

Las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz y el Estatuto de Roma

Own sanctions in the Special Justice for Peace and the Rome Statute

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2871>

Rubén Darío Escobar Cardona¹

Resumen

Como objetivo general del artículo se compararán las sanciones propias señaladas en la Justicia Especial para la Paz con las del Estatuto de Roma, para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra y su posible compatibilidad, a fin de evitar el ejercicio de la jurisdicción internacional.

La investigación inicia atendiendo a algunos aspectos preliminares de contextualización del tema y la primera parte atiende a los puntos 1. Las penas en la legislación colombiana. 2. Las penas en el Estatuto de Roma y 3. Las sanciones en la Justicia Especial para la Paz. Contrastando los instrumentos para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En la segunda parte tenemos el punto 4. Enfoque de las sanciones. Donde se abordan las penas de los diferentes textos legales y los enfoques de estas, que pertenecen a diferentes perspectivas; las unas de carácter retributivo y las otras con una visión de carácter restaurativo.

Finalmente, se examina sobre la compatibilidad de unos y otros instrumentos legales, en el punto 5. Penas propias e impunidad. Para concluir que las penas propias son las únicas que podrían presentar dificultad, dado el difícil reto de la supervisión visto en el punto 6. Régimen de control de la restricción de la libertad. De la efectividad de su implementación y verificación depende su carácter genuino o una burla a las víctimas.

Palabras clave: Penas, sanciones propias, justicia restaurativa, justicia retributiva, justicia transicional.

Abstract

The general objective of the article is to compare the self-imposed sanctions indicated in the Special Jurisdiction for Peace with those of the Rome Statute for the crimes of Human Rights Violations and War Crimes, and their compatibility in order to avoid the exercise of international jurisdiction.

¹ Abogado, especialista en Casación Penal, especialista en Pedagogía y Semiótica de la Lengua Materna, magíster en Reconciliación y Convivencia con énfasis en Derechos Humanos y Victimología, docente de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico: ruben.escobar@ustabuca.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9971-9232>

The investigation begins by addressing some preliminary aspects of contextualization of the topic, and the first part focuses on the following points: 1. Penalties in Colombian legislation; 2. Penalties in the Rome Statute; and 3. Sanctions in the Special Jurisdiction for Peace. Contrasting the instruments for crimes of human rights violations and war crimes.

The second part examines point 4. Approaches to sanctions, addressing the penalties in the different legal texts and their perspectives, which belong to different frameworks: some with a retributive nature and others with a restorative vision.

Finally, point 5 explores the compatibility of both legal instruments in relation to self-imposed penalties and impunity. The conclusion is that self-imposed penalties are the only ones that could present difficulties, given the challenging task of supervision, as discussed in point 6. Control regime of liberty restrictions. The genuineness or mockery of the victims depends on the effectiveness of its implementation and verification.”

Keywords: Penalties, own sanctions, restorative, retributive, transitional justice.

Las sanciones propias en la Justicia Especial para la Paz y el Estatuto de Roma

Rubén Darío Escobar Cardona

INTRODUCCIÓN

A partir de la institucionalización de la Justicia Especial para la Paz (JEP) como parte esencial del componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, pactado en los acuerdos para la terminación de la confrontación violenta y armada del grupo terrorista FARC (EP) y el gobierno del régimen del mandatario Juan Manuel Santos, en Colombia; se establecieron sanciones o penas de carácter diferente a la reclusión en establecimiento penitenciario, y se adoptaron otras bajo una perspectiva de carácter restaurativo.

Con el cambio de paradigma sancionatorio es frecuente que las víctimas y algunos sectores de opinión tengan una percepción según la cual, las penas propias establecidas en la JEP tal y como están propuestas conducen a la impunidad; pues ellas, pueden no ser reconocidas como genuinas a la luz del Estatuto de Roma. Dicho tratado de carácter vinculante para el Estado colombiano forma parte del llamado Bloque de Constitucionalidad y, por ende, de la legislación interna. En este sentido diversos autores han señalado que las sanciones propias pueden resultar siendo laxas y generar impunidad.

“Consideramos que la imposición de condenas meramente restaurativas y sumamente atenuadas por la comisión de crímenes internacionales por parte de los mayores responsables, independientemente de su reconocimiento de verdad y responsabilidad, no es sino un mero cálculo de oportunidad política que podría no respetar el Derecho Internacional” (Loyo, 2017, p. 49).

El estatuto de Roma señala que las penas para tales crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra deben ser genuinas y no aparentes. De las sanciones establecidas en la JEP, catalogadas como Propias, Alternativas y Ordinarias, solamente las primeras que no son privativas de la libertad y se concretan a través de actividades de tipo

reparador; son las que ofrecen motivo e inquietud y son materia para la presente reflexión. Considerando lo anterior emerge válidamente la pregunta:

¿Las penas señaladas en la JEP para los responsables de los delitos de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra son compatibles con las penas establecidas en el Estatuto de Roma para esta misma clase de delitos?

