



La justicia
es de todos

Minjusticia



DOCUMENTO DEL COMPONENTE DE JUSTICIA DEL MODELO TRANSICIONAL COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: RETOS Y OPORTUNIDADES.

Gobierno de Colombia

Iván Duque Márquez
Presidente de la República

Wilson Ruiz Orejuela
Ministro de Justicia y del Derecho

Javier Augusto Sarmiento Olarte
Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa

Any Lorena Váquiro Benítez
Directora de Justicia Transicional

Ángela Marcela Rodríguez
Apoyo operativo

Fundación Panamericana para el Desarrollo – FUPAD

Soraya Osorio
Directora Regional para Suramérica

Luz Cristina Pinzón Cañón
Directora de Desarrollo para Suramérica

Alfonso García Calderón
Director de Desarrollo Territorial y Gobernabilidad

Maritza Coronel Durán
Gerente de Convenios

Leonor Patricia Luna P.
Revisión técnica

Diana Patricia Gómez Arbeláez
Coordinadora de Proyecto

Angélica Mican Piñeros
Gerente de Comunicaciones

Sandra Aguja Zamora
Coordinadora de Gestión del Conocimiento

Camila Ortiz Cruz
Consultora de Comunicaciones

Juana Acosta
Redacción de contenido

Wilmer Camilo Pulido Aguirre
Diseño y diagramación

TABLA DE CONTENIDO

1. Algunos puntos cardinales del derecho penal internacional: aproximación normativa.....	8
1.1 Investigaciones genuinas en el nivel interno y la admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional	8
1.1.2. Estándares que se derivan del análisis de investigaciones genuinas en los modelos nacionales de justicia	11
1.2 Criterios de selección y/o priorización de casos en el sistema penal internacional	13
1.2.1 Selección de casos en el derecho penal internacional.....	14
1.2.2 Priorización de casos	16
1.3 Límite de las amnistías en el derecho penal internacional	18
1.3.1. Crímenes internacionales como límites a las amnistías	19
1.3.2 Alcance del artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra	21
1.3.3 Dificultades derivadas de considerar graves violaciones de derechos humanos como límites a las amnistías	22
1.3.4. Conclusiones	23
2. El examen preliminar de la Fiscalía de la CPI respecto del caso colombiano	23
3. Retos y oportunidades que se derivan del DPI en relación con el modelo	26
3.1 En relación con la genuinidad de las investigaciones	26
3.2 Respecto de la selección y priorización	27
3.3. Respecto de las amnistías.....	29





Alcance del documento según los términos del contrato

Este documento desarrollará las principales líneas jurisprudenciales de tribunales penales internacionales, incluidas la CPI y la Fiscalía de la CPI, que afectan o pueden afectar el modelo transicional colombiano, identificando retos y oportunidades.

El presente documento analiza algunos de los elementos que, con base en un estudio detallado de los instrumentos y la jurisprudencia internacional en materia de derecho penal internacional (DPI), resultan fundamentales en el análisis del modelo transicional colombiano. Para tal fin, en primer lugar, se abordarán las generalidades descriptivas de cada uno de los elementos identificados, siendo estos: i) El carácter genuino de las investigaciones internas; ii) Los criterios para la selección y/o priorización de casos, y iii) Las amnistías y sus límites bajo el derecho penal internacional.

En segundo lugar, se realizará un acercamiento práctico a las recomendaciones que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha realizado a Colombia en los últimos años y cómo la implementación de los mecanismos y elementos explicados pueden ser implementados en el modelo de justicia transicional colombiano para su cumplimiento.

Finalmente, se incluirá un acápite con algunos retos y oportunidades del modelo actual de justicia transicional implementado en Colombia, de cara a las reglas y los estándares desarrollados por el derecho penal internacional.

1. Algunos puntos cardinales del derecho penal internacional: aproximación normativa

A continuación identificamos algunos temas fundamentales del DPI que constituyen un punto de partida idóneo para el desarrollo de este documento de análisis y de las recomendaciones, retos y oportunidades de cara al modelo transicional colombiano. En este sentido, este acápite se concentrará en los desarrollos convencionales y jurisprudenciales de los sistemas de derecho penal internacional de la Corte Penal Internacional (CPI), los tribunales ad hoc y algunos modelos de justicia transicional mixta, como el Tribunal Especial de Sierra Leona. En particular, se abordará la genuinidad de las investigaciones y su relación con la admisibilidad de casos en la CPI, el asunto de la selección y priorización de casos, y la regulación de las amnistías en el derecho penal internacional.

1.1 Investigaciones genuinas en el nivel interno y la admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional

Una pregunta fundamental que surge al realizar un análisis sobre los estándares de investigación, juzgamiento y sanción a partir de los sistemas de derecho penal internacional es: ¿por qué resultan relevantes para los ordenamientos jurídicos nacionales?, y en concreto, ¿por qué resultarían relevantes para el modelo de justicia transicional colombiano?

Para resolver esta pregunta, en el presente acápite: i) Se analizará la existencia y naturaleza de una eventual obligación de investigar, juzgar y sancionar derivada del derecho penal internacional, y ii) Se analizarán los estándares o las reglas concretas derivadas de esta obligación. Todo lo anterior, como se verá, se relaciona con la exigencia de investigaciones genuinas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1.1.1.1 Investigaciones genuinas: existencia y naturaleza de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en el derecho penal internacional

En la doctrina¹ y en la jurisprudencia de ciertos tribunales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos², se ha desarrollado la existencia de una obligación de investigar, juzgar y sancionar en cabeza de los Estados, respecto de las conductas que pueden constituir crímenes internacionales. Ahora bien, esta obligación ha sido tradicionalmente desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos, y hay quienes consideran que no puede ser derivada de los instrumentos de DPI, en tanto estos están diseñados para atribuir responsabilidad penal individual y no para crear obligaciones estatales³.

No obstante, aunque no existe una fuente normativa del DPI que explícitamente relacione la obligación en cabeza de los Estados de investigar, juzgar y sancionar, existen dos cuestiones que permiten llegar a la conclusión de que el DPI tiene un rol fundamental en la determinación del contenido y alcance de esta obligación internacional, en especial el sistema normativo de la CPI. Por un lado, la naturaleza y el propósito mismo del DPI y, por el otro, el principio de complementariedad como pilar fundamental de este sistema⁴.

En cuanto al primero de estos puntos, no existe duda respecto de la razón que fungió como génesis del DPI, que fue la necesidad de luchar en contra de la impunidad de los crímenes más graves⁵. Esto se deriva de forma clara del preámbulo del Estatuto de Roma, en virtud del cual los Estados contratantes reconocieron su deber de “ejercer su jurisdicción penal en contra de los responsables de crímenes internacionales”⁶, reconociendo de esta manera la importancia que tiene el cumplimiento de las obligaciones derivadas del despliegue y la ejecución de sus “jurisdicciones penales” nacionales, dentro de lo cual encaja, sin lugar a duda, la obligación de investigar, juzgar y sancionar respecto de los crímenes internacionales.

La importancia del cumplimiento de este deber por parte de los Estados fue destacada recientemente por la CPI en el caso Al-Bashir, en el que se reconoce la obligación de investigar, juzgar y sancionar una naturaleza de obligación erga omnes respecto a las conductas que constituyen crímenes internacionales⁷. De esta forma, se determinó que el cumplimiento de esta obligación tenía una incidencia directa en otras obligaciones que deben cumplir los Estados parte del Estatuto de Roma como, por ejemplo, la de cooperar con la Corte⁸.

1 Claudia Josi. Accountability in the Colombia Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations? 46 Sw. Law Review 402 (2016-2017), pág. 401. Ver también: Dwight G. Newman. The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem. American University International Law Review, Vol. 20 (2005), pág. 293. Brianne McGonigle. Nuremberg's Legacy Within Transitional Justice: Prosecutions are Here to Stay. Global Students Law Review, Vol. 15 (2016) pág. 559. Ianiv Garfunkel. Verdad y Justicia: Términos incompatibles en la justicia Transicional. Am. U. Int'l L. Rev., 2016, vol. 32, 409 supra Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 64.

2 Véase por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 150; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 153; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 190; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 166.

3 Allen S. Weiner. Ending Wars, Doing Justice: Colombia, Transitional Justice, and the International Criminal Court. Stanford Journal of International Law, Vol. 52 (2016), pág. 211.

4 Para profundizar en este asunto ver: Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez. Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 65.

5 Al respecto, ver: Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 65. Ver también: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner. Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Konrad-Adenauer Stiftung (2009).

6 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, párr. 6.

7 Corte Penal Internacional. Sala de Apelaciones. Sentencia en la referencia de Jordania a la apelación de Al-Bashir, ICC-02/05-01/09 OA2, 2019, párr. 123.

