



Revista Científica General José María Córdova

ISSN: 1900-6586

ISSN: 2500-7645

Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

Arévalo-Ramírez, Walter

El derecho internacional penal y la JEP en el caso de la toma de rehenes

Revista Científica General José María Córdova,
vol. 21, núm. 41, 2023, Enero-Marzo, pp. 148-168

Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

DOI: <https://doi.org/10.21830/19006586.1030>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476277456008>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

UDEM [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista Científica General José María Córdova
(Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)
Bogotá D.C., Colombia

ISSN 1900-6586 (impreso), 2500-7645 (en línea)

Web oficial: <https://www.revistacientificaesmic.com>

El derecho internacional penal y la JEP en el caso de la toma de rehenes

Walter Arévalo-Ramírez

<https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>

walter.arevalo@urosario.edu.co

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

Citación APA: Arévalo-Ramírez, W. (2023). El derecho internacional penal y la JEP en el caso de la toma de rehenes. *Revista Científica General José María Córdova*, 21(41), 149-168. <https://dx.doi.org/10.21830/19006586.1030>

Publicado en línea: 1.º de enero de 2023

Los artículos publicados por la *Revista Científica General José María Córdova* son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Atribución - No Comercial - Sin Derivados.



Para enviar un artículo:

<https://www.revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/about/submissions>



Miles Doctus



Revista Científica General José María Córdova

(Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)
Bogotá D.C., Colombia

Volumen 21, número 41, enero-marzo 2023, pp. 149-168

<https://dx.doi.org/10.21830/19006586.1030>

El derecho internacional penal y la JEP en el caso de la toma de rehenes

International criminal law and the SJP in the case of hostage-taking

Walter Arévalo-Ramírez

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

RESUMEN. El artículo explora la interacción entre los estándares nacionales e internacionales de la Corte Penal Internacional en la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz, particularmente en su determinación de hechos y conductas. Primero, se analizan algunas características estatutarias de la JEP. Posteriormente, se analiza si su marco normativo desafía los estándares internacionales y si su implementación fundamenta una colisión de la CPI con Colombia, pese al cierre del examen preliminar en materia de sanciones reparatorias, trato diferenciado y responsabilidad de mando. Finalmente, analiza el Auto 019 de 2021 para demostrar cómo una de las salas de la JEP se basa en la aplicación de la jurisprudencia internacional para atribuir responsabilidad penal a los máximos dirigentes de las FARC-EP por crímenes de guerra y de lesa humanidad.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional; crimen de guerra; derecho penal; Jurisdicción Especial para la Paz; justicia transicional

ABSTRACT. The article explores the interaction between the national and international standards of the International Criminal Court in the implementation of the Special Jurisdiction for Peace, particularly in its determination of facts and conduct. First, some statutory characteristics of the SJP are analyzed. Subsequently, it is analyzed whether its normative framework defies international standards and whether its implementation is the basis for a collision of the ICC with Colombia, despite the closure of the preliminary examination in terms of reparatory sanctions, differential treatment and command responsibility. Finally, it analyzes Auto 019 of 2021 to demonstrate how one of the chambers of the SJP relies on the application of international jurisprudence to attribute criminal responsibility to the top leaders of the FARC-EP for war crimes and crimes against humanity.

KEYWORDS: criminal law; International Criminal Court; Special Jurisdiction for Peace; transitional justice; war crime

Sección: JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS • Artículo de investigación científica y tecnológica

Recibido: 13 de julio de 2022 • Aceptado: 6 de diciembre de 2022

CONTACTO: Walter Arévalo-Ramírez ✉ walter.arevalo@urosario.edu.co

Introducción

El Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno colombiano del presidente Juan Manuel Santos y las FARC-EP en 2016 ha sido reconocido por muchos expertos como un precedente importante en el campo de la transformación de conflictos. No solo representa una solución política a uno de los conflictos armados más prolongados del mundo, sino que también ha sido elogiado por sus disposiciones innovadoras y de amplio alcance para abordar las causas fundamentales de la violencia, lo cual lo hace “más completo que cualquier otro acuerdo firmado desde 1989” (Heinzekehr, 2020; traducción propia).

Entre sus múltiples innovaciones se encuentra el Sistema Integral para la Paz (antes llamado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición), un marco de justicia transicional que incluye una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales orientados a satisfacer los derechos de las víctimas. Su componente judicial, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), ha sido de especial interés para los observadores nacionales e internacionales, pues es la encargada de juzgar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (DIH) cometidas en el contexto del prolongado conflicto armado interno. Por ello, la JEP enfrenta el enorme desafío de impartir justicia en casos que abarcan un gran número de perpetradores, víctimas y crímenes.

Una de las muchas razones por las cuales se ha prestado tanta atención al modelo de la JEP es que constituye un mecanismo nacional de establecimiento de responsabilidad por delitos graves cometidos durante el conflicto armado que fue concebido por las propias partes en una solución negociada, lo cual evita así las falencias de represalias o de una justicia de “vencedores”. Al mismo tiempo, su diseño estuvo significativamente influenciado y determinado por las normas y obligaciones internacionales vigentes de investigar, enjuiciar y sancionar graves violaciones de derechos humanos y DIH. Al respecto, Colombia ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en 2002 y ha estado bajo examen preliminar de esta Corte desde 2004 hasta su cierre en 2021, lo que lo convirtió en su momento en el examen de mayor duración ante la CPI.

Las conversaciones de paz entre las FARC y el Gobierno fueron las primeras en el mundo que se llevaron a cabo bajo el examen de la CPI, lo que ha llevado a una “respuesta constructiva o compromiso en Colombia donde la justicia y la paz parecen funcionar en armonía” (Ruti, 2016, p. 268). De hecho, la Oficina de la Fiscalía de la CPI (en adelante, la Fiscalía) ha monitoreado de cerca el proceso de paz y su implementación al involucrarse activamente con las partes interesadas para promover el cumplimiento de las obligaciones internacionales, al mismo tiempo que le ha otorgado “mucho discreción [...] a Colombia en diseñar e implementar sus mecanismos locales de rendición de cuentas” (Aksenova, 2018, p. 257; traducción propia).