En desarrollo del objetivo general del presente documento, fue necesario comparar las sanciones penales señaladas en la Justicia Especial para la Paz con las del Código Penal y el Estatuto de Roma, para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. En los objetivos de carácter específico se buscó: 1) Establecer las diferencias entre las penas de uno y otro estatuto. 2) Contrastar la naturaleza jurídica de la sanción para cada modelo punitivo. 3) Determinar la hipotética compatibilidad entre las diferentes formas de penalidad y 4) Vislumbrar la validez de la purga de la pena o la posible impunidad.

Obligatorio, por lo tanto, el examen de los elementos constitutivos de dichas sanciones para verificar si pueden armonizarse y por lo tanto ser compatibles con la legislación internacional; lo anterior para disipar la natural prevención que le asiste a toda víctima y a la sociedad en general, que es la de considerar tales penas propias como un remedo de sanción, y ser en realidad, simplemente, un mecanismo encubridor y por ende fuente de injusticia por su aparente castigo.

Con el señalado propósito, se avocaron los documentos en que se plasman las diferentes formas de sanción, vistos a través de su naturaleza y función; logrando establecer que los mismos permiten considerar la compatibilidad y armonización entre ellos, de cara a los fines perseguidos por uno y otro instrumento, siempre bajo la perspectiva de protección a la víctima y evitando la impunidad. Quedando a salvo su verificación para su eficacia.

METODOLOGÍA

Con la intención de responder a los objetivos propuestos en el presente texto, se aborda la investigación desde el enfoque cualitativo, con un método hermenéutico, utilizando para ello un diseño de análisis documental como son el contraste de los instrumentos que institucionalizaron la llamada justicia para el régimen de transición o Justicia Especial para la Paz (JEP), versus el Código Penal y el tratado internacional mediante el cual se adoptó en Colombia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) como parte de la legislación interna.

El primer aspecto del análisis se hará yuxtaponiendo los textos específicos relacionados con el tipo de penas aplicables para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, contrastándolos entre uno y otro instrumento documental; a fin de encontrar sus diferencias y concordancias.

Para el segundo aspecto, se busca a la luz de la doctrina y de la teoría, el significado conceptual y los alcances de los términos señalados como esenciales e inherentes a la problemática planteada.

Finalmente, con los anteriores insumos se aborda la discusión sobre si entre las penas en uno y otro instrumento puede existir algún grado de compatibilidad o son totalmente contradictorias; encontrando que solamente a través de los mecanismos de implementación de las sanciones propias, de su control, seguimiento y verificación, se puede cumplir o no con su propósito o activar la jurisdicción internacional.

Aspectos preliminares

Con la suscripción de los documentos que integran los pactos y compromisos contenidos en el instrumento titulado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, como ya se mencionó, suscrito entre gobierno del mandatario Santos y el cabecilla del grupo armado ilegal FARC (EP); se dio inicio a una nueva era en materia de tratamiento legal, no solamente para aquellos miembros de esta organización criminal, sino también para los miembros de la Fuerza Pública que en desarrollo del considerado Conflicto Armado Interno hubiesen incurrido en graves conductas criminales. Cubre el pacto también a aquellos terceros y otros agentes del Estado que de manera voluntaria acudan ante esta jurisdicción.

Los innumerables actos de violencia perpetrados contra los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, durante un lapso aproximado a cincuenta (50) años, en que incurrieron los combatientes, son sometidos al tratamiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SVJRN). Uno de sus componentes esenciales es conocido como la Justicia Especial para la Paz (JEP), institución de carácter transicional, habida cuenta que la llamada Justicia Ordinaria no tiene la capacidad logística, ni instrumental para investigar uno a uno todos los casos en los que hubo ruptura de las leyes nacionales e internacionales, que se rige por otros parámetros y enfoques sancionatorios.

Característica propia de la Justicia Transicional, frente a la descomunal tarea de juzgar la enorme criminalidad o la masificación de las acciones oprobiosas y violentas contra la legalidad, es la de seleccionar grupos de casos, en el entendido de la incapacidad de atender como ya se dijo al juzgamiento de autores individuales y uno a uno todos los hechos. Se hace necesario entonces establecer criterios de selección y priorización. La Justicia Especial para la Paz (JEP) debe escoger aquellos más graves y representativos, de los cuales hasta el momento se han abierto varios casos, entre ellos: Caso 001 abierto el 6 de julio del 2018. Retención ilegal de personas por parte de las Farc (EP). Caso 002 abierto el 10 de julio de 2018, que prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño). El Caso 003 abierto el 17 de julio de 2018, trata sobre las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. Caso 004 abierto el 11 de septiembre de 2018, que atiende de manera prioritaria la situación humanitaria de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó). Caso 005 abierto el 8 de noviembre de 2018,

prioriza la situación humanitaria de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribio y Caldon (Cauca). Caso 006 denominado Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) y el Caso 007 Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano. El Caso 008 Crímenes cometidos por la fuerza pública y paramilitares; anunciado el 30 de agosto de 2022. Caso 009 Crímenes cometidos contra pueblos y territorios étnicos en el conflicto armado. Abierto el 13 de septiembre de 2022. Caso 010 Crímenes no amniables cometidos por las Farc-EP en el marco del conflicto armado colombiano. Apertura del 15 de julio de 2022. Sobre crímenes cometidos por las Farc-EP durante el conflicto armado. Entre estos están graves infracciones al derecho penal internacional como homicidios de personas protegidas por el derecho internacional humanitario, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, violencia sexual, y el uso de medios y métodos ilícitos de guerra.

