

Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la ley de justicia y paz.

Beatriz Cuervo Criales

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2011

Fecha de aceptación: Noviembre 15 de 2011

Introducción

El Estado debe actuar dentro de ciertos límites que no puede traspasar: dentro de los parámetros de los derechos fundamentales, dentro del marco de la ponderación de derechos y en el marco del principio de proporcionalidad. Debe considerar el papel que juega la sociedad dentro de este contexto de imposición de castigo; y, a partir de criterios de racionalidad y razonabilidad, delimitar el ámbito de acción del ejercicio del *ius puniendi*, con fundamento en la garantía de protección de los derechos de todos los ciudadanos; inclusive de aquellos que han infringido la ley penal.

La pena entonces, debe ser racional; entendida la racionalidad como la coherencia interna del discurso jurídico penal y su valor de verdad en cuanto a la operatividad social, acorde con principios reguladores de ponderación y proporcionalidad, dentro del marco de la imposición de la pena como *ultima ratio*¹.

1 ZAFARONNI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal. Editorial Temis. Refiriéndose a la Utópica legitimidad del sistema penal, Zafaronni considera que "el sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidad del mismo entendemos la característica que le otorgaría su racionalidad. El poder social no es algo estático, que se "tiene", sino algo que se ejerce -un ejercicio -: y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente"

"Si ese discurso jurídico penal fuese racional y el sistema penal operase conforme al mismo; el sistema penal sería legítimo".

Roxin dice acertadamente: *“La imposición de una pena por ser la más dura restricción de la libertad del ciudadano de que dispone el Estado, únicamente se puede legitimar cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbación social, mediante medidas menos duras de política social”*.

Es por esto que cuando se suscribe un tratado internacional y se acepta un estatuto como el Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, debe existir coherencia en estos postulados, entre el derecho interno y el derecho internacional.

El Estatuto de Roma como parte del ordenamiento del derecho penal internacional tiene competencia para el procesamiento y juzgamiento de personas que han cometido el crimen de genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, bajo el presupuesto de que la gravedad de estos crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y en consecuencia, son crímenes que no deben quedar sin castigo para poner fin a la impunidad de los autores y contribuir a la prevención de nuevos crímenes.

El Estatuto de Roma dentro de su normatividad establece de manera clara y firme que la pena a imponer por esta clase de crímenes contra la humanidad está configurada como prisión, inclusive hasta la imposición de la cadena perpetua, dependiendo de la gravedad y del autor.

Por su parte la ley de Justicia y Paz, consagra una pena alternativa que oscila entre cinco y ocho años para aquellos autores de crímenes contra la humanidad, en virtud de los principios de verdad, justicia y reparación.

Frente a este aspecto en particular se plantea un problema que consideramos es necesario abordar y es determinar hasta qué punto la Corte Penal Internacional puede asumir competencia sobre crímenes que hayan sido de conocimiento de ley de Justicia y Paz.

Surge entonces el interrogante: *¿Será que estos estándares contenidos en el Estatuto de Roma son compatibles con los presupuestos de la ley de justicia y paz: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición?*

Para dilucidar o por lo menos hacer una reflexión sobre el particular se hace mención a los diferentes crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, para identificar si en Colombia se han presentado o no estas conductas delictivas; igualmente, se hace una breve presentación de los principios de la ley de Justicia y Paz y finalmente, encontramos contradicciones que en principio son irreconciliables, pero que de todas maneras ameritarían un estudio más profundo, como el fundamento epistemológico de la justicia retributiva, frente a la justicia transicional; la afectación al principio de igualdad y la prevalencia de la paz para disminuir ostensiblemente el castigo en virtud de la justicia transicional, entre otros.

Con este escrito se pretende hacer una reflexión sobre estos temas que son tan importantes para el país, pero especialmente, que van a tener que ser abordados en un futuro no muy lejano por la Corte Penal Internacional.

Alcance y ámbito de competencia de la corte penal internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la Ley de Justicia y Paz.

Para que los crímenes de mayor gravedad para la humanidad no queden sin castigo; para poner fin a la impunidad de esos crímenes y para garantizar la justicia internacional, la Organización de las Naciones Unidas creó La Corte Penal Internacional como complemento de las jurisdicciones penales nacionales, cuando la justicia nacional de un Estado Parte no sea aplicada de manera eficaz en su jurisdicción interna sobre personas que han cometido crímenes graves de connotación internacional.