8 Ibidem.

En cuanto a la segunda cuestión, esta es, el principio de complementariedad, este se deriva del artículo 17 del Estatuto de Roma, que establece las normas de admisibilidad de un caso o situación ante la CPI⁹. Este principio parte del reconocimiento de la mejor posición en que se encuentran los Estados para afrontar la investigación y el juzgamiento de crímenes internacionales ocurridos en su territorio, dejando a los órganos internacionales un papel complementario o subsidiario, cuando estos no puedan o no quieran abordar dichas investigaciones¹⁰.

Así, el artículo 17 del Estatuto de Roma identifica los criterios de admisibilidad para los casos y las situaciones ante la CPI. Al respecto, el artículo establece que será inadmisibile un asunto¹¹:

- I. Que es objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre este.
- II. Respecto del cual se haya adelantado un juicio y este haya terminado en absolución.
- III. En donde la persona involucrada en los hechos ya haya sido enjuiciada y condenada por el asunto investigado por la CPI.

Estas tres disposiciones implican que, para el conocimiento de un caso o una situación por parte de la CPI, debe verificarse que internamente no existan investigaciones, juzgamientos o condenas previas por los mismos hechos y respecto de estos responsables¹². Ahora bien, la jurisprudencia de la CPI ha sido clara en establecer que no cualquier investigación, juzgamiento y sanción detendrán la admisibilidad de un caso ante la Corte, sino que esta deberá ser genuina¹³. Esta genuinidad significa que las investigaciones, juzgamientos y sanciones se adelanten mediante pasos tangibles, concretos y progresivos¹⁴, y tengan por finalidad determinar la responsabilidad penal individual y no sustraer de la justicia a los responsables mediante procesos penales ilusorios¹⁵.

De este modo, respondiendo a la pregunta inicial, es en virtud de esta valoración que hace la CPI en relación con la admisibilidad de casos y situaciones que tiene un impacto en los modelos de justicia nacionales, y en especial en el modelo transicional colombiano, que por demás está siendo evaluado actualmente mediante el examen preliminar realizado por la CPI¹⁶. Así las cosas, las características de las investigaciones, juzgamientos y sanciones de los modelos nacionales deben ser compatibles con los estándares que se han ido desarrollando por la CPI, para que sean considerados procesos penales genuinos y así evitar la admisibilidad de los casos y, por lo tanto, una intromisión de los órganos internacionales en los modelos de justicia nacionales.

9 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 17.

10 Kai Ambos. El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17. Estatuto de Roma). InDret, 2010, N° 2. supra Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 65.

11 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

12 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública redactada de la "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 2017, párr. 174.

13 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III, "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi", ICC/17-X-9-US-Exp, 2017, párr. 162.

14 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares. Decisión de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de investigación en la situación en la República de Burundi. ICC-01/17- X-9-US-Exp, 2017, párr. 162.

15 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares. Situación de la República de Costa de Marfil. Caso de la Fiscalía vs. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11, 2014.

16 Los detalles respecto del examen preliminar serán profundizados en la sección dos del presente documento.

1.1.2. Estándares que se derivan del análisis de investigaciones genuinas en los modelos nacionales de justicia

Habiendo establecido el rol del DPI, y en concreto de la CPI respecto del análisis de la genuinidad de las investigaciones, juzgamientos y sanciones, a continuación se desarrollarán algunas reglas o estándares concretos derivados de los análisis de admisibilidad hasta ahora realizados por la CPI, que pueden dar luces a los ordenamientos internos para el adelantamiento de sus procesos penales respecto de crímenes internacionales. Vale la pena señalar que los estándares que serán desarrollados a continuación se aplican respecto de crímenes internacionales y no necesariamente de otro tipo de conductas, en tanto la CPI solo tiene competencia respecto de estos crímenes¹⁷, como será desarrollado en el punto tres de esta sección.

- **Razonabilidad en el plazo:** aunque la CPI no ha valorado a profundidad este elemento, en tanto en los casos que ha evaluado la admisibilidad este no ha sido un tema de discusión, la Fiscalía de la CPI en exámenes preliminares como el de Colombia sí ha manifestado preocupaciones respecto de disposiciones que suspendan o retrasen las investigaciones¹⁸, o se presenten como demoras injustificadas¹⁹. Este elemento tiene estrecha relación con la necesidad de que se tomen pasos concretos y progresivos para que las investigaciones sean genuinas²⁰.
- **El proceso debe ser llevado a cabo de forma independiente e imparcial:** resulta fundamental que las labores de investigación, juzgamiento y sanción adelantadas por la autoridad correspondiente hubieren sido adelantadas de forma independiente e imparcial, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso, opinión que comparten tribunales penales especiales²¹ e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos²².

Respecto de las características del tribunal que juzga, la CPI no ha evidenciado que exista alguna limitación en relación con la creación de tribunales especiales, siempre que estos tengan la capacidad de: i) Efectivamente llevar a la justicia a los responsables; ii) Recabar pruebas, y iii) Cumplir con las garantías judiciales²³.

- **Se hayan desarrollado procesos en respeto de las garantías judiciales:** este punto en particular se ha entendido como estrictamente ligado a las garantías derivadas del debido proceso. Si bien la jurisprudencia penal internacional no ha hecho mayor análisis frente a las particularidades de las garantías procesales que deben asegurarse a los individuos investigados, sí ha hecho una revisión de su otorgamiento para la verificación de que la labor de investigación, juzgamiento

17 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Artículo 5.

18 Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Informe sobre las actividades de examen preliminar, Colombia, 2018.

19 Corte Penal Internacional. PTCl. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11, 2013.

20 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares. Decisión de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de investigación en la situación en la República de Burundi. ICC-01/17- X-9-US-Exp, 2017, párr. 162.

21 Salas extraordinarias para las cortes de Camboya. "Decisión sobre la Regla 89 (de ne bis in idem, amnistía y perdón) en el caso de la Fiscalía contra Ileana Sary. Sentencia del 3 de noviembre de 2011, párr. 7, 20, 21 y 30.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta contra Perú (méritos, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 153. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arrellano y otros contra Chile (objeciones previas méritos, reparaciones y costas). Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 154. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Carpio-Nicolle y otros contra Guatemala (méritos, reparaciones y costas). Sentencia del 22 de noviembre de 2004, párr. 131.

23 Corte Penal Internacional. PTCl. "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", ICC-01/09,2010, para. 183; Corte Penal Internacional. PTCl. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi", ICC-01/11-01/11, 2013, párr. 205.

y sanción fuera justa y equitativa con las presuntas víctimas del hecho que se imputa, así como con los responsables de dichos hechos.

En particular, la CPI dedicó parte del estudio sobre la admisibilidad del caso contra Gaddafi, analizando el cumplimiento de las garantías judiciales por parte de Libia en el proceso adelantado contra el acusado²⁴. De forma similar, analizó, respecto de este mismo caso, la falta de designación de un abogado o medio de defensa alguno a los acusados para hacer un análisis respecto a la genuinidad de los procesos judiciales²⁵. En uno de los casos, incluso, determinó que la ausencia de designación de abogado hacía que el proceso penal no cumpliera con los requisitos para ser genuino, y en ese sentido no se detenía la admisibilidad del caso ante la CPI²⁶.

- **Las sanciones sean apropiadas:** respecto de este último punto, resulta vital tener en cuenta que la idoneidad de las sanciones impuestas necesariamente atiende al contexto en el cual se imponen. En escenarios como lo es la transición de un conflicto armado a una paz negociada, las sanciones suelen ser uno de los elementos de principal negociación, razón por la cual suelen ser otorgadas de forma disminuida, alternativa y/o suspendida²⁷.

De esta forma, respecto de la jurisprudencia de tribunales penales internacionales, no se encontró un estudio relacionado con la idoneidad de sanciones impuestas a nivel local en un análisis de admisibilidad de alguno de sus casos. Sin embargo, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional se refirió a que una pena “manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad del delito y del grado de responsabilidad de la persona condenada podría viciar el aparente carácter genuino de ese proceso”²⁸.

No obstante la importancia del cumplimiento de la adecuación de la pena en relación con la gravedad del delito y el grado de responsabilidad, lo que en jurisprudencia de la Corte Interamericana se establece como el principio de proporcionalidad de la sanción²⁹, el Estatuto de Roma es claro al considerar que los sistemas nacionales no deben implementar las mismas sanciones establecidas por el Estatuto³⁰, por lo que existe cierta discrecionalidad de los Estados en el diseño de sus modelos sancionatorios.

24 Corte Penal Internacional. Cámara de Apelaciones. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, “Sentencia sobre la apelación de Libia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 31 de mayo de 2013 titulada Decisión sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01/11-01/11 OA 4, 2014, párr. 292. Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, “Decisión sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01/11-01/11, 2013.

25 Corte Penal Internacional. Cámara de Apelaciones. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, “Sentencia sobre la apelación de Libia contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 31 de mayo de 2013 titulada Decisión sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01 / 11-01 / 11 OA 4, 2014, párr. 292.