Como se puede apreciar, la selección y priorización de los casos más emblemáticos, por parte de la JEP, en aquellos sectores en que la intensidad del sufrimiento fue mayúscula, es apenas una tarea que comienza, pero tan solo con uno de los mismos, se abre la posibilidad del conocimiento de la verdad plena sobre lo acontecido, sus partícipes, sus motivaciones, sus réditos y en fin, todas aquellas circunstancias que de alguna manera fueron extrínsecas e intrínsecas a la perpetración de tan execrables delitos.

Con la aspiración de haber conocido lo más ajustado a los hechos, los partícipes, las causas, las motivaciones y, en fin, todo el contexto o circunstancias de tiempo, modo y lugar de una realidad con verdad plena, se sigue inexorablemente la de las sanciones. Frente a la clase de delitos contra la humanidad y de aquellos cometidos que quebraron los mínimos de guerra, se tienen unas sanciones en la legislación ordinaria y otras por vía del llamado bloque de constitucionalidad, que forma parte del régimen interno y que es de carácter supletorio, en caso de no aplicarse la legislación ordinaria.

Es necesario brevemente considerar la armonía o posibles contradicciones, entre aquellos y la novedosa propuesta de la Justicia Especial para la Paz.

1. Las penas en la Legislación colombiana

El régimen penal colombiano conocido también como la justicia ordinaria, en su Código Penal ha establecido el Título II los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Conforme al artículo 135 de nuestro estatuto penal, la persona protegida es el eje central de los bienes protegidos como el homicidio, las lesiones, la tortura, el acceso carnal violento, la esterilización, el embarazo, la desnudez, el aborto, la prostitución, –estos cinco últimos en condición de forzados– la esclavitud sexual y trata de personas con fines de explotación sexual.

En cuanto a los medios y las maneras de ejecución de las acciones armadas, se establecieron como tipos penales: Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, actos de terrorismo, actos de barbarie, los tratos inhumanos y degradantes

y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, la detención ilegal y privación del debido proceso, el constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Lo anterior de conformidad al Título II del Código Penal Colombiano.

En relación con los bienes, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción o utilización de bienes culturales y lugares de culto. El ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, las represalias, la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Los atentados a la subsistencia y devastación, la omisión de medidas de protección a la población civil, el reclutamiento ilícito, la exacción o contribuciones arbitrarias, y aquellos actos que conlleven la destrucción del medio ambiente.

Ahora bien, todas y cada una de las sanciones para los anteriores delitos son para las treinta y seis (36) disposiciones establecidas en el título, tienen como penas principales la prisión, además la multa y en once (11) de ellas se añade la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Lo anterior en consonancia con el artículo 35 del mismo estatuto define como penas principales aquellas privativas de la libertad con cumplimiento en prisión, también las de carácter económico o multa y todas aquellas otras que cercenan otros derechos.

Establecido que las sanciones son de prisión, recabamos en el concepto que de prisión se tiene dentro de la dogmática del derecho penal, considerado así:

Esta sanción supone la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario, en el que debe permanecer privado de la libertad y ser sometido a un régimen específico de vida. Sin embargo, lo anterior no significa que solo se le prive del derecho a la libertad de locomoción, puesto que, por ser inherente a la misma sanción, también se le imponen limitantes, en el plano de la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación, amén de restricciones el goce de la libertad sexual, de otros derechos civiles o de prerrogativas de índole económica y familiar. Se trata de una pena que ha estado presente en todas las etapas del desarrollo del género humano y, para poner un ejemplo, ya existía la prisión por deudas en el derecho romano; es evidente que ella ha tenido importancia mayúscula a lo largo de los últimos dos siglos, como lo prueba el hecho de su previsión generalizada en diversas legislaciones, aunque en los últimos decenios ha entrado en crisis y ha dado cabida a las penas pecuniarias y a otros sustitutivos (Velásquez, 2009, p. 1040).

No es difícil descubrir que en todos los tipos penales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario establecen penas privativas de la libertad como pena principal. De los cuales solo 19 tipos penales de ellos tienen penas menores a los ocho (8) años y que hipotéticamente serían susceptibles en la justicia ordinaria, de ser exclusivas, de tener vocación para la prisión domiciliaria.

La perspectiva de la imposición de la pena tiene además un carácter retributivo, esto es, que frente al comportamiento punible la política criminal del Estado retribuye al ofensor con la pena, es así como lo señala el artículo cuarto del Código

Penal colombiano (Ley 599 de 2000): “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa...”.

Desde esta perspectiva, el enjuiciamiento de los perpetradores de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad debe ser individualizado, identificado, juzgado y condenado uno por uno, a fin de cumplir con las expectativas de la sociedad en materia de satisfacción. La prisión así se erige como la protagonista y garante de la no impunidad y genera en consecuencia esa sensación de complacencia para las víctimas y ofendidos directos, como ofrece tranquilidad y seguridad colectiva. No obstante, el volumen de delitos hace inviable tal alternativa, pues su número, diversidad, modalidades de participación y su extensión en lo temporal, sobrepasa la capacidad del aparato judicial institucional actual.