El castigo, la justicia y la no impunidad son los presupuestos fundamentales para la en-

trada en vigencia del Estatuto de Roma. *¿Será que estos estándares son compatibles con los presupuestos de la ley de justicia y paz: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición?*

Para dilucidar este interrogante es necesario, en primera instancia hacer claridad sobre la competencia funcional que le ha sido atribuida a la Corte Penal Internacional.

Competencia funcional de la Corte Penal Internacional

El artículo 5 del Estatuto de Roma preceptúa que los crímenes de competencia de la Corte Penal son:

- a) El crimen de Genocidio
- b) Los crímenes de lesa humanidad
- c) Los crímenes de Guerra
- d) El crimen de agresión.

a) El Crimen de Genocidio².

Según la Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena.

La palabra “genocidio” que denota el crimen internacional constituido por la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros, nace después de la segunda guerra mundial, como reacción contra los intentos del Nacional Socialismo para exterminar al pueblo judío, lo que conllevó a la creación de la “*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*” que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 260^a de

2 El jurista Rafael Lemkin, en 1944, a inventar el neologismo “genocidio”, uniendo la palabra griega “genos” (raza) y el sufijo latino “cide” (matar).

11 de diciembre de 1.948, abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en la misma Resolución 260 A (III), que entró en vigor el 12 de enero de 1.951, de conformidad con el artículo XIII.

A este respecto debe además mencionarse que este cuerpo normativo, está integrado, por una parte, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, a su turno, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es “*la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes*”.

A la luz de la Convención³ se entiende por genocidio la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de los niños del grupo a otro grupo; perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

b) Los crímenes de lesa humanidad.

Crimen de lesa humanidad se refiere a actos⁴ que se cometen como parte de un acto generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta im-

3 Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

4 Asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación; esclavitud sexual; prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos

permisible. Necesariamente se requiere un "Ataque contra la población civil" esto no significa un ataque militar, lo que significa es que la "política de cometer estos actos" requieren que el Estado o la organización promueva o aliente un ataque de esa índole contra la población civil. Dicha política se lleva a cabo mediante la acción del Estado o la organización o por omisión deliberada de actuar dirigido conscientemente a alentar un ataque de este tipo.

c) Crímenes de guerra⁵.

Para que se configure un crimen de guerra no se exige que el autor tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que

el conflicto tenga carácter internacional o no internacional, únicamente se exigen el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, esto significa que no es necesaria una declaración formal de la existencia o no del conflicto, sino que el aspecto factico es suficiente.

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes que incluyen las Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y las demás conductas contemplada en el artículo 8 del Estatuto.

políticos; raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; el crimen de Apartheid.

- 5 Artículo 8 del Estatuto de Roma. i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al

derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y accio-

Sobre los crímenes de guerra, el gobierno colombiano se acogió al artículo 124 del Estatuto, en cuanto no sería competencia de la Corte Penal Internacional estos crímenes, sino siete años después de entrada en vigencia del Estatuto de Roma al país.

Los principios de la Ley de Justicia y Paz.

En desarrollo de los principios de verdad, justicia y reparación, la ley de Justicia y Paz busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados

al margen de la ley que garanticen los derechos a las víctimas y regula todo lo relacionado con la investigación, procesamiento, sanción y beneficios de los postulados pertenecientes a grupos armados al margen de la ley como autores o partícipes de hechos ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos.

Los principios que orientan esta ley están determinados por:

La verdad. La sociedad y las víctimas tienen derecho a conocer los delitos cometidos por estos grupos y el paradero de las víctimas de secuestro, tortura o desaparición forzada

nes de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Veneno o armas envenenadas; xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de

los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

da. Ha sido reconocido por la comunidad internacional como un principio inalienable que ha sido trabajado desde dos perspectivas: la individual y la colectiva. En su faceta individual el derecho a conocer la verdad es reconocido respecto de las personas que padecieron las violaciones, sus familiares y allegados, como el derecho a saber la verdad de lo ocurrido. Desde el punto de vista colectivo, el derecho a conocer la verdad ha sido denominado como el derecho a saber y parte de la concepción de que los pueblos tienen el derecho a conocer su historia y con ella, los motivos por los que se presentaron las graves violaciones a los derechos humanos y las circunstancias en las que las mismas se dieron.