A partir de tales premisas, este artículo tiene por objetivo explorar la interacción entre los estándares jurídicos nacionales e internacionales en materia de derecho penal in-

ternacional en la implementación de la JEP, particularmente en su primera decisión sobre determinación de hechos y conductas, emitida en enero de 2021. Metodológicamente, se comienza con una breve descripción de algunas características clave de la JEP que son ilustrativas de esta interacción y complementación. Luego se estudian tres elementos del marco normativo de la JEP que desafían los estándares legales internacionales y —dependiendo de su implementación— podrían dar fundamento a una reconsideración del monitoreo o promover una intervención de la CPI en Colombia: las sanciones reparatorias, el trato diferenciado a los miembros de las Fuerzas Armadas y la responsabilidad de mando. Finalmente, se analiza la primera determinación de hechos y conductas de la JEP (Auto 019, 2021) para demostrar cómo la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas se ha basado en la jurisprudencia internacional para atribuir responsabilidad penal a los máximos dirigentes de las FARC-EP por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Cada uno de estos apartados, relativos al estándar de prueba en el derecho penal internacional, los criterios para la existencia del conflicto armado y la acumulación de cargos en procedimientos de derecho internacional penal¹, subraya cómo la jurisprudencia, tanto de la CPI como de tribunales penales internacionales —especialmente el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia—, y las obligaciones internacionales han moldeado de manera constructiva la discusión, implementación y funcionamiento de la JEP desde su creación.

El diseño innovador de la JEP para incorporar estándares de derecho internacional penal

Esfuerzos de justicia transicional como la JEP han sido ampliamente estudiados en la literatura jurídica, dado que muchas de estas fórmulas han caracterizado las transiciones políticas en todo el mundo. Sin embargo, existen al menos dos peculiaridades que diferencian el caso colombiano de muchas otras experiencias de este tipo. Por un lado, Colombia no ha experimentado la caída de un régimen autoritario y una transición de la dictadura a la democracia. En lugar de ello, enfrenta el desafío de hacer la transición a una paz sostenible luego de un conflicto armado interno de más de cinco décadas que produjo millones de víctimas e implicó a varios grupos armados y actores responsables de violaciones masivas de derechos humanos.

1 Este artículo utiliza “derecho internacional penal” como la traducción más adecuada del concepto *internacional criminal law*, entendido como la justicia internacional encargada de establecer responsabilidad internacional a los individuos por la comisión de los crímenes más graves. En este sentido, se reivindica la distinción del derecho internacional penal frente al “derecho penal internacional”, que se refiere, por su parte, a los fenómenos internacionalizados del derecho penal doméstico, como la extradición, la criminalidad transnacional, entre otros (véase Villarreal, 2021).

Por otro lado, la consolidación del derecho internacional penal y los estándares de derechos humanos ha generado parámetros más claramente definidos para formular e implementar políticas de justicia transicional a nivel nacional, en comparación con los que existían en procesos anteriores. En consecuencia, es inadmisibles en la actualidad posponer la justicia bajo el falso pretexto de priorizar la paz y la reconciliación, hecho que no podía ser ignorado por las partes negociadoras del proceso de paz en La Habana, Cuba. Hoy en día, los principios universales relacionados con los derechos humanos y la resolución de conflictos enfatizan que la justicia y la paz no son de ninguna manera excluyentes, sino que, por el contrario, se refuerzan mutuamente (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2010).

Dicho esto, la adopción de mecanismos de justicia transicional conduce inevitablemente a una cierta “flexibilización” interpretativa de los derechos y obligaciones de los órganos de justicia en la práctica. Esta flexibilización parece crear una paradoja respecto al caso en cuestión: si bien la JEP fue creada bajo el escrutinio de la CPI, también es producto de una negociación entre dos partes que buscaban poner fin a un conflicto armado interno. Esto necesariamente implica que ambos actores debían hacer concesiones que sobrepasan ciertos criterios y estándares adscritos al paradigma de justicia retributiva más tradicional.

Una característica clave e innovadora de la JEP que ilustra esa flexibilidad es su enfoque mixto de las sanciones. Como resultado del equilibrio entre justicia y paz que se logró en la mesa de negociaciones, la JEP puede imponer sanciones tanto restauradoras (restitutivas, reparadoras) como retributivas, según el grado de responsabilidad que reconozca el perpetrador. Así, quienes reconozcan plenamente su responsabilidad en una etapa temprana del proceso serán elegibles para una sanción restitutiva, una sentencia de cinco a ocho años que equivale a una restricción efectiva de derechos y libertades, pero que no incluye el encarcelamiento —junto con otras medidas relativas a trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador (JEP, 2020)—. Estas sentencias van acompañadas de proyectos comunitarios dirigidos a reparar el daño causado a las víctimas y más ampliamente al tejido social, así como a reintegrar el delincuente a la sociedad. Por otra parte, quienes reconozcan la responsabilidad tardíamente o no reconozcan la responsabilidad, serán sometidos a juicio contradictorio y podrán ser condenados a prisión de cinco a ocho años o de quince a veinte, respectivamente.

Otra principio rector de la JEP relacionado con su innovación y complementariedad en materia de derecho internacional penal es la centralidad de los derechos de las víctimas. Este principio anticipa vías y mecanismos para la participación de las víctimas en los procesos llevados a cabo por la JEP. Igualmente, se manifiesta en el carácter reparador de las sanciones que privilegian el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas sobre un castigo severo de los perpetradores. En ese contexto, la JEP es “fundamentalmente diferente de los tribunales penales internacionales y los tribunales establecidos hasta aho-

ra”, que se han basado principalmente en “motivos retributivos, donde la participación de las víctimas y el derecho a la reparación eran menores” (Levy, 2021; traducción propia).