Pero la legislación penal interna por vía de la constitucionalización del derecho debe atender –siguiendo a Kelsen– un sistema jurídico jerarquizado, no solo a la punición de la violación los derechos constitucionales fundamentales, sino también a todas las contenidas en los tratados que en materia de derechos humanos forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad” y por esta vía de convencionalidad respetar los estándares de la Corte Penal Internacional (CPI).

Luego, el reconocimiento de los principios en el sistema jurídico como estándares significa que de estos pueden derivarse obligaciones jurídicas, bien porque aquellos han quedado encuadrados e incorporados como normas tradicionales, o porque su vinculación deviene de la afirmación de máximas de justicia y dignidad universales, como en las que se expresan los diferentes estándares convencionales a los que debe sujetarse el Acuerdo Final, sin desconocer el ordenamiento jurídico positivo, sino integrándolo para lograr el mayor alcance en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y regular razonadamente las decisiones de los casos en que se presentan violaciones, vulneraciones y tensiones entre derechos e intereses dentro de una sociedad democrática que, como la colombiana, busca reconstruirse para lograr la convivencia, la tolerancia y la paz (Santofimio, 2018, p. 288).

Todo lo anterior en el entendido que, si las disposiciones de nivel interno tienen como eje la persona humana y las supranacionales también; tal confluencia solo redundaría en amalgamar tanto el derecho nacional como el supranacional de una manera articulada, armónica y sistemática, conformando un solo ordenamiento jurídico. Sendero cuyo final debe ser el mismo a pesar de las tensiones entre estos.

2. Las penas en el Estatuto de Roma

Colombia en lo relativo a la regulación de la guerra y las hostilidades, ha adoptado muchos de los tratados internacionales, entre ellos los Convenios de Ginebra mediante la Ley 5 de 1960, Ley 17 de 1930 sobre Derechos y Deberes de los Estados en confrontaciones de carácter civil, también a renunciar a la guerra como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas y a buscar tan solo por medios pacíficos el arreglo o solución de cualquiera diferencia que pueda surgir entre ellos, mediante Ley 29 de 1930, rechaza el empleo en la guerra de gases asfixiante,

tóxicos y similares o bacteriológicos en guerra mediante la Ley 10 de 1980, en 1992 suscribió el Protocolo I de los Convenios de Ginebra y con la Ley 171 de 1994 el Protocolo II. La Ley 742 del 5 de junio de 2002 aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

Tal y como lo hemos señalado en otras oportunidades, este conjunto de normas ingresó al llamado “bloque de constitucionalidad”, y hace parte de la llamada “globalización de la justicia o globalización de la persecución a los macro atentados a nivel internacional”.

Así pues, compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano con la firma o suscripción y posterior ratificación de tales instrumentos otorgan el carácter obligatorio a su cumplimiento por vía del bloque de constitucionalidad, el cual actúa en señalamientos mínimos y genéricos con respecto a las diferentes circunstancias que regula: en el marco de los derechos humanos, como barrera de contención del Estado, y en el marco del DIH, como mínimos regulativos del conflicto internacional y del conflicto no internacional. Empero, ambos son protección a la persona humana y, por ella, a los bienes que producen el concepto de protección (Guzmán, 2001, p. 657).

El Protocolo II de los Convenios de Ginebra es un documento que obedece a una serie de esfuerzos para lograr el consenso de la comunidad internacional para el establecimiento de un organismo de carácter transnacional, que protegiera de manera efectiva de los crímenes contra la humanidad. El primero de julio de 2002 entra en vigor el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como resultado de la ratificación de más de sesenta Estados.

La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad (Corte Constitucional colombiana, 2002).

Es que todo el esfuerzo legal, se erige en contra de la impunidad de cara a los delitos que atentan contra la dignidad humana, a los actos de barbarie, ferocidad y salvajismo. Abarca todas aquellas acciones que, al atacar la conciencia de la humanidad por su gravedad, afecta todas las naciones. Se conoce como el “*core delicta iuris Gentium*” y cuya sanción incumbe a todos los pueblos por formar parte de ese cuerpo esencial de los crímenes que afectan a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones, pues son de la esencia misma de la persona humana, inmarcesibles e inalienables.

El Estatuto de Roma, al ser reconocido en el orden interno por vía del artículo 93 de nuestra Carta Política, por ser un Tratado Internacional en materia de derechos humanos DD.HH., reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, sin que

ello equivalga a la renuncia de la jurisdicción por parte de nuestro país en tratándose de juzgamiento para los delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o el crimen de agresión. Todo apunta al conocimiento, procesamiento y la sanción para los responsables y a evitar la impunidad. Es una jurisdicción complementaria en el caso de que los Estados no puedan o no quieran hacerlo. Por otra parte, en ejercicio de su soberanía los Estados pueden establecer las sanciones y procedimientos penales con referencia a los delitos arriba mencionados y "...deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma" (Corte Constitucional colombiana, 2002). Quiere esto decir que, en materia de sanciones, las mismas tienen que ser compatibles con el Estatuto, pues de otra forma la Corte Penal Internacional (CPI) podría ejercer su jurisdicción bajo el entendido que el propósito del tribunal "Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte" (Estatuto de Roma artículo 20 numeral 3 literal a) o de considerarse que la situación decidida se realizó "...de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (Estatuto de Roma, artículo 20 numeral 3 literal b).