La justicia. Prima facie se desarrolla en la medida en que la Fiscalía debe realizar una investigación que conduzca a la identificación, captura y sanción de los de los responsables de estos delitos, como una connotación del acceso a la justicia por parte de las víctimas. Sin embargo, el principal aspecto es el carácter de justicia transicional como principio fundacional de la ley de justicia y paz.

La justicia transicional⁶ JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de JTr se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos (en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz) negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de JTr se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el

imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.

Es por lo anterior que el vocablo JTr sólo empezó a ser utilizado, como tal, hace algo más de veinte años. En efecto, si bien transiciones (sobre todo de la guerra a la paz) han existido muchas a lo largo de la historia, y aún cuando el siglo veinte evidenció con las posguerras mundiales dos de los periodos transicionales más importantes, ninguna de estas transiciones le otorgó a la exigencia de justicia el significado específico que hoy tiene dentro del paradigma de JTr.

Igualmente en un documento elaborado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, llamado “¿Justicia transicional sin transición?. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia” se puntualiza: “De ahí que pueda afirmarse que, en el marco de un proceso transicional basado en negociaciones de paz entre actores armados, así como la impunidad resulta una opción imposible, desde el punto de vista ético y jurídico, la posibilidad de una justicia retributiva plena parece también quedar excluida. Ello no obsta, sin embargo, para que las fórmulas específicas ideadas para lograr una transición exitosa puedan incluir exigencias importantes de justicia retributiva, así como dosis sustanciales de perdón”

“De hecho, si algo queda claro al evidenciar las tensiones insertas en este tipo de procesos es que no existen fórmulas únicas satisfactorias para superarlas. Todas las estrategias de justicia transicional implican necesariamente el sacrificio de

6 Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, La justicia de transición, “JTr”,

alguno de los valores en tensión, pues deben adecuarse a las relaciones específicas de fuerza existentes entre los actores y a las posibilidades de compromiso propias de cada contexto. Ello hace que cada sociedad deba diseñar su propia fórmula de justicia transicional, de acuerdo con los condicionamientos políticos y jurídicos impuestos por el entorno en cuestión”

Por su parte la Corte Constitucional en su sentencia C-370 del 2006 señaló que *“la anterior declaración –se refiere a la dada por el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe anual correspondiente al año 2004⁷– pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático ... Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados*

⁷ Declaración que sostuvo *“...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.”* Tales mecanismos, agregó, *“pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.”*

en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”.

Sobre este aspecto tan controvertido de justicia, se presenta una contradicción dialéctica, prácticamente irreconciliable. Mientras que la Justicia retributiva es criterio fundamental del Estatuto de Roma, cuando en el preámbulo se afirma que *“... los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo...”* y *“Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la comunidad”*; la justicia transicional tiene como pilar la búsqueda de la paz, cuando preceptúa en el artículo 1 de la ley 975 de 2005 que *“La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz...”* y plantea en esencia la alternatividad penal como un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir la pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años.

Este contenido de justicia, la primera retributiva y la segunda transicional implica necesariamente una gran contradicción desde el punto de vista epistemológico de la razón de ser del derecho penal: La imposición del castigo. Si bien en el Estatuto de Roma estipula como uno de los pilares la imposición del castigo y la lucha contra la impunidad, la ley de justicia y paz no exime de castigo a los condenados, sino que busca una pena alternativa que oscila entre 5 y 10 años. Lo que sucede es que contrario a los principios del preámbulo del Estatuto, la pena alternativa no se compadece con los criterios de no impunidad y castigo por crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Esto, teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma nació, precisamente, teniendo en

cuenta que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y promueven profundamente la conciencia de la humanidad,” y esta ha sido la situación en Colombia durante décadas, las atrocidades en contra de millones de personas por parte de grupos al margen de la ley y por parte del mismo Estado.

Es necesario, entonces ponderar a la luz de las diferentes connotaciones sobre la justicia, si se da prevalencia al criterio de justicia retributiva o impera el concepto de justicia transicional. Pero una cosa es la ponderación que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 en la cual considera que los dos criterios son complementarios el uno del otro, cuando para justificar “la búsqueda de la Paz”, no escatima en encontrar ajustado a derecho la imposición de una pena por delitos de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de Estado con una pena de entre 5 y 8 años de prisión y otra cosa, es cuando la Corte Penal Internacional, finalmente, tenga que pronunciarse sobre algún caso en particular sobre estos delitos de gravedad para toda la comunidad.