26 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia, Caso la Fiscalía vs. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, “Decisión sobre la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi”, icc-01 / 11-01 / 11, 2013.

27 Para profundizar en el asunto, ver: Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, *Revista del Derecho del Estado* (2020), págs. 89-90.

28 James Stewart (Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional). El rol de la Corte Penal Internacional en el proceso de justicia transicional en Colombia, Bogotá y Medellín, 2018 supra Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, *Revista del Derecho del Estado* (2020), pág. 90.

29 Ver por ejemplo: Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213.

30 Estatuto de Roma. Artículo 80.

Resulta entonces claro que existe, en efecto, una obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los crímenes que están dentro de la esfera del DPI. Este deber ha sido reconocido como de imperativa importancia en cuanto a su cumplimiento por parte del Estado correspondiente e, incluso, se le ha otorgado un nivel de relevancia tal, que su cumplimiento antecede el ejercicio de la competencia de la CPI, por virtud de lo establecido en el artículo 17 del Estatuto de Roma. Esta labor de investigación, juzgamiento y sanción debe atender al cumplimiento de requisitos que den fe respecto de su validez y genuinidad a los ojos de tribunales penales internacionales que, de encontrarlas como no genuinas, pueden activar su jurisdicción y competencia para el estudio del caso.

1.2 Criterios de selección y/o priorización de casos en el sistema penal internacional

El DPI desde sus inicios ha sido un modelo de selección. En efecto, desde los juicios de Nuremberg se optó por seleccionar a aquellos que parecían los más responsables y juzgarlos; igual ocurrió con los tribunales ad hoc que en su segunda etapa se concentraron en aquellos más responsables³¹. Por su parte, la CPI fue diseñada para investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves³² y a los máximos responsables³³.

Ahora bien, no debe confundirse la selección con la priorización. De acuerdo con el documento de política de selección y priorización de la oficina de la Fiscalía de la CPI, se tiene que la priorización es el proceso mediante el cual se determina el orden en el que se abordarán los casos que han sido seleccionados³⁴. En este sentido, para la Fiscalía de la CPI la selección es un proceso anterior en el que también se des-seleccionan casos. Justamente, una vez se ha determinado el universo de casos a investigar, estos son ordenados para ser abordados mediante la priorización:



Ahora bien, para analizar a profundidad cada una de estas figuras y su desarrollo en el DPI, a continuación se abordará cada una por separado.

31 Kai Ambos. "Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales". Un estudio comparado. Bogotá: ProFis (2011).

32 Estatuto de Roma. Artículo 17.

33 Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Documento de política de selección y priorización de casos, 2016. Disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_oTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.

34 Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Documento de política de selección y priorización de casos, 2016, párr. 48.

1.2.1 Selección de casos en el derecho penal internacional

Como se dijo con anterioridad, el sistema de la CPI es eminentemente selectivo, y por ello se concentra en: i) Las conductas más graves, y ii) En los máximos responsables.

En primer lugar, respecto de las conductas más graves, el artículo 17 del Estatuto de Roma ha establecido sobre la admisibilidad del caso, que este debe ser de una gravedad suficiente para que amerite la toma de medidas por parte de la CPI³⁵. En un primer momento podría pensarse que toda conducta que constituya un crimen internacional reviste de gravedad suficiente para que la CPI tome medidas, sin embargo, la CPI ha señalado que la inclusión de este elemento adicional por parte del Estatuto implica que se quería imponer un requisito adicional³⁶. Por lo tanto, se ha interpretado que dentro de los crímenes internacionales, que ya son muy graves, la CPI solo conocerá de aquellos más graves.

Por ejemplo, en el caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dylo, la CPI reconoció que la sola existencia de un crimen internacional no genera el cumplimiento del umbral requerido para activar la competencia de la Corte, justamente porque el Estatuto comprende un requisito adicional que debe entenderse como un límite diferente³⁷. Esto se vio complementado por lo concluido por el mismo tribunal en el análisis para iniciar la investigación de la situación en Costa de Marfil, en el cual hizo especial énfasis en la necesidad de que la selección de los casos analice la gravedad específica que supere el umbral requerido por el artículo 17 del Estatuto³⁸.

Para decantar qué se entiende por gravedad la CPI ha desarrollado los siguientes criterios jurisprudenciales:

- La gravedad se evalúa respecto de casos concretos y no de situaciones en abstracto³⁹. Es decir, que se deben determinar casos potenciales, y es respecto de estos que se evalúa la gravedad, con sus propias particularidades.
- La evaluación es cuantitativa y cualitativa⁴⁰ en la medida en que no solamente tiene en cuenta el número de víctimas que tenga la conducta que se juzga, sino también el modo en que se perpetraron los crímenes y el impacto que esto tuvo en las víctimas y las comunidades.
- Se toma en consideración la escala o naturaleza de la conducta, que se refiere a los elementos específicos de cada crimen como asesinatos, violaciones y otros delitos de violencia sexual o de género y delitos cometidos contra niños, persecución o imposición de condiciones de vida a un grupo calculado paraprovocar su destrucción⁴¹.

35 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 17.2.

36 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III. Decisión de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización para la investigación de la situación en la República de Costa de Marfil. ICC-02/11, 2011, párr. 201.

37 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo. Caso la Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dylo, "Decisión sobre la solicitud del Fiscal de una orden de detención. Artículo 58", ICC-01/04-01/06- 8-Corr, 2006, párr. 41.

38 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III. Decisión de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización para la investigación de la situación en la República de Costa de Marfil. ICC-02/11, 2011, párr. 201.

39 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares. Decisión de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de investigación en la situación en la República de Costa de Marfil. ICC-02/11, 2011, párr. 201.

40 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III, "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 2017, párr. 184; Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares III, "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia", ICC-01/09, 2010, párr. 62.

41 Corte Penal Internacional. PTCLII, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 2017, párr. 184; Corte Penal Internacional. PTCLII, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", ICC-01/09, 2010.

- Se toma en consideración la forma de comisión de la conducta que se ha entendido, que “puede evaluarse a la luz de, entre otras cosas, los medios empleados para ejecutar el delito, el grado de participación y la intención del perpetrador, la medida en que los delitos fueron sistemáticos o resultaron de un plan o política organizada o de otro modo resultaron del abuso de poder o capacidad oficial, y elementos de especial crueldad, incluida la vulnerabilidad de las víctimas, cualquier motivo de discriminación o el uso de la violación y la violencia sexual como medio de destrucción de grupos”⁴².
- Se toma en consideración el impacto de la conducta, la cual puede determinarse, entre otras cosas, del sufrimiento ocasionado a las víctimas, su vulnerabilidad y el terror generado a la sociedad, así como otros impactos a las comunidades y la sociedad en general⁴³.

En relación con la selección de máximos responsables, en la CPI esta se ha dado con fundamento en el documento de política de selección de la Fiscalía de la CPI⁴⁴. Como se evidencia, a diferencia del criterio de gravedad de la conducta, el de máximos responsables no tiene un origen convencional, y justamente por esta razón la CPI ha considerado que en algunos escenarios se puede llegar a estudiar la conducta de mandos medios o incluso bajos por razones de representatividad de los casos⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, por regla general el análisis se centra en los máximos responsables, y la CPI no es la primera en aplicar este modelo de justicia. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴⁶ y el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁷ reconocieron la necesidad de que las investigaciones por parte del respectivo tribunal fueran adelantadas en contra de los máximos responsables. Incluso el Tribunal Penal Internacional para Ruanda compartió la opinión de que ello se genera como consecuencia de la imposibilidad de juzgarla totalidad de las conductas y a todos los responsables⁴⁸.

Para llevar a cabo la selección, la Fiscalía de la CPI implementó en septiembre de 2016 las pautas y políticas para la selección y priorización de casos⁴⁹. Dicho documento lo dividió en criterios que utiliza para la selección y, una vez seleccionados, para realizar la priorización.

42 Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Documento de política de selección y priorización de casos, 2016, párr. 64; Corte Penal Internacional. PTCII, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 2010.

43 Ibidem, párr. 65.

44 Ibidem, párr. 42-44.

45 Frente a esto, las autoras Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez advirtieron: por parte de la Fiscalía que el perpetrador es un máximo responsable, por cuanto la actuación de la Corte no está limitada por esta categoría, sino que más bien es una estrategia de investigación Corte Penal Internacional. PTC i. Situación en la República de Côte d'Ivoire, Caso de La Fiscalía vs. Charles Blé Goudé, “Decision on the Defence challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity”, icc-02/11-02/11, 2014, párr. 18. Ver también: James Stewart (Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional). La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional, Bogotá, 2015. “Como cuestión de estrategia en materia de persecución penal, la Fiscalía a veces investigará y enjuiciará perpetradores de nivel medio, o incluso de nivel bajo, que sean muy conocidos, en un esfuerzo por alcanzar a los más responsables por los crímenes más graves”. En Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 81.