La JEP tiene un ámbito jurisdiccional único e inmenso: cubre graves violaciones a los derechos humanos y al DIH cometidas por excombatientes de las FARC-EP, agentes estatales y terceros civiles² en el contexto del conflicto armado colombiano, que duró más de medio siglo y produjo más de nueve millones de víctimas (Unidad para las Víctimas, 2023). Así, el volumen de casos y sus complejidades subyacentes hacen que sea imposible investigar, enjuiciar y castigar a cada uno de los perpetradores, caso por caso. Para abordar este desafío logístico, la JEP ha adoptado una metodología de selección y priorización modelada a partir de las directrices internacionales para adoptar las estrategias procesales más efectivas ante graves violaciones de derechos humanos (JEP, 2018). En esencia, esto le permite a la JEP clasificar y organizar sus casos, enfocar sus esfuerzos de investigación en los mayores responsables de los delitos más graves y representativos, y así develar los patrones macrodelictivos más amplios y el contexto en el que ocurrieron.

Finalmente, cabe señalar que la JEP no es un órgano internacional o híbrido; es un tribunal nacional encargado de enjuiciar crímenes internacionales. Si bien las partes en la negociación contemplaron en principio un diseño institucional que incluiría a jueces internacionales, esta propuesta fue posteriormente modificada. No obstante este cambio, el marco normativo que regula la JEP incluye un amplio espectro de fuentes de derecho aplicables, que van desde el Código Penal colombiano; las normas del derecho internacional de los derechos humanos en sus expresiones universal y regional; el DIH, y el derecho internacional penal. Cabe aclarar que la versión inicial del Acuerdo de Paz fue rechazada en un plebiscito celebrado el 2 de octubre de 2016 (Arévalo-Ramírez & Torrijos, 2017). En respuesta a esto, las partes negociadoras modificaron una serie de disposiciones, incluida la participación de jueces internacionales en la JEP, que ahora está compuesta exclusivamente por jueces colombianos y una lista con un número limitado de *amicus curiae* internacionales que, a solicitud de la JEP, pueden emitir opiniones expertas sobre un caso o cuestión determinada.

Por su naturaleza como mecanismo de justicia transicional, la JEP investiga delitos que, en el caso particular del conflicto colombiano, pueden haber sido cometidos hace muchas décadas. Esto plantea la cuestión de cómo la JEP puede aplicar las múltiples fuentes de derecho previstas en sus estatutos sin violar el principio de *nullum crimen sine lege*. Un análisis más profundo de este tema excedería el alcance de este artículo, pero el asunto ya ha sido abordado por la JEP en su primera “acusación”, es decir, en la primera determinación de hechos y conductas, el Auto 019 de 2021, cuyo análisis se realizará más adelante.

2 El marco legal de la JEP establece que los agentes estatales que no sean miembros de las fuerzas de seguridad y los civiles que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado (por ejemplo, mediante el financiamiento de grupos armados ilegales) pueden someterse voluntariamente (véase Ley 1957, 2019, art. 63, párr. 4).

Cada uno de los aspectos abordados ilustra la interacción entre los estándares nacionales e internacionales que caracteriza el contexto de la justicia transicional colombiana materializada en la JEP. Como han señalado muchos autores, esta interacción ha pasado por diferentes etapas a lo largo de los años, especialmente en lo relativo a la Oficina de la Fiscalía de la CPI y su trabajo en Colombia; así, lo que alguna vez se percibió como una amenaza inminente de intervención, sobre todo durante las negociaciones para desmovilizar a los paramilitares en 2005 (Urueña, 2017), ha pasado gradualmente a una complementariedad positiva, mediante la cual la CPI ofrece apoyo, experiencia y recursos a los actores nacionales. Esto se ha visto reforzado con la finalización del examen preliminar y un acuerdo especial a finales de 2021 (Oficina de la Fiscalía, 2021). Como se muestra en las siguientes secciones, a final de cuentas, esta interacción político-jurídica resultó beneficiosa para el avance de los principios de la justicia internacional penal y la configuración del panorama de la justicia transicional en Colombia, tanto desde la implementación general de los estándares internacionales en la estructura del procedimiento de la JEP como en los fundamentos jurídicos desarrollados con apoyo en la jurisprudencia de la CPI en el Auto 019 de 2021.

El derecho internacional penal en el Auto 019 de 2021

Sanciones

El diseño institucional de la JEP, incluidas algunas de las características mencionadas en la sección anterior, ha sido objeto de acalorados debates políticos y legales en Colombia. Uno de estos debates ha girado en torno al régimen de sanciones adoptado por la JEP. La admisibilidad de sanciones restaurativas por graves violaciones de derechos humanos sigue siendo un tema controvertido (Clamp, 2018).

Algunos autores han sostenido que el Estatuto de Roma mantiene un cierto grado de ambigüedad (deliberada) con respecto a las pautas para las sanciones alternativas. El artículo 17, por ejemplo, menciona que un caso es inadmisibile ante la CPI si está siendo “investigado o procesado por un Estado” (CPI, 1998, art. 17, 1, a-b), sin especificar claramente si estas investigaciones deben resultar en una pena de prisión. La intervención de la CPI también puede depender de la efectividad y autenticidad de los procedimientos en cuestión, independientemente del castigo impuesto (Stahn, 2005). Otros autores también han señalado el artículo 53 (1) del Estatuto de Roma, según el cual:

Al decidir si inicia una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: [...] c) 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. (CPI, 1998, art. 53, 1)

La admisibilidad de las sanciones restaurativas y reparatoras por crímenes internacionales es especialmente controvertida si se piensa desde el paradigma clásico donde el

propósito principal de la pena es la retribución y que cualquier sanción impuesta debe ser proporcional a la gravedad del crimen en cuestión. De hecho, la CPI ha sostenido en su jurisprudencia que el objetivo de sus propias sentencias es “la retribución y la disuasión”, como lo hiciera en su decisión sobre la situación en el Congo (CPI, ICC-01/04-01/07, 2014; Aksenova, 2018, p. 278).

