

### **Sobre la primera reacción de la fiscal de la Corte Penal Internacional al anuncio de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia**

Me complace darles la bienvenida al volumen 4 del ANIDIP, que continúa con el proyecto iniciado en 2013 para la promoción de la investigación, desde los distintos aspectos de las humanidades y las ciencias sociales, sobre la justicia internacional penal en lengua española y portuguesa. El lector observará que la estructura de este cuarto volumen no ha variado con respecto a los tres primeros, pues presenta una sección de “artículos de investigación”, elaborados por candidatos al doctorado, profesores universitarios y profesionales con diez años de experiencia profesional, una sección de “ensayos de investigación”, seleccionados por el jurado internacional de la IV edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner, y los ya tradicionales reportes de jurisprudencia y doctrina de 2015.

Si en volúmenes anteriores la sección de artículos de investigación del ANIDIP se ha dedicado a trabajos sobre temas nucleares del Derecho internacional penal (como el principio *nullum crime sine iure* o el sistema de cooperación de los Estados con los tribunales internacionales penales), cuestiones que amplían el horizonte tradicional de la justicia internacional penal (como el derecho humano a la paz, la memoria histórica y la justicia de transición) y el principio de justicia universal (herramienta esencial para terminar con la impunidad generalizada de los responsables de sus de crímenes internacionales, y así promover su efectiva investigación y sanción), en el presente volumen presentamos el trabajo de la profesora de la Universidad Iberoamericana de México DF, Mónica Rocha, sobre la comisión de crímenes internacionales por actores no estatales, grupos armados, milicias, señores de la guerra, organizaciones del crimen organizado y grupos paramilitares.

Se trata este, sin duda, de un tema de particular actualidad como lo demuestra el comunicado conjunto número 60, emitido hace apenas unos días (23 de septiembre de 2015) por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, en el que presentaron

el acuerdo al que habían llegado en materia de justicia (“el Nuevo Acuerdo”), cuyo epicentro es la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz. Así mismo, su relevancia es muy significativa, pues al día siguiente del mencionado comunicado, la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, realizó una primera declaración preliminar sobre el mismo, en la que afirmó que “cualquier iniciativa práctica y genuina que permita poner fin a las décadas de conflicto armado en Colombia, dando la debida consideración a la justicia como pilar esencial de una paz sostenible, es bienvenida por su oficina”. También, subrayó que “tenía la esperanza de que el acuerdo entre las partes para crear una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia cumpliera justamente con esto”, refiriéndose expresamente, con moderado optimismo, al hecho de que “el acuerdo excluye la concesión de amnistías por crímenes de guerra y de lesa humanidad, y está diseñado, entre otras cosas, para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves”.

Dada la actualidad y relevancia del tema, creemos necesario explorar en estas líneas las razones que la fiscal de la CPI ha podido tener para expresar su moderado optimismo, cuando desde la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2012 sobre el “Marco Jurídico para la Paz” no ha dejado de expresar, en sus informes anuales sobre el examen preliminar en Colombia, su preocupación por las atribuciones que el mismo otorga al Congreso de la República.

Al analizar esta cuestión con base en la información públicamente disponible a 8 de octubre de 2015, es necesario tener en cuenta la diferencia significativa entre el papel que el Nuevo Acuerdo parece atribuir a la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra) en un eventual proceso de transición en Colombia, y aquel al que la justicia penal había sido reducida en el Marco Jurídico para la Paz. En otras palabras, si este último condenaba a la justicia penal a ser un mero apéndice del proceso de transición, lo que se conoce del Nuevo Acuerdo parece restaurarle su condición de pilar autónomo y necesario del mismo, tal y como exige el Derecho internacional.

El modelo de justicia penal previsto en el Marco Jurídico para la Paz tenía como piedra angular la atribución expresa al Congreso de Colombia de la facultad constitucional para prohibir por vía legislativa al Fiscal General de la Nación el ejercicio de la acción penal por los crímenes internacionales más graves. La única limitación a esta amplísima facultad constitucional se refería a los delitos que, además de ser constitutivos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra: (i) hubieren sido cometidos de manera sistemática; (ii) tuviesen la suficiente gravedad; (iii) fueran representativos del actuar de las organizaciones o instituciones que los promovieron;

e (iv) involucrasen a los denominados ‘máximos responsables’. Sin embargo, incluso en estos casos se otorgaba al Congreso la facultad para establecer una pena alternativa de duración incierta, cuyo cumplimiento, según su versión original, podría realizarse en régimen especial (incluyendo el propio domicilio del condenado) o llegar a suspenderse (si bien la Corte Constitucional terminó por declarar inconstitucional dicha suspensión). De esta manera, el Marco Jurídico para la Paz convertía la investigación, el enjuiciamiento y el castigo penal de los crímenes de la competencia de la CPI en un mero apéndice del proceso de transición.