46 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Fiscalía vs. Ademic, “Decisión para la remisión a las autoridades de Croacia conforme a las reglas 11bis”, Caso N° IT-04-78- PT, Tribunal de Remisión, 2005; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Fiscalía vs. Dragomir Milosevic, Decisión sobre la remisión de caso, según la Regla 11bis, Caso N° IT-98- 29/1-PT, Referral Bench, 8 de julio de 2005. Véase, además, el Memorando Interno de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia del 17 de octubre de 1995. “Criterios para investigaciones y persecuciones”. Consejo de Seguridad Naciones Unidas. Resolución 1503 de 2003 y Consejo de Seguridad Naciones Unidas 1534 de 2004. Al respecto se manifestaron Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 77.

47 Véase el Tratado entre las Naciones Unidas y Sierra Leona del 16 de enero de 2002, en que las partes acordaron: “Por la presente se establece un Tribunal Especial para Sierra Leona para enjuiciar a las personas que tienen la mayor responsabilidad por violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho de Sierra Leona cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996”, (traducción propia). Ver también: Tribunal Especial de Sierra Leona. Sala de Apelaciones. Fiscalía contra Charles Ghankay Taylor, sentencia del 26 de septiembre de 2013; Tribunal Especial de Sierra Leona. Sala de Apelaciones. Fiscalía contra Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, sentencia del 26 de octubre de 2009; Tribunal Especial de Sierra Leona. Sala de Apelaciones. Fiscalía contra Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Sentencia del 9 de octubre de 2007.

48 Consejo de Seguridad Naciones Unidas. Resolución 1503 de 2003; Consejo de Seguridad Naciones Unidas 1534 de 2004.

49 Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 de septiembre de 2016, párr. 48.

Respecto de los criterios para selección definió los siguientes:



- Conductas que constituyen los crímenes más serios en una situación que comúnmente coincide con una preocupación de la comunidad internacional.
- Estudia, la escala de los casos (número de víctimas, alcance del daño, entre otras)
- Analiza los métodos por los cuales se cometió (si fueron sistemáticos o no, con base en discriminación, entre otros).



- No necesariamente se relaciona con la posición jerárquica.
- Se analiza la naturaleza de la conducta cometida.
- Se toma en consideración el grado de participación y el dolo o intención del perpetrador.
- Se tiene especialmente en cuenta la forma de atribución de responsabilidad.



- Los cargos que se imputan deben, de ser posible, representar una muestra suficiente de los principales tipos de victimización y de las comunidades afectadas.
- Se tienen en cuenta los crímenes que tradicionalmente son poco investigados, como aquellos cometidos contra ciertas comunidades.

No obstante, aunque estos criterios son especialmente relevantes, no existe una obligación de que sean adoptados de manera idéntica por las jurisdicciones nacionales. De hecho, James Stewart, Fiscal Adjunto de la CPI, ha señalado que lo importante es que se trate de criterios claros, justificados y proporcionados⁵⁰. Por lo tanto, estos criterios pueden servir como orientación de los ordenamientos nacionales, pero pueden ser adaptados e incluso modificados por completo para satisfacer las necesidades propias de cada ordenamiento jurídico.

1.2.2 Priorización de casos

La priorización, como se señalaba líneas arriba, es el mecanismo mediante el cual se determina el orden en el que serán abordados los casos por parte de los órganos judiciales, en este caso se realizará un énfasis en la CPI. Así, de acuerdo con el Estatuto de Roma, la Fiscalía de la CPI debe tomar todas las medidas para asegurar una investigación efectiva⁵¹.

Según este mandato, la Fiscalía diseñó su política de priorización que opera una vez se han seleccionado los casos a ser investigados⁵². Para realizar este proceso la Fiscalía toma en consideración los siguientes criterios⁵³:

⁵⁰ James Stewart (Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional). El rol de la Corte Penal Internacional en el proceso de justicia transicional en Colombia, Bogotá y Medellín, 2018.

⁵¹ Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 57.1.

⁵² La tabla fue realizada con fundamento en Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 de septiembre de 2016, párr. 48.

⁵³ Ibidem, párr. 50.

Una evaluación comparativa entre los casos seleccionados, basada en los mismos factores que guían la selección de casos.

Si una persona, o miembros del mismo grupo, ya han sido objeto de investigación o enjuiciamiento por la Oficina o por un Estado por otro delito grave.

El impacto de las investigaciones y enjuiciamientos sobre las víctimas de los delitos y las comunidades afectadas.

El impacto y la capacidad de la Oficina para perseguir casos que involucran a partes opuestas en un conflicto en forma paralela o secuencial.

El impacto de las investigaciones y enjuiciamientos sobre la criminalidad en curso y / o su contribución a la prevención de delitos.

Así pues, los criterios de priorización estratégica se basan en el impacto que podría tener el caso en las víctimas, en la prevención de comisión del delito y en posibles juzgamientos anteriores de los mismos victimarios. Otros criterios que toma en consideración la Fiscalía son los criterios operacionales, que como su nombre lo indica se refieren a esos factores que facilitan u obstaculizan las investigaciones, como⁵⁴:

La cantidad y calidad de las pruebas incriminatorias y exonerantes que ya se encuentran en posesión de la Oficina, así como la disponibilidad de pruebas adicionales.

La cooperación internacional y asistencia judicial para apoyar las actividades de la Oficina de la Fiscalía.

La posibilidad de lograr la comparecencia de los sospechosos ante la Corte, ya sea mediante arresto y entrega o mediante una citación.

La capacidad de la Oficina para realizar de manera efectiva las investigaciones necesarias dentro de un período de tiempo razonable.

Así, como en relación con los criterios de selección, los de priorización adoptados por la Fiscalía de la CPI no deben ser incluidos de manera idéntica en las legislaciones nacionales, sino que pueden servir como criterios orientadores. Lo anterior, ya que no existe una obligación derivada del Estatuto de Roma y, además, entendiéndose que cada modelo de

⁵⁴ Ibidem, párr. 51.

justicia es distinto y requiere estrategias de aproximación y organización de los casos diferenciadas.

1.3 Límite de las amnistías en el derecho penal internacional

Otro de los elementos que se consideran de vital importancia, y que ha sido desarrollado en gran parte por la jurisprudencia penal internacional, es el de las amnistías que pueden otorgarse a los presuntos responsables dentro de sus propias jurisdicciones, en especial en escenarios de transición⁵⁵, así como si estas amnistías entran en conflicto con las obligaciones internacionales del Estado. Este es un asunto ampliamente discutido en distintos escenarios del derecho internacional, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁶. No obstante, en este caso se hará referencia a los límites que surgen específicamente del DPI.

De este modo, en uno de los casos más recientes de la jurisprudencia de la CPI, el de Saif Al-Islam Gaddafi, se aborda la cuestión de las amnistías y sus límites en contextos de transición. En este caso, la Sala de Cuestiones Preliminares analizó la coherencia de la ley de amnistía en Libia con el derecho internacional, estableciendo que las amnistías se encuentran limitadas respecto de los crímenes internacionales⁵⁷. Esta decisión fue recurrida, y en la decisión de segunda instancia, la Sala de Apelaciones determinó que por cuanto la ley de amnistía no resultaba aplicable al caso concreto, no era necesario que la Sala valorara su correspondencia con el derecho internacional⁵⁸.

De esta decisión se derivó la opinión separada y concurrente de la jueza Luz del Carmen Ibáñez, en la cual estableció que todas las amnistías otorgadas por conductas que constituyen graves violaciones a derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional, en particular con la obligación de investigación, juzgamiento y sanción⁵⁹. Esta posición de la jueza está en el centro de la discusión, y es cuáles en realidad son los límites de las amnistías, en especial en relación con las transiciones de conflicto armado a la paz, como la de Colombia.

Para esto hay diferentes posibles respuestas: i) Que las amnistías no tienen límites, y los Estados tienen un margen de configuración absoluto; ii) Que las amnistías se encuentran limitadas por las graves violaciones a los derechos humanos, y iii) Que las amnistías se encuentran limitadas por los crímenes internacionales.

La respuesta, que parece derivarse del derecho penal internacional, es que la limitación corresponde a los crímenes internacionales, existiendo una obligación de investigar, juzgar y sancionar este tipo de conductas. En este sentido a continuación: i) Se abordará la

55 Por tratarse la amnistía de un mecanismo usualmente empleado en las transiciones como parte de la negociación.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, párr. 41. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de Margus contra Croacia. Sentencia del 13 de noviembre de 2012, párr. 74. Ver también: Juana Inés Acosta y Cindy Espitia Murcia. Pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Colombiana de Derecho Internacional (2017), 9-40.

57 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares I. Caso de la Fiscalía contra Saif Al-Islam Gaddafi. "Decisión sobre la impugnación de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gaddafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma". Sentencia del 5 de abril de 2019, ICC-01/11-01/11, párr. 61, 78.

