el esclarecimiento de la verdad sin más, sino la de desencadenar mediante su develación y divulgación públicas una catarsis social general⁷³ que despierte la conciencia colectiva acerca de las graves y masivas violaciones de derechos humanos acontecidas durante el conflicto armado y el intenso sufrimiento humano que esto significa, para que sobre esa base, se provoque un profundo reproche colectivo respecto de su ocurrencia en la comunidad, el cual, en última instancia, impulse en los ciudadanos el reconocimiento de la importancia del respeto de los derechos humanos y de la observancia de las normas jurídicas que los establecen, así como la intolerabilidad de su transgresión futura⁷⁴.

es que la metafórica premisa esencial sobre la cual descansa la doctrina de la prevención general positiva, esto es, que la imposición de la pena constituye (o debe constituir) la negación de la norma negada por el delito, es decir, la afirmación de aquella y con ella, la afirmación del ordenamiento jurídico en su conjunto no es más que la reformulación del retribucionismo jurídico-penal hegeliano. Bernd Schünemann, *El propio sistema de la teoría del delito*, 1 *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1-20, 10 (2008). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/505.pdf>

72 Kai Ambos & Christian Steiner, *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 191-211, 209 (2003). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5060&dsID=Documento.pdf>. Kieran McEvoy & Louise Mallinder, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 410-440, 422 (2012).

73 Josep Tamarit-Sumalla, *Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición*, 1 *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-29, 5 (2010). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/694.pdf>

74 Josep Tamarit-Sumalla, *Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición*, 1 *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-29, 9 (2010). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/694.pdf>. En concreto, el autor manifiesta: "Debería verse en la afirmación de un derecho colectivo a la verdad la toma de conciencia de que (...) conocer y fijar en un relato oficial los graves crímenes del pasado es un interés de la sociedad en tanto que el mismo puede operar como resorte de regeneración moral necesario para crear una cultura democrática y de respeto al Derecho y a las nuevas instituciones".

Además, la eficacia en términos de prevención general positiva de las CVR se consolidaría todavía más si la producción de la verdad se logra mayormente a partir de confesiones voluntarias y reconocimientos individuales y colectivos de responsabilidad, unidos a reparaciones por parte de los victimarios, pues esto significaría que aquellos que en el pasado descataron las normas de derechos humanos serían justamente quienes reivindicarían su valor ético-social y su validez y vigencia.

Descendiendo al caso colombiano, no debe pasarse por alto que el enérgico y generalizado reproche por parte de la población civil en su conjunto a la guerrilla de las Farc, se explica, no por las reivindicaciones que en materia de justicia social persigue aquel grupo armado, sino por su recurso a la violencia y por las graves violaciones de derechos humanos en que ha incurrido durante el conflicto, lo cual devela un no desdeñable nivel de conciencia en el pueblo colombiano acerca del valor de los derechos humanos en sí mismos y su disposición general al respeto de las normas que los instituyen, lo cual podría volver superflua, por tanto, la aplicación de un castigo penal a los excombatientes de ese grupo guerrillero, cuando menos, si este se basa netamente en razones de prevención general positiva.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, en relación con quienes finalmente fueran juzgados penalmente, la imposición de penas alternativas a la prisión y los eventuales indultos concedidos, se justificaría (junto con las contribuciones a la verdad, a la reparación y la dejación de las armas), precisamente, con base en la prevención general positiva, puesto que tanto el sometimiento mismo a un proceso penal como la posterior sentencia condenatoria impuesta, generarían un efecto simbólico suficiente en términos de reafirmación de las normas de derechos humanos, del valor ético-social de estos y de la confianza ciudadana en el imperio del Derecho que permitiría prescindir del castigo penal ordinario.

Por último, no debe pasarse por alto que el sufrimiento padecido por los excombatientes con motivo de las penas que deban cumplir por incurrir en graves violaciones de derechos humanos,

al justificarse solo para por disuadir la comisión futura de tales conductas por parte de terceros, no escapa a los cuestionamientos éticos tradicionales que se les han hecho a las doctrinas de la prevención general (positiva y negativa) por transgredir el imperativo categórico kantiano en su primera formulación. Lo dicho, pues, no obstante el censurable proceder de aquellos individuos, esto no implica que pierdan ni su condición ni su dignidad humanas por lo que no deben ser instrumentalizados sufriendo un castigo penal solo para alcanzar un fin social ulterior, ni siquiera cuando este sea evitar posteriores graves violaciones de derechos humanos en la comunidad⁷⁵.

Ahora bien, en relación con la *prevención especial positiva*, la ejecución efectiva de una pena, en especial, de prisión, más parece un obstáculo que un mecanismo para lograr la resocialización de los excombatientes, pues esta, antes bien produciría el efecto contrario al deseado teniendo en cuenta la palmaria contradicción entre la pretensión de resocialización y el aislamiento social forzoso y las pésimas condiciones de reclusión que la pena implica para el condenado, sumado al efecto de estigmatización social que la misma causa⁷⁶, circunstancias estas que, al final, privarían a los excombatientes de oportunidades reales de rehacer su vida en un posconflicto⁷⁷.

75 Al respecto, Rafael Alcácer-Guirao opina: “La crítica más sólida desde un punto de vista ético es la derivada del primer imperativo categórico kantiano: la prevención de intimidación conlleva la utilización del individuo sobre quien se impone la pena como un medio para el fin de intimidar a la colectividad (...) De hecho, el primer imperativo kantiano es opuesto contra la propia doctrina ética utilitarista, cuyo carácter *consecuencialista* preside la lógica preventiva de toda teoría de la pena que pretenda la satisfacción de fines sociales (...) A mi modo de ver, la objeción kantiana pesa como una losa sobre toda concepción consecuencialista de la pena”. Rafael Alcácer-Guirao, *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*, 51 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*, 365-587, 463-464 (1998). Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alcacer.pdf

76 Antonio García-Pablos de Molina señala: “Es absurdo pretender la adaptación a la sociedad del infractor apartándole, precisamente, y de forma coactiva, de la sociedad: privándole de libertad (...) Porque la pena, en la forma que hoy se cumple y ejecuta, no resocializa a nadie, estigmatiza”. Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al derecho penal*, 293, 294 (4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006).