Ahora bien, en tratándose de las sanciones, el artículo 77 del Estatuto de Roma establece para los delitos de su competencia, esto es, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y el de agresión, la pérdida de la libertad mediante la reclusión.

DE LAS PENAS Artículo 77. Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) "La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30; o La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (Estatuto de Roma, artículo 77).

Es necesario recalcar que el carácter complementario y supletivo del instrumento internacional, dentro del marco de la justicia ordinaria, no tiene discusión y no es el propósito de este escrito abordarlo; en cambio la tensión surge, cuando es en el marco de la justicia de transición o de la especial para la paz y su directa relación con las sanciones que se deban aplicar a quienes quebrantaron las normas contenidas en el derecho internacional humanitario – DIH y Lesa humanidad.

3. Las sanciones en la Justicia Especial para la Paz

La finalidad de las sanciones dentro del contexto de la JEP está centrada en la reparación a las víctimas y a la búsqueda de la paz, buscan reparar y restaurar el daño que fue causado en el accionar de la contienda.

Las penas aplicables para los delitos que con ocasión o causa y que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y que posean las connotaciones de ser crímenes de guerra, de lesa humanidad, se han dispuesto en el marco de los acuerdos, en las siguientes categorías, dependiendo del aporte de reconocimiento y de verdad sea en una etapa inicial o temprana, tardía o de una negación frente a los mismos.

Sanciones Propias: Este tipo de sanciones no llevan privación de la libertad, como tampoco medidas de aseguramiento. Si la participación del compareciente no fue determinante en los hechos, se sancionará con una pena que va de 2 a 8 años de restricción de la libertad, mas no de pérdida de la libertad. En los demás casos el factor temporal se amplía de 5 a 8 años.

En la página de la web oficial de la JEP (2018) se señala al respecto:

Sanciones propias. Consisten en obras y trabajos de reparación del daño causado e implican una restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años en establecimientos no carcelarios. Esta sanción se impondrá a aquellos que aporten verdad y reconozcan responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas...

Como condición para acceder a este tipo de sanciones se requiere que el compareciente desde un primer momento contribuya a la verdad plena y se encuentre dispuesto a la reparación simbólica (no pecuniaria).

Las llamadas Sanciones Alternativas se han dispuesto para aquellos comparecientes que hacen un reconocimiento tardío de su participación en los hechos e implica la privación de la libertad, procediendo también la medida de aseguramiento. Establece una pena de 2 a 5 años en el caso que la participación del compareciente no hubiese sido de carácter determinante, de lo contrario el monto punitivo va de 5 a 8 años. Cabe aclarar que el concepto de reconocimiento tardío se establece entre el momento en que la Unidad de Investigación y Acusación se hace cargo de las actividades investigativas de la participación del compareciente en el caso hasta antes de dictarse sentencia. Sobra advertir que los otros requisitos de aporte a la verdad y la reparación se dan por descontados (artículo 129, LEAJEP).

En cuanto a las sanciones ordinarias, hay que decir que se constituye en la más severa de las sanciones y conlleva una pérdida de la libertad durante un tiempo que va desde los 15 a los 20 años. Se hacen acreedores de ella los comparecientes que no acepten responsabilidad, no aporten a la verdad y sean declarados culpables por el Tribunal de Paz. Hay que señalar que son aplicables las redenciones, subrogados y rebajas de pena por trabajo, estudio o capacitación.

Todos los anteriores beneficios legales para conceder la redención de las penas, los subrogados y mercedes por actividades del reo en pro de su mejoramiento personal y como muestra de vocación de resocialización, solo podrán aplicarse a las penas ordinarias.

Como se puede apreciar a simple vista, la dificultad o tensión de las sanciones en la justicia especial para la paz y las establecidas en el Estatuto de Roma son en principio incompatibles, pues mientras que las establecidas en la legislación interna, incluidas las contenidas en los compromisos internacionales, la libertad se pierde por purgamiento intramural, en la justicia de transición se abre la probabilidad –al menos en las sanciones propias– de permanecer en libertad con ciertas restricciones. He aquí el quid del asunto.

Enfoque de las sanciones

Es claro que las sanciones establecidas en el Código Penal, como también en el Estatuto de Roma tienen un marcado acento en lo retributivo. Las penas usualmente y a través de la historia por esta clase de crímenes, llevan directamente a las prisiones muchas veces en muy malas condiciones locativas. Mantener tras las rejas a los perpetradores de crímenes atroces, de barbarie y ferocidad inaudita, parece que es el pago equivalente que la sociedad pretende darle a los autores de tan execrables conductas. Hacerle pagar en carne propia al autor de los sufrimientos infligidos a la sociedad, para que en medio de la serenidad de la prisión reflexione sobre sus conductas, recapacite y acepte su comportamiento como dañino para la población. La pérdida de la capacidad de circulación, el confinamiento y la neutralización de su capacidad para repetir las macabras prácticas, son en sí la razón de ser de la pena intramural destinada al autor y sus colaboradores.

