

Capítulo tercero

El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo

Elena Maculan¹

Resumen

Esta contribución analiza la compatibilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), prevista en el Acuerdo de paz firmado entre el Estado colombiano y las FARC-EP, con la obligación internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos. En primer lugar se describe el contenido de esta obligación y la existencia de dos interpretaciones opuestas del mismo, haciendo especial hincapié en las posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional al respecto. Posteriormente, a partir de una interpretación flexible de esta obligación internacional, se analizan tres elementos especialmente debatidos de la JEP, a saber, la concesión de amnistías por delitos políticos y conexos, las sanciones propias y alternativas y la política de selección y priorización de casos. Se pretende mostrar que todos estos mecanismos no vulneran el deber de persecución y castigo y que, al revés, son instrumentos necesarios y valiosos para la consecución de la paz.

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto de I+D+i «La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva» (DER2013-43760-R) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero agradecer a Alicia Gil Gil y a Miguel Requena por sus valiosas sugerencias sobre este texto.

Palabras clave

Colombia – proceso de paz – obligación de persecución y castigo – justicia de transición – amnistía – sanciones alternativas – selección y priorización de casos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte Penal Internacional.

Abstract

This article analyses the consistency of the Special Jurisdiction for Peace (SJP), envisaged in the Peace Agreement that was signed by the Colombian Government and the FAARC-EP with the international duty to prosecute and punish those responsible for international crimes and gross human rights violations. Firstly, it describes the content of this duty and the existence of two opposed interpretations of it. Special attention is paid to the position of the Inter-American Court of Human Rights and of the International Criminal Court regarding this point. Secondly, with a flexible interpretation of the international duty as a starting point, the article analyses three elements that are especially critical in the SJP, that is, the amnesty for political crimes and related offences, the “own sanctions” and “alternative sanctions” and the policy for the selection of cases and definition of priorities. The aim is to demonstrate that all these mechanisms do not infringe the duty to prosecute and punish and that, on the contrary, they are necessary and valuable tools for achieving peace.

Keywords

Colombia – Peace Process – Duty to prosecute and punish – Transitional Justice – Amnesties – Alternative sanctions – Selection of cases and definition of priorities – Inter-American Court of Human Rights – International Criminal Court.

Introducción

El «Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera» (de aquí en adelante, Acuerdo final o Acuerdo de paz) firmado en 2016² por el Gobierno colombiano y las FARC-EP marca el comienzo de una nueva etapa en el proceso transicional en Colombia, que puede, quizás por primera vez, conducir al cese definitivo de las hostilidades y de la violencia. Tanto el Acuerdo como el largo y tormentoso proceso de negociación que llevó a su adopción suscitan un enorme interés, desde la perspectiva de la justicia transicional, entre otras cosas porque por primera vez se plantea una aproximación realmente holística a la transición y se elabora un conjunto de soluciones y mecanismos, originales y complejos, para buscar el mejor equilibrio posible entre los dos polos en tensión de la paz y la justicia³.

En esta contribución me centraré en uno de los elementos que componen el complejo diseño creado por el Acuerdo, es decir, la Jurisdicción Especial para la Paz que, junto con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas y un conjunto de medidas de reparación, constituye —bajo el paraguas del punto 5 del acuerdo, «Víctimas»— el Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Este sistema plasma el diseño de justicia transicional en sentido estricto, es decir, el conjunto de mecanismos para dar respuesta a los crímenes cometidos durante el conflicto armado, tanto por los grupos armados ilegales como por las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a su vez, prevé un conjunto de medidas que suponen una alteración en la normal aplicación de la justicia penal: en primer lugar, un procedimiento especial que se desarrolla en una doble vía, dependiendo de si los sujetos implicados en los crímenes relatan los hechos y reconocen su responsabilidad o no. En segundo lugar, un sistema de penas alternativas —que el Acuerdo denomina sanciones propias y sanciones alternativas—, aplicables si hubo reconocimiento de responsabilidad —temprano o tardío— o no, y que, además de basarse en un mecanismo de incentivo para los criminales, introduce un componente de justicia

² El acuerdo fue anunciado, y su texto fue publicado en la página web de la Mesa de conversaciones de La Habana, el 28 de agosto de 2016, pero la firma fue escenificada en un acto cargado de simbolismo el día 26 de septiembre de 2016 en Cartagena de Indias. Sin embargo, tras ser rechazado por una (ajustada) mayoría de la población en el plebiscito al que fue sometido el 2 de octubre de 2017, el Acuerdo fue sometido a revisión ante la misma Mesa de conversaciones. La nueva versión del texto fue firmada el 24 de noviembre de 2016 y refrendada por el Congreso el día 30 de ese mismo mes. Salvo indicación contraria, en el análisis que sigue me referiré a esta última versión del Acuerdo.

³ MACULAN, Elena, «El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, pp. 53-84, a p. 79.

restaurativa en la esfera penal. En tercer lugar, un tribunal penal especial, de carácter temporal, competente para juzgar por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, cuya actividad se desarrollará aplicando criterios de selección y priorización de casos. Por último, la posibilidad de otorgar amnistías a los responsables de delitos políticos y conexos y beneficios equivalentes a los miembros de las Fuerzas del Estado que hayan cometido delitos durante la confrontación armada⁴.

De entre todos estos elementos originales, voy a analizar tres, a saber: la amnistía, las sanciones propias y alternativas y la selección y priorización de casos, por ser los puntos que más tensión generan con la obligación internacional de persecución penal y castigo que recae sobre el Estado ante la presunta comisión de crímenes internacionales.

Previamente intentaré ofrecer una conceptualización de la obligación mencionada, destacando la indefinición parcial de su alcance, contenido y efectos y alegando que su aplicación en escenarios transicionales requiere una interpretación flexible que permita la limitación o modificación del ejercicio de la acción penal, en una o todas sus fases, para ajustarse a las características y a los objetivos propios de estos contextos.

Dedicaré una atención especial a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Corte Penal Internacional (CPI), respecto de la obligación internacional de persecución y castigo, debido a que son los órganos que tienen competencia para pronunciarse directamente, con efectos vinculantes y posibilidad sancionatoria, sobre el Acuerdo de paz colombiano⁵.

A partir de una interpretación flexible de la obligación internacional de persecución y castigo y tomando en cuenta la postura manifestada por esos dos

⁴ Para un examen más detallado de los componentes de la JEP, véanse, además de las contribuciones contenidas en este mismo volumen, APONTE CARDONA, Alejandro, «El Acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 329-340; MACULAN, Elena, «Il proceso di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione», *Diritto penale XXI Secolo*, 2017, en prensa. Para un esquema detallado del contenido del punto 5 del Acuerdo de paz, véase: MELAMED VISBAL, Janiel, «El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Una exposición esquemática», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, pp. 179-220.

⁵ Cabe recordar que la naturaleza y la competencia de los dos tribunales son estructuralmente diferentes: la Corte IDH es un órgano de protección de los derechos humanos en el sistema regional de la Organización de Estados Americanos, vela por el respeto de la Convención Americana de Derechos Humanos y puede declarar la responsabilidad de los Estados por vulnerar los derechos allí afirmados, mientras que la CPI es un Tribunal penal de carácter internacional y con vocación universal, que enjuicia y en su caso condena a individuos por cometer crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y, en el futuro, crimen de agresión).

tribunales, intentaré demostrar que los retos planteados por la amnistía, por las sanciones propias y alternativas y por los criterios de selección y priorización de casos en el marco de la JEP no entrañan un incumplimiento de los deberes internacionales del Estado colombiano, sino que son herramientas legítimas y útiles para lograr un proceso de paz exitoso.

La obligación internacional de persecución y castigo

En las últimas décadas ha ido emergiendo en el Derecho internacional un deber de los Estados de perseguir penalmente y castigar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o, según una noción más amplia, de graves violaciones de derechos humanos. Aunque su aparición puede verse, inicialmente, como la otra cara de la moneda de la prohibición de amnistías e indultos para los responsables de esas infracciones, en realidad este deber también afecta a mecanismos que modifican o limitan la persecución penal o el castigo sin llegar a anularlos. Me refiero a mecanismos que inciden en los límites para llevar a cabo la persecución penal (como ocurre con los criterios de selección y priorización de casos), en el *quantum* de pena o en su tipo (es el caso de las penas reducidas y de las sanciones alternativas) o en su ejecución (como la suspensión condicional de la pena), y es interesante destacar que todos estos caminos han sido (y están siendo) explorados en el proceso de paz en Colombia, tanto en el marco del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, como en el Acuerdo de paz con las FARC-EP.

La difícil definición de la obligación

La obligación de persecución y castigo de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos surge de la «fusión de regímenes»⁶ entre Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), Derecho internacional humanitario (DIH) y Derecho penal internacional (DPI). Se arraiga en algunas normas convencionales, como los cuatro Convenios de Ginebra⁷, el Convenio sobre Genocidio de 1948 (art. 6), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 (art. 7), el Convenio sobre Apartheid de 1973 (art. 4), el Convenio sobre Tortura de 1984 (art.7), la Convención sobre Desaparición Forzada de 2006 (art. 11), que imponen la persecución penal o, en vía alternativa, la extradición de los responsables de esas violaciones de los derechos humanos⁸. Además, existen varios instrumentos de *soft law* que prohíben las amnistías e indultos para graves violaciones de los dere-

⁶ BUENO, Isabella y DIAZ ROSAS, Andrea, «Which Approach to Justice in Colombia under the Era of the ICC», *International Criminal Law Review*, n. 13, 2013, pp. 211-247, a p. 217.

⁷ Art. 49 I Convenio; art. 50 II Convenio; art. 120 III Convenio; art. 146 IV Convenio.

⁸ Para un listado más completo de los instrumentos internacionales que contienen disposiciones similares, véase: International Law Commission, «Survey of multilateral conventions which may be of relevance for the work of the International Law Commission

chos humanos o que imponen ejercer la acción penal contra sus presuntos responsables⁹.

Sin embargo, en estos instrumentos la obligación de persecución y castigo no aparece de manera tan clara y unívoca, sino que se hace referencia a un deber de tipificación de los delitos en las legislaciones nacionales, a la *obligación*, o, en otros casos, la *posibilidad*, de persecución penal o extradición o al rechazo de las amnistías «en general».