77 Consecuencias como las mencionadas, las cuales *de hecho* (en la práctica) se ocasionan con la imposición y/o la ejecución de las penas y que en su mayoría constituyen efectos colaterales reales no deseados, son los que Luigi Ferrajoli denomina *funciones* de la pena, por oposición a los que él llama *fines* de la pena, que son aquellos cometidos que las doctrinas de justificación de la pena (no teorías, pues son modelos normativos o

Por lo anterior, mucho más útil resultaría reincorporarlos directamente a la vida civil, ya que esa reinserción les permitiría romper definitivamente con su violento y apremiante antiguo modo de vida y comenzar a establecer (o recuperar) lazos afectivos, profesionales, territoriales, entre otros, que faciliten su exitosa reinserción social, aspiración esta que, por otra parte, es precisamente uno de los objetivos primordiales de todo proceso de justicia transicional que busque terminar una confrontación armada y un presupuesto básico de una reconciliación nacional auténtica.

La idea anterior se refuerza atendiendo a que con respecto a la doctrina de la *prevención especial negativa*, la reclusión y/o intimidación de los excombatientes no tendría sentido ante la firma de un acuerdo de paz, puesto que desaparecerían, en teoría, las circunstancias que posibilitaron la comisión de actos criminales, en especial las de graves y masivas violaciones de derechos humanos. Esto, ya que el cese de hostilidades por parte de los combatientes acabaría definitivamente con el contexto general de guerra, es decir, de violencia desenfrenada y a gran escala provocada por el conflicto y la desestructuración de sus organizaciones armadas terminaría con la posición de poder de facto que estas les proporcionaban sobre amplias fracciones del territorio y segmentos de población, lo cual, en últimas, tornaría prácticamente imposible la reincidencia en graves y masivas violaciones de derechos humanos por parte de aquellos.

Finalmente, en relación con el caso colombiano, en este punto debe sumarse la particularidad de que al ser una de las partes en conflicto, las Farc, un grupo guerrillero revolucionario, es decir, un actor “contrasistémico” que se opone al poder constituido (al *statu quo*) dentro del Estado, esto implica que ante la firma de un acuerdo de paz con el gobierno colombiano que se traduzca en la entrega definitiva de las armas y en su desmovilización, con

prescriptivos y no descriptivos o explicativos) afirman *deberían* perseguirse por medio del castigo penal para considerarlo legítimo. Luigi Ferrajoli, *El derecho penal mínimo, 0 Poder y Control*, *Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre Control Social*, 25-48 (1986).

mayor razón sus excombatientes perderían todo poder de facto al no tener ningún vínculo con instituciones estatales como las fuerzas armadas ni con élites políticas, lo cual eliminaría casi por completo la posibilidad de que estos pudieran reincidir en la comisión de graves violaciones de derechos humanos u otros actos criminales⁷⁸.

C. *El fin último del derecho penal*

Más allá de los problemas de justificación de la sanción penal en una transición negociada de la guerra a la paz, desde una perspectiva panorámica, del carácter instrumental del derecho penal que lo orienta a la protección de bienes jurídicos esenciales como condiciones básicas de existencia en sociedad, se deriva que su finalidad última es garantizar dentro de esta la convivencia pacífica, es decir, la paz⁷⁹, propósito que incluso puede predicarse del Derecho mismo⁸⁰.

De allí, se desprende que tal fin resulta plenamente compatible con el de un proceso de justicia transicional dirigido a la termi-

78 Iván Orozco-Abad, *Lineamientos de política para la paz negociada y la justicia postconflicto*, Fundación Ideas para a Paz, Cuadernos del conflicto: Lecciones y retos para eventuales diálogos de paz con las Farc, 27-41 (2012). Disponible en: <http://archive.ideaspaz.org/images/leccionesretosfarcweb.pdf>

79 Ese es el fin último del derecho penal, entre otros autores, para Ezequiel Malarino, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221, 213 (2013). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>. Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 84 (1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1997). Kai Ambos & Christian Steiner, *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 191-211, 193-194 (2003). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5060&dsID=Documento.pdf>. Estos últimos afirman al respecto: “Conforme a una concepción moderna del Derecho penal, este se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, es decir, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad (...) Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen [*sic*] una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad (...) Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos” (resaltado original).

80 En efecto, Norberto Bobbio concibe la paz (social) como fin del Derecho, entendido este en su acepción “objetiva”, es decir, como ordenamiento jurídico en su totalidad, aseverando, incluso, que así comprendido el Derecho se erige como la antítesis misma de la Guerra. Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 95-96 (2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1992).

nación de un conflicto armado interno. Por esto, sería absurdo pretender sobreponer aspiraciones punitivas maximalistas a la culminación exitosa de un proceso de paz que logre reducir sustancialmente los estándares de violencia en una sociedad, esto es, cesar definitivamente las graves y masivas violaciones de derechos humanos que la agobian, pues ello equivaldría a darle mayor peso al medio del cual se sirve el derecho penal para alcanzar sus cometidos, es decir, a la pena (con todas las dificultades de justificación que ella tiene en un escenario como este) que al máximo fin por él perseguido, esto es, la convivencia pacífica⁸¹.

En todo caso, es un hecho claro que entre menos peso se le otorgue a la justicia penal y con ella, al paradigma retributivo de justicia dentro de un proceso de justicia transicional que intenta terminar un conflicto armado interno mediante una negociación política, menor será la tensión existente entre la justicia y la paz en él, como también es un hecho claro que la justicia penal carece casi por completo de aptitudes para restaurar los lazos sociales destrozados por una guerra interna, que es, en el fondo, el fin último que persigue todo proceso de justicia transicional en un contexto como ese.

Por todo lo anterior, en el proceso de justicia transicional actual que vive Colombia para ponerle fin al conflicto armado que el país atraviesa, resulta más sensata una utilización de la justicia penal como un instrumento de *ultima ratio* que se adecúe a las excepcionales circunstancias y limitaciones de un entorno como el descrito (como lo establece el Marco Jurídico para la

81 Ezequiel Malarino, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221, 213 (2013). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>. Dice el autor: "Aun quien le asigne a la pena una función principalísima en la conservación de la paz, no debería confiar más en sus bondades cuando su aplicación, en lugar de asegurar la vida social pacífica, la pone en juego y con ello pone en juego la razón primaria del derecho penal. Por ello, es posible sostener que siempre que la utilización del derecho penal frustre la finalidad básica que él está llamado a cumplir, entonces ya no está justificado. ¿Sigue teniendo sentido el recurso al derecho penal cuando contribuye a una quiebra de la paz en lugar de a su conservación o consolidación? (...) No solo la pena no es una condición necesaria para la obtención y conservación paz [*sic*], sino que a veces puede frustrar estos objetivos".