58 Corte Penal Internacional. Sala de Apelaciones. Caso de la Fiscalía contra Saif Al-Islam Gaddafi. "Sentencia sobre la apelación del Sr. Saif Al-Islam Gaddafi contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada Decisión sobre la impugnación de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gaddafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma", del 5 de abril de 2019", ICC-1/11-01/11, párr. 76.

59 Opinión separada y concurrente de la magistrada Luz del Carmen Ibáñez Carranza sobre la sentencia sobre la apelación del Sr. Saif Al-Islam Gaddafi contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada "Decisión sobre la impugnación de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gaddafi a los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma", págs. 11-26.

jurisprudencia internacional y los instrumentos que establecen como límite de las amnistías los crímenes internacionales; ii) Se desarrollará brevemente el alcance del artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y su aplicación en escenarios de transición; iii) Se abordarán las dificultades de considerar la figura de las graves violaciones como límite a las amnistías, y iv) Se presentarán unas conclusiones.

1.3.1. Crímenes internacionales como límites a las amnistías

La jurisprudencia de distintos tribunales penales internacionales ha acogido la tesis de que los crímenes internacionales representan el límite al poder soberano de los Estados de otorgar amnistías. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso contra Ljube Boskoski Joran T Arculovski, encontró que la amnistía encontraba su límite en los crímenes sobre los cuales el tribunal había asumido competencia. Al respecto manifestó que:

“La Sala de Apelaciones considera que el hecho de que la ARYM concediera amnistía a otros involucrados en el conflicto ARYM-NLA es irrelevante en el presente caso, ya que el tribunal no está obligado por ningún acto de la ARYM que concede amnistía a los involucrados en la ARYM-NLA, conflicto con arreglo al artículo 24 del Estatuto o al artículo 101 del Reglamento. **La Sala de Apelaciones también observa que la legislatura pertinente de la ARYM contiene una disposición que establece que quienes cometieron actos delictivos que caen dentro de la jurisdicción del tribunal están excluidos del otorgamiento de la amnistía.** Por lo tanto, Tarculovski no muestra ningún supuesto error de la Sala de Primera Instancia al no considerar si tal amnistía pudiera haber tenido un impacto en su sentencia”⁶⁰. (Negrilla fuera del texto original).

En sentido similar se manifestó este mismo tribunal en el caso contra Anto Furundzija, en el cual, de hecho, no solo se refirió al límite de las amnistías con las conductas que eran parte de los crímenes de competencia del tribunal, es decir, crímenes internacionales, sino que fue más allá en hacer referencia directa a una norma perentoria del derecho internacional: la prohibición de la tortura.

En el caso contra Anto Furundzija, el tribunal no se enfrentó a una ley de amnistía preexistente, sino que optó por expresar sus opiniones en el obiter sobre una hipotética amnistía por tortura. Así, declaró que una persona podía ser procesada por tortura ante un tribunal internacional, incluso si la acción en cuestión hubiera sido amnistiada. Basó su juicio en su opinión de que la prohibición de la tortura es una “norma imperativa de derecho internacional”. Concluyó que si, según el “valor de jus cogens de la prohibición de la tortura, los tratados o las normas consuetudinarias que prevén la tortura serían nulos y sin valor ab initio”, la legislación nacional que proteja a los torturadores del enjuiciamiento no debe recibir ningún “reconocimiento legal internacional”⁶¹.

60 Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. Sala de Apelaciones en el caso de la Fiscalía contra Ljube Boskoski Joran T Arculovskiki. Sentencia del 9 de mayo de 2010, párr. 220.

61 Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. Sala de Sentencias en el caso de la Fiscalía contra Anto Furundzija. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Párr. 153-155.

Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona hizo un análisis respecto de la validez de las amnistías otorgadas por el Acuerdo de Lomé, según el cual se otorgaba indulto a los combatientes y colaboradores con respecto a las “conductas perpetradas en la consecución de sus objetivos” hasta el momento en que se firmó dicho Acuerdo. En marzo de 2004, la Sala de Apelaciones se vio enfrentada a un cuestionamiento respecto del nivel de vinculatoriedad que podrían llegar a tener las amnistías otorgadas por el Acuerdo.

El tribunal, en este caso, consideró que “tiene derecho, en el ejercicio de su facultad discrecional, a atribuir poco o ningún peso a la concesión de amnistías contrarias a la dirección en la que se está desarrollando el derecho internacional consuetudinario”⁶². El importante avance que hizo con esta decisión se vio después complementado por lo que concluyó en el caso contra Augustine Gbao, en el cual manifestó que había una cristalización de una norma de derecho internacional que busca reconocer que un gobierno no está en condiciones de otorgar amnistías por la comisión de “crímenes graves bajo el derecho internacional”⁶³.

Un escenario similar en cuanto al alcance de las amnistías sucedió en las Salas Extraordinarias para las cortes de Camboya. En junio de 1997, el gobierno de este país pidió ayuda a la Organización de las Naciones Unidas para procesar a los líderes del Khmer Rouge. Durante las negociaciones posteriores entre la ONU y el gobierno, la amnistía fue objeto de disputas. Esto se centró en la insistencia inicial de la ONU en que el Memorando de Entendimiento estableció: “[l]as Partes acuerdan que no habrá amnistía por el crimen de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Una amnistía otorgada a cualquier persona que se encuentre dentro de la jurisdicción de las cámaras no constituirá un obstáculo para el enjuiciamiento”. No obstante, el texto final del Acuerdo concluido en marzo de 2003 terminó por establecer en su artículo 11 que “[e]l Gobierno Real de Camboya no solicitará amnistía o indulto para ninguna persona que pueda ser investigada o condenada por los delitos a que se refiere el presente Acuerdo”, que según el artículo 9⁶⁴ se limitan a: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de las Convenciones de Ginebra.

Como último ejemplo de la regla que a este punto resulta clara, se tiene que el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Libano, al igual que otros de su misma naturaleza, determinó de forma expresa que la existencia de amnistías otorgadas por el gobierno no impiden el ejercicio de la jurisdicción del tribunal⁶⁵.

Ahora bien, la Comisión de Derecho Internacional ha hecho igualmente referencia a la necesidad de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales, en particular crímenes de lesa humanidad, que sugiere que estas conductas no pueden ser amnistiadas. En el Proyecto de Artículos sobre Prevención y Sanción de Crímenes de Lesa Humanidad, actualizado en 2019, se hace especial hincapié en la obligación estatal de propender porque

62 Tribunal Especial para Sierra Leona. Decisión acerca del cuestionamiento a la jurisdicción: Acuerdo de Lomé en Fiscalía contra Morris Kallon, Brima Bazzy Kamara, SCSL-2004-15-PT-060-I, SCSL-2004-15-PT-060-II, Appeal (13 Mar. 2004), párr. 73-84.

63 Tribunal Especial para Sierra Leona. Caso de Fiscalía contra Augustine Gbao, Decisión sobre la moción preliminar sobre la nulidad del acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento del tribunal especial, SCSL-04-15-PT-141 (25 May 2004) párr. 8 y 9.

64 Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya sobre el enjuiciamiento de los delitos cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática con arreglo al derecho camboyano, 6 de junio de 2003, artículo 9 estableció: “La jurisdicción sobre la materia de las Salas Extraordinarias será el crimen de genocidio según se define en la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 1948, los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional y las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y otros crímenes definidos en el Capítulo II de la Ley de Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias, promulgada el 10 de agosto de 2001”, (traducción propia).

65 Estatuto del Tribunal Especial para Libano, artículo 6: La amnistía otorgada a cualquier persona por cualquier delito que sea de la competencia del Tribunal Especial no impedirá el enjuiciamiento.

los sistemas jurídicos locales juzguen y sancionen efectivamente este tipo de conductas, recordando su nivel de gravedad⁶⁶. Si bien los artículos aún se encuentran en etapa preliminar, su redacción por parte de la Comisión de Derecho Internacional implica el reconocimiento de la importancia que la comunidad internacional debe dar a este tema.

Finalmente, por parte de los órganos de la CPI se tiene que en los casos de Afganistán⁶⁷, Libia⁶⁸, Uganda⁶⁹ y Colombia⁷⁰ se han hecho valoraciones respecto de las leyes de amnistía en estos lugares, y aunque el caso más claro es el de Libia, donde la Sala de Cuestiones Preliminares estableció la incompatibilidad de las amnistías por crímenes internacionales con el derecho penal internacional, en las demás decisiones ha puesto especial cuidado a que las amnistías no sean generales, y que como mínimo excluyan los crímenes internacionales de competencia de la CPI.

Por lo tanto, parece existir una regla conformada en el derecho penal internacional respecto de que el límite de las amnistías son los crímenes internacionales.