En la esfera del DPI, la prohibición de amnistías por crímenes internacionales aparece en los Estatutos de algunos Tribunales penales híbridos¹⁰, pero no en los de los Tribunales *ad hoc*, ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Este último solamente prevé en su Preámbulo —que, merece la pena recordar, no tiene eficacia vinculante— que: «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo»¹¹. No obstante, el ECPI nada dice acerca de la admisibilidad de amnistías, indultos u otras medidas para paralizar la acción penal o el castigo, porque, pese a haber debatido el tema durante la Conferencia de Roma, no se alcanzó un acuerdo entre los Estados sobre el asunto.

El intento de clasificar el deber de persecución y castigo como parte de la costumbre internacional o incluso de *jus cogens*, como mantienen algunos

on the topic “The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)”» (A/CN.4/630), de 18.06.2010.

⁹ El más relevante al respecto es sin duda el «Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, adición al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad» (E/CN.4/2005/102/Add.1) adoptado por el Consejo Económico y Social de NN.UU. el 8.2.2005. Véase también la *Vienna Declaration and Programme of Action* adoptada en la *World Conference on Human Rights* de 1993 (A/CONF.157/24, 12.07.1993), párrs. 60 y 62. Entre los instrumentos de *soft law* redactados por actores no estatales, cabe recordar los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, adoptados por un grupo de expertos independientes (la *International Commission of Jurists*) en 2001, donde se afirma que las amnistías son «generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de garantizar la responsabilidad por graves crímenes bajo el Derecho internacional...»: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/princeton.html> (consultado el 19.06.2017, traducción libre).

¹⁰ Art. 10 del Estatuto de la Special Court for Sierra Leone (SCSL), art. 40 de la Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC), art. 16 del Estatuto del Special Tribunal for Lebanon.

¹¹ Además, en el sistema de la CPI la obligación de persecución y castigo constituye el fundamento implícito de la intervención de la Corte, pues, de acuerdo con el principio de complementariedad, cuando un Estado no cumple con su obligación primaria de perseguir los crímenes internacionales sobre los que tenga competencia la Corte puede intervenir en su sustitución. Para una explicación resumida del principio de complementariedad, véase por ejemplo MACULAN, Elena, «La Corte penal internacional», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 84-97.

autores¹², no parece convincente¹³, debido a que la práctica de los Estados en relación con las medidas de amnistía e indulto no es unívoca en absoluto; al contrario, exhaustivos estudios comparados han demostrado que el recurso a estos mecanismos no ha disminuido e incluso ha ido creciendo en las últimas décadas¹⁴.

Pero la configuración de esta obligación internacional se debe sobre todo a la labor de los Tribunales de derechos humanos que, a raíz de una interpretación evolutiva, lo han derivado del deber genérico de protección de los derechos humanos que establecen sus respectivos Convenios¹⁵. Así, la Corte Interamericana, desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*¹⁶, ha derivado esta obligación del deber de respeto y protección de los derechos humanos establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, la ha vinculado a la doctrina de las obligaciones positivas, que derivan del art. 1 del Convenio Europeo un deber de los Estados no solamente de abstenerse de vulnerar ellos mismos los derechos afirmados (obligación negativa), sino también de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su protección y prevenir su violación por parte de actores particulares (obligación positiva)¹⁸.

¹² WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law* (3.ª ed.), Oxford, OUP, 2014, pp. 79-80.

¹³ Para un análisis detallado, véase DELLA MORTE, Gabriele, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Milano: CEDAM 2011, pp. 159-255. A la misma conclusión llegan SEIBERT-FOHR, Anja, *Prosecuting serious Human Rights Violations*, Oxford, OUP, 2009, pp. 277-280; McEVOY, Kieran y MALLINDER, Louise, «Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy», *Journal of Law and Society*, vol. 39, n.º 3, 2012, pp. 401-440, a pp. 418-420.

¹⁴ Véanse la base de datos creadas por Mallinder, que detalla 506 amnistías concedidas en 130 países desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta enero de 2005: L. MALLINDER, «Amnesties», en M. C. BASSIOUNI, *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, vol. I, Intersentia, 2010, pp. 900-922, y la base de datos creada en el marco del *Transitional Justice Database Project*, dirigido por PAYNE, Leigh A., OLSEN, Tricia D. y REITER, Andrew G., que contiene más de 600 amnistías aprobadas entre 1970 y 2008: <http://tjdbproject.com/index.php?mtype%3A%3A3=Amnesty&startyear=&endyear=&go=Search> (consultado el 3.07.2017).

¹⁵ ROHT-ARRIAZA, Naomi, «Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress», en LA MISMA, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford, OUP, 1995, pp. 24 y ss. Para un análisis de esta jurisprudencia, véase SEIBERT-FOHR, *Prosecuting*, cit., pp. 51-110.

¹⁶ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo, 29.07.1988.

¹⁷ *Ibidem*, párrs. 164-6, 176.

¹⁸ VIGANÓ, Francesco, «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 320 y ss. Fundamental en esta construcción ha sido la línea jurisprudencial que ha venido determinando las obligaciones *procesales* de investigación, que recaen sobre los Estados ante la violación de derechos protegidos por el Convenio Europeo, y la consiguiente

La prohibición de las amnistías y, en su caso, de los indultos, también ha sido estipulada por otros órganos de protección de los derechos humanos¹⁹, y la encontramos en unas pocas decisiones de algunos Tribunales penales internacionales e híbridos²⁰.

No obstante, el conjunto de estos instrumentos y pronunciamientos no determina de manera clara y unívoca el alcance ni el contenido de la obligación de persecución y castigo²¹. Por un lado, aunque se pueda afirmar que este deber está consolidado en relación con el núcleo reducido de los crímenes internacionales (crímenes de guerra, de genocidio y contra la humanidad)²², la tendencia de la jurisprudencia de los Tribunales de derechos humanos es expandir su alcance a las «graves violaciones de derechos humanos»²³, una categoría (propia del DIDH, y no del Derecho penal) más amplia, y cuya delimitación exacta es bastante incierta. Además, algunas decisiones se refieren directamente a las «violaciones de derechos humanos», omitiendo el requisito de gravedad²⁴, expandiendo así el alcance de la obligación de manera potencialmente indefinida. De hecho, como bien argumenta Malarino al analizar la jurisprudencia interamericana, si la Corte IDH fundamenta la prohibición de amnistías y el correspondiente deber de perseguir y sancionar

infracción del Convenio por parte del Estado en caso de incumplimiento de las mismas. Véase: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, «La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2. Derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 125-158.

¹⁹ Entre ellos, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derecho Humanos, el Comité contra la Tortura, el relator especial de Naciones Unidas sobre Tortura: véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 181-186.

²⁰ El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en la sentencia *Furundzija* ha afirmado que el carácter *jus cogens* de la prohibición de tortura implica la prohibición de medidas nacionales que absuelvan a sus responsables (ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment (IT-95-17/1), 10.12.1998, párr. 155). Relevante es también *Prosecutor v. Karadzic* (IT-95-5/18-PT), «Decision on the accused's second motion for inspection and disclosure: Immunity issue», 17.12.2008, aunque se refiera a un acuerdo de inmunidad y no a una amnistía propiamente dicha. De la SCSL, véase *Prosecutor v. Kallon* (SCSL-04-15-AR72(E)) and *Kamara* (SCSL-04-16-AR72(E)), «Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty», 13.03.2004, paras. 82, 84, afirmando la invalidez de la disposición de amnistía que contenía el Acuerdo de Paz de Lomé. De las ECCC, véase: *Prosecutor v. Ieng Sary*, case 002, «Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order» (case no. 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), 11.04.2011, y «Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)», 3.11.2011, Doc. No. E51/15, párrs. 23 y ss., alegando que una disposición de clemencia otorgada a Ieng Sary de manera incondicionada era incompatible con el deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales.

²¹ DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 139.

²² SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 274 y ss.

²³ Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.3.2001, párrs. 41-44.

²⁴ Así Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 166, afirma que «los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención»; *Bulacio v. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18.9.2003, párrs. 116-117.

en el deber de garantía enunciado en el art. 1.1 de la CADH, esta prohibición/ deber no debería referirse solamente a las *graves* violaciones, sino a todas las violaciones de todos los derechos protegidos por la Convención²⁵.

Otro aspecto indeterminado de la obligación de persecución y castigo, debido probablemente a su origen esencialmente jurisprudencial y a la falta de uniformidad entre los varios pronunciamientos, es la definición de su contenido exacto. ¿Es un deber de *investigación* seria y eficaz o de *enjuiciamiento* penal? Solamente en el primer caso se podría considerar suficiente para cumplir con esa obligación la actividad de investigación llevada a cabo por un órgano fuera del ámbito judicial, como una comisión de la verdad. ¿Requiere una sentencia con declaración de responsabilidad y la imposición de una condena, o es suficiente con que se celebre el juicio? En el primer caso cabría aplicar indultos a procesados, mientras que en el segundo no. ¿Impone algo también en relación con el *quantum* de pena y/o con su ejecución? Si así fuera, toda opción que contemple la aplicación de una pena reducida o de una sanción alternativa, o que suspenda o reduzca su ejecución, quedaría terminantemente prohibida.

La jurisprudencia y la práctica tanto de los Estados como de los órganos internacionales no permiten contestar estas preguntas de manera unívoca²⁶. Esta falta de uniformidad se entrelaza con la existencia de dos posturas enfrentadas sobre la obligación internacional mencionada.

Interpretación estricta frente a interpretación flexible

Por un lado, una interpretación estricta o maximalista, mantenida por los llamados *human righters*²⁷, y cuya abanderada más notoria es la Corte IDH, considera que este deber se aplica en todo tipo de circunstancia y conlleva la prohibición de toda clase de amnistía, indulto y medidas que tienen el efecto de suspender o limitar la acción penal²⁸.

²⁵ MALARINO, Ezequiel, «Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en A. GIL GIL, E. MACULAN, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, (pp. 23-44). Madrid: Dykinson, 2017, pp. 23-44, a p. 41.

²⁶ MACULAN, Elena, «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», *Revista penal*, en prensa.