Paz avalado por la Corte Constitucional), que concebirla como la principal herramienta para la superación del conflicto y la reconciliación nacional, pues ello resultaría difícilmente justificable, estéril y hasta contraproducente⁸².

III. UN NUEVO PARADIGMA PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Ante los problemas de legitimidad descritos que presenta el paradigma retributivo para erigirse como el modelo de justicia predominante dentro de un proceso de justicia transicional encaminado a la terminación negociada de un conflicto armado interno, cobra valor la alternativa de la implantación prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en un escenario de justicia transicional con tales rasgos, pues aquel no solo tiene la capacidad de reducir la tensión allí existente entre justicia y paz, sino que también logra responder a las grandes demandas de reconciliación que se presentan dentro de las sociedades inmersas en una transición de la guerra a la paz. Además, los instrumentos prácticos concretos que se requieren para la implementación de aquel modelo de justicia, resultan, en definitiva, fáctica y jurídicamente viables.

82 En este punto se destaca la siguiente reflexión: “Toda decepción, todo fracaso de las expectativas creadas, generará, necesariamente, mayor violencia (...) Por ejemplo, en el caso del derecho penal internacional, aplicado en su versión de derecho interno o, en el mismo caso del derecho penal ordinario, que se aplique a situaciones propias de violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario, la conclusión es clara: la respuesta del derecho penal, su capacidad real de contribuir a la paz, de generar auténticos resultados en términos de justicia transicional, es extremadamente limitada y su uso meramente simbólico; la propaganda irresponsable sobre sus grandes efectos, las promesas incumplidas a sabiendas de sus límites, generarán más violencia, menos impacto social, más precariedad en términos de persecución penal efectiva de crímenes internacionales. Las grandes demandas de justicia, tanto más si tienen una carga valorativa sustancial, exceden siempre la capacidad regulativa del derecho”. Alejandro Aponte-Cardona, *Colombia: Un caso sui generis en el marco de la justicia de transición*, 12 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 395-434, 430 (2008). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a15.pdf>

A. La reducción de la tensión entre justicia y paz

A diferencia del modelo retributivo, el paradigma restaurativo de justicia se centra en el restablecimiento de los lazos sociales entre individuos, grupos de ellos y aun de comunidades enteras que están resquebrajados o incluso destruidos por conductas ofensivas y dañinas desplegadas por algunos de sus integrantes sobre otros⁸³. De esta forma, la instauración prevalente de tal concepción de justicia en un proceso de justicia transicional que se enmarca en un contexto de negociación política para la terminación de un conflicto armado interno, abre la puerta a la reducción de la tensión entre justicia y paz, tensión que —sobre la base de una noción netamente retributiva de justicia— implica siempre el sacrificio inevitable de uno de estos dos valores en esta clase de procesos de justicia transicional⁸⁴.

Esto por dos razones. En primer lugar, porque desde una óptica restaurativa, la guerra y las graves y masivas violaciones de derechos humanos que ella trae consigo, más que como un delito o la transgresión de una norma, deben entenderse como un intenso rompimiento de los lazos sociales entre los combatientes, entre estos y sus víctimas y, más aún, como una aguda fractura del tejido social de la comunidad en su conjunto. Esto implica que el castigo penal retributivo de los combatientes no se concibe ni como una exigencia ni como una manifestación de “justicia” en un plano restaurativo, pues este en nada contribuye a alcanzar la reconstrucción de los lazos sociales entre aquellos grupos de individuos ni mucho menos resulta útil para regenerar el tejido social destruido⁸⁵. Incluso, la pena, en especial la de prisión, antes

83 Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks of Peacebuilding*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36, 19 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

84 Paul McCold, Jennifer Llewellyn y Daniel W. van Ness incluso se refieren a una “falsa dicotomía” entre justicia y paz, si la primera es concebida desde un paradigma restaurativo y no retributivo. Paul McCold, Jennifer Llewellyn & Daniel W. van Ness, *An Introduction to Restorative Peacebuilding* (NGO Alliance on Crime Prevention and Criminal Justice, Working Party on Restorative Justice, 1, 2007). Disponible en: http://www.restorative-justice.org/10fulltext/mccoldp/at_download/file

85 Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin*

bien podría resultar contraproducente para lograr estos fines, ya que podría ahondar la ruptura de las relaciones sociales de los combatientes castigados en razón de sus connotados efectos afflictivos, de aislamiento y estigmatización social⁸⁶.

En segundo lugar y, más importante aún, puesto que la firma de un acuerdo de paz que esté acompañado de la revelación completa de la verdad y del reconocimiento de la responsabilidad por el sufrimiento causado a las víctimas y a la sociedad como consecuencia de las graves violaciones de derechos humanos por parte de los grupos de excombatientes ofensores⁸⁷, seguido de acciones tangibles de resarcimiento del daño concreto ocasionado⁸⁸ que den lugar a su reinserción dentro de la comunidad⁸⁹, constituiría una auténtica expresión de justicia desde una óptica restaurativa. Esto no solo porque un acuerdo de paz por sí mismo detendría la profundización del agrietamiento de estos vínculos relacionales entre los miembros de la comunidad ocasionados con el conflicto (paz negativa), sino, sobre todo, porque un acuerdo de paz con los rasgos antes propuestos contribuiría considerablemente a la reconstrucción de tales lazos sociales y a la regeneración global del tejido social⁹⁰.

Además, debe destacarse que la adopción prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en un proceso de justicia transicional que se enmarca en un contexto de negociación

Frameworks of Peacebuilding, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36, 32 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

86 Danilo Zolo, *Peace through Criminal Law?*, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 727-734, 733-734 (2004).

87 Daniel W. van Ness, *Accountability*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 118-137, 133-134 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

88 Howard Zehr, *Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding*, 1 *South Asian Journal of Peacebuilding*, 1, 4 (2008).

89 Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks of Peacebuilding*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36, 22 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

90 Paul McCold, Jennifer Llewellyn & Daniel W. van Ness, *An Introduction to Restorative Peacebuilding*, 4 (NGO Alliance on Crime Prevention and Criminal Justice, Working Party on Restorative Justice, 1, 2007). Disponible en: http://www.restorativejustice.org/10fulltext/mccoldp/at_download/file

política para la terminación de un conflicto armado interno, se justifica plenamente atendiendo a que su idea de justicia, en el fondo, converge completamente con el fin último perseguido por ese tipo particular de proceso de justicia transicional, que es lograr una reconciliación política nacional⁹¹, al menos, si esta es entendida como aquella en la cual los miembros de la sociedad en transición se reconocen recíprocamente como conciudadanos y coexisten pacíficamente⁹².