1.3.2 Alcance del artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra

El artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁷¹ –que resulta aplicable únicamente en conflictos armados no internacionales–, establece que:

“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”⁷². (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, la regla consuetudinaria de DIH 159 establece que las amnistías estarán limitadas por la comisión de crímenes de guerra⁷³. Así, leídas estas dos disposiciones de forma sistemática, se evidencia que el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II contempla la amnistía como la regla general –en tanto insta a su aplicación de la manera más amplia posible a la finalización de las hostilidades– y únicamente contempla como límite la persecución de los crímenes de guerra⁷⁴.

66 Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de Artículos sobre Prevención y Sanción de Crímenes de Lesa Humanidad. Adoptados en su septuagésimo primer período de sesiones, en 2019, y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor de ese período de sesiones (A / 74/10). Disponibles en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf

67 Corte Penal Internacional. PTCIII. Situación en la República Islámica de Afganistán, Public redacted version of “Request for authorization of an investigation pursuant to article 15”, ICC-02/17-7-Conf-Exp, 2017.

68 Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares I. Caso de la Fiscalía contra Saif Al-Islam Gaddafi. “Decisión sobre la impugnación de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gaddafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma”. Sentencia del 5 de abril de 2019, ICC-01/11-01/11, párr. 61, 78.

69 Corte Penal Internacional. PTCIII. Situación en Uganda, Caso la Fiscalía vs. Joseph Icony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, “Decision on the admissibility of the case under article19(1) of the Statute”, ICC-02/04-01/05, 2009.

70 Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Informe sobre las actividades de examen preliminar, Colombia, 2017, párr. 146.

71 Comité Internacional de la Cruz Roja. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 6.5: “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”.

72 Protocolo Adicional II. Artículo 6.5.

73 CICR. Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Regla 159.

74 Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez. La amnistía más amplia posible como regla olvidada del DIH: una discusión a propósito del caso de Gaddafi en la Corte Penal Internacional. En IberICONect (2020) disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2020/12/la-amnistia-mas-amplia-posible-como-regla-olvidada-del-dih-una-discusion-a-proposito-del-caso-gaddafi-en-la-corte-penal-internacional/>

El Comité Internacional de la Cruz Roja, en su comentario al Protocolo Adicional II, estableció que la amnistía más amplia posible del artículo 6.5 tiene como propósito promover los gestos de reconciliación⁷⁵, y así ha sido entendido también por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁷⁶. Esta finalidad muestra que las amnistías no son, de por sí, mecanismos de impunidad, sino por el contrario, son herramientas que coadyuvan al tránsito hacia la reconciliación.

Esta reflexión es de suma importancia en esta sección del documento, en tanto los límites a las amnistías, al menos en procesos de transición de conflictos armados no internacionales, requieren la inclusión del artículo 6.5 en el análisis de la compatibilidad o incompatibilidad de las amnistías con el derecho internacional, ya que estas deben ser lo más amplias posibles, por supuesto salvaguardando los derechos de las víctimas, por ejemplo excluyendo de las amnistías los crímenes internacionales o incluyendo condiciones que permitan un aporte efectivo de los beneficiarios a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

1.3.3 Dificultades derivadas de considerar graves violaciones de derechos humanos como límites a las amnistías

Las amnistías son figuras de naturaleza penal que implican la cesación de los procedimientos penales y que, por lo tanto, se relacionan con principios del derecho penal, como el *ne bis in idem*, que garantiza la seguridad jurídica de las personas sometidas a la jurisdicción penal⁷⁷. Por el contrario, figuras como las graves violaciones a los derechos humanos son extrapenales y no cuentan con los elementos para satisfacer los principios del derecho penal, como el de legalidad, en tanto no cuentan con la claridad y taxatividad requeridas por el derecho penal⁷⁸.

Esta utilización de figuras extrapenales para limitar un beneficio eminentemente penal, que no están completamente determinadas, ya que a la fecha, si bien algunos tribunales de derechos humanos han identificado ejemplos de graves violaciones a los derechos humanos⁷⁹, no han establecido una lista taxativa de estos, puede generar graves riesgos. En primer lugar, respecto del beneficiario, porque su seguridad jurídica se vería afectada en tanto, que podrían agregarse nuevas conductas a las consideradas graves violaciones a los derechos humanos, dejando en vilo la estabilidad de su beneficio.

En segundo lugar, respecto de los Estados que atraviesan una negociación, por ejemplo en escenarios de transición de conflicto armado a paz, porque no se tendrán claros los límites a su discrecionalidad en la negociación, generando escenarios de inseguridad respecto de los acuerdos que se puedan alcanzar de cara a las obligaciones internacionales y posibles intervenciones de órganos judiciales internacionales en los modelos transicionales.

75 CICR. Comentarios al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>.

76 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616.

77 Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del Deber de Investigar, Juzgar y Sancionar en Transiciones del Conflicto Armado a una Paz Negociada: Convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, *Revista del Derecho del Estado* (2020).

78 Elementos que hacen parte del principio de legalidad desarrollado por el artículo 22 del Estatuto de Roma. Véase, también: Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, 2005, pp. 140 y ss.

79 Ver por ejemplo: Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219; Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

1.3.4. Conclusiones

Con base en todo lo anterior, no cabe duda entonces de que en lo que a amnistías se refiere, respecto del DPI, el límite para su concesión por parte de un Estado está dado por la comisión de conductas que constituyen crímenes internacionales. Esta ha sido la forma unificada en la que la jurisprudencia de la CPI y, en general, de los tribunales penales internacionales han entendido los límites de las amnistías y, por lo tanto, la posibilidad de conocer casos en los que haya operado una amnistía, pero esta al referirse a crímenes internacionales resulta inoponible a estos tribunales internacionales.

Aunque hay diferentes apreciaciones respecto del límite de las amnistías, considerando las reglas del DIH, en especial el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II, y los riesgos que implica considerar figuras como las graves violaciones a los derechos humanos como límites a las amnistías, parece coherente con los objetivos del DPI limitar el otorgamiento de amnistías, en especial en los casos de transición de conflicto armado a la paz, solo respecto de las conductas que no constituyan crímenes internacionales.

2. El examen preliminar de la Fiscalía de la CPI respecto del caso colombiano

La situación del contexto del conflicto armado colombiano ha sido objeto de examen preliminar por parte de la Fiscalía de la CPI desde junio de 2004. Ese examen preliminar se concentra en los “presuntos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto armado entre fuerzas gubernamentales, grupos armados paramilitares y grupos armados rebeldes, incluidos los crímenes de lesa humanidad de asesinato, traslado forzoso de población, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, los crímenes de guerra de asesinato, ataques intencionales contra civiles, tortura, otro trato cruel, ultrajes a la dignidad personal, toma de rehenes, violación y otras formas de violencia sexual, así como el uso de niños para participar activamente en las hostilidades”⁸⁰.

El examen preliminar de la Fiscalía de la CPI se encuentra en fase de admisibilidad, y en ese sentido actualmente la Fiscalía hace seguimiento a la existencia y genuinidad de los procesos adelantados internamente para verificar si se justifica solicitar la apertura de una investigación formal a las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI⁸¹. Por lo tanto, la Fiscalía ha realizado un seguimiento detallado de los distintos modelos de justicia que operan en Colombia, incluido el de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)⁸².

Para efectos del presente documento, y por su énfasis en el actual modelo transicional, se realizará un recuento específico de los informes de 2016 a 2020, ya que en estos se han realizado valoraciones concretas del modelo transicional desarrollado a partir del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

En este sentido, realizamos un recuento de los temas principales a los que se ha referido la Fiscalía de la CPI en sus reportes de examen preliminar:

⁸⁰ Corte Penal Internacional. Examen preliminar de Colombia (generalidades), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/colombia>.

⁸¹ Estatuto de Roma. Artículo 15.

⁸² Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examen preliminar de 2020 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 110, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf>.

- **Los fenómenos sobre los que la CPI muestra particular interés**

La Fiscalía de la CPI ha identificado casos potenciales que constituyen el foco de su examen preliminar. Estos son: i) Procedimientos relativos a la promoción y la expansión de los grupos paramilitares; ii) Procedimientos relativos a desplazamientos forzosos; iii) Procedimientos relativos a los delitos sexuales, y iv) Casos de ejecuciones extrajudiciales que han sido conocidas como “falsos positivos”. Además, la Fiscalía decidió: v) Hacer un seguimiento al marco jurídico para la paz y otros desarrollos legislativos pertinentes, así como a los aspectos jurisdiccionales relativos a la emergencia de “nuevos grupos armados ilegales”⁸³.

Respecto de estas conductas en particular, solicitó información adicional a las autoridades colombianas. Ahora bien, la preocupación de la Fiscalía de la CPI sobre estos temas se ha expresado en los distintos informes analizados (2016-2020).

