
“Sanciones” alternativas y justicia transicional con las FARC en Colombia ¿Eufemismo o modelo legítimo?

Nicolás Carrillo Santarelli ^{1†}

El conflicto armado que ha padecido Colombia ha generado sufrimiento y en él se han cometido graves violaciones de los derechos humanos. Por ello, es loable que se busque poner fin al enfrentamiento con las FARC. Los negociadores han intentado revestir de legitimidad a lo acordado y han desplegado distintas estrategias para obtener respaldo frente al mismo. Dicho esto, los acuerdos no pueden desconocer el derecho imperativo y un estándar mínimo de no impunidad. Según él, si bien es posible tener cierto margen de flexibilidad en relación con la naturaleza de las penas que vayan a imponerse a los responsables de la comisión de abusos graves, se exige un mínimo de correspondencia o proporcionalidad entre la pena y la gravedad de la violación cometida; y se prohíben no sólo las amnistías formalmente reconocidas como tales sino incluso otras medidas que tengan distintas denominaciones, pero tengan la intención o el efecto de dar impunidad. El acuerdo con las FARC deja ciertas dudas al respecto, y si ellas no son resueltas la propia estabilidad de lo acordado estará en riesgo.

^{1†} Nicolás Carrillo Santarelli es Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid y profesor de derecho internacional de la Universidad de La Sabana en Colombia.

Palabras clave: justicia transicional, crímenes internacionales, sanciones alternativas, impunidad, Derechos humanos, actores no estatales

I. Introducción

Habiendo padecido un conflicto armado cruel e innecesariamente prolongado, no es sorprendente que las posturas en Colombia sobre los acuerdos de justicia y víctimas a los que han llegado los negociadores del gobierno colombiano y las FARC en Cuba sean, en demasiadas ocasiones, extremas e intransigentes, afirmando que la propia es la correcta. Algunos afirman que la paz es necesaria para evitar nuevos casos de victimización y para que sea posible destinar recursos a la promoción de derechos humanos y políticas sociales que, en caso contrario, se destinarían al combate. Por otra parte, están quienes consideran que el Borrador Conjunto del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto publicado por las partes negociadoras el 15 de diciembre de 2015² (en adelante, el Borrador o el Acuerdo sobre Víctimas) promueve la impunidad o supone una claudicación. Muchas posturas suelen polarizar y basarse en la exclusión: a pesar de algunas llamadas a la mesura y el respeto del desacuerdo, se acude en demasiadas ocasiones al simplismo de decir que quien esté en desacuerdo con el proceso seguido en La Habana es un enemigo de la paz, o de que quien lo apoye es un defensor de o claudicante ante la guerrilla.

Vistas así las cosas, en este artículo me propongo examinar con cabeza fría, y teniendo en cuenta las distintas preocupaciones expresadas por contradictores y organizaciones no gubernamentales internacionales, si lo acordado entre las FARC y el gobierno colombiano en relación con las llamadas sanciones alternativas, es legítimo y compatible con el derecho internacional contemporáneo; especialmente porque lo acordado a ese respecto probablemente será aplicable frente

² Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos", Borrador Conjunto (Gobierno de Colombia y FARC), 15 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-la-s-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/Documents/acuerdo-victimas.pdf>.

a otro grupo armado guerrillero, el ELN³ Además, se analizará por qué la compatibilidad de ese modelo sancionatorio es relevante en términos de la legitimidad y estabilidad de lo acordado y qué estrategias han empleado o pueden emplear distintos actores para apoyar o rebatir la legitimidad y licitud del modelo.

II. Esfuerzos por demostrar que lo acordado por las FARC y el gobierno tiene justicia sustantiva y legitimidad procesal

Ciertamente, la protección de los derechos humanos no es una cuestión aislada o hermética. Se ha reconocido que su efectividad y plenitud están entrelazadas con aspectos como: a) la presencia de un sistema político y estatal legítimo, según ha opinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se señala en instrumentos como la Carta Democrática Interamericana;⁴ y b) un contexto de paz y seguridad. En este sentido, la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el análisis que de la misma se ha hecho permiten concluir que se estima que hay una interdependencia entre la ausencia de conflictos armados o amenazas a la paz y la efectividad de la observancia de estándares sobre derechos humanos.⁵ De hecho, podría entenderse que el apoyo dado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al proceso de paz colombiano mediante la adopción de la Resolución 2261 (2016), donde se decidió constituir una misión política que verifique el cumplimiento de aspectos del cese al fuego y hostilidades, se enmarca en este reconocimiento.

El vínculo entre la paz y los derechos humanos es innegable, por dos razones: en primer lugar, porque en un contexto de hostilidades hay más probabilidades de afectaciones a los derechos humanos, incluso no intencionadas o indirectas. Después de todo, tristemente el derecho

³ Vid. “Así confluirán los procesos de paz del ELN y las FARC”, El Tiempo (Colombia), 3 de abril de 2016, disponible en: <http://app.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-con-eln-y-farc/16553155>.

⁴ Vid. Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 20, 24, 26, 42; Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrs. 33-37; artículo 15, 16, 22, 29, 32 y Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y artículos 3 y 7 de la Carta Democrática Interamericana.

⁵ Vid. Stephan Hobe, “Individuals and Groups as Global Actors: The Denationalization of International Transactions”, in Rainer Hofmann (Ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Duncker & Humblot (ed.), 1999, at 121-122; Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, pp. 538-540.

internacional humanitario erige a la necesidad militar como objetivo principal junto a la protección de los civiles, lo que hace que los llamados daños colaterales o afectaciones "proporcionadas" de civiles no sean ilícitos. Pero no puede negarse que incluso si el sufrimiento causado a los civiles no llega a ser ilícito, de facto se habrá afectado el goce de derechos humanos. Por otra parte, la barbarie y crueldad de la guerra han hecho que combatientes estatales y no estatales se vean tentados o impelidos por pasiones y la venganza, de forma injustificada, a cometer desmanes y vejámenes. Ello explica que el derecho penal internacional complemente al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos sancionando, entre otras, violaciones graves de aquellos derechos cometidas durante conflictos armados internacionales o no internacionales.

La alusión a la legitimidad política y a la paz, que son tan sólo algunos de los elementos relacionados con los derechos humanos (también podría hablarse de políticas sociales y públicas,⁶ por ejemplo) no es gratuita, pues aquellos dos aspectos son frecuentemente invocados por detractores y quienes apoyan al acuerdo entre gobierno y FARC. Las preocupaciones son válidas y apuntan a dos clases de consideraciones: políticas y jurídicas. Las primeras versan sobre aspectos de conveniencia, y las segundas tanto sobre aspectos de derecho interno como de derecho internacional.

En cuanto a las dudas jurídicas internacionales, la preocupación principal estriba en el dilema de si las restricciones de derechos (como el de circulación) a quienes confiesen ante una Jurisdicción Especial de Paz la comisión o participación en violaciones graves de forma oportuna es proporcional a los hechos ilícitos en que incurrieron o, por el contrario, supone una forma encubierta de impunidad. Esta cuestión es objeto de análisis detallado más abajo.

Los anteriores interrogantes se relacionan con percepciones sobre legitimidad y justicia, las cuales, como han estudiado Thomas Franck y Steven Ratner, tienen dimensiones tanto sustantivas como procedimentales.⁷ Si bien ambos autores analizan las cuestiones de

⁶ Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Impacto del procedimiento de solución amistosa, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/13, 18 de diciembre de 2013, párrs. 215-216.

⁷ Vid. Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press – Oxford, 1998, págs. 3-24; Steven R. Ratner, *The Thin Justice of International Law: A Moral Reckoning of the Law of Nations*, Oxford University Press, 2015, págs. 25-65.

legitimidad procesal y justicia sustantiva en el sentido de si la regulación o las normas internacionales en sí mismas tienen un contenido justo (optando Franck por un modelo redistributivo y Ratner por un modelo basado en el respeto de un mínimo de libertades y derechos fundamentales y de la paz, sin que, a su juicio, sea aceptable ignorar o la paz o los derechos humanos),⁸ creo que es pertinente realizar un análisis sobre la legitimidad y justicia no de normas sino de actividades o procesos jurídicos de interacción con aquellas normas internacionales. Me explico.

Como describieron en su momento Myres McDougal y Harold Lasswell, en la práctica diversos participantes y actores invocan o interactúan con las normas internacionales para promover determinadas políticas o perseguir ciertos objetivos.⁹ Al hacer esta interacción, que puede consistir en invocación, implementación u otra actividad, no necesariamente vertida en cauces formales, los actores en cuestión pueden buscar dos efectos: el simbólico o expresivo,¹⁰ estigmatizando o legitimando posturas con base en un supuesto o real apoyo del derecho internacional; o el empleo de la dimensión “coercitiva”, que en derecho internacional no se basa en un poder central, inexistente, sino en la implementación de sus normas por diversas autoridades, internacionales o internas.

En el caso colombiano, los detractores y simpatizantes de los acuerdos entre las FARC y el gobierno buscan, entre otras, tejer discursos de que el derecho internacional bien prohíbe o bien permite lo acordado. Esto puede entenderse como expresiones de Lawfare o de usos estratégicos del derecho para alcanzar objetivos de poder (la expresión originalmente se usa frente a aspectos sobre conflictos armados, pero a mi parecer las dinámicas que capturas no tienen por qué constreñirse a ellos).¹¹ Aquellos esfuerzos persiguen, a mi parecer, dos efectos: el simbólico, para reforzar las críticas o aplausos a los

⁸ Vid. Steven R. Ratner, op. cit., págs. 65, 91-94.

⁹ Vid. Myres McDougal y Harold D. Lasswell, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *American Journal of International Law*, Vol. 53, 1959, págs. 1-5, 9-12, 14, 16-25, 28-29; Myres McDougal, “Some basic theoretical concepts about international law: a policy-oriented framework of inquiry”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. IV, 1960, págs. 338-342, 345-350.

¹⁰ Vid. Ryan Goodman and Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pág. 735; Mauricio García Villegas, “De qué manera se puede decir que la Constitución es importante”, en: Álvarez Jaramillo et al., *Doce ensayos sobre la nueva Constitución*, Díké, 1991, pág. 40.

¹¹ Vid. Orde F. Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016, págs. 1-5.

acuerdos y el contenido de las negociaciones y el "coercitivo" (mejor llamado de implementación), para argumentar que las penas alternativas o bien carecen de efectos (por ejemplo, por haber cosa juzgada fraudulenta o aparente)¹² o que, por el contrario, tienen efectos de cosa juzgada legítima y definitiva, lo que impediría una reapertura de investigaciones en un futuro, a diferencia de lo sucedido en Argentina, por ejemplo.¹³ Ya dijo muy bien Jan Klabbbers que en situaciones de confrontación o debate político y social los distintos participantes acuden en ocasiones a discursos que pretenden mostrar cómo el derecho internacional apoya sus respectivas posturas.¹⁴

La sección 2 de este escrito se dedicará a examinar si, efectivamente, se puede decir que la imposición de 'sanciones' alternativas no constitutivas de prisión es proporcional y, en consecuencia, conforme a lo permitido por el derecho internacional vigente. De ser así, aquellas sanciones podrían considerarse sustantivamente justas en términos de derecho positivo, es decir conformes con la *lex lata* internacional. Dicho esto, no se excluye la eventualidad de que algunos sectores o personas, percibiendo a esa *lex lata* como erróneamente interpretada o con un contenido injusto, critiquen el derecho positivo o su interpretación y promuevan su modificación. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si consideran que las penas alternativas no son permitidas, pero deberían serlo de *lege ferenda*. En este caso, pueden promover, de forma directa o indirecta, la modificación del derecho, que en ocasiones incluso inicia con transgresiones al mismo para provocar cambios en el derecho consuetudinario, como demuestra el ejemplo de la zona económica exclusiva, entre otros.¹⁵

¹² Vid. Oscar Parra Vera, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, N° 1, 2012, págs. 9-11.