Es en este contexto, en el que hay que entender las reiteradas muestras de preocupación expresadas por la fiscal de la CPI en los últimos años, y que han sido plenamente compartidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Colombia de 2014 y por varios organismos internacionales del sistema universal de protección de los Derechos Humanos. En definitiva, la esencia de lo que todos ellos han venido manifestando en estos últimos años se puede definir de la siguiente manera:

Cuando la justicia penal, por los crímenes que merecen un reproche social más profundo, se convierte en un mero apéndice de un proceso de transición, no cabe sino afirmar el incumplimiento por el Estado de las obligaciones, voluntariamente asumidas, de respeto y garantía frente a las graves violaciones de los derechos humanos, y de persecución penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI.

Ante esta situación, lo que se conoce del Nuevo Acuerdo, contiene, en varios aspectos, un distanciamiento muy significativo frente a un Marco Jurídico para la Paz, que ha contado con el problema adicional de no haber sido nunca expresamente aceptado por las FARC-EP.

Un primer análisis del Nuevo Acuerdo permite observar que serán objeto de la nueva Jurisdicción Especial para la Paz todos los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos por las distintas partes en el conflicto armado, lo que es de particular importancia teniendo en cuenta que, según afirma el profesor Jorge Giraldo en el informe de la Comisión para la Historia del Conflicto y las Víctimas (CHCV) de 2015, en un conflicto que ha dejado más de 250000 muertos y desaparecidos, el número de miembros de las partes enfrentadas muertos en combate entre 1985 y 2000 apenas llega a uno por cada ochenta víctimas mortales civiles, reduciéndose drásticamente la proporción a uno por cada trescientos ochenta en los años siguientes.

Según el Nuevo Acuerdo, las actuaciones no se limitarán a los “máximos responsables”, sino que se extenderán a todos aquellos que hayan participado directa o indirectamente en la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Además, como regla general parece que se impondrán unas penas alternativas de 5 a 8 años de restricción de libertad, que son similares a las que la Ley de Justicia y Paz estableció en 2005 para promover la desmovilización de decenas de miles de integrantes de grupos paramilitares, aunque si hay reconocimiento de responsabilidad, se pueden cumplir en establecimientos distintos de los centros penitenciarios.

Pero, sin duda, lo más relevante del Nuevo Acuerdo es la mención expresa de que las actuaciones penales que desarrollará la Jurisdicción Especial para la Paz se dirigirán a “acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición”.

Después de varios años escuchando en Colombia que la verdad y las reparaciones a las víctimas han de tener una naturaleza extrajudicial, y que las actuaciones penales poco o nada tienen que ver con las garantías de no repetición, nos encontramos ante un nuevo marco normativo que reconoce expresamente: (i) el valor de la verdad judicial sobre las responsabilidades individuales (que complementa la verdad contextual e histórica que tratan de ofrecer los mecanismos extrajudiciales); (ii) la efectiva contribución de la actividad judicial a las reparaciones a las víctimas; y (iii) la relevancia de los procesos penales en la construcción de garantías eficaces de no repetición. En otras palabras, si algo parece dejar claro el Nuevo Acuerdo, es el destierro de aquella visión de la justicia penal como mero apéndice de los procesos de transición, encarnada en el Marco Jurídico para la Paz, y el reconocimiento de su condición de pilar autónomo y necesario de los mismos.

Esto no significa que lo que se conoce del Nuevo Acuerdo no presente ambigüedades y genere preocupación en varios aspectos, incluyendo entre otros: (i) la exclusión de la jurisdicción especial de aquellos crímenes de guerra que sean considerados como “no graves” (y que en todo caso formarán parte de la competencia de la CPI); (ii) la vinculación de los crímenes de lesa humanidad al conflicto armado, así como la referencia a su tipificación en el código penal colombiano, cuando ningún tipo penal previsto en el mismo recoge los elementos contextuales que los caracterizan; (iii) la determinación de qué grupos de condenados, o actualmente procesados por crímenes internacionales ante los tribunales colombianos, podrán eventualmente beneficiarse de las penas alternativas previstas en la Jurisdicción

Especial para la Paz; (iv) la ambigüedad sobre el alcance de la verdad y la efectiva entrega de bienes para la reparación que deberán realizar quienes deseen acogerse a dicho régimen de penas alternativas; y (v) la posibilidad de que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad puedan ser calificados como “no graves”, con el fin de evitar sanciones que constituyan una restricción efectiva de la libertad.

Sin embargo, ante el desconocimiento del texto íntegro del Nuevo Acuerdo, es difícil precisar en este momento el verdadero alcance de estas ambigüedades e inquietudes. Lo que por el contrario sí es posible afirmar con base en la información disponible, es que el Nuevo Acuerdo parece restaurar a la justicia penal en la posición central que, según el Derecho internacional, le corresponde en todo proceso de transición. De esta manera, nos encontraríamos mucho más cerca de esa debida consideración “como pilar esencial de una paz sostenible” a la que se refiere la fiscal de la CPI en su comunicado preliminar de 24 de septiembre de 2015. Por ello, como la propia fiscal ha subrayado, ahora lo importante es garantizar que la justicia penal permanece en esa posición, y que según se vaya conociendo la letra pequeña del Nuevo Acuerdo, se adopten las medidas necesarias para abordar las ambigüedades e inquietudes generadas por el mismo.