Ahora bien, descendiendo al caso colombiano, la acogida prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en el escenario de justicia transicional que se enmarca en las actuales negociaciones entre el gobierno nacional y la guerrilla de las Farc traería consigo dos importantes consecuencias. Por una parte, facilitaría la firma de un acuerdo de paz, pues es evidente que este grupo armado podría mostrarse mucho menos reticente a aceptar las exigencias que impone la justicia restaurativa que las que impone la justicia retributiva y, por otra, posibilitaría la reconstrucción del tejido social del país que está particularmente fracturado a raíz de un conflicto armado de naturaleza fundamentalmente política en el que ha estado sumido por más de 50 años, todo lo cual, en últimas, permitiría desencadenar el tan anhelado proceso de reconciliación política nacional del pueblo colombiano.

91 Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*, en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 109-138, 122 (1ª ed., Rodrigo Uprimny, María P. Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

92 David A. Crocker, *Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation*, 5 *Buffalo Criminal Law Review*, 2, 509-549, 528-529 (2002). Es de resaltar que este tipo de reconciliación es denominado por el autor como “reconciliación democrática”. Por otra parte, una concepción de reconciliación como la descrita, se diferencia de una reconciliación de índole moral o ética que no obstante es más profunda y verdaderamente deseable, ya que implica una sincera solicitud —y una correlativa concesión— de perdón por parte de victimarios a víctimas concretas y hasta puede implicar una disposición general al perdón en la sociedad como ocurrió en la transición sudafricana que puso fin al *Apartheid*, este último es un estadio de reconciliación que pertenece a un ámbito completamente autónomo e íntimo de los individuos e, incluso, de las comunidades mismas que no puede ni debe forzarse o exigirse, sino que surge espontáneamente, aunque, en todo caso, sí puede impulsarse a partir de un concepto de reconciliación como el propuesto.

B. La implementación del paradigma restaurativo de justicia

Si de acuerdo a lo dicho hasta aquí, acudir al paradigma restaurativo de justicia en los procesos de justicia transicional orientados a alcanzar la paz, tiene el mérito de reducir la tensión entre justicia y paz propia de estos procesos y el de impulsar una auténtica reconciliación nacional, el interrogante que surge a continuación es determinar qué instrumentos prácticos concretos hay para la implementación de este modelo de justicia.

Para dar respuesta a esta pregunta, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la interpretación realizada en el primer capítulo de este escrito, tanto en el Derecho internacional como en el colombiano, las denominadas amnistías condicionadas podrían concederse a los combatientes que no sean los máximos responsables de los más graves crímenes internacionales cometidos durante el conflicto. Así, tal clase de amnistías resulta ser una herramienta clave para poner en práctica la justicia restaurativa en un proceso de justicia transicional como el referido⁹³.

Lo anterior se explica no solo atendiendo a que es un hecho claro que la renuncia a la persecución penal de aquel grupo de combatientes facilita la firma de un acuerdo de paz que ponga fin al conflicto⁹⁴ y con él, al ahondamiento de la destrucción de los lazos sociales de una comunidad (paz negativa), sino también, y más importante aún, porque el conjunto de requisitos que este tipo de amnistías exige a los combatientes, es decir, el reconocimiento de sus responsabilidades, el sometimiento a una CVR y a programas de DDR y la contribución a la reparación integral de las víctimas, apunta, justamente, a lograr una reconstrucción de aquellos lazos sociales quebrantados y, por tanto, a una reconciliación nacional. Por esto, esta clase

93 Louise Mallinder, *Amnesties in the Pursuit of Reconciliation, Peacebuilding, and Restorative Justice*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 138-173, 164 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

94 Mark Freeman, *Amnesties and DDR Programs*, en *Disarming The Past: Transitional Justice and Ex-Combatants*, 36-85, 50 (1ª ed., Ana Cutter-Patel, Pablo de Greiff & Lars Waldorf, eds., Social Science Research Council, SSRC & International Center for Transitional Justice, ICTJ, New York, 2009). Disponible en: http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_31%7B465ede38-0c0d-df11-9d32-001cc477ec70%7D.pdf

de amnistías han sido llamadas por Kieran McEvoy y Louise Mallinder “*amnistías restaurativas*”⁹⁵.

En efecto, por una parte, las CVR ostentan en sí mismas un gran valor en un paradigma restaurativo de justicia en procesos de justicia transicional tendientes a lograr la paz en virtud de su capacidad única de esclarecimiento de la verdad a gran escala que permite a la comunidad en su conjunto conocer las causas estructurales y las dimensiones reales de la profunda ruptura del tejido social producida por la guerra, al tiempo que ofrece una clausura definitiva de este pasado⁹⁶, que es el primer paso para una verdadera reconciliación nacional. Además, las CVR se erigen como un mecanismo de conciencia y memoria colectiva que previene la repetición de la destrucción del tejido social en el posconflicto⁹⁷. En el plano individual, las CVR permiten a las víctimas que acuden a ella a relatar su experiencia personal, recobrar en alguna medida su dignidad, para recuperar con ello su capacidad de relacionarse nuevamente en sociedad⁹⁸.

95 Kieran McEvoy & Louise Mallinder, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 410-440, 437 (2012). En efecto, los autores acuñaron esta expresión al considerar que: “En resumen, podríamos argumentar que, vistas desde la perspectiva restaurativa, las amnistías tienen un rol clave que desempeñar en contextos de transición. Cuidadosamente diseñadas, las amnistías restaurativas pueden ayudar a fomentar la reconstrucción de las relaciones destrozadas por la violencia masiva (...) En tales contextos, más que ser una denegación de justicia, las leyes de amnistía pueden complementar los principios de la justicia restaurativa y su objeto” (traducción libre).

96 Josep Tamarit-Sumalla, *Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición*, 1 *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-29, 5 (2010). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/694.pdf>

97 José Zalaquett, *Equilibrar imperativos éticos y restricciones políticas. El dilema de las democracias nuevas que encaran violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 1-13, 9 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/62.pdf>

98 André du Toit, *Los fundamentos morales de las comisiones de verdad. La verdad como reconocimiento y la justicia como recognition: principios de la justicia transicional en la práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) sudafricana*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 33-57, 48 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago

Sin embargo, el sometimiento a la CVR por parte de los excombatientes beneficiarios de una amnistía condicionada, aumentaría considerablemente el potencial restaurativo y reconciliador de las mismas. Esto, en la medida en que una confesión pública y detallada de los daños causados por estos contribuiría a satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas y, más aún, implicaría un reconocimiento y una aceptación ante ellas y ante la sociedad de su responsabilidad individual y/o colectiva por los daños y sufrimientos concretos ocasionados, lo que incluso constituiría una especie de reparación moral o simbólica para las víctimas⁹⁹; todo lo cual, en definitiva, podría contribuir a la reconciliación entre unos y otros y de la comunidad en general. Por último, los relatos realizados ante una CVR podrían ayudar también a los excombatientes afligidos por sus actos y por la experiencia de la guerra a superar este estado y a restablecer su capacidad de reinserción a la vida civil¹⁰⁰.