²⁷ Así los definen GIL GIL, Alicia, «El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, p. 28; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

²⁸ MALARINO, Ezequiel, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, 2010, pp. 25-61. La Com IDH también, pese a un inicial pronunciamiento en sentido más flexible (*Informe sobre la*

Esta postura parte de la premisa de que el castigo penal es necesario, siempre y en todo caso²⁹, porque sería la única manera de garantizar plenamente el derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de alcanzar una verdadera pacificación social después de una época de violencia colectiva. Lo expresa con meridiana claridad el lema con el que suelen anunciarse los partidarios de esta interpretación: «no hay paz sin justicia».

Por otro lado, la interpretación flexible de la obligación internacional, mantenida por los llamados *peace-makers*³⁰, aun reconociendo la existencia de un deber general de persecución y castigo en relación —al menos— con los crímenes internacionales, argumenta que en determinados contextos *extraordinarios* —como los procesos de transición— pueden existir razones válidas para limitar el ejercicio de la acción penal: por ejemplo, la finalidad de acabar con un conflicto armado o de evitar nuevos golpes de Estado primarían sobre el ideal de garantizar la persecución penal y el castigo por todos abusos cometidos³¹. Esto no significa que cualquier tipo de amnistía sea aceptable, sino que no suponen una vulneración de las obligaciones internacionales del Estado las amnistías, indultos y demás medidas que cumplan con unas condiciones mínimas de legitimidad. Esencialmente, tiene que tratarse de medidas aprobadas por instituciones democráticas, de acuerdo con el pro-

situación de Guatemala de 1983), comparte esta postura estricta, por efecto de la influencia de su «hermana» la Corte: así SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 85-97.

²⁹ En la doctrina, véanse entre otros: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 437 ss.; BASSIOUNI, Cherif M., «The Need for International Accountability», en M.Ch. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. III, New York, 1999, pp. 6 y ss.; ROHT-ARRIAZA, Naomi y GIBSON, Laura, «The Developing Jurisprudence on Amnesty», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 4, 1998, pp. 843-45; EDELENBOS, Carla, «Human rights violations: a Duty to Prosecute?», *Leiden Journal of International Law*, 1994, pp. 5 y ss.

³⁰ Según la terminología que relatan GIL GIL, «El tratamiento jurídico...», cit., p. 28 y CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

³¹ FORNASARI, Gabriele, «Giustizia di transizione (diritto penale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. Annali VIII, Milano, 2014, p. 566 y ss.; MCEVOY, MALLINDER, «Amnesties in Transition...», cit., pp. 410-440; DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 266 y ss.; EIROA, Pablo D., *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, pp. 344 y ss.; AMBOS, Kai, «El marco jurídico de la Justicia de transición», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Justicia de transición*, Montevideo: KAS, 2009, pp. 23-129; MALLINDER, Louise, «Amnesties», cit., pp. 900-922; MALLINDER, Louise, «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 208-230. Un caso peculiar es Diane Orentlicher, quien, en uno de los primeros trabajos de referencia sobre el tema, pareció adherirse a la postura rigurosa (ORENTLICHER, Diane, «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», *The Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 8, 1991, pp. 2537-2615), pero posteriormente la modificó, acercándose a una interpretación flexible de las obligaciones internacionales en contextos de transición (ORENTLICHER, Diane, «Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 10-22).

cedimiento legal —excluyendo por ende las autoamnistías—, destinadas a la reconciliación y sometidas a condiciones que impliquen alguna forma de «coste» para los beneficiarios y que favorezcan la contribución de estos a la averiguación de la verdad, a la reparación, al desarme y desmovilización³².

Parece alinearse con esta visión el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), que, a diferencia de su homólogo interamericano, ha tomado una postura tradicionalmente más prudente, sin llegar a afirmar una prohibición absoluta de las amnistías, los indultos y las medidas similares³³. Las sentencias de varios tribunales constitucionales que confirman la legitimidad constitucional de disposiciones de amnistía e indulto aprobadas en contextos de transición también apuntan hacia la necesidad de adoptar una postura flexible acerca de esa prohibición³⁴.

De acuerdo con esta visión, el deber que recae sobre los Estados es de *prevención* de las graves violaciones de derechos humanos³⁵, de tal manera que el Derecho penal es solamente una de las herramientas que el Estado tiene

³² MACULAN, «Derecho penal, obligaciones internacionales...», cit., sección 4.

³³ Véase el análisis jurisprudencial realizado por GIL GIL, Alicia, «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* y Derecho penal internacional, tomo II, Montevideo, KAS, 2011, pp. 322 y ss. En la sentencia *Margus v. Croacia*, con un giro respecto a sus precedentes en este tema, el Tribunal afirma que la prohibición de amnistías para crímenes internacionales *está alcanzando* el estatus de norma consuetudinaria *en formación*. Pero el Tribunal matiza esta afirmación al declarar que: «*Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles, donde hay algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al recurrente en el presente caso aún no sería aceptable porque no se dan estas circunstancias*» (TEDH, *Marguš v. Croacia* (4455/10), Judgment, 13.11.2012, párr. 139). Además, merece la pena destacar los argumentos esgrimidos por el grupo de expertos que intervinieron en el proceso como *amici curiae*, y en su esencia recogidos por los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabović en su voto concurrente: se reconoce que el estado actual del Derecho internacional no permite concluir que existe una prohibición *absoluta* de amnistías, y que semejante postura estricta *tampoco es deseable* (especialmente el párr. 9 del voto concurrente).

³⁴ El ejemplo más próximo en este sentido es la STS 101/2012 en el caso *Garzón*, donde se reconoce la legitimidad y la utilidad de la Ley 46/2007 de Amnistía como medida de reconciliación social en el marco de la transición española: Tribunal Supremo de España, Sala Segunda de lo Penal, sentencia n.º 101/2012 de 27 de febrero de 2012, ponente Martínez Arrieta (sentencia absolutoria). A conclusiones similares han llegado también otros tribunales constitucionales: se pueden mencionar la decisión la intervención del *Supremo Tribunal Federal* brasileño que rehusó revocar la Ley de Amnistía de 1979 (STF, *Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF 153), 29.04.2010) y la sentencia de la Corte Constitucional sudafricana sobre la legitimidad del *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* de 1995, ley que constituyó la conocida *Truth and Reconciliation Commission* (caso «Azapo»: *Azanian Peoples Organization v. President of the Republic of South Africa*, sentencia del 25.07.1996).

³⁵ FREEMAN, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, CUP, 2010.

a su disposición para alcanzar ese objetivo³⁶. Al mismo tiempo, el Derecho penal puede, en estos contextos extraordinarios, convertirse en un *obstáculo* para ese fin preventivo, en la medida en que la amenaza del castigo genera el riesgo de nuevos golpes de Estado o de un recrudecimiento de la violencia y fomenta la oposición de los responsables de los crímenes al proceso transicional en su conjunto. Por último, la propia fenomenología de los delitos, que son masivos y a menudo cometidos de manera sistemática, y la fragilidad de las instituciones en el momento transicional pueden dificultar enormemente el ejercicio de la acción penal.

La interpretación flexible del deber internacional de persecución y castigo reconoce estas situaciones de *imposibilidad* o *inoportunidad* de una intervención penal llevada a cabo según los estándares y criterios ordinarios, y admite la posibilidad de suspenderla, limitarla o modificarla de manera excepcional.

Solamente al abordar la obligación internacional del Estado desde esta interpretación flexible se pueden entender y legitimar los mecanismos adoptados en la Jurisdicción Especial para la Paz y, en general, todas aquellas soluciones que, en la justicia de transición, suponen una alteración del normal funcionamiento del sistema penal. Por lo tanto, esta aproximación flexible al deber de persecución y castigo no solamente está arraigada en sólidas bases normativas y jurisprudenciales y confirmada por la práctica de los Estados, sino que además es la única que permite tomar en cuenta las especificidades de los contextos transicionales y buscar el mejor cumplimiento posible de los múltiples objetivos que persiguen sus actores: justicia, verdad, reparación, cese de la violencia y no repetición, consolidación del nuevo orden social y reconciliación.

A continuación, analizaré dónde se sitúan, entre estos dos extremos de posible lectura del deber de persecución y castigo, los dos tribunales internacionales cuyas decisiones pueden tener efectos directos y vinculantes y capacidad sancionatoria en relación con las medidas previstas en el Acuerdo de paz, es decir, la Corte IDH y la CPI.

³⁶ No puedo detenerme aquí a analizar en profundidad otra cuestión muy debatida en este tipo de escenarios, es decir, si la justicia retributiva puede realmente cumplir tanto con los fines que el Derecho penal se propone realizar en términos generales (retribución, prevención general positiva y negativa y prevención especial), como con los derechos y las expectativas de las víctimas de experiencias de criminalidad masiva. Numerosos estudios realizados desde diferentes disciplinas han concluido que este tipo de contextos pone en entredicho la capacidad del Derecho penal para alcanzar esos fines y para garantizar la satisfacción de los múltiples intereses de las víctimas. Para un análisis más profundo, remito a GIL GIL, Alicia, «El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 365-392.

La Corte Interamericana: una postura estricta con un pequeño margen de flexibilidad

Como he adelantado, la Corte IDH es el representante más destacado de la que he llamado postura estricta, que rechaza las amnistías, indultos y medidas similares por considerarlas generadoras de una inaceptable impunidad. Mientras que en un primer momento (sentencia *Barrios Altos*) la prohibición se refería a una disposición de autoamnistía³⁷, la Corte la ha extendido posteriormente a toda ley de amnistía que pretenda cubrir crímenes de lesa humanidad³⁸, torturas³⁹ o desapariciones forzadas de personas⁴⁰, con independencia de la legitimidad del órgano que la apruebe⁴¹. Por último, ha llegado a condenar a un Estado por una Ley de Amnistía aprobada por un Parlamento democrático y confirmada en dos referendos populares (caso *Gelman v. Uruguay*)⁴², bajo el argumento de que «la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo 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»⁴³.

³⁷ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.03.2001, 41-43. La sentencia declaró la incompatibilidad con la CADH de la Ley peruana N° 26479 de 14.06.1995 (Ley de amnistía), que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, y de la Ley N° 26492 de 28.06.1995 (Ley de interpretación de la Ley de Amnistía), que declaró que esa amnistía no era «revisable» en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Ambas leyes fueron aprobadas bajo el Gobierno de Fujimori para garantizar la impunidad a sus miembros y colaboradores que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos en el marco de la represión de los grupos guerrilleros y disidentes.

³⁸ Corte IDH, *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, párrs. 105-114.