Dentro de este mismo contexto la fundamentación epistemológica de la justicia, La legislación penal ordinaria⁸ establece para los delitos de mayor gravedad una pena máxima de 50 años de prisión y cuando existe concurso de delitos la pena alcanzará hasta 60 años. Verbigracia, si una persona es condenada por un delito de homicidio agravado en concurso con hurto y porte ilegal de armas, podrá hacerse merecedora a una pena de 60 años; si una persona que nunca ha delinquido se hurta un celular la pena parte de un mínimo de doce años de

prisión; pero si un integrante de un grupo armado al margen de la ley “durante y con ocasión” de su permanencia en el mismo, ha cometido múltiples homicidios, genocidios, masacres, desapariciones forzadas, torturas, etc., y delitos de lesa humanidad, en virtud de la ley 975 de 2005 podrá ser condenado con pena alternativa de entre cinco y hasta ocho años de privación de la libertad.

Una vez expedida la ley de justicia y paz, los colombianos nos hemos preguntado hasta qué punto se afecta el principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Carta política. Tal como lo afirmamos en pretérita oportunidad⁹, Estamos convencidos de ello. El patrón valorativo de la igualdad determina, *prima facie*, que los casos semejantes deben recibir el mismo tratamiento y los diferentes deben ser objeto de trato distinto. El principio constitucional¹⁰ de la igualdad y el derecho subjetivo que de allí se deriva debe complementarse con un elemento valorativo que permita establecer una clasificación de lo igual y lo desigual. Tal referente valorativo, dice la Corte Constitucional¹¹, se conoce como “patrón de igualdad”. Las consideraciones sobre la igualdad siempre conducen al análisis de la relación entre los hechos y el referente valorativo¹², esto es, que el principio de igualdad relaciona las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o patrón de igualdad.

8 Ley 890 de 2004. Artículo 1°. El inciso 2° del artículo 31 del Código Penal quedará así: “En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”. Artículo 2°. El numeral 1 del artículo 37 del Código Penal quedará así: “1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”.

9 LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y LA DEFENSA PÚBLICA. Beatriz Cuervo Criales. LA FUNDAMENTACION EPISTEMOLOGICA DEL CONCEPTO DE JUSTICIA EN EL MARCO DE LA LEY 975. Revista de la Defensoría Pública de Colombia NO 10. 2007.

10 Ídem Art. 13

11 CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia No T-230 de 1994. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ídem. T.230/94 “No sobra agregar que, desde una perspectiva global de la justicia, dicho referente también debe estar en conformidad con valores aceptados. Como dice Ch. Perelman, nunca podrá decirse de un médico de Auschwitz que actuó con justicia al respetar la disposición que lo obligaba a enviar a la cámara de gas a los menores de 14 años1

La reparación.

La reparación consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos generados con la violación a los derechos de las víctimas, su naturaleza y monto dependerá de los daños materiales o inmateriales ocasionados y no podrá implicar ni empobrecimiento no enriquecimiento para la víctima y sus sucesores¹³, razón por la cual deberán ser proporcionales con las violaciones cometidas.

En el supuesto de reparaciones, al igual que los derechos anteriores se cuenta con dos facetas la individual y la social o colectiva. El aspecto individual se centra en el derecho que tiene la víctima y sus familiares allegados de ser restituido, indemnizado o rehabilitado, respecto de los hechos que condujeron a la infracción de sus derechos humanos. El aspecto colectivo, se enmarca en el derecho con que cuentan los pueblos a que se implementen medidas de satisfacción y garantías de no repetición de los actos violatorios.

La reparación puede ser reclamada individual o colectivamente, por las víctimas directas, sus parientes más próximos, las personas que estuvieren a cargo de la víctima o personas o grupos que tuvieran relación con ella.

La ley de justicia y paz en el ámbito de competencia de la corte penal internacional.

Hasta el momento solamente hemos hecho una reflexión somera en relación con los delitos contra la humanidad que son de competencia de la Corte Penal Internacional y hemos hecho alusión de una manera muy genérica a los principios básicos de la ley de justicia y paz.

Es necesario, entonces hacer una reflexión, no solamente sobre el contenido epistemológico de la justicia, sino dejar planteadas además, serias contradicciones en relación

con la expedición del estatuto de Roma y su incidencia en nuestro país, en el marco de la ley de justicia y paz.