En relación con el caso colombiano, además de que la reforma que constitucionalizó la justicia transicional ordenó la creación de una CVR¹⁰¹, la misma resulta indispensable para la reconciliación nacional, pues permitiría dar cuenta de la magnitud del daño ocasionado por un conflicto armado extremadamente prolongado, contribuiría a elucidar los porqués de este y de su persistencia, al tiempo que serviría para clausurar definitivamente el pasado violento del país. Así mismo, una

de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/49.pdf>

99 Alexander Boraine, *Transitional Justice: A Holistic Interpretation*, 60 *Journal of International Affairs*, 1, 17-27, 21 (2006). En efecto, el autor denomina “*verdad restaurativa*” a esta revelación de los hechos unida a un reconocimiento por parte de los ofensores de su responsabilidad por el mal causado.

100 Louise Mallinder, *Amnesties in the Pursuit of Reconciliation, Peacebuilding, and Restorative Justice*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 138-173, 154 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

101 El artículo 1, inciso 3, del Acto Legislativo 01 de 2012 dispuso: “Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”. Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 48.508 *Diario Oficial*, 31 de julio de 2012, artículo 1, inciso 3. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>

CVR podría instituirse como un escenario ideal para darles voz y visibilidad a las miles de víctimas del conflicto y, sobre todo, para que los excombatientes de la guerrilla de las Farc reconozcan públicamente que los medios violentos utilizados por ellos para reivindicar su causa política constituyen un completo despropósito pues causaron graves perjuicios y sufrimientos a la sociedad civil inerme.

Por su parte, la contribución a las reparaciones por parte de los excombatientes a ser condicionalmente amnistiados desempeña un rol protagónico en la restauración de las relaciones sociales destrozadas en comunidades en transición de la guerra a la paz, pues estas constituyen aquellos actos concretos y tangibles encaminados a remediar los graves daños producidos a las víctimas del conflicto y a la sociedad en su conjunto¹⁰², además de que, en sí mismas, también representan un gesto fidedigno de reconocimiento de responsabilidad por los agravios causados a unas y otra¹⁰³.

Por ello, en relación con las denominadas *reparaciones materiales*, los excombatientes deberían contribuir con el diseño e implementación de programas administrativos de reparación a gran escala que ponga en marcha el Estado en transición¹⁰⁴, cuyas prestaciones resarcitorias concretas, en todo caso, surjan de un proceso de deliberación y concertación en el que participen también las víctimas y la sociedad civil en su conjunto y que

102 Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks of Peacebuilding*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36, 22 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

103 Pablo de Greiff, *Justicia y reparaciones*, en *Justicia transicional: manual para América Latina*, 407-440, 426 (1ª ed., Félix Reátegui, ed., Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional, CIJT, New York, 2011). Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/12/Manual-Justicia-Transicional-esp%C3%B1ol-versi%C3%B3n-final-al-21-05-12-5-1.pdf>

104 Pablo de Greiff, *Justicia y reparaciones*, en *Justicia transicional: manual para América Latina*, 407-440, 421-422 (1ª ed., Félix Reátegui, ed., Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional, CIJT, New York, 2011). Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/12/Manual-Justicia-Transicional-esp%C3%B1ol-versi%C3%B3n-final-al-21-05-12-5-1.pdf>

tenga en cuenta las necesidades de las víctimas pero también la viabilidad (económica) de las reparaciones a otorgar¹⁰⁵.

Ahora bien, debe aceptarse que hay daños tan graves que ningún tipo de reparación material puede resarcir, como lo son la muerte de seres humanos o las graves ofensas contra la dignidad e integridad personal¹⁰⁶. Por ello, la creación de programas de *reparaciones simbólicas* que se orienten a reconocer la enorme aflicción generada por tales agravios —que comprendan, por ejemplo, discursos y actos públicos de reconocimiento y aceptación de la responsabilidad del daño y del sufrimiento causado por él, así como la construcción de monumentos conmemorativos de tales hechos y de sus víctimas— resulta una alternativa bastante plausible para tratar de reparar ese tipo de perjuicios por parte de los excombatientes¹⁰⁷.

Con respecto al caso colombiano, debe tenerse en cuenta que la guerrilla de las Farc gracias a los enormes réditos económicos que le deja principalmente la actividad del narcotráfico¹⁰⁸, tendría suficiente solvencia financiera para contribuir considerablemente a la implementación de programas de reparación material de sus víctimas, que su unidad de mando y su estructura jerarquizada también facilitarían su compromiso con programas de reparación simbólica como los propuestos. Así mismo, debe destacarse que el Estado colombiano igualmente debe hacerse

105 Charles Villa-Vicencio, *Pursuing Inclusive Reparations. Living between Promise and Non-Delivery, in Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 197-213, 202-203 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).

106 Camila de Gamboa-Tapias, *Introducción. Justicia transicional: Dilemas y remedios para lidiar con el pasado*, 7 *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21-40, 31-32 (2005). Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/download/464/406>

107 Organización de Naciones Unidas, ONU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, art. 22. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

108 Según informa EFE, la revista *Forbes Israel* publicó el pasado 10 de diciembre de 2014 una lista en el que la guerrilla de las Farc ocupa el tercer lugar entre los grupos armados al “margen de la ley” con mayores ingresos del mundo, al percibir 600 millones de dólares al año. EFE, *Farc es el tercer grupo terrorista más rico del mundo: Forbes Israel. Perciben ingresos anuales cercanos a 600 millones de dólares, menos que el Estado Islámico y Hamás, El Tiempo*, 12 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/farc-es-el-tercer-grupo-terrorista-mas-rico-del-mundo-forbes-israel/14823497>

cargo de reparar material y simbólicamente a los cientos de miles de víctimas que el conflicto ha dejado, las cuales, además, pertenecen en su mayoría a la fracción de población más pobre y vulnerable del país. Esto, no solo atendiendo a que aquel tiene el deber constitucional de reparar¹⁰⁹, sino, sobre todo, porque el mismo ha sido una de las partes enfrentadas en el conflicto y porque algunos de los miembros de sus fuerzas armadas han estado inmersos en hechos de victimización de la población civil durante este¹¹⁰.