³⁹ Corte IDH, *García Lucero y otras v. Chile*, sentencia de excepción preliminar, fondo y reparaciones, 28.08.2013, párrs. 150-154.

⁴⁰ Corte IDH, *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») Vs. Brasil*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2010, párrs. 134-182.

⁴¹ Véase el análisis jurisprudencial realizado por GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis Miguel, «La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional», *Estudios socio-jurídicos*, vol. 16, n.º 2, 2014, pp. 38-44.

⁴² Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24.02.2011. La sentencia condena al Estado uruguayo a la derogación de la «Ley de caducidad de la pretensión punitiva» (Ley 15.848), que había sido aprobada por el Parlamento uruguayo el 22.12.1986, en época de restaurada democracia, y cuya validez había sido confirmada en un referéndum popular en 1989 y en otro referéndum en 2009, bajo la Presidencia de un exmiembro de los tupamaros y en un momento en el que ya no cabía pensar en posibles presiones por parte de los miembros de la dictadura cívico-militar de Bordaberry.

⁴³ *Ibidem*, párr. 229.

Además, la Corte ha afirmado en varias ocasiones que las comisiones de la verdad son mecanismos muy útiles para garantizar el derecho a la verdad, pero no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales por los medios jurisdiccionales correspondientes, lo que viene a decir que la investigación para averiguar lo ocurrido ha de realizarse necesariamente en la esfera judicial penal⁴⁴. Asimismo, ha ido detallando los requisitos para el cumplimiento efectivo del deber de persecución y sanción, aclarando que la investigación debe iniciarse *ex officio* y sin dilación, debe ser seria, imparcial y efectiva⁴⁵ y debe responder a unas «líneas lógicas», como la de evidenciar los patrones sistemáticos en los que se enmarca cierto tipo de violaciones a los derechos humanos⁴⁶.

La interpretación estricta del deber de persecución y castigo lleva además a la Corte IDH a afirmar la posibilidad de suspender otros institutos de Derecho penal que, al igual que las amnistías, ponen límites (en su visión, «obstáculos») a la persecución penal, como la prescripción⁴⁷, el principio *ne bis in ídem*⁴⁸ o el principio de legalidad en su componente de irretroactividad de normas penales desfavorables⁴⁹.

Sin embargo, hay que destacar que la Corte parece matizar ligeramente su postura maximalista cuando se ocupa de amnistías aprobadas en el marco

⁴⁴ Corte IDH, *Almonacid Arellano*, cit., párrs. 149-150; *La Cantuta v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29.11.2006, párrs. 223-224; *masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparación y costas, 24.11.2009, párr. 232; *Chitay neck y otros v. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25.05.2010, párr. 234; *Baldeón García v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6.04.2006, párrs. 167 y 196; *Heliodoro Portugal c. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, párr. 23. Véase también GUTIÉRREZ RAMÍREZ, «La obligación internacional...», cit., pp. 34-38.

⁴⁵ Por ejemplo, Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia, 31.01.2006, párr. 143.

⁴⁶ Corte IDH, *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 16.11.2009. Sobre este punto véase ACOSTA, Juana I. y ÁLVAREZ, Lina, «Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, 2011, pp. 57-87.

⁴⁷ PARENTI, Pablo, «La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo I, Montevideo: KAS, 2010, pp. 211-228.

⁴⁸ M. ZILLI y OTROS, «*Ne bis in ídem* e coia julgada fraudulenta. A posição da Corte Interameircana de Direitos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: KAS, 2011, pp. 393 y ss.

⁴⁹ GIL GIL, «Las aportaciones del Tribunal Europeo...», cit., pp. 322 y ss.

de un conflicto armado interno⁵⁰. Lo demuestran las sentencias en los casos *Tiu Tojín* y *masacre de las Dos Erres*, ambos relativos a la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca, cuya compatibilidad con la CADH se confirma debido a que excluye expresamente de su alcance los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas y los demás delitos imprescriptibles⁵¹.

La salvedad que la Corte hace respecto de la prohibición de amnistías para situaciones de conflicto armado interno puede apreciarse con más claridad todavía en el caso *masacre de El Mozote v. El Salvador*⁵². La sentencia concluye que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz aprobada en el marco del proceso de paz en El Salvador es contraria a lo pactado en el Acuerdo de paz de 1992 y a lo recomendado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Pero pese a esta conclusión, establece que, en términos generales, para valorar la legitimidad de una amnistía en contextos de conflicto armado interno, hay que tomar en cuenta también el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁵³, que admite estas medidas como instrumentos para la paz⁵⁴. Además, la sentencia cuenta con el voto particular del juez García Sayán —al que se adhirieron otros jueces de la Sala también— que expone, en apenas diez páginas pero de manera brillante y convincente, los argumentos a favor de una aproximación flexible a la persecución penal en contextos de transición de un conflicto armado a la paz, haciendo hincapié en la necesidad de ponderar todos los derechos e intereses en juego. Afirma el juez: «De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En

⁵⁰ De la misma opinión GUTIÉRREZ RAMÍREZ, «La obligación internacional...», cit., pp. 44-48.

⁵¹ Corte IDH, *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26.11.2008 y *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2009. Aunque en esta última sentencia la Corte advierte que «la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía (...) en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana» (ibídem, párr. 131), instando así a la inaplicación de la ley de amnistía (efecto diferente de su nulidad o derogación) a ese caso concreto.

⁵² Corte IDH, *El Mozote y lugares aldeanos v. El Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25.10.2012, voto concurrente del juez García Sayán.

⁵³ «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

⁵⁴ Aunque algunos expertos consideran que esta disposición pretende impedir que los combatientes puedan ser enjuiciados por el solo hecho de haber tomado parte en las hostilidades, pero no podría aplicarse en ningún caso a los crímenes de guerra: así NAQVI, Yasmin, «Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition», *International Review of the Red Cross*, n.º 851, 2003, pp. 604-605. Critica esta interpretación DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 125-131.

esas circunstancias, *tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen* de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz»⁵⁵.

El caso de la *masacre de El Mozote* marca de alguna manera un punto de inflexión en la jurisprudencia interamericana sobre amnistías y abre una pequeña brecha en la, por lo demás, granítica visión del deber internacional de persecución y castigo que mantiene la Corte IDH.

Por lo que se refiere específicamente a la experiencia transicional colombiana, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en siete ocasiones sobre la Ley de Justicia y Paz (LJP)⁵⁶. En ninguno de estos casos se llega a declarar la incompatibilidad de esa ley con la CADH, limitándose a reiterar la existencia del deber internacional de investigación y sanción⁵⁷ y a dictar unas pautas generales para que el procedimiento previsto en esa ley garantice una investigación efectiva y eficaz⁵⁸. En la última de esta serie de sentencias, además, se reconoce que fue precisamente el procedimiento especial de la LJP lo que permitió obtener mucha información relevante sobre los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, que de otra manera difícilmente se habría llegado a descubrir⁵⁹.

La prudencia con la que la Corte IDH se ha aproximado a la valoración del mecanismo de la LJP se debe, por un lado, a la insuficiencia de datos sobre el funcionamiento y los resultados concretos de la LJP en el momento en el que se pronunció el órgano interamericano, y por otro lado, en mi opinión, a razones de carácter político, es decir, a la voluntad de no mermar un mecanismo que, pese a sus límites y fallos, ha producido importantes avances en la construcción de paz en Colombia. El argumento para apoyar esta posición consiste en apelar a la especificidad del contexto colombiano, donde sigue

⁵⁵ Corte IDH, *El Mozote*, cit., voto particular del juez García Sayán, párr. 38, cursiva añadida.

⁵⁶ Ley 975/2005, de 25.07.2005, «por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios».

⁵⁷ Corte IDH, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia, 15.09.2005, párr. 304; *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia, 31.01.2006, párrs. 265-269; *Masacre de Ituango v. Colombia*, sentencia, 1.07.2006, párrs. 299-300.

⁵⁸ Corte IDH, *Masacre La Rochela v. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007, párr. 190; *Valle Jaramillo y otros v. Colombia*, sentencia de fondo reparaciones y costas, 27.11.2008, párr. 164; *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.05.2010, párrs. 116 y ss. y especialmente párr. 166.

⁵⁹ Corte IDH, *Operación Génesis v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20.11.2013, párrs. 392-393.

habiendo un conflicto vivo y la necesidad prioritaria es poner fin al mismo: esta consideración permitiría alterar el peso de los factores y objetivos que normalmente se toman en cuenta en la justicia de transición, inclinando la balanza hacia la paz más que hacia la justicia penal retributiva.

Pero además, me parece que la peculiaridad del tratamiento que la Corte da al caso colombiano radica también en que la LJP no dispone una amnistía, sino la suspensión de la pena impuesta en vía ordinaria y su sustitución por una pena reducida, que consiste en la prisión de 5 a 8 años, más un tiempo de libertad a prueba, a cambio del cumplimiento de determinados requisitos⁶⁰. El cuadro bajo el prisma de la Corte es por lo tanto diferente de los anteriores casos en los que se apelaba a la obligación de persecución y castigo, porque no implica la parálisis de la acción penal ni la anulación de la pena, sino la aplicación de una pena reducida. Este mecanismo entrañaría una violación del Derecho internacional solamente si se interpretara que el deber del Estado incluye el de imponer en todo caso una pena proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del responsable —sin posibilidad de rebajarla por otra clase de razones— y de garantizar su ejecución plena⁶¹. La verdad es que un entendimiento tan riguroso contrasta con los límites y criterios de aplicación del Derecho penal ya en una situación de normal funcionamiento del ordenamiento jurídico, que con más razón deberían tomarse en consideración en un contexto extraordinario como es un proceso de transición.

⁶⁰ Participar en el procedimiento de desarme y desmovilización (individual o colectiva), prestar declaración sobre los hechos delictivos y su responsabilidad en una versión libre y contribuir a la reparación en beneficio de las víctimas. La Corte Constitucional, con su Sentencia C-370/2006 de 18.05.2006, pese a confirmar la legitimidad constitucional de la LJP, introdujo unos requisitos ulteriores dirigidos a garantizar los derechos de las víctimas, a saber, que el postulado prestara una declaración completa y veraz, que proporcionara información sobre el paradero de las víctimas secuestradas, y que contribuyera a la reparación con todos sus bienes.