Naturalmente, esto ha planteado la cuestión de si el régimen de sanciones de la JEP podría desencadenar una intervención de la CPI, considerando que se pudiera interpretar que la JEP llegara a actuar de “manera contraria al artículo 77 del Estatuto de Roma, que no permite explícitamente sentencias no privativas de la libertad por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” (Roccatello & Rojas, 2020; traducción propia). En todo caso, esa posibilidad es hoy mucho más remota tras el cierre de la investigación preliminar en octubre de 2021.

Sin embargo, como se argumentó antes, en contextos como el de Colombia, donde la sociedad se enfrenta al legado de violaciones masivas de derechos humanos y la necesidad de hacer transición a una paz estable, el paradigma de la justicia tradicional es necesariamente desafiado y, en última instancia, flexibilizado, pero en un grado que aún debe ser compatible con las obligaciones internacionales del Estado. Por lo tanto, la CPI puede evaluar si una intervención en tales casos serviría a los intereses de la justicia, especialmente dado que su propio régimen de sentencias no está diseñado como un marco para ser adoptado exactamente igual por todos los Estados.

Curiosamente, la posición de la Fiscalía de la CPI sobre las sanciones restaurativas por crímenes internacionales según lo previsto por la JEP parece haber evolucionado con el tiempo. El escepticismo inicial (Oficina de la Fiscalía, 2015) con respecto a estas medidas ha dado paso a posturas más moderadas que reflejan el margen de maniobra otorgado a los profesionales nacionales en el diseño de mecanismos de justicia transicional. La fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en una declaración de 2016 sobre las negociaciones de paz entre Colombia y las FARC-EP, expresó su satisfacción con el texto final del Acuerdo de Paz enfatizando que “excluye amnistías e indultos por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma” (Oficina de la Fiscalía, 2016). Además, la Fiscalía hizo hincapié en la importancia primordial del establecimiento efectivo de responsabilidades, que, según el comunicado, por definición incluye el castigo efectivo, sin mencionar explícitamente la obligación de imponer penas de prisión.

En octubre de 2017, la Fiscalía presentó un *amicus curiae* a la Corte Constitucional de Colombia en el que abordó el tema de las sanciones restaurativas y aclaró su punto de vista sobre la admisibilidad de estas sanciones. La fiscal Bensouda señaló que las sanciones penales pueden adoptar diferentes formas, siempre que cumplan los objetivos apropiados de la pena, es decir: disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Para la Oficina de la Fiscalía (2017a):

La efectividad de [tales sentencias] dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la sentencia y brindarían una reparación a las víctimas. (párr. 52)

La cuestión de si el régimen de sanciones adoptado por la JEP finalmente satisface los estándares de la CPI no se puede responder definitivamente hasta que se impongan y ejecuten las primeras sanciones restaurativas (propias). Mientras tanto, la interacción entre las partes interesadas en este tema, la JEP y la CPI, ejemplifica la evolución de la dinámica institucional de complementariedad contemplada en el Acuerdo y, con ella, las formas en que la discreción nacional y los estándares internacionales pueden interactuar e influir positivamente entre sí. Como señala Urueña (2007), al final de las negociaciones de paz, “la Fiscalía fue transformada por Colombia tanto como Colombia fue transformada por la Fiscalía” (p. 104).

Tratamiento diferenciado

Como se mencionó anteriormente, la JEP tiene jurisdicción sobre combatientes de las FARC-EP, terceros y agentes estatales, incluidos los miembros de la fuerza pública. La inclusión de este último grupo no fue de ninguna manera un tema fácil en la mesa de negociaciones. De hecho, la JEP es el primer sistema de justicia transicional en Colombia que tiene jurisdicción sobre las Fuerzas Armadas. Esto se puede atribuir en gran medida al planteamiento recurrente del Gobierno acerca de que el Ejército es un actor institucional y, por ende, legítimo, cuyas acciones se presumen legales, por lo cual no pueden equipararse a las de la guerrilla (Gobierno de Colombia, 2015). Como resultado, en el marco legal de la JEP se introdujo un capítulo aparte, que contempla un trato diferenciado pero equitativo para los agentes estatales.

Este trato diferenciado se traduce en diversas disposiciones que se desvían de las aplicadas a los combatientes de las FARC-EP, de las cuales la más relevante para el tema es la exclusión del derecho internacional penal como fuente de derecho aplicable para el enjuiciamiento de agentes estatales. Esto puede tener ramificaciones importantes para la rendición de cuentas de estos actores, tanto en términos de clasificación de los delitos de los que eventualmente se les acusa o, como se explicará más adelante, en términos de su responsabilidad de mando (Acto Legislativo 01, 2017).

Las fuerzas políticas que se han opuesto férreamente al Acuerdo de Paz con las FARC-EP han hecho esfuerzos considerables para llevar mucho más allá este tratamiento diferenciado y modificar el marco legal de la JEP con el fin de constituir regímenes legales completamente separados para las Fuerzas Armadas. Un ejemplo de ello fue la propuesta planteada en el Congreso de incorporar un artículo especial al procedimiento de la JEP, que preveía suspender la investigación de militares durante 18 meses en la JEP mientras se promulgaba legislación para establecer un régimen de trato diferenciado. Además, el

partido Centro Democrático encabezó una propuesta que buscaba incluir una sala aparte para miembros de las Fuerzas Armadas o, alternativamente, designar catorce magistrados adicionales para investigar exclusivamente los delitos cometidos por militares. Ambas propuestas fueron cuestionadas por múltiples voces y, en última instancia, no prosperaron (por ejemplo, la propuesta de suspensión de 18 meses fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en Sentencia C-112, 2019), en gran parte porque se consideró que iban en contra de la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales (Acosta & Idárraga, 2019).