Por último, mientras las reparaciones impulsan el restablecimiento de las relaciones entre las víctimas y los excombatientes, el hecho de que estos últimos se sometan a programas de DDR, promueve la reconstrucción de sus vínculos sociales con la comunidad en su conjunto¹¹¹. Lo anterior se explica en la medida en que los gestos de dejación y entrega definitiva de las armas y desestructuración de las organizaciones armadas son expresiones inequívocas de los combatientes de su voluntad de desistir definitivamente de recurrir a la violencia como medio para resolver los diferendos que se presentan en la comunidad, manifestación esta que conlleva a que la sociedad, correlativamente, les permita regresar a hacer parte de ella, dándoles la posibilidad, así, de restablecer sus relaciones afectivas, familiares, profesionales y demás vínculos sociales humanos que aseguren su resocialización definitiva.

109 En efecto, el artículo 150, numeral 17 de la Constitución Política de Colombia dispone: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. 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”. Constitución Política, 7 de julio de 1991 artículo 150, numeral 17. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

110 Daniel W. van Ness, *Accountability*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 118-137, 131 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014). Al respecto, el autor afirma que: “En cuanto al segundo derecho, el de la reparación, si los Estados en efecto tienen algún grado de responsabilidad en el crimen, estos deben tomar medidas comparables para ayudar a las víctimas a recuperarse de los daños que han sufrido” (traducción libre).

111 Kieran McEvoy & Louise Mallinder, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 410-440, 433 (2012).

En el contexto de la transición colombiana, debe resaltarse que resultarían de vital importancia los programas de DDR, no solo por la gran cantidad de integrantes que alberga en sus filas el grupo guerrillero de las Farc (alrededor de 8.000) que deberán ser reintegrados a la sociedad civil de firmarse un acuerdo de paz, muchos de los cuales, incluso, son menores de edad, sino también por el particular grado de aislamiento social de los mismos, en razón a que en parte el conflicto colombiano se ha desarrollado en las inhóspitas selvas del territorio del país, lo que los ha tenido por muchos años alejados parcialmente de la civilización.

Ahora bien, con respecto a aquellos combatientes considerados como los mayores responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales durante el conflicto armado que no puedan, por tanto, ser beneficiados con una amnistía condicionada como la referida, debe recordarse que según lo sostenido en este escrito, el marco jurídico vigente tanto internacional como colombiano, en todo caso, concede un margen importante para que se les impongan a estos penas alternativas a las ordinarias¹¹². De esta manera, si estas sanciones por una parte se sujetasen a los mismos condicionamientos de las amnistías y, por otra, si ellas mismas se revistieran de un sustrato

112 En este punto, resulta pertinente señalar que en Colombia ya existe un importante precedente de implementación de alternatividad penal, con ocasión del proceso de justicia transicional llevado a cabo para la terminación del conflicto armado entre el Estado y los antiguos grupos paramilitares. En efecto, la Ley 975 de 2005 creó la posibilidad de reemplazar la pena de prisión ordinaria impuesta a los excombatientes de estos grupos por una pena alternativa que consistía en una rebaja sustancial de la misma que oscilaba entre los 5 y los 8 años de prisión si aquellos cumplían con (i) la revelación de la verdad en relación con los crímenes cometidos, (ii) la reparación de las víctimas y (iii) su inclusión en el programa de DDR creado por el Estado. Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, 45.980 *Diario Oficial*, 25 de julio de 2005, art. 3-29. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html. Este sistema de penas alternativas fue declarado exequible por la Corte Constitucional de Colombia, lo cual hizo posible su efectiva implementación por parte del gobierno nacional. Corte Constitucional, Sentencia C-370-06, 18 de mayo de 2006, magistrados ponentes Manuel José Cepeda-Espinosa, Jaime Córdoba-Triviño, Rodrigo Escobar-Gil, Marco Gerardo Monroy-Cabra, Álvaro Tafur-Galvis & Clara Inés Vargas-Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>

restaurativo y no de uno retributivo, harían factible que aquel paradigma de justicia pueda implementarse aun en un contexto mediado por un proceso penal¹¹³.

Para el caso colombiano, estas “sanciones restaurativas” podrían consistir, por ejemplo, en la erradicación de las minas antipersonal que el grupo guerrillero de las Farc ha sembrado durante el conflicto en vastas zonas del territorio colombiano, las cuales representan un riesgo permanente para la población civil y dificultan la ejecución de programas de restitución de tierras para las víctimas o, dado que la mayoría de los combatientes pertenecientes a este grupo guerrillero son de origen campesino y atendiendo a que justamente el sector agropecuario del país aún está en un grado de desarrollo incipiente, podrían consistir en la erradicación manual de cultivos ilícitos combinada con labores de trabajo comunitario destinadas a la creación y manutención de granjas agrícolas para el labrado de la tierra, sanciones estas que, en todo caso, permitirían una paulatina reincorporación a la vida civil por parte de los excombatientes.

Por último, debe subrayarse que el ordenamiento jurídico colombiano le confiere rango constitucional a la justicia restaurativa y que esta fue ya desarrollada por el Código de Procedimiento Penal colombiano para ser aplicada a delitos cometidos en contextos “ordinarios”, todo lo cual hace aún más plausible su implementación en los términos propuestos a lo largo de este escrito en el escenario de justicia transicional por el que atraviesa el país actualmente¹¹⁴.

113 Daniel W. Van Ness, *Accountability*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 118-137, 134 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014). En este punto, el autor resalta: “Lo que distingue un ‘castigo restaurativo’ de la retribución es cómo este afecta a las personas y grupos que fueron perjudicados por el delito. Si ayuda a restaurar a aquellos que fueron perjudicados, la sanción puede ser vista como restaurativa. Si meramente equilibra la escala de dolor, entonces es retributiva” (traducción libre).