¹³ Vid. Santiago Cantón, "'Leyes de amnistía'. Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina Guatemala, El Salvador y Perú", *Due Process of Law Foundation*, 2007, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29761.pdf> (última visita: 14 de abril de 2016).

¹⁴ Vid. Jan Klabbbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, págs. 308-309.

¹⁵ International Law Association, Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee: STATEMENT OF PRINCIPLES APPLICABLE TO THE FORMATION OF GENERAL CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW, London Conference (2000), págs. 30-31; Corte Internacional de Justicia, *Militarv and Puramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 207.

En cuanto a desacuerdos con la interpretación prevalente puede mencionarse el ejemplo de Louise Mallinder, quien considera que, salvo en relación con normas específicas, las amnistías no son contrarias al derecho internacional vigente y que su prohibición general es una creación jurisprudencial no sustentada en la *lex lata*.¹⁶ Dicho esto, si alguien comparte estas ideas y considera que el derecho internacional permite pero no exige la imposición de sanciones (alternativas u ordinarias), estimo que en cualquier caso es desaconsejable no imponerlas en Colombia, pues si bien la jurisprudencia internacional sólo vincula a las partes para un caso concreto,¹⁷ ha de recordarse que la jurisprudencia internacional sobre no impunidad e imposición de sanciones probablemente se reiterará por los órganos internacionales.¹⁸ Además, no puede desconocerse la necesidad de realizar una interpretación sistemática o contextual que tenga en cuenta desarrollos en otros ámbitos,¹⁹ incluyendo el del derecho penal internacional, que prohíbe claramente la impunidad²⁰ y estima que ella existe si hay ausencia de sanciones proporcionadas. Adicionalmente, la jurisprudencia de las autoridades y órganos supervisores internacionales ha progresado hacia la consideración de que se prohíbe la impunidad y que ella existe si no se imponen sanciones proporcionadas.²¹ En consecuencia, para evitar críticas y riesgos de reapertura, investigación o acción por esos u otros órganos o terceros Estados, conviene que los negociadores sean muy cuidadosos en cerciorarse que habrá sanciones y que no confundan el concepto de sanción con el de reparación. Esto es especialmente importante en tanto

¹⁶ Vid. Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, págs. 270-272.

¹⁷ Vid. John. H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, 2006, págs. 173-177, 256-260; Antonio Remiro Brotons et al., *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 213-215.

¹⁸ Antonio Remiro Brotons et al., *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 519.

¹⁹ Vid. artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párrs. 410-432; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Caso Al-Adsani v. Reino Unido*, Sentencia, 21 de noviembre de 2001, párr. 55.

²⁰ Vid. Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²¹ Vid. Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, op. cit., págs. 270-277; Human Rights Watch, *Human Rights Watch Analysis of Colombia-FARC Agreement*, 31 de diciembre de 2015, disponible en: https://www.hrw.org/news/2015/12/21/human-rights-watch-analysis-colombia-farc-agreement#_edn5 (última visita: 14 de abril de 2016).

incluso si el derecho interno no prohíbe o no sanciona un comportamiento contrario al derecho internacional, los órganos internos o internacionales que apliquen aquel derecho pueden castigar la comisión de aquella conducta.²²

Es importante aclarar que en este texto no se defiende de forma alguna la oposición férrea a los acuerdos de paz o penas alternativas, sino que se examinan los requisitos que se deben cumplir para que se respete el derecho internacional, lo que es relevante no sólo desde el punto de vista de la legitimidad sino además en términos pragmáticos, para evitar cuestionamientos futuros.

En cuanto a la dimensión procesal de la legitimidad, es posible mencionar que ella se relaciona con tener en cuenta los derechos y opiniones de quienes se vean afectados por las decisiones tomadas; con la posibilidad de que ellas sean revisadas; y con su publicidad.²³ Estos elementos, en consecuencia, pueden ser determinantes de la legitimación de la "refrendación" de los acuerdos alcanzados;²⁴ y exigen que no haya una excesiva confidencialidad sobre cuestiones acordadas que afectan derechos humanos (en tanto las restricciones al derecho de acceso a la información han de ser establecidas por ley, perseguir un objetivo legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática, además de proporcionales, sin que exista una alternativa menos restrictiva; y cumplir con el criterio de máxima divulgación y divulgación de la verdad).²⁵ La transparencia y publicidad sobre lo concerniente a las sanciones permitirá a los ciudadanos comprender de forma crítica sus implicaciones y adoptar una postura al respecto, además de

²² Vid. Principles of International Law recognized in the Charter of the Nüremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries, 1950, Principios I y II, con sus respectivos comentarios; Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija* (IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrs. 155-156; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Caso Kononov v. Letonia*, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 115-129, 185-187, 236, 244; artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²³ Vid. Benedict Kingsbury, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, págs. 32-35, 38-50; Inge Kaul y Ronald U. Mendoza, "Advancing the Concept of Public Goods", en: Inge Kaul et al. (Eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, Oxford University Press, 2003, págs. 82-86, 91, 97-98, 101, 106.

²⁴ Vid. Gobierno de Colombia y FARC, *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf> (última visita: 15 de abril de 2016).

²⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 88-92; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264, párr. 298.

comprender cómo les afecta lo acordado. Así, por ejemplo, en tanto las restricciones no necesariamente constituyen sanciones, es necesario divulgar exactamente si quienes no tengan responsabilidad pueden ver afectados sus derechos y si ello es proporcional, legítimo y necesario.²⁶

Además, es conocer si hay ambigüedad en cuanto a la determinación en concreto de las sanciones, que depende en últimas de la Jurisdicción Especial de Paz. Ciertamente, el principio de legalidad tiene requisitos de accesibilidad y previsibilidad,²⁷ por lo cual es importante que se pueda prever qué sanciones alternativas se pueden imponer. El Acuerdo dice que la Sección de primera instancia del Tribunal de Paz tendrá, entre otras, las funciones de:

“[I]mponer la respectiva sanción prevista en el Listado de sanciones, atendiendo la propuesta de sanción incluida en la Resolución de la Sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad [...] [y] fijar las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción conforme a lo establecido en el Listado de sanciones atendiendo la propuesta de sanción incluida en la Resolución de la Sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad”.

En consecuencia, es importante mirar el Listado, que curiosamente parece confundir la noción de sanción con la de reparación, al decir que las sanciones “tendrán un contenido restaurativo y reparador así como restricciones de derechos [...] necesarias para su ejecución”, lo que sugiere que las restricciones buscan garantizar la reparación o son medios para ella, como se explica en la sección 2. Lo interesante es que si no hay realmente castigo habrá ilicitud, porque las sanciones ilusorias suponen impunidad, y en consecuencia las medidas colombianas carecerían de reconocimiento internacional y terceros Estados con jurisdicción universal u órganos como la Corte Penal Internacional podrían actuar frente a los responsables al entender, por el juego del principio de complementariedad, que no hay justicia. Hay que recordar que el artículo 17 del Estatuto de Roma de aquella Corte indica que ella será competente y un caso será admisible cuando la investigación en curso o realizada por un Estado parte, como Colombia, busque no realizar de forma efectiva un enjuiciamiento o desvele el deseo de no

²⁶ Ver, por ejemplo: Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30, 35-52.

²⁷ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Kononov v. Letonia, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 185, 187.

realizar una investigación o enjuiciamiento. Estas dudas generan un riesgo grande para el proceso, y cuestionan su legitimidad. No puede ignorarse que la Corte Penal Internacional no ha emitido a fecha de este escrito una manifestación clara de que el Acuerdo es plenamente consistente con el Estatuto de Roma.

Por otra parte, de la publicidad y transparencia, y de la posibilidad de revisión como elementos de legitimidad procesal surgen exigencias de reparar a las víctimas, permitiéndoles participar y ser escuchadas, las cuales son cruciales en escenarios de justicia transicional.²⁸ Se busca que las víctimas puedan solicitar y exigir reparaciones y que se vean involucradas en el transcurso del proceso, de forma tal que con su experiencia y participación puedan sobrellevar de mejor manera su sufrimiento, indagando por la verdad. En cuanto a este principio de legitimidad, es loable y debe reconocerse que en el Acuerdo sobre Víctimas las partes negociadoras resaltan expresamente la participación de las víctimas como aspecto central o punto cardinal desde la primera página, y que se estipula que aquella participación debe ser "amplia, pluralista y equilibrada" (pág. 10), dándose a las víctimas el derecho a "ser oídas" (pág. 24). Ahora bien, esta participación se debe canalizar por medio de organizaciones, aspecto que ha sido criticado junto a otros en el entendido de que la participación efectiva en el componente de justicia (Tribunal para la Paz) no parece ser muy amplio.²⁹ Otra exigencia que alude a la legitimidad procesal en términos de participación y escucha, pero que tiene tintes y elementos sustantivos al referirse a derechos y garantías, se refiere a la no discriminación de las víctimas y a la no exclusión de responsables. Esto se debe a que, a diferencia de los escenarios de juzgamiento por órganos internacionales, que tienen a su disposición menos recursos y optan en consecuencia por políticas selectivas de investigación y juzgamiento, priorizando según la responsabilidad o el mando,³⁰ los órganos internos,

²⁸ Peter J. Dixon, "Reparations, Assistance and the Experience of Justice: Lessons from Colombia and the Democratic Republic of the Congo", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pág. 99.

²⁹ Ver el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, párr. 48.c, pág. 31; Juanita León, "Las preguntas de Baltasar Garzón", *La silla vacía* (Colombia), 11 de febrero de 2016, disponible en: <http://lasillavacia.com/historia/las-preguntas-de-baltasar-garzon-53018>.

³⁰ James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, "La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", 13 de mayo de 2015, pág. 15.

al tener más proximidad y medios que los internacionales,³¹ no pueden renunciar al deber de investigar y sancionar (de forma alternativa incluso, si es proporcionada) a todos los responsables de violaciones graves, no sólo a los máximos responsables o a los líderes de los grupos participantes en el conflicto armado: creo que puede haber una priorización en cuanto a qué casos o individuos serán investigados primero, pero una violación grave no puede dejarse de lado de forma impune a perpetuidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó esto expresamente en su informe de 2013 sobre Colombia al decir que:

“[S]i bien es cierto que el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes, no es menos acertado que el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de serias violaciones a los derechos humanos, sería en principio incompatible con las obligaciones del Estado”.³²

Adicionalmente, es interesante constatar cómo en el proceso colombiano se han presentado esfuerzos por alcanzar una legitimidad involucrando a académicos.³³ Esto reconoce el papel de las redes y comunidades académicas, judiciales y no gubernamentales en la creación de discursos sobre la licitud de decisiones a la luz de los derechos humanos,³⁴ como por ejemplo aquellas sobre sanciones alternativas y participación de las víctimas. Sin embargo, hay que mencionar que no toda decisión democrática o por expertos es lícita y legítima, al existir límites y exigencias internacionales a lo que se puede decidir en esos cauces, como se dijo en el caso Gelman por la Corte

³¹ Vid. John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, págs. 2, 19-20, 23, 47.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 45.

³³ Vid. University of Notre Dame, “Cassel prepares peace accord documents for Santos”, 30 de septiembre de 2015, disponible en: <http://humanrights.nd.edu/news/61418-cassel-prepares-peace-accord-documents-for-santos/>; comentarios de Doug Cassel en: Nicolás Carrillo Santarelli, “An Assessment of the Colombian-FARC ‘Peace Jurisdiction’ Agreement”, *EJIL: Talk!* (blog de derecho internacional, 29 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/an-assessment-of-the-colombian-farc-peace-jurisdiction-agreement/>

³⁴ Vid. Andrea Bianchi, “Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors”, en: Gunther Teubner (Ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997.