La Fiscalía de la CPI ha señalado con frecuencia deficiencias en las investigaciones de los militares en Colombia, específicamente respecto a su participación en los asesinatos de civiles que hicieron pasar por guerrilleros para mejorar las estadísticas de su acción militar (comúnmente conocidos como falsos positivos). En consecuencia, no fue una sorpresa cuando la Fiscalía expresó serias preocupaciones ante propuestas de reformas como las descritas anteriormente. En su informe de examen preliminar de 2018, señaló lo siguiente:

Este asunto y cualquier otra iniciativa legislativa que pueda resultar en retrasos en la rendición de cuentas de los autores, restringir el alcance y la exhaustividad de las investigaciones de delitos complejos y, en general, poner en tela de juicio la autenticidad de los procesos, son de gran interés para la Fiscalía. Al grado en que puede impactar en la admisibilidad de posibles casos relacionados con agentes estatales. (Oficina de la Fiscalía, 2018, p. 42; traducción propia)

Las reformas planteadas por los opositores al Acuerdo de Paz reflejan los arraigados desacuerdos entre los actores políticos sobre el marco de la justicia transicional y las tensiones con los estándares legales internacionales. Si bien las cuestiones específicas descritas se han resuelto por el momento, quedan dudas sobre cómo se desarrollará este tratamiento diferenciado en la práctica, especialmente ante la inminente acusación por parte de la JEP a miembros de las Fuerzas Armadas por su participación en los falsos positivos. Esta decisión probablemente sentará un precedente importante en el enfoque procesal de la JEP en crímenes que involucran a militares e indudablemente influirá en la evaluación de la CPI sobre la situación en Colombia, actualmente en calma con la clausura del examen preliminar en 2021.

Responsabilidad de mando

Antes del Acuerdo de Paz, la noción de responsabilidad de mando estaba en gran parte ausente de la jurisdicción colombiana, y en su lugar prevalecían otras formas de responsabilidad en el enjuiciamiento de los mandos militares, como la comisión por omisión o la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder (Olasolo & Canosa-Cantor, 2018).

De hecho, la inclusión de la responsabilidad de mando en el Acuerdo de Paz y en el marco legal de la JEP fue otro tema muy debatido que generó preocupación en la CPI, primordialmente porque, como consecuencia del razonamiento del trato diferenciado abordado, el estándar aplicado a las Fuerzas Armadas excluye cualquier mención al derecho internacional penal. Si bien se incluyeron algunas referencias al artículo 28 del Estatuto de Roma después del plebiscito de octubre de 2016, el gobierno las retiró unilateralmente poco antes de que se hiciera pública la nueva versión del Acuerdo. Al parecer, esto se hizo en respuesta al descontento expresado por los generales del Ejército. En el caso de la responsabilidad de mando aplicable a los comandantes de las FARC, la referencia al artículo 28 fue reemplazada por la expresión “derecho internacional” (Pappier, 2017).

En cambio, el Acuerdo actual incluye una serie de requisitos que parecen contradecir los elementos internacionalmente aceptados de la responsabilidad de mando: mientras que el artículo 28 del Estatuto de Roma es claro en atribuir responsabilidad penal a cualquier superior que tuviera motivos para saber que sus subordinados estaban cometiendo un delito y que no tomó medidas para prevenirlo, la norma colombiana incluye una interpretación mucho más restringida y exige que los delitos en cuestión se cometan dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del superior (Ambos, 2021). Adicionalmente, requiere que el superior tenga la capacidad jurídica y material para dar órdenes o hacerlas cumplir, y que tenga un control y conocimiento efectivos de estos delitos (Acto Legislativo 01, 2017).

La Fiscalía de la CPI adoptó una postura inequívoca al respecto al argumentar que esta definición se apartaba del derecho internacional consuetudinario, según el cual el deber y la responsabilidad del superior de prevenir o sancionar los crímenes de sus subordinados no surge de su autoridad *de iure* sino de sus habilidades materiales. Además, discrepó con el estándar colombiano de responsabilidad de mando al afirmar:

Un tribunal que lo aplique podría verse impotente para hacer cumplir el derecho internacional consuetudinario contra superiores con poderes *de facto* pero no *de iure*, si tan solo pudiera aceptar como prueba del grado de mando requerido un nombramiento formal. Esto significaría que las personas con la capacidad material para prevenir o castigar los delitos de sus subordinados, y que a sabiendas no lo hicieron, podrían eludir su responsabilidad. Esto socavaría significativamente la aplicación del principio de mando responsable y podría cuestionar si esos procedimientos se vieron viciados por una inhabilidad o falta de voluntad para llevarlos a cabo de manera genuina. (Oficina de la Fiscalía, 2017b, p. 33; traducción propia)

No en vano, el tema fue cuestionado por muchos actores nacionales e internacionales que exigieron que la Corte Constitucional de Colombia revocara la definición. Tras su estudio, mediante Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018, la Corte mantuvo su constitucionalidad argumentando que, si bien la legislación interna no incluye una reproducción textual de la responsabilidad de mando tal como se formula en el Estatuto de Roma, esto no implica la despenalización de delitos graves ni socava el deber estatal

de investigar, enjuiciar y sancionar a los más altos responsables. La Corte Constitucional destacó la discreción de la JEP para interpretar el marco normativo en consecuencia y atribuir la responsabilidad de manera que concilie los estándares nacionales e internacionales y asegure que las violaciones graves no queden impunes.