Jean Hampton (2007) considera que “el castigo debe ser previsto como una vía para enseñarle al criminal que la acción que realizó es prohibida porque ella es moralmente mala, y no debe ser hecha por esta razón” (p. 143). En este sentido, el uso del castigo debe orientarse a que el delincuente, por medio de la comunicación, adopte una actitud reflexiva sobre sus acciones indebidas, las reconozca como actos contrarios a la ley y al derecho de los demás, y se comprometa con acciones de reparación (Cortés, 2018, p. 75).

Para las víctimas de los crímenes, por lo menos es un alivio considerar que el criminal ya no puede continuar con su accionar delictivo, ya no puede causar más daño y sufrimiento, menos solazarse jactancioso de su proceder inaceptable. La prisión asegura a la sociedad que quien tiene la capacidad destructiva ya no puede desplazarse para realizar otras conductas y su retención permite conforme a las políticas criminales o bien recuperar su sentido social para volver a la misma o si es a perpetuidad, servir de escarmiento y disuasión para quienes pretendan emprender una aventura similar, pues la ley y, el aparato judicial y punitivo se encuentran vigentes y actuantes.

El confinamiento se centra en la protección social, en la prevención del daño posible, en el castigo y a través del dolor que pretende enderezar el comportamiento dentro de las normativas sociales y adecuado en la comunidad.

Un nuevo enfoque se presenta con la mirada puesta en la víctima, pero que también considera de manera diferente al autor de los actos criminales.

Toda la Justicia para la Paz se ha centrado en la víctima, que usualmente en todos los sistemas penales se ha visto relegada a un papel secundario en la medida que era la majestad del Estado y la sociedad mediante la ley, quienes reclamaban en primer lugar el *ius puniendi*, dejando olvidada o relegada en segundo plano al ofendido.

Desde otra perspectiva, en cuanto al autor, y considerando que las causas de los crímenes se deben a una especie de disfuncionalidad ajustable y esa irregularidad del comportamiento de un miembro de la sociedad puede ser ajustada, reorientada o reorganizada. Se examina al delincuente y se propone un método fundamentado en lo reparativo, se busca recuperar la funcionalidad armónica de la sociedad por medio de esquemas de participación, de cooperación y de reinserción a la sociedad, por medio de la acción y la participación. Se hace énfasis en el aporte de reparación por el daño por medio de acciones a favor de la *polis*, que van desde reconocer su actuación, contar la verdad de lo sucedido, sus motivaciones, los beneficios que obtuvo, el daño que causó; el reconocimiento que tales acciones son delictuales y vergonzosas, el pedir perdón a las víctimas directas y a la sociedad, además de manifestar el propósito de enmienda para que tales conductas no se vuelvan a presentar. Por su parte, el Estado al faltar a su deber de garantizar la seguridad deberá hacerse cargo de las indemnizaciones de carácter pecuniario a las víctimas.

“Con esto se resume una idea central de la justificación del fin de la pena en la justicia transicional. No se debe castigar de forma pasional, vengativa, retributiva, sino de forma reflexiva en función del mejoramiento del autor mediante la resocialización o en función del aseguramiento de los otros. Sobre esto Platón afirma: ‘El que castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo ya haya sucedido deje de suceder, sino o las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan cómo es castigado’ (Cortés, 2018, p. 74).

Los dos enfoques señalados se ponen en tensión, al considerarse, por una parte, que el castigo debe ser traducido en la reclusión del autor en establecimiento carcelario y, por la otra, que la sanción propia, canjea la verdad y la reparación a cambio de una restricción de la libertad.

En la justicia transicional se da una profunda tensión entre la justicia y la paz, entre el derecho y la política, entre una justicia retributiva que mira hacia el pasado y una justicia restaurativa que mira hacia el futuro. Pero la justicia transicional debe ser comprendida como justicia porque surge en determinados momentos políticos de crisis o de transición, y tiene que resolver la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre quienes reclaman desde la justicia retributiva castigar a todos los criminales y, quienes reclaman impunidad absoluta y pretenden que no haya ningún tipo de castigo (Ambos, Cortés y Zuluaga, 2018, p. 26).

Es este nuevo panorama que con relación a la sanción ha puesto sobre la discusión las penas en la Justicia Especial para la Paz - JEP.

4. *Penas propias e impunidad*

Visto lo anterior y a la luz de los compromisos en el orden internacional y del orden nacional y dado que como ya se ha señalado, los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del orden interno por mandato constitucional, no queda sino examinar si el desconocer las penas de prisión contenida para esta clase de delitos graves y reemplazarlas por las llamadas sanciones propias en el marco de los acuerdos para dar finalización al conflicto, son una especie sofisticada y artificiosa forma de impunidad.