Interamericana de Derechos Humanos.³⁵ Por ello, es menester examinar de forma crítica si lo acordado respeta esos límites, como se hará más adelante.

Otro tanto puede decirse de la estrategia planteada en el Borrador de que el Tribunal para la Paz tenga una composición híbrida, estando compuesto por magistrados tanto colombianos como extranjeros (páginas 41 y 42 del Acuerdo). La adopción de modelo de tribunal mixto, empleado en el Líbano, Sierra Leona o Camboya,³⁶ tiene distintas fortalezas³⁷ y puede perseguir una mayor imparcialidad y equilibrio, además de enviar un mensaje de respaldo de la comunidad internacional a lo decidido en el sistema transicional colombiano, por ejemplo en lo relativo a las sanciones. Sin embargo, es curioso que los comparecientes ante procesos puedan tener una influencia en la identidad de los magistrados que examinarán su caso, en tanto el Acuerdo dice que en relación con "la nacionalidad de los magistrados podrá haber hasta dos magistrados extranjeros por Sala, a solicitud del compareciente"; y las decisiones que tome un órgano de composición mixta no pueden desconocer límites imperativos, como el relativo a la no impunidad, discutido en este texto.

Algo similar puede decirse sobre la constitución de una misión política de verificación mediante la resolución 2261 (2016) del Consejo de Seguridad. Ella puede contribuir al control de lo pactado, brindando mayor confianza a las partes y facilitando la transición,³⁸ pero el hecho de que cumplan esas funciones en aspectos sobre dejación de armas no supone que se dé un respaldo a lo referente al sistema de sanciones. Incluso si ello fuese así, el apoyo de la comunidad internacional político no siempre implica que haya licitud de lo acordado, motivo por el que

³⁵ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 240.

³⁶ Vid. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, ECCC at a Glance, abril de 2014, disponible en: <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/ECCC%20at%20a%20Glance%20-%20EN%20-%20April%202014.FINAL.pdf> (última visita: 15 de abril de 2016); artículos 8 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano y 12 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

³⁷ Vid. Public International Law & Policy Group, "Hybrid Tribunals: Core Elements", Legal Memorandum, julio de 2013, págs. 13, 17-18, disponible en: http://syriaaccountability.org/wp-content/uploads/PILPG-Syria-Hybrid-Tribunals-Memo-2013_EN.pdf.

³⁸ Vid. Comité Internacional de la Cruz Roja, Customary IHL database, "Practice Relating to Rule 159. Amnesty", disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule159 (última visita: 15 de abril de 2016).

más adelante se examina la noción de impunidad en sistemas transicionales.

Dicho esto, es ineludible aludir a la discusión acerca de si la paz es un bien jurídico supremo irrenunciable, por lo que no podría desecharse la posibilidad de un acuerdo que contribuya a la misma por motivos como desacuerdos con el sistema de sanciones.

Al respecto, es innegable que la perpetuación de los conflictos armados genera dinámicas y riesgos de re-victimización.³⁹ Ahora bien, siendo la paz necesaria, es falaz decir que es ilegítimo y aberrante negarse a aceptar determinada propuesta concreta de fin de hostilidades argumentando que la paz es un bien supremo irrenunciable, como se dice por algunos académicos.⁴⁰

Este tipo de argumentaciones, a mi juicio, es simplista y equívoco. ¿Por qué? Porque confunde lo que podríamos llamar un arquetipo o tipo ideal⁴¹ (de la paz) con una manifestación concreta y quizás limitada, imperfecta o no, de un intento de realizar aquella aspiración.⁴² Ciertamente es loable y trascendental la paz, en Colombia y todo rincón del planeta. Pero ello no implica necesariamente que el rechazar aspectos concretos de acuerdos o modelos que intenten acercarse a la paz, como por ejemplo sobre sanciones alternativas en un caso concreto, sea errado o inaceptable, y ello por dos razones: en primer lugar, porque desde un punto de vista incluso pragmático apoyar un modelo ilícito redundará en perjuicio de la misma estabilidad al exponerse a su crítica externa e interna futura, lo que exige a quienes tengan desacuerdos advertir al respecto; y en segundo lugar, porque en un juego democrático es legítimo que se discuta para intentar llegar a un

³⁹ Es preciso añadir que la solución con las FARC no supone la eliminación del conflicto, por lo que se habla de post-acuerdo más que de post-conflicto, el que sigue siendo una aspiración, pues persisten grupos criminales como las BACRIM y grupos post-paramilitares que, al parecer, están interesados en participar en escenarios de transición como el planteado con las FARC. Además, las negociaciones iniciadas con el ELN también serán determinantes. Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, párrs. 16, 61-76.

⁴⁰ Vid. Luigi Ferrajoli, “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, págs. 1-3, disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf> (última visita: 18 de abril de 2016).

⁴¹ Vid. “Max Weber – The Ideal Type”, Introduction to Sociology, Cardiff University, School of Social Sciences, disponible en: <http://www.cf.ac.uk/socsi/undergraduate/introsoc/weber7.html>.

⁴² Una idea similar se discute en: Rodrigo Uprimny, “¿Puede ser refrendado el acuerdo de paz?”, El Espectador (Colombia), 13 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz>.

mejor modelo, eliminando imperfecciones percibidas, como por ejemplo sobre impunidad.

Ciertamente, se puede ser creativo y optar por penas alternativas, como se discute con posterioridad en este texto; pero favorecer la impunidad es riesgoso, y no es honesto decir que no hay impunidad empleando eufemismos sobre sanciones alternativas si en la práctica no hay sanciones. Lo ideal es intentar llegar a un modelo que sea compatible con exigencias de derechos humanos. Ahora bien, invocar de forma absolutista, reduccionista, excluyente o simplista determinado modelo de paz presentándolo como el modelo único de la misma es riesgoso, pues recuerda la idea de deberes conversos. John Knox advirtió sobre el riesgo de los mismos, en el entendido de que aquellos deberes son los concebidos como obligatorios para los individuos en el sentido de deudas frente al Estado o a la sociedad, debido a que algunos Estados han intentado condicionar el goce de determinados derechos al cumplimiento de aquellos deberes, lo que él con buen juicio criticó.⁴³ Rechazar (o apoyar) determinado modelo o acuerdo no puede servir para estigmatizar, y no puede decirse que su imposición o aceptación sea absoluta. Decir lo contrario recuerda ideas de apego irrestricto a lo que diga el Estado o el partido en algunos regímenes donde se ha dicho que la desafección o crítica de habitantes en sus Estados es germen de caos e inestabilidad, por lo cual supuestamente el individuo debe callar y acatar lo que se dice. Esto no es sólo antidemocrático sino además contrario a las libertades fundamentales. Ciertamente puede debatirse, siendo importante no imponer un modelo. La paz o, más propiamente, el cese de determinadas hostilidades puede seguirse negociando o examinarse desde otras perspectivas, siendo quizás algunas más compatibles con los estándares y exigencias internacionales si se llega a entender que hay deficiencias en un modelo propuesto concreto.

En síntesis, los negociadores han generado discursos que afirman apoyarse en el derecho internacional y ser respetuosos de estándares sobre derechos humanos, desplegando estrategias de legitimación para evitar futuras críticas y obtener apoyo tanto interno como externo, no sólo político sino además en términos jurídicos, para evitar cuestionamientos y procurar la estabilidad de lo acordado. Ellos afirman

⁴³ Vid. John H. Knox, op. cit., págs. 1-3, 5, 7, 14, 16, 20, 34-36, 38-40.

que lo acordado no transgrede los límites infranqueables sobre derechos humanos, aceptando que hay límites vedados a decisiones mayoritarias cuando afecten a los más vulnerables.⁴⁴ Ahora bien, cabe preguntarse si aquellas afirmaciones son acertadas. Uno de los puntos más complejos y discutidos es el referente a si las penas alternativas, en abstracto y como han sido acordadas, son acaso amnistías encubiertas o sanciones irrisorias teniendo en cuenta la gravedad de las violaciones cometidas. Esta cuestión se examinará a continuación.

III. Restricciones de derechos: ¿amnistías o indultos encubiertos, o penas alternativas admisibles?

Según el Borrador, el tipo de sanciones y medidas aplicables a los responsables de violaciones graves dependerá de dos factores: de si reconocen o no su participación en violaciones, y del momento en el que lo hagan.

Los distintos escenarios, previstos en el párrafo 60 del Acuerdo sobre Víctimas, son los siguientes:

Los responsables que "reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción", la que incluirá "restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición". Se aclara que en este supuesto las restricciones no podrán entenderse ni se entenderán como "cárcel o prisión o medidas de aseguramiento equivalentes".

A quienes, en relación con "infracciones muy graves", reconozcan "verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia", se les impondrán sanciones alternativas, las que en este supuesto sí pueden incluir penas privativas de la libertad de cárcel o prisión y llevar a la imposición de medidas de aseguramiento. En estos casos, la sanción tendrá una duración de entre 2 y 5 años en el caso de quienes no hayan tenido una participación determinante, y de entre 5 y 8 años en caso contrario.

⁴⁴ [43] Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, págs. 847-854.

Si los responsables no reconocen su participación o no revelan la verdad, se les impondrán penas ordinarias con una duración que oscilará entre los 15 y 20 años.

En todos estos supuestos estamos hablando de conductas bastante graves que atentan de forma seria contra la dignidad humana, la que demasiadas veces y de forma flagrante se desconoció por los distintos participantes en el conflicto, estatales y no estatales. Junto a esto, es interesante constatar que en el Acuerdo se reconoce que hubo participantes directos e indirectos en el conflicto colombiano que actuaron contra los derechos humanos. Esto permite reconocer la participación de autores de crímenes y de cómplices tanto estatales como no estatales (punto 5.1 y pág. 4 del Acuerdo), incluyendo, a mi parecer, a empresas, lo que es conforme con desarrollos actuales sobre la materia. Estas admisiones generan legitimidad en tanto suponen un reconocimiento de que los actores no estatales pueden violar derechos humanos y de que sus víctimas deben ser protegidas y reparadas, como se reconoce en desarrollos doctrinales y normativos actuales.⁴⁵

No debe olvidarse que en el conflicto armado colombiano se han cometido ataques contra civiles y se han cometido asesinatos, masacres, secuestros, ejecuciones extrajudiciales, ataques contra personas o lugares protegidos y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.⁴⁶ Ante la gravedad de los ultrajes cometidos, inaceptables a toda luz, cabe preguntarse si el derecho internacional permite un sistema "alternativo" de sanciones en pro del propósito de facilitar la finalización del conflicto armado con un grupo armado no estatal.

El principal límite, que los mismos negociadores reconocen como ineludible, es la no impunidad. En su evolución y desarrollo progresivo, el derecho internacional ha prohibido la concesión de indultos y amnistías a los autores de violaciones graves de derechos humanos y del

⁴⁵ Vid. Andrew Clapham, "Human Rights Obligations for Non-State-Actors: Where Are We Now?", en: Fannie Lafontaine y François Larocque, *Doing Peace the Rights Way: Essays in International Law and Relations in Honour of Louise Arbour*, Intersentia, 2016.