Justamente, los jueces de la JEP ya se han basado en los requisitos de control efectivo establecidos en la decisión de la Sala de Primera Instancia III de 2016 sobre el caso de Jean-Pierre Bemba en el Congo, a pesar de que fue luego absuelto por la Sala de Apelaciones de la CPI en 2018. Bemba había sido declarado culpable de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por las tropas del Movimiento de Liberación del Congo en la República Centrafricana, de conformidad con el artículo 28 del Estatuto de Roma. En la primera acusación de la JEP, el Auto 019 de 2021, los jueces citan explícitamente dichos requisitos resaltando que no habían sido reformados por la Sala de Apelaciones, y concluyen que la estructura organizativa de las FARC-EP “incluye todos los factores señalados en el caso *Bemba*” (JEP, Auto 019, 2021, párr. 797).

Como se mencionó en el apartado anterior, queda por verse, entonces, cómo la JEP abordará la responsabilidad de mando en sus próximas acusaciones (determinación de hechos y conductas) a miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente ante las peculiaridades del trato diferenciado al que son sometidos y en el contexto del macrocaso 03 (asesinatos y desapariciones forzadas, comúnmente conocidos como “falsos positivos”, cometidos por las Fuerzas Armadas); sin embargo, la JEP publicó recientemente el Auto 033 de 2021, que reveló que aproximadamente 6402 civiles fueron asesinados por el Ejército y hechos pasar como muertos en combate entre 2002 y 2008.

Contribuciones de la CPI al Auto 019 de 2021 en materia de toma de rehenes

La JEP inició operaciones oficialmente en marzo de 2018. Desde entonces, ha celebrado más de 135 audiencias; ha recibido 380 denuncias presentadas por organizaciones de víctimas de la sociedad civil y por el Estado, y abrió 7 macrocasos que engloban aproximadamente 61 823 crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno. Estos macrocasos reflejan los patrones de conducta más notorios identificados hasta el momento, así como las regiones más afectadas por el conflicto armado. La Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas de la JEP (en adelante, la Sala) dictó recientemente su primera acusación relacionada con el macrocaso 01, referente a toma de rehenes y otras severas privaciones de libertad cometidas por las FARC-EP (JEP, Auto 019, 2021). En ella, la Sala acusó a ocho excomandantes guerrilleros de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad relacionados con la infame conducta de toma de rehenes por parte del grupo armado.

La acusación de 322 páginas desarrolla las formas en que esta jurisdicción nacional se basó en precedentes internacionales para fundamentar sus cargos. Las referencias a la

jurisprudencia de los tribunales internacionales e híbridos se hacen tanto en las consideraciones procesales de la acusación, específicamente en lo que se refiere al estándar de prueba, como en la parte más sustantiva, que aborda las prácticas y delitos atribuidos a las FARC-EP. Cabe destacar que la JEP optó por una aplicación directa del derecho internacional penal en la clasificación de los crímenes, decisión que tiene importantes implicaciones para un tribunal nacional cuyo estatuto es ambiguo sobre el uso concurrente de fuentes de derecho nacionales e internacionales.

El caso *Mbarushimana* y el estándar de prueba en el Auto 019 de 2021

El Auto 019 de 2021 comienza señalando la competencia de la Sala y los aspectos relacionados con la etapa procesal en que se emite. En esta etapa, el marco legal de la JEP establece que la Sala informará y convocará a las partes comparecientes una vez que considere que tiene “motivos fundados para creer” que la conducta se cometió y que la persona imputada participó en ella. En este sentido, la Sala señala que los estándares de prueba varían según el área del derecho, y destaca que los marcos del derecho penal se rigen por el umbral más alto (más allá de cualquier duda razonable).

Además, explica que estos estándares también pueden variar según la etapa procesal dentro de un proceso penal. Por ejemplo, el Código Penal colombiano contempla diferentes estándares que se vuelven más estrictos a medida que avanza el proceso. Para reforzar esta explicación, la Sala se refiere a la jurisprudencia de la CPI citando el caso *Mbarushimana*. Al hacerlo, la JEP destaca que la fase preliminar de un procedimiento de la CPI, relacionada con la confirmación de los cargos, no tiene como objetivo alcanzar el umbral más alto de certeza a través del estándar más alto de prueba (a diferencia de la etapa de condena/sentencia) (Vera, 2018). En el Auto 019, la JEP se refiere específicamente al párrafo 47 del caso *Mbarushimana* (CPI, ICC-01/04-01/10, 2012):

La Sala de Apelaciones recuerda que la audiencia de confirmación de cargos no es un fin en sí mismo, sino que sirve para filtrar aquellos casos y cargos para los cuales las pruebas son insuficientes para justificar un juicio. Este propósito limitado del proceso de confirmación de cargos se refleja en el hecho de que el Fiscal solo debe presentar pruebas suficientes para establecer motivos sustanciales para creer que la persona cometió los delitos imputados. La Sala de Cuestiones Preliminares no necesita estar convencida más allá de una duda razonable, y el Fiscal no necesita presentar más pruebas de las necesarias para alcanzar el umbral de fundamentos sustanciales para creer. (párr. 47; traducción propia)

La elección de la JEP de aplicar este estándar en dicha etapa procesal es interesante porque esta etapa no necesariamente tiene el mismo propósito que la fase previa al juicio en la CPI: mientras que esta última busca pragmáticamente “filtrar los casos” antes de ir a juicio en la CPI, la etapa en la JEP busca involucrar a víctimas y victimarios en un proceso dialógico y contribuir al esclarecimiento de la verdad y encaminar la restauración.

En esta etapa, argumenta la JEP, la aplicación de un estándar menor tiene sentido, dado que la información presentada simplemente constituye una valoración objetiva de que los delitos fueron efectivamente cometidos. Esta presentación objetiva de los hechos debe ser complementada continuamente a través de múltiples testimonios y relatos de perpetradores y víctimas como expresión de los principios restaurativos y dialógicos de la JEP. Lo que desarrolla esta etapa es una oportunidad para que el imputado reconozca los cargos presentados y para que las víctimas emitan su declaración y presenten pruebas adicionales.