A propósito de este aspecto, la Organización Internacional Observadora de Human Rights Watch, a través de su vocero José Miguel Vivanco con relación a las sanciones manifestó el 21 de diciembre de 2015:

El acuerdo, anunciado por los negociadores del gobierno y las FARC en La Habana el 15 de diciembre de 2015, establece que un nuevo Tribunal para la Paz se ocuparía de juzgar a responsables de graves delitos cometidos durante el conflicto armado. Los responsables de delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra que cooperen con el nuevo sistema judicial y confiesen estos actos recibirían una pena máxima de ocho años en ‘condiciones especiales’ que supondrían la ‘restricción efectiva de la libertad’.

“El acuerdo contiene numerosas alusiones a la justicia, la rendición de cuentas e incluso a restricciones efectivas de la libertad”, señaló José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch. Sin embargo, un análisis minucioso del texto revela numerosas ambigüedades, omisiones y lagunas que convierten a tales referencias, en el mejor de los casos, en promesas vacías.

El gobierno y las FARC anunciaron en septiembre que las sanciones bajo “condiciones especiales” no supondrían penas de prisión. El acuerdo del 15 de diciembre asegura que “en ningún caso” estas condiciones consistirán en “cárcel o prisión” ni en “medidas de aseguramiento equivalentes”, y limita todas las restricciones a la libertad a aquellas que sean “necesarias” para ejecutar proyectos de “reparación y restauración”.

Ningún tribunal internacional ha permitido que aquellos que han sido condenados por crímenes de guerra puedan evitar la prisión por crímenes tan graves”, observó Vivanco. “Este nuevo acuerdo va incluso más allá y garantiza que no enfrentarán un castigo ni siquiera remotamente serio” (Vivanco, 2015).

No punir o no imponer pena o imponer una de tal clase que no se sienta como pena o aflicción, es burlar el sentido de retribución al delito y bajo esta forma claramente existe impunidad. No obstante, si es precisamente el objetivo de la pena recuperar al individuo perdido para hacerlo útil a la sociedad, ese no es el único camino. Sin la función de la pena solamente el castigo, no habría forma de modularla, pero si la función finalmente tiene como propósito la resocialización, el camino puede ser diferente, porque se trata de buscar retribuir, resarcir de algún modo y por este medio resocializar, convergiendo los dos sistemas de pena al mismo punto.

En consecuencia, ese latente y oculto sentido de venganza, del viejo “ojo por ojo”, la delectación de quien se regocija con el sufrimiento del salvaje dañador no hace sino rebajarse a su mismo nivel. Precisamente el elevamiento de la condición moral estriba en superar la animalidad para ascender a la racionalidad o si se quiere a la mística de una proyección espiritual. Superar el viejo concepto de retaliación, de retribución por el de resarcimiento reparador, nos permite avanzar en un sentido humanitario y de perfección.

Vale la pena considerar que:

Respecto de los anteriores puntos la Corte Penal Internacional ya se ha pronunciado a través del vicesfiscal, admitiendo que los Estados tienen autonomía para implantar “las sanciones alternativas penales” con las que se debe castigar a los actores de la confrontación armada interna. No obstante, existen parámetros que deben seguirse debido a los compromisos adquiridos a nivel internacional. Igualmente, el Estado colombiano tiene la discrecionalidad para elaborar el modelo de justicia transicional más conveniente en la búsqueda de su objetivo de paz.

Las penas alternativas diferentes a la prisión también son compatibles con los parámetros internacionales en materia de delitos de lesa humanidad, pues, como ya está claro el propio Estatuto de Roma deja un margen de discrecionalidad a los países para establecer penas alternativas serias, que sean diferentes a la privación de la libertad cuando las circunstancias lo ameriten, el Estatuto tampoco prescribe un determinado tipo de pena o duración específica de las mismas que los Estados deban imponer.

Los deberes internacionales de persecución y sanción de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional no llevan necesariamente la aplicación de penas de prisión como tampoco lo hace el Estatuto de Roma, la determinación de la sanción y su gravedad pertenecen al margen de apreciación del legislador, limitados por el principio de proporcionalidad de la pena y el cumplimiento de los fines a esta en el Estatuto de Roma” (Aranguren, 2016, p. 196).

No obstante, el constante reconocimiento social de señalamiento para quienes ejercen tareas de reparación es de por sí un continuo reproche y recordatorio de sus actividades criminales; lo que constituye un repudio social, un estigma permanente e indeleble que marcará la vida del condenado. Solo el comportamiento nuevo en los procederes reparativos ganará la confianza y restituirá el tejido social lesionado.

5. Régimen de control de la restricción de la libertad

Es en torno al aspecto de la reglamentación y régimen de la restricción de la libertad, que radica el aspecto fundamental sobre la credibilidad de las sanciones propias. Tal y como lo menciona la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas Resolución de Conclusiones No. 03 de 2022 Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2022, tales sanciones encuentran su fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2017 (artículo transitorio 13),

la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP (artículo 126) y la Ley 1922 de 2018.

672. El artículo 127 de la LEAJEP establece en cabeza de la JEP la función de determinar las “condiciones de restricción efectiva de la libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes”. Además, la norma en comento señala un listado de criterios que deberán adoptar magistrados y magistradas de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos con Reconocimiento al momento de determinar las condiciones de restricción efectiva de libertad. Entre estos, se dispone en el numeral d) del artículo 127 que “[e]n la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción durante el período de su ejecución”; y en el numeral e) que “el Tribunal ira determinando en cada caso los distintos lugares de residencia del sancionado” en caso de establecerse la realización de diferentes proyectos durante el periodo de cumplimiento de la sanción propia.