⁴⁶ Gobierno colombiano y FARC, Borrador Conjunto del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto publicado por las partes negociadoras el 15 de diciembre de 2015, párrs. 10, 23-24, 26-27, 29; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo IV; Consejo de Derechos Humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/25/19/Add.3, 24 de enero de 2014, párrs. 37-41.

derecho internacional humanitario. Reconociendo lo anterior, los negociadores han afirmado que las sanciones alternativas no constituyen una forma encubierta de impunidad y que de hecho garantizan la no repetición. Para examinar si aquella afirmación es correcta, examinaré en primer lugar (2.1) la evolución y el estado actual de la regulación contra la impunidad, afirmando que la seguridad jurídica y la estabilidad del acuerdo y de las medidas implementadas en su marco dependen de que se observen los estándares pertinentes. A continuación, analizaré (2.2) cómo en el derecho internacional la licitud de medidas no se determina por la denominación asignada a las mismas (como, por ejemplo, la de penas alternativas), sino del hecho de que efectivamente se cumpla con los estándares de sanción y no impunidad. Después abordaré (2.3) la importancia de no confundir y distinguir los conceptos de reparación y sanción, siendo ambas consecuencias complementarias y diferenciadas de la comisión de hechos ilícitos.

A. La prohibición de la concesión de amnistías o indultos para violaciones graves de derechos humanos, incluso las cometidas por integrantes de grupos no estatales.

Los redactores del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que se ocupa de la regulación de conductas en algunos conflictos armados no internacionales,⁴⁷ conscientes del hecho de que intentar sancionar a todos los combatientes podría dificultar el tránsito hacia un escenario no bélico por las reticencias de aquellos, incluyeron en el artículo 6.5 una recomendación de que las autoridades “en el poder” procuren:

“A la cesación de las hostilidades [...] 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”.

Aquella recomendación, que también puede entenderse como predicable de los indultos, persigue la estimulación de gestos de reconciliación que contribuyan a normalizar las relaciones, pero no es absoluta y no puede concederse frente a crímenes internacionales o

⁴⁷ Comparar los artículos 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); Marko Milanovic, “Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, 2007, págs. 380-381.

violaciones graves.⁴⁸ En el propio Acuerdo sobre Víctimas, las partes negociadoras afirman que harán uso de aquella facultad,⁴⁹ pero como aceptan los propios negociadores,⁵⁰ el alcance de la anterior recomendación, que aceptan y emplearán los negociadores, puede cobijar la participación en el conflicto pero jamás puede legitimar la ausencia de castigo a los responsables por violaciones graves. En el Borrador se reconoce que:

"Hay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma".

Al analizar esta cuestión, no puede desconocerse que las normas internacionales no pueden examinarse de forma aislada, lo que llevaría a la fragmentación del sistema; y que deben tener en cuenta los desarrollos y regulaciones en otros de sus ámbitos, como el de los derechos humanos, y el respeto de las normas internacionales imperativas.⁵¹ Siendo esto así, no puede desconocerse que tanto el derecho penal internacional como el derecho internacional de los derechos humanos prohíben las amnistías o indultos frente a violaciones graves. En consecuencia, es inadmisibles interpretar la recomendación sobre la concesión de amnistías como aplicable a aquellas violaciones, algo que ha sido concluido por los órganos del sistema interamericano.⁵²

⁴⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario de 1987 al artículo 6.5 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), del 8 de junio de 1977, disponible en: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=C6692EB184B56F56C12563CD0043A476> (última visita: 8 de marzo de 2016); Comité Internacional de la Cruz Roja, "Rule 159. Amnesty", en: Customary IHL database, sección "Exception", disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule159.

⁴⁹ Vid. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos", op. cit., págs. 27 y 28, párrs. 37 y 38.

⁵⁰ Ibid., pág. 28, párrs. 39 y 40.

⁵¹ Vid. Comisión de Derecho Internacional, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, op. cit., párrs. 19, 44-45, 86, 92, 144, 257, 327, 346-349, 359-373, 389, 394, 407-432.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 269; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264, párr. 286.

La imposibilidad jurídica de decidir no sancionar violaciones graves, como las constitutivas de crímenes internacionales, se basa en la idea enunciada en el caso *Lotus* y en la jurisprudencia internacional de que los Estados puede hacer lícitamente todo aquello que no les esté prohibido en una norma internacional.⁵³ En consecuencia, cualquier acto estatal que contravenga una de aquellas prohibiciones constituye un hecho ilícito, incluso si es constitucional o adoptado de conformidad con procedimientos y canales democráticos. De esta manera, en el caso *Gelman contra Uruguay* la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que hay un “límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por” ellas, por ejemplo en relación con la concesión de amnistías.⁵⁴

En cuanto a las razones por las que se prohíbe la impunidad de las violaciones graves, puede pensarse que se considera que la concesión de amnistías implicaría impunidad, la cual atenta, entre otros, contra los derechos de las víctimas y contra la búsqueda de la no repetición de hechos ilícitos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas han considerado que la investigación y sanción de crímenes internacionales son esenciales para evitar su repetición y fomentar una paz duradera.⁵⁵

Puede considerarse entonces que la consideración jurisprudencial sobre la inadmisibilidad de indultos y amnistías para violaciones graves se fundamenta en normas básicas. Por ejemplo, la sentencia *Barrios Altos contra Perú* ciertamente constituyó un hito sobre esta cuestión; y en ella la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que las autoamnistías de violaciones graves son incompatibles con normas convencionales como las contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y afectan derechos de las víctimas.⁵⁶

Alguien podría pensar que, quizá, la referencia expresa a las autoamnistías podría suponer, contrario sensu, que las amnistías o indultos concedidos a los autores o partícipes en violaciones graves

⁵³ Vid. Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, págs. 22-24; Declaración del juez Simma a: Corte Internacional de Justicia, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 240.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 106

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

cometidas a título personal o por quienes hayan operado en grupos u organizaciones no estatales, como por ejemplo las guerrillas colombianas, no están proscritas, y que su admisibilidad precisamente radica en el deseo de facilitar el fin de los conflictos que afectan a tantos Estados, en tanto los conflictos no internacionales son mayoritarios en la actualidad.⁵⁷

Estoy en desacuerdo con aquella postura. A mi juicio, una consideración de esta índole es inadmisibile, pues en últimas la violación grave de derechos humanos no se determina por la presencia de un agresor con determinado rótulo o identidad, como el estatal, sino en la forma en que se desplieguen conductas que atenten contra seres de carne y hueso desconociendo libertades y derechos fundamentales. La dignidad en la que se fundamenta aquellos derechos es inalienable y no condicional.⁵⁸ Siendo esto así, condicionar con base en factores ajenos a la naturaleza humana de los derechohabientes, como podría serlo la identidad del agresor, supondría un trato discriminatorio contra algunas víctimas y contravendría la aspiración de universalidad en la protección de los derechos humanos, la que no sólo es geográfica e incluye diferentes dimensiones de protección.⁵⁹

Por estas razones, concuerdo con la idea de que no sólo las autoamnistías, sino toda amnistía (o indulto) a violaciones graves, contraviene el derecho internacional, siendo el elemento central la gravedad y naturaleza de una violación, no la identidad de su autor. Aquella idea fue apoyada en el caso Gelman contra Uruguay, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

"La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe

⁵⁷ Vid. Comité Internacional de la Cruz Roja, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, CICR, 2008, pág. 2.

⁵⁸ Vid. Resolución 41/120 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Helsinki Final Act del 1 de agosto de 1975, Conference on Security and Co-Operation in Europe; Oliver Sensen, "Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms", *European Journal of Political Theory*, Vol. 10, 2011; Oscar Schachter, "Human Dignity as a Normative Concept", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pág. 853; Roberto Andorno, "Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009; Jack Donnelly, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", *The American Political Science Review*, Vol. 76, 1982; Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, 2006, págs. 63, 92.

⁵⁹ Vid. Jessica Almqvist, "Facing the Victims in the Global Fight against Terrorism", FRIDE Working Paper 18, 2006, págs. 8-12.

sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos”⁶⁰ (subrayado añadido).

Las anteriores consideraciones se aplican a los acuerdos con grupos armados no estatales como las FARC, cuyos miembros no pueden entonces beneficiarse de amnistías cuando hayan participado en violaciones graves y frente a las mismas.

Ciertamente, el Acuerdo sobre Víctimas alcanzado por las FARC y el gobierno colombiano indica que hay conductas que, precisamente por su gravedad, no pueden ser objeto de amnistías o indultos, y que por ello “deben ser objeto del componente de justicia del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”, lo que ha de suponer que aquellas conductas sean objeto de “sanciones a los responsables”.⁶¹ La pregunta es si realmente hay sanciones o, por el contrario, impunidad; y si la designación de una medida como sanción supone que la misma existe.

B. El no formalismo y la necesidad de indagar por el contenido y la sustancia de las medidas ‘alternativas’, identificando su naturaleza jurídica precisa.

Al realizar un análisis de estándares internacionales sobre derechos humanos, es ineludible tener que acudir a consideraciones teleológicas, pues la regla general de interpretación de los tratados, aplicable a otras fuentes en la medida en que ello sea compatible, la incluye entre sus elementos principales.⁶² Además, el criterio teleológico ha jugado un papel trascendental en el derecho internacional de los derechos humanos, inspirando interpretaciones evolutivas y el principio de

⁶⁰ Vid. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 229; 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, párrs. 147-176, especialmente el párrafo 175.

⁶¹ Gobierno colombiano y FARC, Borrador Conjunto del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto publicado por las partes negociadoras el 15 de diciembre de 2015, párrs. 30-31, 40-41.

⁶² Vid. artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Jan Klabbbers, op. cit., pág. 53; Antonio Remiro Brotons et al., Derecho Internacional: Curso General, op. cit., págs. 373, 382.

efectividad.⁶³ En consecuencia, es necesario analizar si los objetivos perseguidos con la prohibición de las amnistías e indultos frente a violaciones graves pueden verse afectados o seriamente comprometidos por un sistema de penas o sanciones alternativas y si en la práctica su imposición supone acaso amnistías o indultos de facto. En estos eventos, el sistema elegido carecería de licitud internacional. Además, su legitimidad se vería comprometida, debido a que en la actualidad los derechos humanos suelen emplearse como criterio de "justicia" o con roles análogos, estigmatizándose sus transgresiones.

Lo anterior se refuerza si se considera que en el derecho internacional la designación o el rótulo otorgado a determinados actos y medidas no es determinante de su naturaleza y efectos jurídicos. Esto se predica, por ejemplo, de los tratados y las reservas. En este sentido, la designación dada a un acto no determina si estamos o no frente a un tratado o una reserva. En consecuencia, incluso si alguien emplea otros términos para eludir algún efecto, será el contenido de los actos el que determine qué implicaciones jurídicas tiene. La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados expresa lo anterior en sus artículos 2.1.a y 2.1.d, cuando dice que:

"[S]e entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular [...] se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado" (subrayado añadido).

Puede colegirse que en el derecho internacional hay un principio similar al presente en algunos derechos laborales estatales, que podríamos denominar como un principio "de realidad", según el cual lo determinante es la sustancia de los actos y no su denominación a efectos de determinar su naturaleza e implicaciones jurídicas. La práctica de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos confirma

⁶³ Vid. Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 58, 114; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 21, 66.

que el respeto de garantías y derechos son más relevantes que las formalidades,⁶⁴ reiterando la importancia de prestar atención al fondo más que a las formas, especialmente cuando haya derechos humanos en juego.

Siendo esto así, si se llega a identificar en un caso que una “pena” alternativa no entraña sanción alguna, podría decirse que no es más que una amnistía o indulto disfrazado; y que si la sanción no es proporcionada a la gravedad de la violación hay igualmente un problema.