Independientemente de las diferencias entre la fase previa al juicio (*pre-trial phase*) en la CPI y la fase dialógica de la JEP, la Sala se basó conscientemente en la práctica de la CPI para reforzar su uso del estándar de prueba más bajo. Esta referencia al derecho internacional en las consideraciones iniciales y más procesales de la acusación presagiaron el compromiso de la JEP con este uso de la jurisprudencia en materia de derecho internacional penal a lo largo de las secciones posteriores del Auto 019.

***Tadić, Ntaganda* y los criterios sobre la existencia del conflicto armado interno**

El Auto 019 continúa abordando el grado de organización de las FARC-EP y su capacidad operativa para cometer crímenes internacionales. La magistratura de la Sala comienza analizando los elementos que constituyen la existencia de un conflicto armado sobre la base de dos requisitos clave, establecidos de manera reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en el caso *Tadić* (TPIY, IT-94-1-AR72, 1995) y por la CPI en el caso *Ntaganda*: 1) el grado de organización de las partes implicadas en la violencia armada; y 2) la intensidad de la violencia armada. En cuanto al primero de estos criterios, la Sala de la JEP se refiere a los factores e indicadores establecidos en la sentencia *Ntaganda* (CPI, ICC-01/04-02/06, 2019), que incluyen:

- (i) la existencia de una estructura de mando, la existencia de sedes o cuarteles, la emisión de declaraciones políticas y el uso de voceros oficiales; (ii) la capacidad militar (operativa) del grupo armado, [...]; (iii) la capacidad logística del grupo armado [...]; (iv) la existencia de un sistema disciplinario interno y la capacidad de implementar el DIH; y (v) la capacidad del grupo para hablar bajo una sola voz. (párr. 704; traducción propia)

Teniendo en cuenta estos criterios, la magistratura de la Sala encontró que las FARC-EP operaron como grupo armado en Colombia desde 1965 hasta 2016 con una presencia territorial considerable e incluso ejercieron control sobre ciertas partes escasamente pobladas del país por lapsos prolongados. Con base en ello, la Sala concluye que el grupo cumple con los requisitos materiales sugeridos por la CPI en el caso *Ntaganda* para verificar si un grupo armado alcanza un umbral operativo para cometer crímenes internacionales (JEP, Auto 019, 2021).

En cuanto al requisito de intensidad, la Sala evaluó si la violencia infligida por las FARC-EP corresponde a la de un conflicto armado. La Sala destaca que, en ausencia de una definición de conflicto armado en el Estatuto de Roma, la jurisprudencia y la doctrina internacionales han respaldado abrumadoramente la definición prevista en el caso *Tadić*. En consecuencia, procede a examinar la noción de violencia armada prolongada, tal como la establece el TPIY (IT-94-1-AR72, 1995) al definir que existe un conflicto armado cuando existe un recurso a la fuerza armada entre Estados, o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado. Además, la Sala nuevamente consideró la sentencia *Ntaganda* y los estándares de intensidad más detallados que contiene, referenciándolos textualmente:

(i) la gravedad y frecuencia de los ataques y enfrentamientos armados; (ii) la extensión de los enfrentamientos en el territorio y la capacidad del grupo para controlar el territorio durante un período de tiempo; (iii) si se habían emitido órdenes de alto el fuego o si se había acordado un alto el fuego; (iv) el tipo y número de Fuerzas Armadas desplegadas, incluida cualquier participación del gobierno; (v) el tipo de armas utilizadas; (vi) si la situación había atraído la atención del Consejo de Seguridad de la ONU o la participación de otras organizaciones internacionales; (vii) si los combatientes se consideran vinculados por el DIH; y (viii) los efectos de la violencia en la población civil, incluida la medida en que los civiles abandonaron el área pertinente, el grado de destrucción y el número de personas muertas. (CPI, ICC-01/04-02/06, 2019, párr. 716; como se citó en JEP, Auto 019, 2021).

Una vez más, apoyándose en los requisitos previstos por la jurisprudencia internacional, la Sala determinó que el enfrentamiento entre las FARC-EP y el Estado colombiano cumple con el umbral de intensidad de la violencia armada prolongada.

Este análisis sienta las bases necesarias para las siguientes secciones de la acusación en que la Sala procede a presentar sus cargos. En su decisión de acusar a las FARC-EP de toma de rehenes, revisa los análisis descritos para fundamentar que las conductas de la guerrilla ocurrieron en el marco del conflicto armado y, por lo tanto, constituyen crímenes de guerra. La Sala destaca que la existencia de un conflicto armado es el único elemento contextual que establece el Estatuto de Roma para tales crímenes (JEP, Auto 019, 2021). Por lo tanto, la JEP no está obligada a examinar factores adicionales como la existencia de un plan o política, o la naturaleza generalizada, para determinar su comisión.

Al basarse en la jurisprudencia internacional en la materia, la JEP no solo apuntala su estrategia procesal; también refuerza y fortalece su argumento para acusar de la manera que lo hace, aportando evidencia sólida de las características que elevan la violencia bajo su estudio al nivel de un conflicto armado. Lo hace a pesar de (o debido a) el hecho de que el nexo entre el crimen y el conflicto armado es un requisito previo para que la JEP pueda ejercer su jurisdicción en primer lugar.