⁶¹ Hay quienes defienden esta visión: véase por ejemplo la Carta de J.M. VIVANCO (Director de *Human Rights Watch* – División de las Américas) del 3.08.2006 al entonces presidente Álvaro Uribe, que afirmaba: «Al ofrecerles una rebaja de penas a las pocas personas que han sido condenadas en Colombia por sus atrocidades, su gobierno está reforzando el mensaje que los abusos casi nunca son sancionados» (<https://www.hrw.org/es/news/2006/08/03/carta-al-presidente-alvaro-uribe-velez>, consultado el 20.6.2017). El mismo fue también muy crítico con las sanciones alternativas propuestas en el Acuerdo de: en su Informe «Paz y justicia en Colombia», manifestaba su preocupación en relación con el hecho de que los responsables de crímenes «estarían sujetos a modestas y ambiguas "restricciones de libertades y derechos". El derecho internacional establece que las sanciones por violaciones de derechos humanos deben reflejar la gravedad de los delitos. No conocemos otros tribunales que hayan condenado a máximos responsables de crímenes de guerra con sanciones que no impliquen la privación de la libertad»: <https://www.hrw.org/es/news/2016/10/18/paz-y-justicia-en-colombia> (consultado el 20.06.2017). Su opinión cambió ante la nueva versión del Acuerdo final, aprobada tras el plebiscito, y la mayor definición que este ofrecía de las sanciones alternativas.

La Corte Penal Internacional: una actuación prudente y posibilista

El sistema de la CPI también tiene una especial importancia para la determinación del contenido y alcance del deber internacional de persecución y castigo. Más allá de la declaración de rechazo a la impunidad contenida en el Preámbulo, el Estatuto, como ya he recordado, mantiene un «elocuente silencio»⁶² acerca de admisibilidad de amnistías o indultos por crímenes internacionales.

Es más: existen disposiciones que parecen permitir un margen para que la Corte tome en consideración situaciones peculiares en las que el Estado adopte decisiones que conlleven una parcial limitación del ejercicio de la acción penal. Se trata principalmente del art. 53 ECPI, que hace referencia a los «intereses de la justicia» como factor que la Fiscalía tiene que ponderar a la hora de decidir si abrir una investigación o, de haberla abierto, si pasar a la etapa de juicio⁶³. La Fiscalía podría recurrir a este concepto indeterminado para valorar la decisión de un Estado de aplicar amnistías, indultos o mecanismos alternativos como herramientas de un proceso transicional y considerar que una intervención de la CPI, deslegitimando esa opción, haría peligrar los resultados que puedan haber obtenido en términos de justicia y paz.

Otros autores argumentan que la valoración sobre la compatibilidad de amnistías, indultos o medidas similares con el Estatuto tendría cabida en el sistema de la CPI más bien a través del poder de *deferral* que el art. 16 ECPI reconoce al Consejo de Seguridad⁶⁴. Una tercera interpretación propone ubi-

⁶² DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 146.

⁶³ EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., pp. 385 y ss.; ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º 3, 2003, pp. 401-505. La letra del art. 53 ECPI dice que el fiscal debe tener en cuenta, entre otras cosas, si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia» y si «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias». Critican esta postura, proponiendo una interpretación más restrictiva de la noción de «intereses de la justicia», entre otros, ACOSTA ARCARAZO, Diego, BUCHAN, Russell y URUEÑA, Rene, «Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of international criminal law», *Criminal Law Forum*, n.º 26, 2015, pp. 291-318, a pp. 311-314; STAHN, Carsten, «Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretive Guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 695-720, a p. 718.

⁶⁴ ROBINSON, «Serving the Interests...», cit., pp. 502-503; ACOSTA ARCARAZO, BUCHAN y URUEÑA, «Beyond Justice, Beyond Peace?...», cit., pp. 314-5. La disposición establece: «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

car esa valoración en el propio test de complementariedad que la Corte tiene que realizar para determinar si el Estado tiene la capacidad y voluntad para llevar a cabo una persecución penal eficaz o si, al contrario, la propia Corte debe ejercer su jurisdicción sobre el caso. Más específicamente, habría que interpretar la «investigación» llevada a cabo por el Estado, a la que se refiere el art. 17.1.b ECPI⁶⁵, de tal manera que incluya investigaciones realizadas por órganos diferentes de los Tribunales penales, como una comisión de la verdad, y cuya conclusión haya sido la decisión de no ejercer la acción penal en razón de consideraciones que *no* dependan de la falta de capacidad o de voluntad del Estado para llevar a cabo una persecución penal efectiva⁶⁶.

La práctica de la CPI parece confirmar, aunque sea indirectamente, una posible apertura a mecanismos que supongan una limitación de la acción penal: lo demuestra la decisión de la Fiscalía de la Corte de presentar cargos, en la situación de Libia, solamente contra los miembros del anterior régimen de Gadafi, sin oponer reservas a la Ley de Amnistía aprobada por el nuevo Gobierno para cubrir a los revolucionarios finalmente vencedores⁶⁷. Leyendo entre líneas, esta decisión sugiere que la CPI no rechaza de manera absoluta y tajante las amnistías.

En relación con la experiencia colombiana que aquí nos interesa, la CPI ha demostrado por ahora una gran flexibilidad y la disponibilidad a aceptar como válidos los mecanismos que se han ido aplicando en este proceso transicional. En la investigación preliminar abierta desde 2004 sobre Colombia⁶⁸, la Fiscalía de la CPI ha estado observando muy de cerca la aplicación de la LJP, el Marco Jurídico para la Paz y los demás instrumentos transicionales, y ha

⁶⁵ (La Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando...) «El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo».

⁶⁶ ROBINSON, «Serving the Interests...», cit., pp. 498-502; MALLINDER, «Can Amnesties and International Justice...», cit., p. 212.

⁶⁷ Law 38 «On some Procedures for the Transitional Period», de mayo de 2012. La ley excluye del alcance de la amnistía los delitos de tortura y violación sexual, pero no otros crímenes graves como el asesinato y el desplazamiento forzado. Véase KERSTEN, Mark, *Justice in Conflict*, Oxford, OUP, 2016, pp. 158-161.

⁶⁸ El Congreso Nacional colombiano aprobó el Estatuto de la CPI por Ley 742 de 4 de junio de 2002 y la Corte Constitucional confirmó su legitimidad constitucional por Sentencia C-578/02, de 30 de julio de 2002. A continuación, Colombia ratificó el Estatuto de la CPI el 5 de agosto de 2002 (entrando este en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002), realizando una declaración por la cual no aceptaba la competencia de la Corte en relación con crímenes de guerra por un periodo de 7 años, según la cláusula de *opting out* prevista en el art. 124 ECPI. Esta declaración no fue renovada, por lo que la CPI desde 2009 tiene competencia también sobre crímenes de guerra cometidos en Colombia. En 2004 la Fiscalía de la CPI decidió, por su propia iniciativa, abrir una investigación preliminar sobre la posible comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La situación se encuentra la fase de examen preliminar, es decir, que no se ha abierto un procedimiento todavía (<https://www.icc-cpi.int/colombia>, consultado el 5.07.2017).

concluido que demuestran la capacidad y voluntad del Estado de perseguir los crímenes cometidos durante el conflicto armado. En aplicación del principio de complementariedad positiva⁶⁹, la Fiscalía, pese a detectar algunos fallos y límites en la aplicación de estos mecanismos, no sustrae la competencia al Estado colombiano, sino que monitorea sus actuaciones, lo asesora y le dirige recomendaciones para garantizar un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales y de los derechos de las víctimas⁷⁰.

En el Informe intermedio publicado en noviembre de 2012, la Fiscalía identificó cinco áreas del proceso transicional colombiano que necesitaban especial atención, es decir, el seguimiento del Marco Jurídico para la Paz y de las demás reformas legislativas, la emersión de nuevos grupos armados ilegales, las actuaciones judiciales relacionadas con la expansión de los grupos paramilitares, con el desplazamiento forzado y con los delitos sexuales y los casos de los llamados falsos positivos⁷¹. Estas áreas críticas fueron confirmadas en el Informe de 2014⁷², que reconoció a la vez que las autoridades colombianas habían avanzado en la priorización de investigaciones y persecuciones penales de los máximos responsables, así como en la investigación de los casos de los falsos positivos. El Informe destacaba en cambio la insuficiencia de las investigaciones acerca de los delitos sexuales. En la

⁶⁹ Se trata de un concepto desarrollado por la propia Fiscalía de la CPI, que concibe su papel como el de fomentar, apoyar y asesorar, donde sea posible, las investigaciones y los enjuiciamientos llevados a cabo por los Estados, antes que proceder a intervenir directamente en la situación, apartando al Estado de la misma: Fiscalía de la CPI, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 1.11.2013, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf (consultado el 18.07.2017).

⁷⁰ Véanse, para más detalle, VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El Derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 336 y ss.; QUESADA ALCALÁ, Carmen, «La Justicia penal internacional y Colombia», en C. FERNÁNDEZ LIESA y C. DÍAZ BARRADO, *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 691-710; OLÁSULO ALONSO, Héctor, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 24, 2012. Es importante subrayar, además, que, junto con las visitas y comunicaciones públicas, que siempre han mostrado una postura prudente y en ocasiones ambigua, la Fiscalía de la CPI y las instituciones colombianas han mantenido numerosos canales de contacto informales o secretos, en los que, al parecer, el órgano supranacional ha expresado su satisfacción con las medidas aplicadas por el Estado colombiano en el marco de la justicia transicional: BUENO y DÍAZ ROSAS, «Which Approach to Justice...», cit., pp. 228-229.

⁷¹ Fiscalía de la CPI, *Informe intermedio*, 14.11.2012, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivoDelReporteIntermed.PDF> (consultado el 5.07.2017), párr. 22.

⁷² Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014. Situaciones de Honduras y Colombia*, 2.12.2014, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Pre-Exam-2014-Spa.pdf> (consultado el 5.07.2017).

misma línea seguían los Informes intermedios de 2015 y 2016, en los que también se destacaban los avances realizados pero todavía insuficientes en las áreas críticas antes mencionadas⁷³.