Al respecto, hay que ser juicioso al identificar la naturaleza de las medidas acordadas para poder identificar sus consecuencias en el derecho internacional. En consecuencia, es imprescindible distinguir las distintas obligaciones y derechos que surgen como consecuencia de la comisión de hechos ilícitos, siendo importante que se cumpla con todas ellas. Al respecto, cuando se comete una violación emergen derechos adicionales a favor de las víctimas directas e indirectas; y surgen obligaciones a cargo de los participantes en el hecho internacionalmente ilícito y del Estado. Las obligaciones y cargas de los participantes son tanto correlativas, dirigidas a hacer efectivos aquellos derechos, como cargas, por ejemplo, recibir alguna sanción. El Estado, por su parte, tiene el deber de esforzarse con diligencia por hacer efectivas todas aquellas consecuencias.⁶⁵ Estas consecuencias están interrelacionadas en muchas ocasiones. Por ejemplo, con el cumplimiento de obligaciones del Estado y los responsables pueden satisfacerse derechos de las víctimas, y ellas tienen derecho a que se desplieguen todos los efectos y consecuencias de la responsabilidad de los participantes en violaciones.

Aquella interrelación ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional, donde se ha afirmado que los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones de derechos humanos, incluso cuando sean cometidas por entes no estatales, como corolario del deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos.⁶⁶ De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que el

⁶⁴ Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 18.

⁶⁵ Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a: Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264, párr. 26.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166, 172, 174.

derecho a un mecanismo o "remedio efectivo" incluye la posibilidad de exigir la investigación y sanción de los responsables.⁶⁷

Examinado lo anterior, es importante advertir que las distintas consecuencias y deberes que surgen a cargo de los responsables incluyen, entre otras, un deber de reparar, con componentes de satisfacción, restitución (si es posible) y compensación. Este deber es una consecuencia automática de la responsabilidad, que surge con la comisión de un hecho ilícito,⁶⁸ y se confirma en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (en adelante, los Principios y directrices básicos), en cuyo párrafo 15 se estipula que puede haber casos en los que "una persona física o jurídica u otra entidad esté obligada a dar reparación a una víctima". Como dice Theo van Boven, ello supone un reconocimiento de que debería exigirse responsabilidad a los actores no estatales que participen en violaciones de derechos humanos.⁶⁹ Es importante enfatizar que el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional imponen deberes a grupos no estatales y a sus integrantes.⁷⁰ Es importante aclarar que la imposición de aquellas obligaciones no cambian el estatus de sus destinatarios, no los legitiman ni les otorgan derechos a aquellos

⁶⁷ Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 273.

⁶⁸ Vid. Comisión de Derecho Internacional, "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), artículos 28 y 31; Comisión de Derecho Internacional, "Draft articles on the responsibility of international organizations", *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two, artículos 28 y 31; Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, párrafo 2 del comentario al artículo 28 y comentario al artículo 31; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, págs. 234, 238.

⁶⁹ Vid. Theo Van Boven, "The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2010, pág. 3.

⁷⁰ Vid. Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 40-41; Robert Dufresne, "Review of: Liesbeth Zegveld. The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, págs. 227-228; artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, pie de página 6; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Kononov v. Letonia, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 158-159, 236, 244; Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pág. 59.

actores, como dispone el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y se reconoce en la doctrina y jurisprudencia internacional.⁷¹

En relación con la anterior discusión sobre responsabilidad, hay que recordar que una consecuencia de la misma es el deber de reparar (que en los Acuerdos se reconoce). El cumplimiento de este deber es trascendental incluso cuando el participante en un abuso sea un ente no estatal. Esto se debe a que en muchas ocasiones la reparación integral no será posible si en ellas no participan los actores no estatales que hayan participado en una violación. Por ejemplo, sólo los agentes no estatales que secuestraron a alguien pueden revelar la verdad e informar sobre su paradero en caso que el Estado, a pesar de una investigación y acción diligente, no logre obtener información al respecto. En cualquier caso, si un ente no estatal comete un hecho ilícito automáticamente debe reparar, pues el cese, las reparaciones y, en caso que se exijan, las garantías de no repetición son una consecuencia inmediata de la responsabilidad, la que surge automáticamente si se transgrede una obligación jurídica.⁷² Los entes no estatales tienen obligaciones de respetar el derecho imperativo, de no violar el derecho penal internacional y de respetar el DIH y cualquier norma internacional de la que sean destinatarios.⁷³

Ahora bien, no puede olvidarse que la emergencia del deber de reparar es una de las consecuencias de la responsabilidad. El derecho internacional de los derechos humanos opera como *lex specialis* y, por ello, puede prever consecuencias adicionales a las contempladas en el derecho internacional general, incluso frente a entes no estatales.⁷⁴ Los desarrollos en aquella rama del derecho internacional han llevado a la consideración de que existe un deber estatal de evitar la impunidad y de

⁷¹ Ver el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, op. cit., párr. 18 del Capítulo IV; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, págs. 51-53.

⁷² Vid. Comisión de Derecho Internacional, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), artículos 1 a 3; Comisión de Derecho Internacional, “Draft articles on the responsibility of international organizations”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two, artículos 3 a 5.

⁷³ Vid. Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, págs. 166-167, 273-274, 280.

⁷⁴ Vid. Comisión de Derecho Internacional, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), artículos 55 a 58; Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, párrafo 3 del comentario al artículo 28.

sancionar a los responsables de la comisión de violaciones graves. Ahora bien, no puede ignorarse que algunas divergencias y desarrollos en la jurisprudencia de los órganos internacionales de supervisión permiten inferir que podría resultar admisible una flexibilización mediante el empleo de sanciones alternativas siempre y cuando haya proporcionalidad con la gravedad de la sanción.⁷⁵ El deber de evitar la impunidad se confirma en el derecho penal internacional. En este sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo Preámbulo (que como parte del contexto del tratado necesariamente debe tenerse en cuenta a la hora de interpretarlo)⁷⁶ menciona el propósito de poner fin a la impunidad "de los autores" de crímenes internacionales, sin distinguir entre agentes de grupos no estatales o del Estado.

Hablando de derecho penal internacional, es revelador que en el contexto de la Corte Penal Internacional se admite que puede haber reparación a víctimas pero necesariamente debe haber una sanción de los responsables.⁷⁷ Además, los Principios y directrices básicos distinguen entre las "sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones" y las garantías de no repetición, medidas indemnizatorias, medidas restitución, medidas rehabilitación y diferentes medidas de satisfacción, como se puede leer en sus párrafos 19 a 23, especialmente en el párrafo 22.f. En resumen, al tener una entidad y naturaleza propia y de las distintas y complementarias dimensiones de respuesta a las violaciones y protección a las víctimas, el derecho internacional vigente determina que no pueden ignorarse ni los deberes de reparación y prevención ni el de responder de forma adecuada y proporcionada a las violaciones, entre otras mediante sanciones adecuadas.

Todo lo anterior exige ser cauteloso con el Acuerdo sobre Víctimas, pues si no se cumple con alguna de las obligaciones sobre consecuencias

⁷⁵ Louise Mallinder, op. cit., págs. 270-277.

⁷⁶ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷⁷ Vid. "Five essential elements for ICC victims reparations", #globalJUSTICE (blog de derecho internacional), 17 de marzo de 2015, disponible en: <https://ciccglobajustice.wordpress.com/2015/03/17/five-essential-elements-for-icc-victims-reparations/> (última visita: 19 de abril de 2016); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículos 75 a 79; Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012, 3 de marzo de 2015, párrs. 87-228.

de la comisión de un hecho ilícito habrá un fallo que expondrá a cuestionamientos futuros. Al respecto, en el acuerdo parece haber ocasionalmente ciertas confusiones entre los conceptos de reparación y de sanción, y de hecho un abogado español de las FARC habló en su momento de la idea de que en el acuerdo con las FARC debía aceptarse la idea de “sanciones reparadoras”.⁷⁸ Al respecto, llama la atención que en el acuerdo se contemple que las sanciones que podrán imponerse a quienes confiesen de forma oportuna ante la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial de Paz tendrán “funciones reparadoras y restauradoras” (párr. 60). Evidentemente, si esas funciones son complementarias a las propiamente punitivas no hay objeción, siempre y cuando el castigo tenga proporción con la gravedad de una violación, pero no es claro que esto sea así. Aunque también se dice que quienes participen ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad podrán presentar proyectos de “actividades reparadoras y restaurativas” (pág. 46), es curioso que el responsable pueda incidir en la determinación de la “sanción” que se le imponga, confirmando de alguna manera la sospecha de que el objetivo primordial o preponderante y, quizá, exclusivo, sea la reparación. Esto implicaría confundir conceptos e incumpliría con deberes estatales, permitiendo que se considere que no ha habido justicia y que órganos penales extranjeros o internacionales puedan actuar dada la ilegitimidad de la decisión de no castigar una violación grave.⁷⁹ También podría haber eventualmente una inconsistencia con el elemento de previsibilidad clara de la sanción concreta que se puede imponer y que exige el principio de legalidad.⁸⁰ En el Acuerdo se afirma de manera meridiana que el “Sistema Integral hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo (sic) con sanciones retributivas” (pág. 5). Esto parece sugerir que no se excluye la sanción, pero en concreto no se identifican castigos sino participación en programas que buscan la reparación, el cese de violaciones continuadas o la no reparación, e incluso se indica que las

⁷⁸ Vid. “No hablo de impunidad para las Farc; hablo de sanciones que se cumplan: abogado”, W Radio (Colombia), 27 de julio de 2015, disponible en: <http://www.wradio.com.pa/noticias/actualidad/no-hablo-de-impunidad-para-las-farc-hablo-de-sanciones-que-se-cumplan-abogado/20150727/nota/2868912.aspx>.

⁷⁹ Vid. Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, Trial Chamber, Prosecutor v. Anto Furundžija, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párrs. 154-157.

⁸⁰ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Kononov v. Letonia, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 185, 235-236, 241.

restricciones de derechos buscan asegurar la ejecución de las acciones restaurativas y reparadoras (pág. 45 del Acuerdo), lo que haría de ellas un medio para facilitar estas acciones.

Debido a las ambigüedades presentes en el lenguaje y los términos empleados en el acuerdo, puede haber inquietud en relación con la posibilidad de que en la Jurisdicción Especial de Paz, que probablemente tendrá grandes poderes frente a otros componentes del Estado,⁸¹ se estime de forma errada que medidas de índole preponderante o exclusivamente reparadoras constituyen sanciones y se genere impunidad. Examinemos lo que dice el Listado de sanciones (páginas 45 a 49 del acuerdo), en concreto en cuanto a aquellas que pueden imponerse a quienes confiesen y revelen la verdad de forma oportuna.

Al respecto, en el acuerdo se citan como ejemplos la participación en programas de reparación, medioambientales, de construcción, de desarrollo, de agricultura, de infraestructura, relativos a servicios públicos y seguridad o sobre garantías de la integridad personal, como la erradicación de explosivos o minas antipersonal. Esto último está conectado con la no repetición y la cesación, pues contribuye a poner fin a un riesgo creado continuado de afectación de derechos humanos. Aunque esas medidas son importantes y necesarias, sin cuya exigencia el Estado no cumpliría su mandato, en ningún momento se observa de forma clara un castigo o retribución. Más aún, alguien podría pensar que debido al principio de legalidad no sería lícito imponer otras "sanciones", aunque ello ignoraría que, por el principio *nullum crime sine jure* (que permite condenar y sancionar conductas prohibidas incluso tan sólo por la costumbre internacional), aún si un Estado no sanciona a los individuos que hayan cometido violaciones del derecho internacional consuetudinario o convencional aplicable, otros actores pueden castigar de forma apropiada a aquellos individuos en aplicación del derecho internacional.⁸² Adicionalmente, la idea de que las

⁸¹ Vid. Jaime Castro, "Estas son las implicaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz", *El Tiempo* (Colombia), 25 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/analisis-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-y-los-cambios-institucionales/16520748>.