Pasando a los ensayos de investigación seleccionados para su publicación en el presente volumen del ANIDIP por el jurado internacional de la IV edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, estos son por primera vez cuatro, lo que indica que la calidad de los trabajos presentados al Certamen mejora cada año.

En primer lugar, se encuentra el excelente trabajo de Giovanna María Frisso sobre el funcionamiento, actuación y aportaciones del Tribunal Internacional para la Justicia Restaurativa, establecido por la sociedad civil en 2009 en El Salvador, ante la continua negativa de las autoridades estatales a cumplir con sus obligaciones de investigación, enjuiciamiento y castigo penal, así como de reparación integral a las víctimas, por los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto armado que asoló el país entre 1981 y 1992 (la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de octubre de 2012 en el caso de El Mozote no ha sido suficiente para que las autoridades nacionales pongan fin a dicha negativa). Se trata de una experiencia única en el ámbito de la justicia internacional comunitaria que, como dice la autora, ha servido para que innumerables historias de sufrimiento, abuso y violencia ocurridas durante el conflicto armado, y que permanecían hasta ahora silenciadas, hayan comenzado a aflorar y a ser abordadas desde la perspectiva del Derecho internacional penal.

En segundo lugar, se recoge el ensayo de Natalia Paz Morales Cerda sobre la ausencia de una perspectiva de género en la CPI, cuyo análisis se centra en las actuaciones desarrolladas durante el primer caso ante la misma, el caso Lubanga. El ensayo expone como la falta de una perspectiva de género es una de las principales deficiencias del actual sistema de Derecho internacional penal, lo que se traduce en la existencia de una discriminación estructural en este ámbito dentro de la propia CPI. Para abordar este problema, la autora subraya que se requiere la adopción de medidas efectivas por parte del conjunto de la comunidad internacional, de manera que, con base en la identificación de aquellos rasgos que caracterizan la subordinación femenina y catalizan la comisión de crímenes internacionales, se creen las condiciones para que el género se convierta en un elemento transformador del Derecho.

En tercer lugar, se incluye el ensayo de Luciano Pezzano sobre el umbral de gravedad en el crimen de agresión. En el mismo, el autor aborda la cuestión relativa a si la definición de este crimen adoptada en la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en 2010 en Kampala (Uganda) crea una tercera categoría de usos ilícitos de la fuerza, lo que permitiría distinguir entre actos de quebrantamiento de la paz, actos de agresión y crimen de agresión; o si por el contrario ratifica la pertenencia de estos dos últimos al concepto de agresión, que, en cuanto forma más grave de uso ilícito de la fuerza, se distingue de otras formas menos graves constitutivas de actos de quebrantamiento de la paz.

Finalmente, se recoge el ensayo de Noelia Trinidad Núñez sobre la función de la costumbre internacional como fuente del derecho en el Estatuto de la CPI, que aborda distintas cuestiones relativas al contenido y alcance del principio de legalidad en este último, y su interacción con la costumbre internacional. Particular interés despierta su análisis sobre el recurso al derecho consuetudinario como criterio de interpretación de las definiciones de los delitos contenidos en el Estatuto de la CPI, incluso en perjuicio del imputado.

En el reporte de jurisprudencia elaborado por Juan Camilo Uribe y Gretta Natalia Hernández, con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles, se ha incluido la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el caso contra Vlastimir Đorđević y la decisión de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre genocidio entre Croacia y Serbia. La primera decisión, dictada el 27 de enero de 2014, es particularmente relevante en varios aspectos relacionados con la doctrina de la empresa criminal común, mientras que la segunda, del 3 de febrero de 2015, presenta importantes desarrollos en torno a la definición y la prueba del dolo especial de destruir total o parcialmente al grupo protegido, característico del delito de genocidio.

Por último, en el reporte de doctrina, la investigadora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Constanza Núñez comenta la obra del Prof. Héctor Olasolo, *Introducción al Derecho internacional penal* (Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario & Instituto Ibero-Americano de la Haya, México DF, 2014), del que la Prof. Núñez destaca en particular “la aproximación que realiza el autor a desarrollar los temas del DIP desde una perspectiva global y que apunta sus fundamentos, más allá de la técnica legislativa. Esta perspectiva es útil en los tiempos actuales, ya que permite entrar a los debates más profundos del DIP, que cuestionan su eficacia y función en el contexto global”.

Para concluir, quiero agradecer a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Asimismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este cuarto volumen del ANIDIP, en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles y a los pasantes del Instituto Iberoamericano de la Haya, Vanessa Bonilla Tovar y Carlos Gabriel Jácome Romero.

Llegados a este punto, me permito invitar al lector para que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen del ANIDIP que con tanta ilusión hemos preparado a lo largo de este último año.

Bogotá D.C., 8 de octubre de 2015,

Héctor Olasolo Alonso  
*Director ANIDIP.*