Asimismo, en una conferencia dictada en la Universidad del Rosario (Colombia), el vicesfiscal de la CPI (James Stewart) confirmó la compatibilidad, en principio, con el ECPI de las penas reducidas y de las sanciones alternativas, siempre y cuando se cumplan unas condiciones mínimas, considerando estos mecanismos como «un ejemplo del amplio margen del que los Estados gozan al decidir sobre los mecanismos diseñados para establecer la verdad, y que también son compatibles con el objetivo del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad por los crímenes más graves»⁷⁴.

De esta manera, la Fiscalía de la Corte desempeña el doble papel de controlador y defensor de los mecanismos transicionales aplicados en Colombia, confirmando implícitamente su legitimidad y compatibilidad con los estándares internacionales fijados por el Estatuto de la CPI y, a la vez, la opción por una interpretación flexible del deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales.

Retos planteados por el Acuerdo de Paz

La Jurisdicción Especial para la Paz, prevista por el Acuerdo de Paz firmado en 2016 y desarrollada por una serie de actos legislativos, leyes y decretos que implementan el contenido de ese Acuerdo, contiene una serie de mecanismos que, al suponer una limitación o modificación en el ejercicio de la acción penal, plantean retos importantes a la obligación internacional que se acaba de analizar. Como he adelantado, considero que son tres puntos los que podrían generar tensiones respecto de ese deber: la amnistía, las sanciones propias y alternativas y los criterios de selección y priorización de casos.

La amnistía

Una de las herramientas clave de la JEP es la amnistía para delitos políticos y conexos, prevista por el Acuerdo de Paz y regulada por la Ley 1820/2016, de 30 de diciembre y el Decreto del presidente de la República de Colombia

⁷³ Respectivamente, Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015). Situaciones en Colombia y Honduras*, 12.11.2015, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf> e *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016). Situación en Colombia*, 14.11.2016, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (consultados el 17.07.2017).

⁷⁴ STEWART, James, «Transitional justice in Colombia and the role of the International Criminal Court», 13.05.2015, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf> (consultado el 14.07.2017).

n.º 277/2017, de 17 de febrero⁷⁵. A primera vista, esta medida podría constituir un incumplimiento, por parte del Estado colombiano, de su obligación internacional de perseguir y castigar las graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, como se ha evidenciado en los epígrafes anteriores, la prohibición de amnistías no es absoluta, sino que, adoptando la interpretación flexible antes descrita, deja un margen para ciertas clases de amnistías —amnistías democráticas y condicionadas, y posiblemente bilaterales— en contextos de transición.

Desde este punto de partida, la amnistía prevista en el marco del proceso de paz colombiano no entraña una vulneración de las obligaciones internacionales de Colombia. En primer lugar, se trata de una amnistía democrática, pues ha sido aprobada por el Parlamento colombiano, de buena fe y con el objetivo de favorecer el cese del conflicto armado y la reconciliación social. Lejos de las numerosas autoamnistías utilizadas —y posteriormente invalidadas— en los demás países del continente latinoamericano, esta medida es legítima en razón tanto del órgano que la aprueba, como de la finalidad que persigue.

En segundo lugar, se trata de una amnistía condicionada, pues, como afirma el art. 14 de la Ley 1820/2016, su aplicación no exime de la obligación de contribuir a la averiguación de la verdad —por medio de la colaboración con la Comisión de la Verdad también creada en el marco del Sistema integral— y a la reparación a las víctimas —a través de la participación en los programas de reparación y en la actividad de la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos—, con la posibilidad de perder el derecho al beneficio en caso de incumplimiento reiterado e injustificado de estas obligaciones⁷⁶. Además, un prerequisite fundamental para acceder a ese beneficio es la desmovilización y desarme de los grupos armados ilegales⁷⁷, que es otro pilar del Acuerdo de Paz respecto del cual la amnistía funciona, al fin y al cabo, como incentivo.

En tercer lugar, esta medida tiene carácter bilateral, pues se aplica no solamente a los miembros del grupo guerrillero, sino también a los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado. En realidad, estos sujetos no pueden ser acusados de haber cometido delitos políticos, que son los delitos a los que se puede aplicar la amnistía como tal, sino que al revés actuaron precisamente para evitar la comisión de esos delitos por parte de los grupos ilegales. Aun así, el Acuerdo de Paz y la Ley de Amnistía prevén, para los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado, un «tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho

⁷⁵ Estas disposiciones prevén y regulan, más precisamente, amnistías, indultos y tratamientos especiales para agentes del Estado.

⁷⁶ Art. 14 de la Ley de Amnistía.

⁷⁷ Párr. 10, sección 5.1.2, p. 145 del Acuerdo de Paz.

Internacional Humanitario»⁷⁸ que se concreta en la «renuncia a la persecución penal» y en la «libertad transitoria condicionada y anticipada»⁷⁹, cuyos efectos prácticos son equiparables a aquellos producidos por la amnistía.

Pero más allá de estas características, que ya de por sí, en mi opinión, convertirían la amnistía prevista en el proceso de paz colombiano en una herramienta transicional legítima y conforme con la obligaciones internacionales, creo que el elemento principal que permite confirmar la admisibilidad de esta medida es la identificación de los delitos a los que se aplica. Efectivamente, es una amnistía para delitos políticos y conexos «cometidos en el marco de la rebelión por parte de grupos con los que se firme un acuerdo de paz», que sigue en este sentido una tradición, consolidada en el ordenamiento colombiano, de introducir medidas de gracia y beneficios penales para los responsables de delitos políticos, como parte de las negociaciones con grupos armados ilegales⁸⁰. La familiaridad del ordenamiento colombiano con el tratamiento especial de la categoría del delito político queda confirmada, además, por la cláusula que Colombia añadió al ratificar el Estatuto de la CPI: «Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma que conciernen el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional impide al Estado colombiano otorgar amnistías, conmutación de penas o indultos judiciales por delitos políticos, siempre que sean compatibles con la Constitución y los principios y normas de Derecho internacional aceptados por Colombia»⁸¹.

Tanto el Acuerdo como la Ley de Amnistía enumeran, de manera no taxativa, unas conductas que configuran delitos políticos: «la rebelión, la sedición, la asonada, así como el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario, el concierto para delinquir con fines de rebelión»⁸². Además, indica algunos criterios esenciales para determinar la conexidad de otros delitos con esta categoría y la consiguiente posibilidad de aplicarles la amnistía, refiriéndose a aquellos delitos «relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares», «aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente» y

⁷⁸ Párr. 44, p.152 del Acuerdo de Paz.

⁷⁹ Arts. 45 y ss. y 51 y ss. de la Ley de Amnistía, respectivamente.

⁸⁰ APONTE CARDONA, *El Acuerdo de paz*, cit., pp. 333 y ss.; SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia y JARAMILLO RUIZ, Felipe, «La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, n.º 2, 2014, pp. 61-88, a pp. 67-73.

⁸¹ Véase los documentos de ratificación del Estatuto de Roma disponibles en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#EndDec (consultado el 10.07.2017).

⁸² Párr. 38, p. 150 del Acuerdo de Paz y art. 15 de la Ley de Amnistía.

«aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión»⁸³.

Junto con este criterio inclusivo, el Acuerdo y la Ley de Amnistía establecen un criterio exclusivo, que deja fuera del alcance de la amnistía «los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma»⁸⁴.

Como puede apreciarse, la amnistía no puede beneficiar a los responsables tanto de crímenes internacionales, como de otros delitos tipificados en el ordenamiento colombiano que se consideran especialmente graves y destacan por su frecuencia en el marco del conflicto armado.

Por lo tanto, la amnistía no es incompatible con las obligaciones adquiridas al ratificar el Estatuto de Roma porque, sencillamente, no afecta a los crímenes sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción. Quizás el único punto controvertido sea la referencia a los *graves* crímenes de guerra, que la Ley define como «las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas de manera sistemática»⁸⁵. No obstante, el propio Estatuto de Roma limita la jurisdicción de la CPI a los crímenes de guerra «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes», introduciendo de esta manera un umbral de relevancia ulterior respecto del simple hecho de ser cometidos en el marco de un conflicto armado, que se acerca mucho a la cláusula contenida en el Acuerdo de Paz colombiano. De esta manera, los crímenes de guerra que no presenten ese carácter de sistematicidad no podrían, en todo caso, ser objeto de la jurisdicción de la CPI, porque el propio Estatuto de Roma los excluye. Al revés, cabe imaginar que la Corte IDH considere que no excluir de la amnistía esta categoría —que no deja de calificarse como crimen internacional— constituye una vulneración del deber de persecución y castigo. Más allá de que me parece difícil que se den muchos casos concretos en los que los delitos cometidos en el conflicto armado colombiano no satisfagan ese

⁸³ Párr. 38, p. 150 del Acuerdo de Paz y art. 16 de la Ley de Amnistía. A raíz de las dudas sobre la posibilidad de clasificar como delito conexo el narcotráfico, la nueva versión del Acuerdo final ha introducido una cláusula en la que especifica que, para decidir sobre esta calificación, se tomarán en cuenta los criterios de la jurisprudencia interna y el principio *in dubio pro reo* (ibídem).

⁸⁴ Párr. 40 del Acuerdo. El párr. 41 añade que también quedan excluidos del alcance de la amnistía los delitos comunes que carezcan de conexión con la rebelión. Lo mismo prevé el art. 23, parágrafo de la Ley de amnistía.

⁸⁵ Art. 23, último párrafo de la Ley de Amnistía.

carácter de sistematicidad, ante un supuesto de ese tipo la única solución posible me parece la de acudir a la ponderación de intereses en juego para valorar la admisibilidad de la amnistía⁸⁶.

Los delitos que el Acuerdo y la Ley de Amnistía excluyen expresamente del alcance de la medida cubren, además de los crímenes internacionales, otras conductas que coinciden con la categoría de «graves violaciones de derechos humanos» a la que se refiere la jurisprudencia de la Corte IDH al afirmar —aunque sin definir el exacto alcance de esa categoría, como se ha dicho— el deber de persecución y castigo.

Por lo tanto, la exclusión expresa de esas conductas de la posible amnistía, junto con la previsión de su sometimiento a proceso penal y castigo —aunque de carácter especial, como comentaré a continuación— garantiza la compatibilidad de esta medida transicional con las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

Las sanciones propias y alternativas

Un segundo mecanismo fundamental en la JEP es el sistema de sanciones aplicables a los sujetos condenados por el Tribunal especial para la Paz. El Acuerdo de Paz introduce un mecanismo de intercambio que permite aplicar penas menos gravosas a los condenados que hayan reconocido su responsabilidad por los crímenes cometidos.