⁸² Vid. Audiencia Nacional de España, Sala Penal, Sección Tercera, Sentencia Núm. 16/2005, "Sentencia por crímenes contra la humanidad en el caso Adolfo Scilingo", 19 de abril de 2005; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Kononov v. Letonia, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 236, 244; Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, Trial

restricciones de derechos previstas en el acuerdo buscan garantizar la participación en proyectos de la índole mencionada es conceptualmente confusa: quienes no hayan participado en violaciones pueden ser en ocasiones objeto de restricciones necesarias y proporcionales de derechos si se cumplen ciertos requisitos.⁸³

Por todo lo dicho, se corre el riesgo que siempre penda una espada de Dámocles sobre lo acordado por el gobierno y las FARC, en tanto si se considera que las medidas acordadas buscan dejar conductas graves impunes o tienen dicho efecto ellas carecerán de validez y efectos desde la perspectiva del derecho internacional, por lo cual tanto terceros Estados que ejerzan jurisdicción universal o juzguen casos de litigación transnacional basados en principios e intereses universales⁸⁴ como órganos internacionales con competencia y jurisdicción podrían decidir actuar en un futuro. Más aún, internamente podría haber cuestionamientos. Acerca de la posible acción de terceros Estados frente a casos donde hay impunidad de violaciones graves, como por ejemplo la tortura, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consideró que las víctimas pueden intentar iniciar procesos ante órganos internacionales o estatales competentes, por ejemplo con base en criterios de jurisdicción universal, en tanto las decisiones que brinden cobijo a los responsables de crímenes internacionales carecen de validez y facultan a terceros actores a investigar, juzgar y castigar la comisión de aquellos crímenes.⁸⁵

Por este motivo, es preferible que la negociación sobre puntos complejos como las sanciones alternativas continúe, evidentemente sin hostilidades, hasta garantizar plenamente la coherencia con lo que exige el derecho internacional. Claro está, los negociadores intentan tejer un discurso que convenza que lo acordado es plenamente compatible con lo dispuesto internacionalmente, pero es incierto si aquel discurso será acogido. Asegurarse de la compatibilidad interesa tanto a guerrilleros como a agentes estatales y otros actores no estatales que hayan

Chamber, Prosecutor v. Anto Furundžija, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párrs. 155-156.

⁸³ Sobre las restricciones a los derechos humanos, que no necesariamente constituyen sanciones, y sus requisitos, ver: Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 35-50.

⁸⁴ Vid. Antonio Cassese, “Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting”, (dédoublement fonctionnel) in International Law”, European Journal of International Law, Vol. 1, 1990, págs. 228-231.

⁸⁵ [84] Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija (IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrs. 155-156.

participado en el conflicto armado, en pro de la seguridad jurídica que, con razón, tanto les interesa. En cuanto al argumento de que algunas de las víctimas, quienes han de ser los verdaderos protagonistas, están de acuerdo con el sistema de justicia transicional propuesto, no puede desconocerse el argumento de que la violación o afectación de los derechos humanos no puede ser consentida (frente a algunos derechos puede aceptarse su no ejercicio dentro de ciertos límites, pero esa es otra cuestión) ni que esos derechos son inalienables.⁸⁶

Ahora bien, si se concluyese que sí hay sanciones, la indagación no terminaría. Esto se debe a que se deben cumplir ciertas condiciones para considerar que las sanciones son legítimas y apropiadas, pues en caso contrario el Estado no cumpliría con el deber de asegurarse de que sus medidas se ajustan a lo dispuesto en el derecho internacional. En este evento, tal como ocurriría frente a una conclusión de que no hay sanciones sino únicamente reparaciones (conceptualmente distintas a aquellas), las medidas tendrían ilegitimidad internacional y no serían oponibles. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que las amnistías de violaciones graves "carecen de efectos jurídicos y no pueden [representar] un obstáculo para la investigación de los hechos [...] ni para la identificación y el castigo de los responsables".⁸⁷ En el mismo sentido, en el asunto Furundzija el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dijo que, frente a las violaciones de derechos humanos que constituyan crímenes internacionales o contravengan el *jus cogens* o derecho imperativo, no tendría sentido considerar inválidos los tratados que desconozcan la prohibición de aquellas violaciones y permitir o asignar validez a las medidas internas que condonen, autoricen o conlleven a la ausencia de castigo de crímenes internacionales, por lo cual en el plano

⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, párrafo 10 del comentario al artículo 20, pág. 74; Preámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos; Thomas Pogge, "Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor", updated version of an essay first published under the same title in the *Leiden Journal of International Law* (18 (4) 2005: 717-745) Symposium on 'Cosmopolitanism, Global Justice and International Law', págs. 11-13, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/poverty/expert/docs/Thomas_Pogge_new.pdf; Heidi Rajamae, *Legality of a Contractual Waiver of Human Rights in the European context*, tesis de Maestría, Lund University, págs. 1, 10-20, disponible en: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1977744&fileId=1977828>

⁸⁷ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44.

internacional aquellas medidas y decisiones internas carecen de cualquier tipo de efectividad y reconocimiento.⁸⁸

C. Condiciones que deben respetar las penas alternativas para ser internacionalmente lícitas

En este escrito no se defiende ni se sostiene que las penas de prisión sean las únicas admisibles frente a violaciones de derechos humanos. La naturaleza de las sanciones penales ha sido una construcción histórica contingente que, no obstante, puede y debe examinarse de forma crítica a la luz de exigencias humanitarias. Esto explica la necesidad de criticar los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y el hecho de que haya habido una evolución teórica y parcialmente práctica en cuanto a las respuestas penales de los Estados, impelidas en ocasiones por argumentos como los sostenidos por Cesare Beccaria.⁸⁹ Dicho esto, para ser internacionalmente lícitas e impedir cuestionamientos o investigaciones y juzgamientos por terceros -estos cuestionamientos pueden evitarse con el juego del criterio de complementariedad penal⁹⁰ o de consideraciones como la de *forum non conveniens*,⁹¹ entre otras-, las sanciones alternativas deben ser tales, no únicamente actividades de reparación, y han de cumplir con exigencias de proporcionalidad frente a las conductas reprochables.

En resumen, las sanciones alternativas, entendidas en un momento histórico determinado como aquellas que difieran de los castigos penales tradicionales, no están prohibidas en sí mismas, y ciertamente pueden ser herramientas útiles en escenarios de transición. Con la misma lógica, poner énfasis en las reparaciones, sin dar prioridad a la “retribución” o al castigo, algo por lo que se optó en el acuerdo entre FARC y gobierno colombiano (según se indica en la página 5 del Acuerdo sobre Víctimas), tampoco es a priori contrario al derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, en su artículo 5.6 la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos concuerda en que, en lugar del castigo, las tradicionales penas privativas de la libertad

⁸⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija (IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

⁸⁹ Vid. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

⁹⁰ Vid. artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Darryl Robinson, “The Mysterious Mysteriousness of Complementarity”, *Criminal Law Forum*, Vol. 21, 2010.

⁹¹ Vid. Ronald A. Brand, “Forum non conveniens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

"tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Dicho esto, debe observarse que ni en esta disposición ni en el Acuerdo sobre Víctimas se excluye la finalidad propiamente punitiva o retributiva de la pena, que complementa las denominadas finalidades de prevención general positiva y negativa y de prevención especial positiva y negativa de la sanción penal.⁹² La pregunta es si en la práctica el acuerdo sí la excluye o la reduce a un mínimo tal que haga que no tenga entidad suficiente frente a las conductas examinadas.

Por lo anterior, y recordando que sanción y reparación son conceptos jurídicos separados que deben ser satisfechos, como recuerda la tríada de verdad, justicia y reparación⁹³ (que indica que son conceptos complementarios, necesarios todos pero diversos), en cuanto a la pregunta de si basta cualquier castigo, la respuesta es negativa.

Ciertamente, en escenarios de justicia transicional, es posible que el Estado opte por reducir la intensidad de las sanciones o, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que opte por "la morigeración del poder punitivo del Estado, específicamente mediante la imposición de sanciones atenuadas".⁹⁴ Ahora bien, esta posibilidad tiene dos límites, que resalta la propia Comisión: en primer lugar, la investigación y sanción de violaciones graves es "irrenunciable".⁹⁵ En segundo lugar, es imprescindible que haya proporcionalidad entre la respuesta dada como sanción y la conducta reproachable y los bienes jurídicos que se afectaron con ella,⁹⁶ como se examina más abajo.

A mi parecer, si se permite atenuar las sanciones a imponer a los responsables, también es factible imponer sanciones distintas a las tradicionales en un Estado si se satisfacen los requisitos sustantivos y procedimentales (como su regulación en una ley)⁹⁷ pertinentes. Al

⁹² Vid. Ulfrid Neumann, "The 'Deserved' Punishment", en: Ap Simester et al. (Eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Hart Publishing, 2014, pág. 79; Klaus Roxin, "Prevention, Censure and Responsibility: The Recent Debate on the Purposes of Punishment", en: Ap Simester et al. (Eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch*, Hart Publishing, 2014, págs. 29-32.

⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 50.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 255.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Vid. Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 14, 28-37; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Plenaria, Case of the Sunday Times v. Reino Unido, Sentencia, 26 de abril de 1979, párrs. 47-49, 59, 62, 67.

respecto, Louise Mallinder, estudiando la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos, con buen tino dice que si bien se afirma la existencia de un deber de imponer sanciones apropiadas, no se especifica que las sanciones que deban imponerse necesariamente deban tener una naturaleza penal o criminal.⁹⁸

Ahora bien, en cualquier caso es imprescindible que la pena o sanción a imponer guarde proporción con la gravedad de la conducta en que incurrió el responsable. Esta exigencia se discutió por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia.

En aquella sentencia, la Corte mencionó cómo la Corte Constitucional colombiana, los agentes del Estado demandado y la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmaban que podía ser internacionalmente lícita la imposición de sanciones que tuviesen aquella relación de proporcionalidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo, de forma interesante, que no son admisibles las penas “ínfimas o ilusorias, o que puedan significar una mera apariencia de justicia”.⁹⁹ La Corte Interamericana, por su parte, dijo que para cumplir adecuadamente con el deber de investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos los Estados deben garantizar el “principio de proporcionalidad de la pena”,¹⁰⁰ que a su juicio exige:

“[Q]ue la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”.¹⁰¹

Con base en las anteriores consideraciones, considero que el derecho internacional permite un trato alternativo o atenuado en comparación con la respuesta penal tradicional siempre y cuando la sanción guarde proporción con los jurídicos y derechos afectados. Ello es ciertamente útil en escenarios de justicia transnacional.

En relación con esta cuestión, es útil afirmar que a mi juicio, a diferencia de la creencia de que la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador

⁹⁸ Louise Mallinder, op. cit., pág. 274.

⁹⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párrs. 184, 186, 191.

¹⁰⁰ Ibid., párr. 193.

¹⁰¹ Ibid., párr. 196.

se da carta blanca a un proceso como el colombiano, considerado por algunos *sui generis*, en esa decisión lo que hizo la Corte fue reiterar y enfatizar que incluso en escenarios de justicia transicional es necesario investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos para evitar la impunidad.¹⁰² Claro está, lo expresado por órganos internacionales también permite inferir que un sistema de justicia transicional con penas alternativas proporcionales es permitido.