En su informe más reciente (2020), la Fiscalía de la CPI reconoció que “la Fiscalía General de la Nación y la JEP brindaron respuestas a pedidos de información relativos al estado de los procedimientos nacionales sobre las muertes de “falsos positivos”, delitos sexuales y por motivos de género y desplazamientos forzosos. Además, las autoridades brindaron información relativa a los procedimientos que abordan la promoción y expansión de los grupos paramilitares y guerrilleros”⁸⁴.

A groso modo, concluyó que “la información analizada desde noviembre de 2020 indica que las autoridades colombianas en general han adoptado pasos significativos para abordar conductas que constituyen crímenes de la CPI”⁸⁵. No obstante esta conclusión positiva del último informe, los modelos de justicia en Colombia, y en especial la JEP, deberá prestar especial atención a los casos que investigue que se relacionan con estos fenómenos de particular interés de la Fiscalía, por ejemplo en los ejercicios de priorización y selección de casos.

- **Coordinación entre entidades**

La Fiscalía de la CPI expuso que concentraría su supervisión futura en la verificación sobre la autenticidad de las labores de investigación que esté adelantando la Jurisdicción Especial para la Paz, la justicia ordinaria y los tribunales de Justicia y Paz, así como la forma en que las tres autoridades trabajan en conjunto. Adicionalmente, decidió que haría una supervisión contextual y legislativa de eventos que pudieran afectar la efectiva ejecución de la operación de la totalidad de las autoridades mencionadas⁸⁶.

En su último informe mencionó haber recibido información de organizaciones de la sociedad civil expresando preocupaciones por una supuesta falta de coordinación entre las tres autoridades mencionadas. Por ello, destacó la necesidad de estandarizar las actividades investigativas entre todos los macrocasos que desarrolla la JEP, así como de establecer criterios claros para evaluar las contribuciones a la verdad⁸⁷.

83 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2012 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285102/OTPCOLOMBIAPublicInterimReportNovember2012.pdf>

84 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2020 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 110, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf>.

85 Ibidem, párr. 152.

86 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2019 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>.

87 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2020 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf>.

- **Preocupaciones concretas de la JEP**

A lo largo de estos cuatro años la Fiscalía de la CPI ha ido incluyendo preocupaciones concretas respecto de asuntos relacionados con la JEP. Algunas de las más relevantes son:

- » **Respecto de la Ley de Amnistía:** la Fiscalía de la CPI ha hecho especial énfasis en que deben excluirse de las amnistías los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra con arreglo al Estatuto de Roma⁸⁸.
- » **Respecto de la figura de responsabilidad de mando,** en particular como fue entendida en el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, en la medida en que consideró que “podría interpretarse de modo de restringir el concepto de responsabilidad del mando en contraposición al derecho internacional consuetudinario y al Estatuto”⁸⁹, estableciendo que quedaría en manos de los magistrados de la JEP la adecuada aplicación de dicha figura de atribución de responsabilidad⁹⁰. Sin embargo, respecto a este tema no se volvió a referir en los reportes preliminares subsiguientes (2019 y 2020).
- » **Identificación, selección y priorización de casos:** la Fiscalía de la CPI ha mencionado en reiteradas ocasiones⁹¹ que el esclarecimiento de los criterios que permitirían determinar las pautas a seguir para el esclarecimiento de los casos con los cuales la JEP iniciaría y continuaría su labor eran de especial interés para la CPI.

En su reporte de 2019⁹², la Fiscalía concluyó que las autoridades colombianas habían dado pasos significativos en el cumplimiento de su labor de investigar, juzgar y sancionar, particularmente en la selección o escogencia de los casos con que inició esta labor y desarrolló esta obligación.

- » **La legitimidad de las labores de investigación, juzgamiento y sanción adelantadas por la JEP:** la Fiscalía de la CPI advirtió que sería de fundamental importancia prestar especial atención a: i) La existencia de lagunas en el alcance de los procesos nacionales que puedan poner en tela de juicio su autenticidad, y ii) La imposición de sanciones que sean realmente efectivas, es decir, que atiendan a la naturaleza de la conducta que se está juzgando, pero tengan igualmente en cuenta el impacto que ello puede tener en las víctimas⁹³.

88 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2016 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> ; Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2017 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 146, disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE-COLOMBIA_SPA.pdf.

89 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2018 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 155-157, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>.

90 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2018 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 155-157, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>.

91 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2017 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones); Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2018 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones).

92 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2019 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>.

93 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2019 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones).

3. Retos y oportunidades que se derivan del DPI en relación con el modelo transicional colombiano

El modelo transicional colombiano, derivado del Acuerdo de Paz entre las Farc-Ep y el Gobierno Nacional, es una guía con un alto componente internacional, no solo porque en su diseño se tomó en consideración el derecho internacional, sino porque sus entidades tienen el mandato expreso de aplicarlo⁹⁴. Por tener especial impacto, este documento se concentrará en el componente de justicia y en la entidad principalmente encargada de este componente: la JEP⁹⁵. Así, aunque por supuesto existen múltiples retos y oportunidades, nos enfocamos en los retos y las oportunidades relacionados con cada uno de los elementos resaltados en la primera sección del documento.

3.1 En relación con la genuinidad de las investigaciones

Como se vio en la sección anterior, la Fiscalía de la CPI ha realizado un seguimiento constante de los trámites adelantados en la JEP. En este punto se hará énfasis en los elementos que podrían generar más retos respecto de esta genuinidad y, por lo tanto, podrían tener un mayor impacto en la admisibilidad de eventuales casos ante la CPI.

- » **Respecto de la razonabilidad en los plazos:** la JEP tiene como mandato abordar las conductas ocurridas con ocasión, por causa o en relación con el conflicto armado interno que ocurrieron antes del 1° de diciembre de 2016⁹⁶. Esto implica que tiene un margen temporal muy amplio en sus investigaciones. En ese sentido, muchos de los casos investigados por la JEP ya han sobrepasado cualquier espacio temporal que podría considerarse razonable para las investigaciones (especialmente por el tiempo que ya había transcurrido en la justicia ordinaria).
- » Sobre este punto, sin embargo, vale la pena mencionar que la CPI solo tendrá competencia respecto de las conductas que constituyan crímenes de guerra ocurridas desde 2009 y aquellas que constituyan crímenes de lesa humanidad desde 2002⁹⁷. Por lo tanto, esta razonabilidad en el plazo solo tendrá un impacto en la admisibilidad respecto de los casos que hayan ocurrido después de ese marco temporal.
- » Aunque la CPI no ha hecho mayores valoraciones sobre el plazo de las investigaciones, otros órganos como la CortelDH han expresado la necesidad de valorar este plazo razonable en las investigaciones en escenarios complejos como los de justicia transicional⁹⁸. Por lo tanto, aunque constituye un reto de la mayor entidad, y en ese sentido la JEP debe actuar con la mayor celeridad posible, existen elementos que permitirán valorar de forma más flexible el cumplimiento de este elemento por parte de la JEP.

94 Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019, artículo 23: "DERECHO APLICABLE. Para efectos del SIVJRN, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias, harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en las normas de la parte general y especialmente del Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad".

95 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Punto 5, acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

96 Congreso de Colombia. Acto Legislativo N° 01 de 2017, artículo transitorio 5.

97 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 11.

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017.

- » **Respecto de las sanciones:** el modelo sancionatorio de la JEP es complejo, incluyendo sanciones ordinarias, alternativas y propias⁹⁹. Estas últimas generan mayores retos, en tanto no contemplan penas carcelarias. Así las cosas, como se explicó anteriormente, el Fiscal Adjunto de la CPI ha señalado que sanciones manifiestamente inadecuadas podrían viciar la genuinidad de los procesos penales nacionales y que estas deben al menos ser proporcionales respecto de la gravedad de las conductas y el grado de responsabilidad¹⁰⁰.

En ese sentido, constituye un importante reto para la JEP diseñar sanciones que, aunque no sean carcelarias, permitan cumplir con el estándar de proporcionalidad, especialmente en tanto se trata de conductas que constituyen crímenes internacionales. De lo contrario, los grandes esfuerzos realizados en la investigación y el juzgamiento podrían resultar inocuos, y en virtud de la sanción abrir el paso a una investigación por parte de la CPI.

No obstante estos retos, el modelo de la JEP genera importantes oportunidades en relación con el DPI. En primer lugar, el modelo complejo de fuentes que incluye la posibilidad de aplicación directa del DPI y del derecho internacional humanitario¹⁰¹, permite que las investigaciones y los juzgamientos en la JEP se hagan en los mismos términos que en órganos internacionales como la CPI, pudiéndose imputar crímenes internacionales, algo que puede ser bien valorado por órganos internacionales.