Si el reconocimiento se realiza antes de la apertura del juicio, se imponen las llamadas «sanciones propias», que consisten en la restricción de libertad para un tiempo de entre 5 y 8 años, acompañada por la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad y otras tareas de contenido reparador. El primer elemento, la restricción de libertad, se concreta en la determinación judicial de los lugares y de los horarios para desarrollar las actividades obligatorias, junto con la prohibición de alejarse de los lugares establecidos sin autorización del juez, la obligación de residir en determinados sitios y el control de los desplazamientos⁸⁷. El segundo elemento —que es probablemente el aspecto más novedoso— implica la realización de actividades dirigidas a reparar a las víctimas y comunidades afectadas por el conflicto armado —como programas de reparación, desarrollo y protección en zonas rurales o urbanas—⁸⁸, introduciendo así un componente de justicia restaurativa en la ejecución de la pena⁸⁹.

⁸⁶ Véase *infra*, sección 5.3.

⁸⁷ Cabe recordar que la definición de estos contenidos de la restricción de libertad ha sido introducida en la nueva versión del Acuerdo de Paz, revisada tras el referéndum del 2 de octubre, en atención a las críticas de los partidarios del «no» al Acuerdo en relación con la indefinición de esos puntos en la primera versión del texto.

⁸⁸ «Listado de sanciones», pp. 171 y ss. del Acuerdo de Paz.

⁸⁹ Párr. 60, p. 146 del Acuerdo de Paz.

En caso de reconocimiento tardío de responsabilidad, que se produzca después de haber empezado el juicio oral pero antes de que se dicte sentencia, el Acuerdo prevé la imposición de una «sanción alternativa», que consiste en la privación de libertad por un tiempo de entre 5 y 8 años, al igual que lo establecido por la Ley de Justicia y Paz.

Ambas sanciones son por lo tanto mucho menos gravosas —las sanciones propias por naturaleza y duración, las alternativas solamente por duración— que las penas de prisión que cabría imponer a los condenados por esos graves delitos de acuerdo con la ley penal colombiana. La contrapartida para acceder a ese tratamiento beneficioso es que los criminales relaten los hechos delictivos en los que participaron y declaren su responsabilidad. Las sanciones propias y alternativas funcionan por ende como un incentivo para fomentar la contribución de los sujetos que cometieron los crímenes en la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido y en el reconocimiento de responsabilidades.

Este mecanismo de intercambio es el mismo que se puede apreciar tras las amnistías condicionadas, con la diferencia de que en este caso no se otorga una amnistía, sino una importante reducción de pena. Por lo tanto, no plantea problemas respecto del deber internacional de persecución y castigo, en la medida en que permite el enjuiciamiento y la imposición de condena, modificando solamente el *quantum* de pena y/o la modalidad de su ejecución⁹⁰. Lo único que se puede criticar de estas penas alternativas es que no son proporcionales a la gravedad de los delitos y a la culpabilidad del sujeto.

Sin embargo, por un lado, como he explicado, no está nada claro que el deber internacional de persecución y castigo imponga condiciones estrictas acerca del tipo y la cantidad de pena a imponer. Incluso la Corte IDH, pese a destacar que «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»⁹¹, no ha llegado, de momento, a denunciar la desproporción de la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz⁹² —que coincide, como se ha dicho—, con la sanción alternativa de la JEP.

⁹⁰ Por eso se ha destacado que estos mecanismos reflejan la preferencia por los modelos retributivos de justicia que Colombia ha demostrado en los últimos años, a partir esencialmente de la Ley de Justicia y Paz: BUENO y DÍAZ ROSAS, «Which Approach to Justice...», cit., p. 223.

⁹¹ Corte IDH, *masacre de La Rochela*, cit., párr. 196.

⁹² En las sentencias, antes recordadas (sección 3), en las que la Corte IDH ha entrado a valorar la Ley de Justicia y Paz, ha declarado al Estado colombiano responsable de la violación de los arts. 8 y 25 de la CADH no por las penas reducidas previstas por la LJP, sino porque algunas de las condenas impuestas por los tribunales no se habían cumplido por no haberse ejecutado las órdenes de captura libradas en contra de los responsables (por ejemplo, Corte IDH, *Valle Jaramillo*, cit., párr. 165).

Asimismo, la Fiscalía de la CPI destacó en su Informe de 2014 que «una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada [sic]⁹³ a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aun en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubiesen sido consideradas genuinas»⁹⁴, pero, a la hora de valorar la JEP, no cerró la puerta a estas sanciones especiales. En su Informe de 2016 se limitó a declarar que «la Fiscalía no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual todavía no ha entrado en funcionamiento. La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral, y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas a los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente»⁹⁵. Esta precisión se realizó en la modificación del texto del Acuerdo tras el resultado del plebiscito, mientras que para la valoración de su efectividad habrá que esperar, evidentemente, a que la JEP comience a funcionar.

Por otro lado, la posibilidad de apartarse, por razones de oportunidad, de la pena estrictamente proporcionada está prevista prácticamente en todos los ordenamientos penales, incluido el colombiano, en situaciones de normal funcionamiento —como ocurre con las circunstancias atenuantes de confesión de la infracción o de reparación del daño—⁹⁶, y con más razón debe permitirse ante las exigencias extraordinarias de un proceso transicional y en el marco de mecanismos de intercambio de este tipo.

Pero hay otra consideración que, en mi opinión, ofrece un argumento a favor de la compatibilidad de estas penas reducidas, en particular de las sanciones propias, con las normas internacionales, a saber: su enfoque en la reparación a las víctimas⁹⁷. Tanto la Corte IDH como la CPI participan de la

⁹³ En este punto la traducción oficial al español no refleja con exactitud el texto original en inglés, que se refiere a «a sentence that is grossly or manifestly inadequate».

⁹⁴ Fiscalía de la CPI, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014, cit., párr. 53.

⁹⁵ Fiscalía de la CPI, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2016, cit., párr. 257.

⁹⁶ Véase al respecto el interesante trabajo que analiza la punibilidad como categoría del delito en relación con (y para desmentir) el concepto de pena como obligación del Estado y derecho de las víctimas: NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Czur Menor, Aranzadi, 2017, especialmente a pp. 33-97.

⁹⁷ Otro elemento importante en la configuración de las sanciones alternativas es la necesidad de reincorporar a los miembros de grupos armados ilegales a la vida civil, como destaca (refiriéndose a la LJP, pero con consideraciones que se pueden extender a las sanciones previstas en la JEP), BURBIDGE, Peter, «Justice and Peace? – The Role of Law in

difundida tendencia a destacar la importancia de garantizar a las víctimas una reparación integral. Así, el tribunal americano ha ido consolidando un concepto muy amplio de reparación, que además de la simple indemnización incluye la restitución en los derechos violados, medidas de carácter simbólico, reparaciones colectivas como construcciones de memoriales y otros⁹⁸. La CPI, a partir del reconocimiento expreso en su Estatuto (art. 75) del derecho de las víctimas a la reparación, ha desarrollado un procedimiento para emitir órdenes de reparación que puede activarse, de manera autónoma respecto del proceso penal, una vez se haya dictado condena contra un acusado⁹⁹. Estos datos demuestran la centralidad de la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tanto para el sistema interamericano como para el sistema de la CPI. Además, la extensión de la atenuante de reparación del daño en los ordenamientos nacionales también confirma que la idea de que cabe renunciar a la pena retributiva —estrictamente proporcionada a la gravedad del delito y a la culpabilidad del sujeto— en función de la reparación a las víctimas goza de amplio reconocimiento también entre los Estados.

Prever sanciones penales que combinan un componente aflictivo —la restricción de libertad— con otro dirigido precisamente a la reparación a la víctima me parece por ende una solución muy acertada, porque, además de imponer un castigo al responsable del delito, contribuye al mismo tiempo a realizar la reparación, que constituye un derecho de las víctimas y, a la vez, una de las obligaciones fundamentales que recaen sobre el Estado ante una experiencia de violencia colectiva.

La selección y priorización de casos

El último elemento de la JEP que puede plantear problemas de compatibilidad con la obligación internacional de persecución y castigo es la previsión de aplicar, en la actividad de este tribunal especial, criterios de selección y

Resolving Colombia's Civil Conflict», *International Criminal Law Review*, n.º 8, 2008, pp. 557-587, a pp. 575-577.

⁹⁸ OLÁSOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, «La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas», en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano...* pp. 401-407 y, con especial referencia al cumplimiento por parte de Colombia de las medidas de reparación, ACOSTA LÓPEZ Juana I. y BRAVO RUBIO, Diana, «El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana», *International Law: Revista colombiana de Derecho internacional*, n.º 13, 2008, pp. 323-362.

⁹⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, «Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación?», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 66-76.

priorización de casos. Esta opción responde a la imposibilidad material de garantizar la persecución penal de todos los responsables de todos los delitos cometidos durante el conflicto armado, circunstancia que suele darse ante experiencias de violencia colectiva debido a la dimensión masiva, y a menudo sistemática, de los crímenes.

El recurso a estos criterios no es una novedad en el proceso de paz colombiano, pues la reforma constitucional de 2012 que creó el Marco Jurídico para la Paz ya reconoció expresamente esa posibilidad¹⁰⁰. En ese mismo año la Fiscalía General de la Nación elaboró un conjunto de criterios guía para la selección y priorización de casos¹⁰¹, clasificándolos en criterios subjetivos —entre los cuales destaca la referencia a los «mayores responsables»—, criterios objetivos —como la gravedad y la «representatividad» de los casos— y criterios complementarios, como la factibilidad y la «riqueza didáctica». La Ley 1592/2012, de 3 de diciembre, que reformó la Ley de Justicia y Paz, dispuso la aplicación de esos criterios en el procedimiento especial de Justicia y Paz.

Asimismo, el Acuerdo de paz con las FARC-EP, al regular la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas —uno de los órganos que componen la JEP—, dispone que «para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y celeré del componente de Justicia, la Sala tendrá las más amplias facultades para (...) fijar prioridades, (...) así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas queden impunes así como prevenir la congestión del Tribunal»¹⁰² y que Sala de definición de situaciones jurídicas —otro órgano de la JEP— tendrá la facultad de, «con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad»¹⁰³.