Un exponente del apoyo de estas tesis es el juez Diego García Sayán, quien, tras recordar el desarrollo regional y universal en el derecho internacional de los derechos humanos acerca de la prohibición de amnistías e impunidad frente a graves violaciones que constituyan crímenes internacionales y el deber de imponer “sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones”, consideró que, dadas las dificultades de respuesta ante numerosas violaciones en un conflicto armado, en relación con los componentes de verdad, justicia y reparación puede hacerse una ponderación de tal manera que se acepte una falta de satisfacción “plena” de la acción penal no afecte de forma desproporcionada los otros componentes, para no comprometer la posibilidad de alcanzar la paz; en el entendido adicional de que puede haber “particularidades y especificidades” en la concreción de aquellos componentes.¹⁰³ Creo que esta exhortación puede cobijar la concesión de amnistías o indultos a delitos no constitutivos de violaciones graves o crímenes internacionales, como se propone en el Acuerdo frente a los delitos políticos y conexos relacionados con la rebelión (págs. 25, 27 y 34), y la imposición de sanciones alternativas siempre y cuando no sean ínfimas, pues ello rompería la necesaria proporción aludida. Ahora bien, la proporcionalidad nunca puede suponer la anulación, negación total o ignorancia absoluta de uno de los principios, valores o derechos ponderados,¹⁰⁴ por lo cual si se estima que hay impunidad de facto o penas sin proporcionalidad frente a la gravedad de las conductas ilícitas,

¹⁰² Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264, párrs. 283-296.

¹⁰³ Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a: Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264.

¹⁰⁴ Vid. Rita Joseph, *Human Rights and the Unborn Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pág. 239.

el ejercicio de ponderación (posibilidad sugerida por Sayán) en el caso concreto no será válido y generará un hecho ilícito.

Con todo, hay que ser cautelosos y evitar que la flexibilización de sanciones conduzca a una impunidad de facto. Creo que fue esto lo que llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Marguš contra Croacia*, a indicar que si bien un creciente número de pronunciamientos en el corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos afirma que las amnistías de violaciones graves son inadmisibles, los intervinientes en el caso ante aquel Tribunal argumentaron que en ocasiones excepcionales podrían permitirse cuando sean necesarias para finalizar conflictos armados, incluso si se da cierta impunidad.¹⁰⁵

Tal vez la clave radique en que no haya una “impunidad total”, permitiendo una flexibilización con penas alternativas o atenuadas que no resulten irrisorias. Por ello, creo que la lectura que hacen los intervinientes es errada si se entiende como permisiva de una ausencia total de castigo. Lo que sí es admisible es usar penas o mecanismos alternativos, siempre y cuando se garanticen la no impunidad, la revelación de la verdad y la reparación, especialmente si se considera que las sanciones impuestas por el Estado han variado a lo largo de la historia. Ciertamente es posible dar preferencia a medidas de reparación, pero sin olvidar lo dicho atrás: que ellas son distintas del componente de no impunidad, cuyo respeto también es necesario incluso si no se le da prioridad: precisamente, la flexibilidad permite aminorar penas de manera proporcionada, pero no eliminarlas.

En el anterior sentido, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional James Stewart afirmó que, si bien la lucha contra la impunidad es obligatoria, en escenarios de justicia transicional el marco del Estatuto de Roma “otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto”,¹⁰⁶ con el límite de que las sanciones alternativas empleadas e impuestas sean “compatibles con el interés real de hacer comparecer a las personas condenadas ante la justicia”, guardando proporción con la gravedad de los crímenes.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso de *Marguš contra Croacia* (Aplicación no. 4455/10), Sentencia, 27 de mayo de 2014, párrs. 111-113, 129-140.

¹⁰⁶ James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, “La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, 13 de mayo de 2015, pág. 19.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 14.

Debido a la relevancia del análisis teleológico, es necesario examinar cuáles son los fines que persigue la prohibición de la impunidad de violaciones graves en el sentido de proscribir la ausencia de sanciones reales y que guarden proporción con la gravedad de las conductas juzgadas o analizadas.

En otras palabras, para examinar si las penas alternativas son compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario indagar qué razones hacen que las amnistías sean contrarias al mismo. Si se establece que las penas alternativas no afectan los postulados que protege la prohibición de las amnistías e indultos de violaciones graves, se establecerá a priori una apariencia de licitud de las mismas. Por su importancia y claridad, conviene citar lo dicho por la Corte en el caso Barrios Altos contra Perú, donde se analizan las garantías afectadas por la amnistía de violaciones graves y, en consecuencia, su lectura permite inferir qué objetivos, garantías y bienes jurídicos deben respetar las penas alternativas:

"[S]on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente [...] Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables"¹⁰⁸ (subrayado añadido).

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41, 43-44.

Podría concluirse, entonces, que los objetivos pertinentes son: no impunidad en tanto ella contraviene el acceso a la justicia y genera riesgos de repetición;¹⁰⁹ y conocimiento y revelación de la verdad y reparaciones. Estos dos últimos objetivos se cumplen con el Acuerdo, que de hecho los prevé y, de forma legítima, les da especial prioridad. Aquellos objetivos se estimulan con los beneficios a los que se puede acoger quien revele la verdad y el juzgamiento más duro a quien no lo haga o mienta. En cuanto al primer requisito, la flexibilización ciertamente es admisible para favorecer el acuerdo y el cese de hostilidades definitivo, siempre y cuando el núcleo esencial de no impunidad se respete, para lo cual debe haber al menos una respuesta proporcionada a la gravedad de las conductas y no sólo una exigencia de reparaciones. En cuanto a la necesidad de revelar toda la verdad, considero correcto que en el Borrador (pág. 33) se diga que la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, cuando considere que:

“[E]l reconocimiento de verdad y responsabilidad [sea] incompleto, [tendrá la función de] requerir a los declarantes para que puedan completarlo, con indicación de las conductas que en caso de no aportar verdad plena sobre ellas, serían remitidas a la Unidad de Investigación y acusación, para que esta decida si hay mérito para ser remitidas a la Sala de enjuiciamiento. El requerimiento a los declarantes deberá indicar los aspectos concretos que habrán de ser completados”.

Es loable e importante para que las víctimas sobrelleven y lidien con su sufrimiento en términos emocionales y psicológico, que conozcan lo que sucedió y el por qué, lo que evidentemente exige que los responsables, de grupos armados no estatales o del Estado estén dispuestos a contar la verdad plena de forma efectiva, sin maquillaje ni justificaciones, pues esto aminoraría el impacto de su actuación y pondría en riesgo la posibilidad de la satisfacción, que exige disculpas como dicen los Principios y directrices básicos.¹¹⁰ Esto es lógico porque si no hay disculpas sino incluso apología de lo que se hizo la indignación de las víctimas persistiría y habría una imagen de conveniencia de usar determinado proceso. Frente a esto, de manera decepcionante en el Acuerdo no hay un compromiso de pedir disculpas, sino que se habla de

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 106.

¹¹⁰ Vid. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Principios 18 y 22.

que el gobierno facilitará o apoyará "actos de reconocimiento y contrición" de los actores en el conflicto (pág. 50) y se dice que la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición tendrá la "función de crear espacios en los que aquellos actores "puedan" reconocer su responsabilidad y pedir perdón (pág. 13), aunque no se alude claramente a un deber de efectuar dicho reconocimiento y disculpas. Si los responsables no revelan la verdad, el Estado tiene el deber de investigarla y revelarla. La ambigüedad, presente en gran parte del acuerdo, lo que no ofrece claridad de garantías a las víctimas, se reitera, por ejemplo, en el momento en el que en el Acuerdo se dice que la Sala de reconocimiento de Verdad y responsabilidad "podrá acordar que el reconocimiento de verdad y responsabilidad se efectúe en Audiencia Pública en presencia de las organizaciones de víctimas invitadas por ella en la fecha que señale, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito" (subrayado añadido). Sin la publicidad, ciertamente el impacto del reconocimiento es mucho menor y puede tener menos relevancia y significado simbólico para las víctimas, además de poder sembrar dudas sobre el arrepentimiento de los responsables.

Es preciso añadir una consideración antes de proceder a examinar otras cuestiones: todo lo dicho en esta segunda sección es pertinente incluso si el contenido del acuerdo entre el gobierno colombiano y las FARC termina siendo incluido en un tratado internacional entre estos dos actores, como sugieren algunos que puede terminar ocurriendo.¹¹¹ No discuto que a los actores no estatales, incluyendo a los grupos armados, se les pueda conceder *jus ad tractatum* en casos concretos, como reflejan el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 o el caso Abyei.¹¹² Dicho esto, aquellos tratados tienen ciertos

¹¹¹ "Proceso de paz: esta sería la forma de blindarlo", Revista Semana (Colombia), 9 de abril de 2016, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdos-de-paz-serian-tratado-internacional/468619#>.

¹¹² Vid. John R. Crook, "Abyei The declaration which the Arbitration—Final Award", ASIL Insights, Vol. 13, 2009 en conjunto con: Antonio Remiro Brotons et al., Derecho Internacional: Curso General, op. cit., pág. 622; artículo 96.3 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), en conjunto con los comentarios del CICR a aquel Protocolo (párrs. 3764-3769, 3774), disponibles en: <https://www.icrc.org/ihl/COM/470-750123?OpenDocument> (última visita: 19 de abril de 2016); Comisión de Derecho Internacional, "Articles on the Law of Treaties with commentaries", Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1996, págs. 188-190; Comisión de Derecho Internacional, "First Report on the Law of Treaties by Sir

límites, pues el voluntarismo no es ilimitado en el derecho internacional actual. En primer lugar, se debe respetar el derecho imperativo, que incluye la protección de derechos humanos protegidos por normas penales internacionales,¹¹³ y relacionado con lo anterior, como demuestran el caso Furundžija y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el derecho penal internacional y el derecho internacional general, ningún acuerdo o norma puede ser válida o efectiva si fomenta o cobija la impunidad de crímenes internacionales o limita al *ius cogens*.¹¹⁴ Debe recordarse que los mismos no prescriben, y que no sus autores y partícipes no pueden beneficiarse de amnistías u otras medidas que supongan sustracción práctica o efectiva de la justicia, como recuerdan los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad.¹¹⁵

IV. Estrategias para defender o criticar lo pactado y la defensa de los intereses erga omnes

En la sección 1 se examinaron las medidas que buscan revestir de legitimidad al proceso, y en la segunda sección se analizó lo referente a la no impunidad, y cómo el derecho internacional se opone a la evasión de la justicia. En esta sección se analizará qué estrategias han desplegado distintos actores que critican los acuerdos sobre sanciones alternativas o que los defienden para buscar generar cambios o apoyar lo pactado.

Si bien el cese de hostilidades es trascendental desde una perspectiva de la paz como derecho de tercera generación¹¹⁶ y la efectividad de los derechos humanos, no puede ignorarse que un acuerdo mal alcanzado no garantiza aquella paz ni la estabilidad.

Humphrey Waldock, Special Rapporteur”, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, A/CN.4/144 and Add.1, 1962, págs. 31, 36.

¹¹³ Vid. Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, págs. 169-170.

¹¹⁴ Vid. artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija* (IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 155; Nicolás Carrillo Santarelli, “La inevitable supremacía del *ius cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *RJUAM*, No. 18, 2008, págs. 58-63.

¹¹⁵ Vid. Principios 22 a 26 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad.

¹¹⁶ Nigel D. White, *The United Nations System: Toward International Justice*, Lynne Rienner Publishers, 2002, págs. 48-55; Felipe Gómez Isa, “International Protection of Human Rights”, en: Felipe Gómez Isa y Koen de Feyter (Eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Universidad de Deusto, 2006, pág. 35.

¿Por qué? Por la posibilidad de que distintos actores desplieguen acciones si perciben que el resultado de las negociaciones es contrario al derecho internacional. En las anteriores secciones se habló de la posibilidad de que órganos internacionales o internos investiguen y juzguen individuos si se consideran competentes en virtud de criterios de jurisdicción universal, litigación transicional o complementariedad de órganos penales internacionales.