He aquí el verdadero meollo del asunto en cuestión, pues de la organización y control en el desarrollo de esta alternativa, depende el reconocimiento como pena. Si se trata de un confinamiento a un territorio o área específica, con el propósito de cumplir tareas de satisfacción a la comunidad, en calidad de reparación o resarcimiento, dicha tarea deberá contar con los protocolos necesarios para la observancia de los fines propuestos. La delimitación de la zona de trabajo, las actividades de reparación, la duración de esta, la trazabilidad entendida como ese número de acciones, procedimientos, actuaciones, y todas aquellas medidas que, al registrarse, permiten conocer la historia de un resultado.

677. Sobre la restricción no carcelaria de libertades y derechos esta Sala en la Resolución de Conclusiones 02 de 2022, destacó que esta “se materializa en la concreción del lugar de residencia, los horarios de realización de los trabajos, los lugares donde se realizará el componente restaurativo, y quién y de qué modo realizará seguimiento, según lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Estatutaria (JEP, 2022).

Ese procedimiento de reparación inmaterial debidamente planificado, controlado y supervisado, debe contar igualmente con los medios idóneos facilitados por el gobierno a través de los entes encargados de realizar las tareas de reparación, en la medida que en el documento de condena se hayan establecido las expectativas de las víctimas frente a este tema.

La restricción efectiva de la libertad condicionada en el artículo 127 de la LEAJEP señala los criterios de control, entre otros:

- a) Fijarán de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del Sistema, que tendrán un tamaño máximo

- equivalente al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización.
- b) Fijarán los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas.
 - c) Durante los periodos horarios de ejecución de la sanción, cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, deberá ser autorizado por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz.
 - d) En la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el periodo de su ejecución.

El control de la movilidad del condenado puede ofrecer algún tipo de prevención, pues en territorios rurales, tal tarea se hace prácticamente imposible dada la incapacidad tecnológica o de personal de control. Los brazaletes electrónicos pueden ofrecer algún tipo de seguridad en ese tipo de vigilancia de la movilidad, con las anomalías, las intermitencias y las limitantes tecnológicas.

Por tanto, sin la coordinación de las diferentes entidades encargadas de dar cumplimiento a los mínimos requisitos que pretenden cumplir con el cometido de la reparación por parte del condenado, podría considerarse tal situación como el incumplimiento por parte del Estado de una sanción genuina y por ende las consecuencias ya pronosticadas.

Así las cosas, está planteada la posibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional en la medida en que el Estado debe ofrecer los medios de implementación y verificación del cumplimiento de las condenas, para corroborar el pleno acatamiento a las sanciones propias.

REFERENCIAS

- Ambos, K., Cortés, F. y Zuluaga, J. (2018). Prólogo. *Justicia transicional y derecho penal internacional* Editora Géminis S.A.S.
- Aranguren, A. M. (2016). *Los acuerdos de paz en Colombia de cara a los estándares internacionales y al Estatuto de Roma*. Justicia Especial para la Paz. Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (2012). *Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*. Ley 599 de 2000 por el cual se expide el Código Penal. Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Sigma Editores Ltda.
- Congreso de la República. (2017). *Acto Legislativo 01. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*. DO. 50.196
- Congreso de la República. (2019). *Ley 1957 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. DO. 50.976

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Constitución Política de Colombia. Imprenta Nacional. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia C-578 (30 de julio de 2002). Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>
- Corte Penal Internacional. (2003). Estatuto de la Corte Penal Internacional. Compilación de Derecho Penal Internacional El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Cortés, F. (2018). *El fin de la pena en la justicia transicional. Justicia transicional y derecho penal internacional*. Editora Géminis S.A.S.
- Gobierno de Colombia - FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Ibáñez, A. J. (2011). Delitos contra las “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” (a propósito de la configuración de los delitos “contra la humanidad”). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- JEP. (2018). *Preguntas frecuentes sobre la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Paginas/Servicio-al-Ciudadano/preguntas.aspx>
- JEP Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. *Resolución de conclusiones No. 03* (7 de diciembre de 2022) MG. Belkys Florentina Izquierdo Torres (M. presidente). [https://www.jep.gov.co/Notificaciones/ESTADO No. 1527 SRVR CASO 03 R. 03 - 2022.pdf](https://www.jep.gov.co/Notificaciones/ESTADO%20No.1527%20SRVR%20CASO%2003%20R.03-2022.pdf)
- Loyo, J. (2017). La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad? *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal –ANIDIP*. (p. 49). <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/La%20justicia%20transicional%20en%20Colombia.pdf>
- Santofimio, J. O. (2018). *El concepto de convencionalidad vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de los derechos humanos ideas fuerza rectoras*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal*. Panamericana Formas e impresos S.A., pág. 1040.
- Vivanco, J. M. (2015). *Colombia: un acuerdo de impunidad. El pacto entre el gobierno y las FARC sacrifica el derecho de las víctimas a la justicia*. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/22/colombia-un-acuerdo-de-impunidad>