Además, el Acto Legislativo 1/2017, de 4 de abril, que recoge en el texto constitucional parte de lo previsto en el Acuerdo de Paz, modifica el artículo transitorio 66 de la Constitución afirmando que: «Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno

¹⁰⁰ Artículo transitorio 66 de la Constitución, introducido por Acto legislativo 1/2012, de 14 de junio.

¹⁰¹ Fiscalía General de la Nación, Directiva 001/2012, de 4 de octubre.

¹⁰² Párr. 48, letra (s), p. 157 Acuerdo de Paz.

¹⁰³ Párr. 50, Letra c, p. 158 del Acuerdo de Paz.

Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática».

Ahora bien, la aplicación de criterios de selección y priorización de casos es un dato constante en la actividad de todos los Tribunales penales internacionales e híbridos. En algunos casos es el Estatuto correspondiente el que fija esos criterios, por ejemplo limitando su jurisdicción a los «máximos responsables»¹⁰⁴ o estableciendo umbrales de gravedad para activar la Corte¹⁰⁵, en otros casos se trata de una decisión de la Fiscalía y del Tribunal en el ejercicio de su competencia¹⁰⁶. Mientras que en algunas de estas experiencias la selección de casos realizada por los Tribunales internacionales suponía que los casos excluidos serían objeto de investigación y enjuiciamiento ante los Tribunales internos —como los dos Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda—, en otras no se preveía esta condición —como las Salas Extraordinarias de Camboya. Esto significa que implícitamente se aceptaba que los casos no seleccionados podían quedar impunes, en el sentido de exentos de juicio penal y castigo.

Ante estos precedentes, es muy improbable que la CPI critique la selección y priorización de casos en Colombia, siempre y cuando se respeten los criterios establecidos y la condición de que los mayores responsables de los crímenes internacionales sean sometidos a persecución penal. Es cierto que la Fiscalía de la CPI, en el marco del examen preliminar de la situación colombiana, afirmó en su Informe intermedio de 2012 que: «aunque la Fiscalía celebra la adopción de una política nacional para dar prioridad a la investigación y el procesamiento de casos contra los máximos responsables de los crímenes más graves, vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno»¹⁰⁷. Pero estas afirmaciones hacen hincapié, en mi opinión, en la garantía de *conocimiento* sobre crímenes específicos, que podría satisfacerse también a través de una in-

¹⁰⁴ Es el caso del Estatuto de la SCSL (art. 1.1) y de la Ley que instituyó las ECCC (art. 2).

¹⁰⁵ Art. 17 ECPI.

¹⁰⁶ Como ocurre con el criterio de centrarse en los «big fishes», aplicado en los Tribunales *ad hoc* para antigua Yugoslavia y Ruanda.

¹⁰⁷ Informe intermedio de 2012, cit., párr. 205.

investigación llevada a cabo por un órgano extrapenal, como, en este caso, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad.

Además, en los Informes intermedios de 2015 y 2016 la Fiscalía ha valorado positivamente los avances en la investigación y enjuiciamiento de casos, tomando en consideración también la aplicación de la selección y priorización de casos en el marco de la LJP y destacando que los delitos sexuales deben incluirse entre aquellos a tratar de manera prioritaria¹⁰⁸. Asimismo, la comunicación oficial de la fiscal de la CPI ante la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y las FARC destacaba como un dato positivo el que la JEP garantice que los perpetradores de graves crímenes sean llevados ante la justicia y «se centre en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto»¹⁰⁹.

La aceptación de estos mecanismos puede plantear más problemas, en cambio, para la Corte IDH. Dado que su jurisdicción se activa ante la solicitud de cualquier víctima individual que alegue la violación de uno de los derechos protegidos en la CADH, no resulta aventurado imaginar que la víctima de un delito no seleccionado para su enjuiciamiento ante la JEP pueda recurrir ante el Tribunal interamericano por la vulneración de su derecho de acceso a la justicia. Si se toma en cuenta solamente ese caso individual, evidentemente se llegará a concluir que hay responsabilidad del Estado colombiano por violación de ese derecho.

No obstante, considero muy importante que la Corte IDH adopte, si se diera una situación parecida, una perspectiva más amplia, que tome en consideración no solamente el caso de la víctima individual, sino el contexto en su conjunto. Se trata de reconocer, por un lado, los límites que cualquier sistema judicial —interno o internacional— encuentra ante situaciones de violencia masiva y de aceptar la imposibilidad fáctica de enjuiciar a todos los presuntos responsables¹¹⁰. Por otro lado, habría que incidir en la necesidad de ponderar los intereses en juego en este tipo de situación, a saber, la justicia entendida como persecución y castigo de los criminales y el objetivo —en este caso prioritario— de poner fin a un conflicto armado y de construir una paz estable y duradera¹¹¹, tal y como ha concluido la Corte Constitucional colombiana al confirmar la legitimidad constitucional, precisamente, de los criterios de selección y priorización de casos previstos

¹⁰⁸ Fiscalía de la CPI, *Informe intermedio de 2016*, párr. 250.

¹⁰⁹ Fiscal de la CPI, Statement on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People’s Army, 1.09.2016, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia> (consultado el 18.07.2017).

¹¹⁰ SUÁREZ LÓPEZ y JARAMILLO RUIZ, «La satisfacción del derecho a la justicia...», cit., pp. 80-81.

¹¹¹ GIL GIL, «El tratamiento jurídico...», cit., p. 36.

en el Marco Jurídico para la Paz¹¹². Estos dos factores llevarían sin duda a aceptar la política de selección y priorización de casos y asegurar, más bien, que los criterios en los que se concreta sean racionales, eficientes y correspondientes a los estándares mínimos marcados por las normas internacionales.

El camino interpretativo para argumentar esta conclusión ya está esbozado, en mi opinión, en la sentencia *El Mozote*: ante situaciones de conflicto armado vivo, es legítimo y hasta necesario recurrir a mecanismos —amnistías, indultos, reducción de penas, selección y priorización de casos— que limiten el ejercicio de la acción penal en aras de la consecución de la paz. Haciendo hincapié en la peculiaridad de la situación colombiana, como proceso de transición que se inserta en un conflicto armado vivo, la Corte IDH ni siquiera tendría que desdecirse de su línea interpretativa estricta, desarrollada en contextos «típicos» de transición pero no trasladable sin más a la experiencia *sui generis*¹¹³ de Colombia.

Además, hay otro aspecto que podría favorecer la aceptación de los mecanismos de selección y priorización de casos por parte de la Corte IDH: esos criterios, pensados para permitir una mayor optimización de los recursos en la investigación judicial, hacen hincapié en la comprensión y la desarticulación de patrones de violencia sistemática. En este sentido, serían perfectamente conformes con una interpretación constante en la jurisprudencia del órgano interamericano, según la cual la obligación de investigación derivada del art. 1 CADH requiere, ante contextos de violencia sistemática, el conocimiento de las estructuras de poder y de los patrones de criminalidad en los que se insertaron los delitos¹¹⁴. Asimismo, el criterio de la representatividad de casos «puede ofrecer otro tipo de rendimientos más de carácter simbólico, fundamentales en lógica transicional [...] ilustrar dicha barbarie para evitar su repetición, al mismo tiempo que ello contribuye, por supuesto y en consecuencia, con el hallazgo de verdad de los hechos cometidos». Para ello, la garantía de participación de las víctimas en el caso elegido puede paliar la situación generada por la imposibilidad fáctica de perseguir penalmente a todos los responsables.

¹¹² Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-579/2013, de 28.08.2013. Para un comentario crítico, véase AMOBS, Kai y ZULUAGA, John, «Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 4, 2014, pp. 165-176.

¹¹³ Así la define APONTE CARDONA, Alejandro, «Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición», en J. ALMQVIST, C. ESPÓSITO (dirs.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 87-114.

¹¹⁴ ACOSTA, Juana Inés y ÁLVAREZ, Lina, «Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, 2011, pp. 57-87.

Conclusiones

El análisis realizado ha mostrado que la JEP es compatible con la obligación de persecución y castigo. A partir de una interpretación flexible de ese deber internacional, y tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CPI y la postura mantenida por la Fiscalía de este último órgano en el examen preliminar sobre Colombia, se ha destacado la existencia de argumentos sólidos para confirmar esa conclusión.

De entre los puntos más críticos de la JEP, la amnistía no vulnera las obligaciones del Estado colombiano por ser una amnistía democrática, bilateral y condicionada y sobre todo porque se aplica solamente a delitos políticos y conexos y excluye expresamente de su alcance los crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos.

Las sanciones propias y alternativas tampoco constituyen una violación del deber de persecución y castigo, porque ese deber no parece conllevar una obligación infranqueable de proporcionalidad de la pena, porque todos los ordenamientos prevén factores que permiten reducir la pena por debajo del umbral proporcional a la gravedad del delito y porque, además, el insertar un componente de justicia restaurativa, como hacen las sanciones propias, permite combinar el castigo con una importante contribución a la satisfacción del derecho de las víctimas a la reparación.

Por último, los criterios de selección y priorización de casos, además de ser aplicados de manera constante por las jurisdicciones penales internacionales, son necesarios ante la imposibilidad fáctica de perseguir penalmente a todos los presuntos criminales en contextos de violencia masiva, permiten racionalizar los recursos investigativos y judiciales y redundan en favor del conocimiento y reconocimiento de los patrones criminales recurrentes en este tipo de situaciones.

Todos estos mecanismos comparten el mismo fundamento y justificación: los procesos transicionales, y más aún la situación de conflicto armado vivo, plantean la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en juego. El objetivo prioritario de cesar la violencia permite flexibilizar la acción penal —en la fase de investigación, en la identificación de la pena a imponer o en su ejecución—, siempre y cuando se respeten unas condiciones mínimas que garanticen la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, al acceso a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Y es que, como ha dicho el presidente Santos, «todo proceso de paz es imperfecto. Una justicia perfecta no permite la paz»¹¹⁵.

¹¹⁵ Entrevista de J. LAFUENTE al presidente Juan Manuel Santos, (04 de 09 de 2016). Juan Manuel Santos: «Una justicia perfecta no permite la paz». *El País*, 4.09.2016, http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/03/colombia/1472916991_531673.html?rel=mas, consultado el 3.06.2017.