Aquellos órganos pueden ser advertidos e impelidos por acciones de avergonzamiento¹¹⁷ desplegadas por terceros. En este sentido, no puede ignorarse lo dicho por prestigiosas ONGs. Human Rights Watch, por ejemplo, ha considerado que lo pactado y revelado supone de facto que haya impunidad, además de identificar otras deficiencias a la luz del derecho internacional y los derechos humanos;¹¹⁸ mientras que Amnistía Internacional, por su parte, ha estimado que:

"Al proponer sanciones que no parecían ser proporcionales a la gravedad de los crímenes de derecho internacional, Colombia podía estar incumpliendo su obligación, contraída en virtud del derecho internacional, de prevenir y castigar tales crímenes".¹¹⁹

Además de avergonzamiento y juzgamiento por terceros, existe un riesgo de que se adopten medidas como la denegación de contribuciones económicas voluntarias por parte de actores como los Estados Unidos de América en futuras administraciones. Quienes adopten estas medidas movidos por la creencia de que hay impunidad estarían adoptando una medida de retorsión o una medida "inamistosa" (aunque con el deseo de presionar a favor de las víctimas, según su parecer, por lo que realmente no es tan inamistosa), siempre y cuando no tengan la obligación de prestar aquella asistencia, en cuyo caso hablaríamos de contramedidas. En ambos supuestos, la negación sería

¹¹⁷ Thomas Buergenthal, "The Evolving International Human Rights System", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, págs. 803-804.

¹¹⁸ Human Rights Watch, "Human Rights Watch Analysis of Colombia-FARC Agreement", 21 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.hrw.org/news/2015/12/21/human-rights-watch-analysis-colombia-farc-agreement>; Human Rights Watch, "Why Obama should press Colombia on justice", 4 de febrero de 2016, disponible en: <https://www.hrw.org/news/2016/02/04/why-obama-should-press-colombia-justice>; Human Rights Watch, "Colombia: FARC Pact Risks Impunity for 'False-Positives'", 28 de marzo de 2016, disponible en: <https://www.hrw.org/news/2016/03/28/colombia-farc-pact-risks-impunity-false-positives>.

¹¹⁹ Amnistía Internacional, Informe 2015/16: La situación de los derechos humanos en el mundo, 2016, pág. 144.

un ejemplo de acciones en un escenario descentralizado, como lo es el de la sociedad internacional. Algo similar ocurre en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, pues ha habido Estados, por ejemplo en Escandinavia, que prevén la denegación de ventajas, ayudas o contribuciones financieras y económicas a las corporaciones que hayan tenido complicidad en abusos.¹²⁰

Sería errado considerar medidas como el avergonzamiento o medidas de retorsión como contrarios a la libre determinación de los pueblos o al principio de no intervención. En primer lugar, porque las críticas legítimas a quienes violen obligaciones erga omnes o que interesan a toda la comunidad internacional, incluyendo la protección y el respeto de los derechos humanos, no se prohíben y de hecho se legitiman en el derecho internacional, contrario a lo que dicen algunos Estados con regímenes abusivos que desconocen esto;¹²¹ y porque en estos casos no habría contravención de obligaciones por parte de los actores estatales y no estatales en cuestión ni una coerción tal que elimine la libertad estatal colombiana para actuar de una forma que el derecho internacional permite, es decir frente a una cuestión en la que se otorgue una libertad decisoria.¹²² Además, no habría uso ni amenaza de la fuerza y no se afectaría la soberanía estatal.

Dicho esto, es evidente que quienes apoyan el proceso pueden, a su vez, utilizar mecanismos que el derecho internacional tolere, brinda o permita usar,¹²³ como por ejemplo la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas determine que no se inicie una

¹²⁰ En relación con las empresas participantes en abusos, por ejemplo, estas técnicas se han previsto. Al respecto, ver: Simon Chesterman, “The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations – The Case of Norway’s Sovereign Wealth Fund”, *American University International Law Review*, Vol. 23, 2008.

¹²¹ Vid. Felipe Gómez Isa, op. cit., págs. 20, 24-25; Myres McDougal y Harold D. Lasswell, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, op. cit., págs. 4-5.

¹²² Vid. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (especial pero no únicamente su párrafo 2); Edward McWhinney, “GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 2131 (XX) OF 21 DECEMBER 1965 DECLARATION ON THE INADMISSIBILITY OF INTERVENTION IN THE DOMESTIC AFFAIRS OF STATES AND THE PROTECTION OF THEIR INDEPENDENCE AND SOVEREIGNTY”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2010; Corte Internacional de Justicia, *Militar and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párrs. 202-205; Antonio Remiro Brotons et al., *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 138.

¹²³ Sobre la idea de que el derecho internacional tiene una amplia gama de respuestas a conductas y situaciones, no limitándose necesariamente al tratamiento binario de legalidad e ilegalidad, ver: Declaración del juez Simma a: Corte Internacional de Justicia, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403, párrs. 9-10.

investigación por la Corte o que se suspenda una en curso, eventualidad que incluso reconoció el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional James Stewart.¹²⁴ Al respecto, no puede desconocerse que aquella determinación tiene un plazo prorrogable o renovable de doce meses, lo que hace que la famosa espada de Dámocles de acciones basadas en el derecho internacional nunca desaparezca, en tanto aquellas determinaciones y renovaciones, como cuestiones sustantivas y no procedimentales, deben ser aprobadas por la mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad, y cualquier veto de un miembro permanente impediría su adopción. Esto genera incertidumbres y exigirá buscar siempre apoyos, lo que nunca será seguro en un órgano tan politizado como aquel Consejo.

También se puede hacer, y de hecho ya se está desplegando, una campaña simbólica de creación de un discurso y una concepción favorables a lo acordado, intentando generar dinámicas de socialización o aculturación,¹²⁵ entre otras, que quizá se espera contribuyan a la generación de prácticas o futuras costumbres si llega a brindarse suficiente apoyo y opinio juris de terceros Estados (pues la creación de este tipo de normas es un proceso colectivo), argumentándose que este es un primer caso a emular en otros conflictos, especialmente por la flexibilización que García Sayán, James Stewart y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos están dispuestos a aceptar y por la propia mención en el Consejo de Seguridad de que, como dijo Liu Jieyi de China en el Consejo de Seguridad, el proceso colombiano pueda ofrecer un ejemplo para otras situaciones complejas.¹²⁶

V. Conclusiones

El conflicto colombiano, cruel y salvaje, debe llegar a su fin. Lo contrario es condenar a sus habitantes y ciudadanos a más sufrimiento y exponerlos a mayores y crecientes riesgos de victimización.

¹²⁴ Vid. James Stewart, op. cit., pág. 18; Estatuto de Roma, artículo 16.

¹²⁵ Sobre aculturación véase: Ryan Goodman y Derek Jinks, "Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law", *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, págs. 728, 730-743.

¹²⁶ Naciones Unidas, "Security Council Decides to Establish Political Mission in Colombia Tasked with Monitoring, Verifying Ceasefire, Cessation of Hostilities", Meetings Coverage and Press Releases, 25 de enero de 2015, disponible en: <http://www.un.org/press/en/2016/sc12218.doc.htm> (última visita: 10 de marzo de 2016); James Stewart, op. cit., pág. 18.

Evidentemente, esta finalización no concluirá con un acuerdo efectivo con las FARC, pero por la dinámica de este grupo la finalización de acciones bélicas y contrarias a los derechos humanos por su parte será ciertamente un gran paso en Colombia. La anterior necesidad no debe llevar a ilusiones o a prisas y trabajos mal hechos. Incluso a los mismos guerrilleros les interesa la estabilidad y seguridad jurídica, y si se ignora el derecho internacional de los derechos humanos terceros actores, internos y externos, pueden generar cuestionamientos en un futuro que lleven a nuevas investigaciones y eventuales sanciones, en tanto los crímenes internacionales no prescriben y si no ha habido justicia efectiva, es decir si hay impunidad de crímenes internacionales no castigados de forma proporcionada, hay cosa juzgada aparente o fraudulenta y no se prohíbe un nuevo juicio de la misma conducta.¹²⁷ También se expondría a medidas de retorsión sobre negocios, visas o de otra índole, incluso a contramedidas y denuncias. Además, no pueden lícitamente desconocerse los derechos de las víctimas ni es aceptable hacerlo.

Ciertamente, el caso colombiano puede ser un gran ejemplo y precedente, contribuyendo a la aceptación y reconocimiento de que puede haber flexibilización en las sanciones, incluso dándose prelación a la dimensión del deber de reparación,¹²⁸ confirmándose que la naturaleza y dinámica de las sanciones son construcciones sociales. Lo anterior será legítimo siempre y cuando se respete un núcleo mínimo y se guarde proporción con la gravedad de las conductas ilícitas cometidas por los distintos actores en el conflicto, directos e indirectos, armados y civiles, estatales y rebeldes o paramilitares, todos los cuales han cometido violaciones de derechos humanos y no sólo del derecho internacional humanitario, el cual también es aplicable debido a la intensidad de las hostilidades en Colombia, que han traspasado el umbral para que se aplique aquel derecho¹²⁹ incluso si algunos rechazan

¹²⁷ Vid. artículos 5 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, 9 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona y 17 y 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Oscar Parra Vera, op. cit.; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Prosecutor v. Anto Furundžija (IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 157.

¹²⁸ Louise Mallinder, Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide, op. cit., pág. 277.

¹²⁹ Acerca de ese umbral, y la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en Colombia, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, op. cit., párr. 20; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella v. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrs.

declarar o reconocer que ha existido un conflicto armado por razones simbólicas.

Es comprensible desde un punto de vista pragmático que los distintos actores proclives y adversos a las negociaciones intenten desplegar estrategias que busquen mostrar que el contenido de los acuerdos es bien consistente con o contrario al derecho internacional, para disuadir o promover acciones de terceros actores, incluyendo a los órganos internacionales de respaldo o rechazo. El discurso de estos órganos puede calar hondo, en tanto hay una recepción de su jurisprudencia en Colombia y ello puede estimular dinámicas de internalización.¹³⁰ También se comprende que los interesados busquen apoyo en redes formales o informales, locales o t

ransnacionales, para generar discursos y entendimientos anclados en un lenguaje de derechos humanos que pueda incidir en futuras decisiones. Lo que no puede ignorarse es que las dinámicas discursivas y de confrontación política deben realizarse de buena fe y siempre pensando en el respeto y protección de las víctimas, que se obtendrá con la conjunción de dos objetivos: el final del conflicto o la tan elusiva paz y el respeto de mínimos infranqueables de derechos humanos. Ambos son componentes esenciales de la justicia y la legitimidad de procesos que buscan anclarse en el derecho internacional, y son un reflejo de la idea de que los seres humanos deben ser los protagonistas en todo análisis jurídico internacional y sobre derechos humanos.¹³¹ Atentar contra o ignorar cualquiera de aquellos pilares redundaría en su contra, lo que resulta inaceptable. Las negociaciones deberán durar hasta asegurar su respeto, y deben hacerse en un clima de cese al fuego y cese de abusos, como el reclutamiento de niños. Además, los guerrilleros y agentes del Estado son seres humanos, y sus derechos, como los de seguridad jurídica y legalidad, también deben respetarse.

152-153; Comité Internacional de la Cruz Roja, "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?", Opinion Paper, marzo de 2008, pág. 3, disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> (última visita: 20 de abril de 2016); artículo 1.2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

¹³⁰ Vid. Harold H. Koh, "Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?", *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997.

¹³¹ Vid. Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade a: Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19.

281 *"Sanciones" alternativas y justicia transicional con las FARC en Colombia: ¿Eufemismo o modelo legítimo?*