114 En efecto, la Constitución Política establece: “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”. Constitución Política, 7 de julio de 1991 artículo 250, numeral 7. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Con base en tal mandato, el Código de Procedimiento Penal establece en su libro VI, denominado *Justicia Restaurativa*, todo un conjunto de disposiciones que implementan este paradigma como medio alternativo de resolución de controversias penales mediante los mecanismos de la

CONCLUSIONES

Es una opinión extendida considerar que existe una tensión insalvable entre el logro de la justicia y el de la paz en escenarios de justicia transicional que se enmarcan en negociaciones políticas para ponerle fin a un conflicto armado interno. A este punto de vista, sin embargo, subyace una concepción predominantemente retributiva de justicia que se pretende sustentar sobre la base del deber jurídico internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, el contenido de este deber es controvertido y, en particular, en contextos de justicia transicional como el referido, no cierra definitivamente la puerta a figuras como las amnistías e indultos condicionados o a las penas alternativas.

Sumado a ello, las dificultades que presenta la justificación de la sanción penal en contextos de justicia transicional encaminados a la consecución de la paz, son aún mayores que las que hay en escenarios “ordinarios”. Además, el fin último del derecho penal, a saber, la convivencia pacífica, en nada se opondría a un acuerdo de paz. Todo lo dicho trae como consecuencia que la justicia penal, en el fondo, no esté lo suficientemente legitimada para erigir al paradigma retributivo de justicia como la piedra angular sobre la cual descansen los procesos de justicia transicional orientados al logro de la paz.

En cambio, la adopción prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en contextos de justicia transicional enmarcados en proceso de paz, al tener por fin el restablecimiento de los lazos sociales entre individuos y la regeneración del tejido social de la

conciliación preprocesal, la mediación y el incidente de reparación integral. Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, 45.658 *Diario Oficial*, 31 de agosto de 2004, art. 518-527. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html. Además, la Corte Constitucional, al declarar exequible una de aquellas normas, enfatizó: “No escapa a la consideración de la Corte, que el ámbito y las posibilidades de la aplicación de la justicia restaurativa no se agota en esas tres modalidades. El análisis se centrará en estos tres supuestos, en cuanto recogen los casos por los que optó el legislador, aunque la justicia restaurativa, en términos universales, es mucho más amplia en posibilidades”. Corte Constitucional, Sentencia C-979-05, 26 de septiembre de 2005, párr. 48, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-979-05.htm>

comunidad en su conjunto, no solo posibilita la reducción de la mencionada tensión entre justicia y paz propia de tales procesos de justicia transicional, sino que impulsa la reconciliación política nacional, que es, en el fondo, su fin ulterior.

Además, la implementación de un paradigma restaurativo de justicia resulta jurídicamente factible a partir de la concesión de amnistías condicionadas al reconocimiento de responsabilidades, a la contribución a la reparación integral de las víctimas y al sometimiento a una CVR y a programas de DDR por parte de los excombatientes beneficiarios de ellas y a partir de la imposición de penas alternativas sujetas a los mismos condicionamientos y cuyo contenido sea restaurativo, para aquellos excombatientes que no puedan ser amnistiados.

Por último, en Colombia, el denominado Marco Jurídico para la Paz creado como punto de partida del proceso de paz que se está llevando a cabo entre el gobierno y el grupo guerrillero de las Farc, dirigido a ponerle fin al longevo conflicto interno que ha aquejado al país, perfectamente podría interpretarse desde un paradigma prevalentemente restaurativo de justicia, que, puesto en práctica, contribuiría significativamente a allanar el camino para la firma de un acuerdo de paz entre las partes en conflicto y, más importante aún, promovería un verdadero proceso de reconciliación política nacional del que tan necesitado está el país¹¹⁵.

115 Vale la pena concluir este escrito trayendo a colación a Alexander Boraine, exvicepresidente de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, quien respecto del proceso de reconciliación nacional que emprendió su país, Sudáfrica, para ponerle fin al *Apartheid*, cimentado sobre un paradigma restaurativo de justicia, realizó la siguiente reflexión que refleja íntegramente la esperanza actual del pueblo colombiano: “Es posible que hablar de la sanación de una nación que sufrió heridas profundas por tanto tiempo, o hablar de la unión de una nación que ha estado dividida por tanto tiempo, signifique hablar el lenguaje no de los hechos, sino de la fe. Pero eso no lo hace ilegítimo. Es retar a la sociedad a ser lo que es llamada a ser, aun cuando no esté cerca de serlo. Es la promesa de lo que es posible hacia el futuro. Es el lenguaje de la poesía. Pero no podemos cometer nunca el error de asumir que estamos hablando de algo que de hecho está presente”. Alexander Boraine, *Reconciliación ¿A qué costo? Los logros de la Comisión de Verdad y Reconciliación, en 18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 380-408 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos,

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz* (2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1992).
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al derecho penal* (4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006).
- Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I, *Normas* (1ª ed., Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007). Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf
- Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1997).
- Uprimny, Rodrigo; Saffon, María P.; Botero, Catalina & Restrepo, Esteban, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uprimny, Rodrigo; Sánchez, Luz M. & Sánchez, Nelson C., *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (1ª ed., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá 2013). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf
- Zagrebelsky, Gustavo & Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia* (1ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2006).

Contribuciones en obras colectivas

- Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-129 (1ª ed., Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf
- Boraine, Alexander, *Reconciliación ¿A qué costo? Los logros de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 380-408 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos,

Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/47.pdf>

- Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/47.pdf>
- Freeman, Mark, *Amnesties and DDR Programs*, en *Disarming the Past: Transitional Justice and Ex-Combatants*, 36-85 (1ª ed., Ana Cutter-Patel, Pablo de Greiff & Lars Waldorf, eds., Social Science Research Council, SSRC & International Center for Transitional Justice, ICTJ, New York, 2009). Disponible en: http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/7B465e-de38-0c0d-df11-9d32-001cc477ec70%7D.pdf
- Greiff, Pablo de, *Justicia y reparaciones*, en *Justicia transicional: manual para América Latina*, 407-440 (1ª ed., Félix Reátegui, ed., Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil y Centro Internacional para la Justicia Transicional, CIJT, New York, 2011). Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/12/Manual-Justicia-Transicional-espa%C3%B1ol-versi%C3%B3n-final-al-21-05-12-5-1.pdf>
- Llewellyn, Jennifer J. & Philpott, Daniel, *Restorative Justice and Reconciliation: Twin Frameworks of Peacebuilding*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 14-36 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).
- Mallinder, Louise, *Amnesties in the Pursuit of Reconciliation, Peacebuilding, and Restorative Justice*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 138-173 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).
- Ness, Daniel W. van, *Accountability*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 118-137 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).
- Rettberg, Angelika, *Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional*, en *Entre el perdón y el piedad: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, 1-18 (1ª ed., Angelika Rettberg, comp., Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005). Disponible en: <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf>
- Teitel, Ruti G., *Genealogía de la justicia transicional*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 430-456 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/59.pdf>
- Toit, André du, *Los fundamentos morales de las comisiones de verdad. La verdad como reconocimiento y la justicia como recognition: principios de la justicia transicional en la práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) sudafricana*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 33-57 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif

- Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/49.pdf>
- Uprimny, Rodrigo & Saffon, María Paula, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*, en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, 109-138 (1ª ed., Rodrigo Uprimny, María P. Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2006). Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Villa-Vicencio, Charles, *Pursuing Inclusive Reparations. Living between Promise and Non-Delivery*, en *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding*, 197-213 (Jennifer J. Llewellyn & Daniel Philpott, eds., Oxford University Press, New York, 2014).
- Zalaquett, José, *Equilibrar imperativos éticos y restricciones políticas. El dilema de las democracias nuevas que encaran violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado*, en *18 ensayos de justicia transicional, estado de derecho y democracia*, 1-13 (1ª ed., José Zalaquett, Cecilia Medina, André du Toit, Carlos Nino, Catharine Mackinnon, Cecilia Medina, Anne Bayefsky, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Christian Tomuschat, Naomi Roht-Arriaza, Edith Brown, Cherif Bassiouni, Alex Boraine, Michael Ignatieff, Ruti Teitel, eds., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2005). Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/397>, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/62.pdf>

Revistas

- Alcácer-Guirao, Rafael, *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*, 51 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*, 365-587 (1998). Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/alcacer.pdf
- Ambos, Kai & Steiner, Christian, *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 191-211 (2003). Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5060&dsID=Documento.pdf>
- Ambos, Kai & Zuluaga, John, *Justicia de transición y constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz*, 4 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 165-176 (2014). Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_4_809.pdf
- Aponte-Cardona, Alejandro, *Colombia: Un caso sui generis en el marco de la justicia de transición*, 12 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 395-434 (2008). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a15.pdf>
- Boraine, Alexander, *Transitional Justice: A Holistic Interpretation*, 60 *Journal of International Affairs*, 1, 17-27 (2006).

- Crocker, David A., *Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation*, 5 *Buffalo Criminal Law Review*, 2, 509-549 (2002).
- Ferrajoli, Luigi, *El derecho penal mínimo*, 0 *Poder y Control, Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre Control Social*, 25-48 (1986).
- Gamboa-Tapias, Camila de, *Introducción. Justicia transicional: Dilemas y remedios para lidiar con el pasado*, 7 *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21-40 (2005). Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/download/464/406>
- Malarino, Ezequiel, *Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición*, 9 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 205-221 (2013). Disponible en: <http://le-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7050/Documento.pdf>
- Mallinder, Louise, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, 1 *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 208-230 (2007).
- McEvoy, Kieran & Mallinder, Louise, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy*, 39 *Journal of Law and Society*, 3, 410-440 (2012).
- Orozco-Abad, Iván, *Lineamientos de política para la paz negociada y la justicia postconflicto, Fundación Ideas para a Paz, Cuadernos del conflicto: Lecciones y retos para eventuales diálogos de paz con las Farc*, 27-41 (2012). Disponible en: <http://archive.ideaspaz.org/images/leccionesretosfarcweb.pdf>
- Robinson, Darryl, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 *European Journal of International Law*, 3, 481-505 (2003). Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>
- Roxin, Claus, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, 4, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1-24 (2012). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>
- Schünemann, Bernd, *El propio sistema de la teoría del delito*, 1 *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1-20 (2008). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/505.pdf>
- Stahn, Carsten, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720 (2005).
- Tamarit-Sumalla, Josep, *Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición*, 1 *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-29 (2010). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/694.pdf>
- Valencia-Villa, Alejandro, *Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación con las FARC-EP, Fundación Ideas para la Paz, Cuadernos del conflicto: Lecciones y retos para eventuales diálogos de paz con las Farc*, 7-26 (2012). Disponible en: <http://archive.ideaspaz.org/images/leccionesretosfarcweb.pdf>
- Zehr, Howard, *Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding*, 1 *South Asian Journal of Peacebuilding*, 1 (2008).
- Zolo, Danilo, *Peace through Criminal Law?*, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 3, 727-734 (2004).

Working papers

McCold, Paul; Llewellyn, Jennifer & Ness, Daniel W. van, *An Introduction to Restorative Peacebuilding* (NGO Alliance on Crime Prevention and Criminal Justice, Working Party on Restorative Justice, 1, 2007). Disponible en: http://www.restorativejustice.org/10fulltext/mccoldp/at_download/file

Tratados internacionales

Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos6.htm>

Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 20 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1426>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Convención para la Prevención y San-

ción del Delito del Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>

Organización de Naciones Unidas, ONU, I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

Organización de Naciones Unidas, ONU, II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>

Organización de Naciones Unidas, ONU, III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

Organización de Naciones Unidas, ONU, IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/icjstatute/>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Organización de Naciones Unidas, ONU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

Organización de Naciones Unidas, ONU, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Normatividad internacional

El Salvador, Acuerdos de Paz de Chapultepec, entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), jueves 16 de enero de 1992. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/index.htm>

Perú, Ley 26.479, de 14 de junio de 1995. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/168000/amr460201996es.pdf> (anexo 1)

Perú, Ley 26.492, de 28 de junio de 1995. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/168000/amr460201996es.pdf> (anexo 2)

Casos CIDH

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, serie C No. 75, 14 de marzo de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

Normatividad colombiana

Acto Legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 48.508 *Diario Oficial*, 31 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48679>

Constitución Política, 7 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, 45.658 *Diario Oficial*, 31 de agosto de 2004. Disponible en: http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, 45.980 *Diario Oficial*, 25 de julio de 2005. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional, Sentencia C-144-97, 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-979-05, 26 de septiembre de 2005, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-979-05.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-370-06, 18 de mayo de 2006, magistrados ponentes Manuel José Cepeda-Espinosa, Jaime Córdoba-Triviño, Rodrigo Escobar-Gil, Marco Gerardo Monroy-Cabra, Álvaro Tafur-Galvis & Clara Inés Vargas-Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579-13, 28 de agosto de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-579-13.htm>

Artículo periodístico

EFE, *Farc es el tercer grupo terrorista más rico del mundo: Forbes Israel. Perciben ingresos anuales cercanos a 600 millones de dólares, menos que el Estado Islámico y Hamás*, *El Tiempo*, 12 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/farc-es-el-tercer-grupo-terrorista-mas-rico-del-mundo-forbes-israel/14823497>