En segundo lugar, la existencia de un sistema integral que respalda el componente de justicia puede coadyuvar a la investigación integral de los hechos y las conductas, y a la garantía de forma integral de los derechos de las víctimas¹⁰². Finalmente, el principio de centralidad de las víctimas¹⁰³ permite evidenciar la mejor situación en la que se encuentra el sistema colombiano para abordar los derechos a la justicia, verdad y reparación de las víctimas. Esto en tanto, si bien la CPI tiene un modelo de protección y representación de las víctimas¹⁰⁴, no tiene la amplitud e integralidad que se buscan en la participación de víctimas en la JEP¹⁰⁵.

3.2 Respecto de la selección y priorización

Aunque como se mencionó con anterioridad el modelo de selección y priorización de la CPI no debe ser replicado en las jurisdicciones nacionales, los modelos de selección diferenciados pueden generar retos en relación con la investigación. A continuación se presentan dos que se consideran los más relevantes:

99 Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019. Título IX. Artículos 126, 128 y 130.

100 James Stewart (Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional). El rol de la Corte Penal Internacional en el proceso de justicia transicional en Colombia, Bogotá y Medellín, 2018 supra Juana Inés Acosta López y Ana María Idárraga Martínez, Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones del conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Revista del Derecho del Estado (2020), pág. 90.

101 Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019, artículo 23.

102 Acto Legislativo 01 de 2017.

103 Congreso de Colombia. Ley 1922 de 2018, artículos 3 y 2. Congreso de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017, parágrafo de artículo transitorio 12. Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019, artículo 13.

104 Corte Penal Internacional. Guía para la participación de las víctimas en procesos ante la Corte Penal Internacional, disponible en: https://www.icc-cpi.int/about/victims/Documents/VPRS_Victim-s_booklet.pdf.

105 Jurisdicción Especial para la Paz. Manual de Participación de Víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz (2020), disponible en: <https://www.jep.gov.co/Infografias/participacion/manualparticipacion.pdf>

- » **La priorización realizada por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad antes de la selección:** como se señaló anteriormente, el modelo de priorización de la CPI implica que este proceso se realiza luego de la selección de casos. No obstante, en el modelo colombiano la Sala de Reconocimiento ha venido haciendo la priorización de casos nacionales y territoriales antes de la selección¹⁰⁶. Este modelo implica que, en la práctica, la Sala está determinando cuáles patrones y hechos serán investigados, lo que puede ser interpretado como una selección de casos de facto.

Esta situación puede tener especiales implicaciones si los casos priorizados no se corresponden con aquellos que han venido siendo de interés de la Fiscalía de la CPI, por ejemplo, a la fecha no hay un caso sobre desplazamientos forzados o violencia sexual, ambas situaciones que han sido señaladas como de interés por parte de la Fiscalía de la CPI desde su informe preliminar en 2012¹⁰⁷.

- » **Las implicaciones de las formas de atribución de responsabilidad en la selección de máximos responsables:** en el ordenamiento jurídico de la JEP se incluyó una versión modificada de la figura de responsabilidad de mando¹⁰⁸, en la que solo se configura esta responsabilidad si los actos son conocidos efectivamente por los superiores. Por su parte, en el DPI la responsabilidad de mando permite el conocimiento inferido, esto es que las conductas se pueden imputar a los superiores no solo cuando conocen los hechos, sino cuando hubieran debido conocer¹⁰⁹. Esto implica una importante restricción en la figura de responsabilidad de mando en el ordenamiento colombiano.

Esta cuestión puede tener implicaciones en la posibilidad de atribuir responsabilidad a los máximos responsables, en tanto por la falta de prueba del conocimiento real, algunos podrían ser excluidos de la atribución de responsabilidad por parte de la JEP, lo que podría implicar discrepancias con los que la Fiscalía de la CPI considere máximos responsables y les pueda atribuir responsabilidad de acuerdo con el artículo 28 del Estatuto de Roma.

- » **El especial interés de la Fiscalía de la CPI en los terceros:** en los últimos informes del examen preliminar la Fiscalía de la CPI ha mostrado un especial interés en la investigación de los hechos cometidos por terceros, en especial en relación con la promoción y el financiamiento del paramilitarismo¹¹⁰. Este interés genera un reto respecto del diseño estructural de la JEP, ya que desde la Sentencia C-674 de 2017 la Corte Constitucional determinó que la competencia de la JEP respecto de los terceros estaría supeditada a su sometimiento voluntario. Por lo tanto, la investigación de estos hechos y la

106 Los casos priorizados por la Jurisdicción Especial para la Paz son: 1) Retención ilegal de personas por parte de las Farc-Ep. 2) Prioriza la situación territorial en Ricaurte y Tumaco. 3) Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. 4) Situación territorial en la región de Urabá. 5) Prioriza situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca. 6) Victimización de miembros de la Unión Patriótica. 7) Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas determinó cuáles eran los criterios y la metodología que utilizaría para la priorización de casos y situaciones, dentro de los cuales tuvo en cuenta: i) Criterio subjetivo de impacto (condición de vulnerabilidad de las víctimas, impacto diferenciado en pueblos étnicos y sus territorios, impacto diferenciado en otros sujetos colectivos y la representatividad de los presuntos responsables), y ii) Criterio objetivo de impacto (la gravedad de los hechos, la magnitud de la victimización y la representatividad de los hechos). Al respecto, consultar el documento de criterios de priorización: <https://www.jep.gov.co/DocumentosJEPWP/5CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>.

107 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2012 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), párr. 197-224.

108 Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019, artículo 67.

109 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 28. Ver también Comité Internacional de la Cruz Roja. Regla consuetudinaria 153: "Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables".

110 Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Reporte sobre examinación preliminar de 2020 (caso Colombia: conclusiones y recomendaciones), disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf>.

atribución de estas responsabilidades, en principio, se mantienen en cabeza de la Fiscalía General de la Nación¹¹¹. Así las cosas, si se quiere abordar la preocupación de la Fiscalía de la CPI, en especial respecto de los máximos responsables que tienen la calidad de terceros, deberá promoverse una activa coordinación entre la JEP y la Fiscalía General de la Nación para que los hechos cometidos por estos responsables no queden impunes.

Ahora bien, el modelo de selección aplicado por la JEP, al ser estructurado, con criterios predeterminados¹¹² y no una selección de facto como la que ocurre en muchos sistemas jurídicos ante la imposibilidad de investigar y juzgar todos los hechos y a todos los responsables¹¹³, genera una oportunidad muy importante para el reconocimiento de este tipo de modelos por órganos internacionales y, en especial, por la CPI. Así las cosas, de ser aplicado adecuadamente en la práctica, el modelo de selección podría ser bien valorado por la CPI, en aplicación del principio de complementariedad.

3.3. Respeto de las amnistías

Sobre este punto vale la pena empezar por mencionar que el modelo de amnistías diseñado y hasta ahora implementado por la JEP cuenta con importantes características que apoyan su conformidad con el derecho internacional y, en especial, con el derecho penal internacional. Así las cosas, la Ley 1820 de 2016 estableció un modelo de amnistías condicionadas a la coadyuvancia de los comparecientes a la garantía de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas¹¹⁴. Asimismo, desde la Ley de Amnistía se excluyeron expresamente de las amnistías los crímenes internacionales y otras conductas que pueden constituir graves violaciones a los derechos humanos¹¹⁵.

Por lo tanto, prima facie, puede concluirse que el modelo de amnistías e indultos cumple con el derecho penal internacional y resulta en una oportunidad del Sistema para avanzar en la construcción de modelos respetuosos de los derechos de las víctimas.

No obstante, hay una cuestión que puede generar importantes retos respecto del derecho penal internacional, y es la consecuencia establecida en el artículo 19 de la Ley Estatutaria en relación con las conductas y los responsables que no sean seleccionados:

“La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”¹¹⁶.

111 Congreso de Colombia. Ley 1957 de 2019, artículo 63.

112 Ibidem, artículo 19.

113 Consejo de Seguridad Naciones Unidas. Resolución 1503 de 2003. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1534 de 2004.

114 Congreso de Colombia. Ley 1820 de 2016, artículo 6.

115 Ibidem, artículo 23, excepciones: “En ningún caso serán de amnistía o indulto únicamente delitos que correspondan a las conductas siguientes:

a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables. b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión son aquellos que no hayan sido cometidos en contexto y debido a la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”.

116 Ley 1957 de 2019. Artículo 19.

Esta renuncia a la persecución penal, por sus efectos, corre el riesgo -de no ser aplicada debidamente- de ser interpretada como una amnistía encubierta en relación con personas que han participado en crímenes internacionales, aunque no sean máximos responsables, o respecto de hechos que pueden constituir crímenes internacionales, pero que no hayan sido seleccionados. En tal sentido, para la JEP será un importante reto realizar una selección adecuada, con criterios de representatividad y que garanticen en la mayor medida posible la investigación de los hechos más graves y representativos, y de los máximos responsables, para evitar que esta renuncia a la persecución penal se constituya en un obstáculo al cumplimiento adecuado de sus funciones y una causa para la intervención de órganos internacionales.