Además de la contradicción dialéctica en torno a la justicia y al principio de igualdad, vale la pena enunciar otros aspectos contradictorios entre ambos ordenamientos:

La pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra con afectación grave al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional humanitario contenido en la ley 975 de 2005 riñe con lo preceptuado en el artículo 77 del Estatuto en el cual la pena a imponer es la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba y el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En cuanto a la vigencia de la ley de Justicia y Paz que rompe todos los postulados de la dogmática penal, comenzando por el principio de legalidad, en el cual uno de sus postulados básicos de este principio es la irretroactividad de la ley, tiene vigencia únicamente para delitos cometidos antes del 25 de julio de 2005; es decir, que no aplica para las personas desmovilizadas después de esta fecha.

El Estatuto de Roma, por su parte rige hacia el futuro, esto es, desde que el Estado parte lo haya suscrito e incorporado a su ordenamiento jurídico y en Colombia solamente mediante la ley 741 del 07 de junio de 2002 fue reconocido legalmente, con la salvedad de que la Corte Penal Internacional, respecto de Colombia, solo puede conocer delitos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y en virtud

del artículo 124 y en la correspondiente declaración del Estado Colombiano no tendrá competencia para conocer crímenes de guerra cometidos en Colombia durante los 7 años siguientes a la entrada en vigor, esto es a partir del 1 de noviembre de 2009.

En cuanto al procedimiento, dado en uno u otro ordenamiento, puede afirmarse que existen diferencias procesales muy grandes, empezando por el desconocimiento de un juicio, oral, público y contradictorio en el ámbito de la ley de justicia y paz.

En el aspecto relacionado con la entrada en vigencia vale la pena resaltar que solamente hasta el año 2000 algunos delitos de competencia de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia bajo unos parámetros de delitos ordinarios entre lo que estaba el genocidio, la desaparición forzada, el homicidio en persona protegida, etc. La pregunta que resulta de esto es que si la ley de justicia y paz rige hacia el pasado, ¿cómo se van a juzgar delitos que ni siquiera existían jurídicamente antes de la expedición de la ley 599 de 2000 y más aún, aquellos delitos que hacen parte del conocimiento de la Corte Penal solamente en el 2002 y en caso de crímenes de guerra solamente desde el 1 de noviembre de 2009?

De todas maneras se requiere hacer un análisis exhaustivo a nivel dogmático y procesal de la ley de justicia y paz en relación con el Estatuto de Roma que ameritaría un escenario mucho más amplio para reflexionar sobre estos tópicos.

Conclusiones.

1. El Estatuto de Roma. Corte Penal Internacional se desarrolla dentro del marco epistemológico de la justicia retributiva con tres fundamentos básicos: que los crímenes de mayor gravedad para la humanidad no queden sin castigo; poner fin a la impunidad de esos crimines y garantizar la justicia internacional.
2. Los principios de la ley de justicia y paz están fundados en la verdad, la justicia y la reparación dentro del marco conceptual de la Justicia Transicional y con base en la alternatividad penal.
3. El fundamento epistemológico de justicia retributiva del Estatuto de Roma, riñe con el fundamento teórico de la Justicia transicional, en virtud de los fines que persigue cada una de ellas: primera busca la imposición del castigo y la erradicación de la impunidad y la segunda busca la imposición de un castigo mínimo para buscar la paz.
4. La afectación del principio de legalidad al expedirse una ley con carácter retroactivo, el desconocimiento del debido proceso en relación con la realización de un juicio contradictorio, la entrada en vigencia de la ley de justicia y paz por crímenes cometidos hacia el pasado, que ni siquiera estaban tipificados en la jurisdicción colombiana, son algunas de la reflexiones que surgen de este breve escrito.

Bibliografía

- Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, La justicia de transición, "JTr".
- ZAFARONNI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal. Editorial Temis.
- La ley de Justicia y Paz y la Defensa. Beatriz Cuervo Criales. La fundamentación epistemológica del concepto de justicia en el marco de la ley 975. Revista de la Defensoría Pública de Colombia No 10. Año 2007
- CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia No T-230 de 1994. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-370 de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 08 de Julio de 2004.

Carta de las Naciones Unidas

Declaración Universal de Derechos Humanos

Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos.

El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” Informe del Secretario

General de las Naciones Unidas de Agosto 3 de 2004

Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.

Ley 975 de 2005

Ley 742 de 2002

Ley 599 de 2000