***Katanga* y la acumulación de conductas (crímenes concurrentes) en el Auto 019 de 2021**

Quizás uno de los aspectos más destacables del Auto 019 es el camino que eligieron en la Sala para la tipificación (determinación) de los delitos imputados: la Sala concluyó que las FARC cometieron el crimen de guerra de toma de rehenes y, acumulativamente, el crimen de lesa humanidad de privación grave de la libertad, en lo que equivale a una aplicación directa del derecho internacional penal. Esta decisión tiene peso porque, como se mencionó, los estatutos de la JEP estipulan que puede enjuiciar según “el Código Penal colombiano y/o las normas legales internacionales relativas a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional”. Las implicaciones de la ambigua redacción aquí empleada han sido analizadas por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-007 de 2018, que llegó a la conclusión de que la JEP, en el ejercicio de su competencia para perseguir los delitos de su jurisdicción, debe armonizar estos múltiples regímenes jurídicos y, al mismo tiempo, salvaguardar los principios transversales que rigen su jurisdicción (es decir, centralidad de las víctimas, seguridad jurídica, justicia reparadora, entre otros) (JEP, Auto 019, 2021, párr. 670).

Esta no es una tarea fácil por varias razones. A pesar de la proliferación de estándares legales internacionales penales en los últimos años, el grado en que los sistemas legales nacionales regulan los delitos básicos del DIH de acuerdo con estos estándares —si es que lo hacen— es todavía difuso. En el caso concreto de Colombia, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad no están contemplados explícitamente en la legislación nacional. Algunos argumentan que, al enjuiciar tales crímenes, “la JEP debe demostrar que ya eran de hecho crímenes bajo algún tratado vinculante o bajo el derecho internacional consuetudinario cuando fueron cometidos, incluso aquellos crímenes que ocurrieron hace 50 años” (Morales, 2021). Sin embargo, esto es problemático, dada la naturaleza aún rudimentaria de la prueba del derecho internacional consuetudinario.

La falta de precisión de las normas internacionales ha sido y sigue siendo uno de los principales argumentos esgrimidos por quienes se oponen a su aplicación directa en los procesos judiciales nacionales, lo cual está relacionado con las implicaciones que podría tener para el principio de legalidad —y, por extensión, para la seguridad jurídica del imputado—, que “exige que las prohibiciones sean específicas y prohíbe su aplicación retroactiva” (Forer & López, 2010).

A la luz de lo anterior, la aplicación directa del derecho internacional penal para enjuiciar los *core crimes* o crímenes centrales del DIH en los tribunales nacionales ha sido objeto de mucho debate y parece ser un tema sin resolver hasta la fecha. Conscientes de ello, la magistratura de la Sala incorporó sus consideraciones al respecto en el Auto 019, para concluir que la acusación por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad no viola el principio de legalidad, principalmente por tres motivos:

1. Las conductas imputadas ya fueron criminalizadas bajo la ley colombiana al momento de su comisión. Por tanto, el hecho de que estas conductas constituyan delitos punibles fue bien conocido por los actores.
2. El marco normativo de la JEP (2021) prevé explícitamente la aplicación de fuentes internacionales de derecho en la determinación de conductas.
3. Existe un consenso en el derecho internacional acerca de que las violaciones graves nunca pueden quedar impunes.

En ese sentido, los tribunales internacionales han aplicado principios generales de derecho que prohíben los delitos más graves, refutando los argumentos de los imputados de que estos delitos no estaban prohibidos por la legislación nacional al momento de su comisión.

La confianza de la Sala en la jurisprudencia internacional también es evidente en su conclusión de que los crímenes de guerra imputados en el Auto 019 equivalen simultáneamente a crímenes de lesa humanidad. La Sala manifiesta que, al haber identificado el crimen de guerra de toma de rehenes atribuido a las FARC-EP en la Orden 019, no ha agotado su competencia procesal, por lo cual procede a examinar si las conductas también pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad. Antes de ahondar en esto, vuelve a su análisis sobre las capacidades organizativas de la guerrilla para sostener que ascendían a las de un órgano equivalente a un Estado. La Sala considera que esta es una determinación importante, dado que históricamente los crímenes de lesa humanidad han sido atribuidos a políticas de Estado, concepción que cambió concretamente con la jurisprudencia del TPIY (JEP, Auto 019, 2021).

Posteriormente, al considerar las capacidades de las FARC-EP para cometer ataques sistemáticos o generalizados como parte de una política o plan, la Sala contrasta su análisis de las FARC-EP como grupo armado con los requisitos establecidos en la decisión de la CPI (ICC-01/09-19, 2010) respecto a la situación de Kenia, que incluyen, entre otros:

- (i) si el grupo está bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; (ii) si el grupo posee, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si el grupo ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; (iv) si el grupo tiene como objetivo principal actividades delictivas contra la población civil; (v) si el grupo articula, explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil; (vi) si el grupo es parte de un grupo más grande, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados. (JEP, Auto 019, 2021, párr. 93)

A partir de esto, la Sala concluye que se cumplen todos los requisitos según su examen de la estructura organizativa de las FARC-EP como grupo armado.

Finalmente, la Sala argumenta que los cargos acumulativos por la misma conducta son permisibles cuando exhiben los mismos elementos contextuales y específicos. Esta decisión la fundamenta una vez más en referencia a la jurisprudencia internacional, citan-

do el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), el TPIY, las salas extraordinarias de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y la CPI (2014), específicamente el caso *Katanga*, en el que la Sala de Primera Instancia permitió condenas acumulativas solo cuando la conducta en cuestión violaba claramente dos disposiciones distintas del Estatuto, cada una de las cuales exige la prueba de un elemento materialmente distinto no requerido por la otra. En consecuencia, la Sala procedió a identificar los elementos contextuales y específicos de los crímenes de lesa humanidad para concluir que los crímenes de guerra de las FARC-EP descritos también equivalen a ataques sistemáticos y generalizados de encarcelamiento u otras privaciones graves de la libertad física, de acuerdo con el artículo 7 (1, e) del Estatuto de Roma respecto a los elementos de los crímenes bajo competencia de la CPI (JEP, Auto 019, 2021).

Conclusiones

La interacción entre los estándares legales internacionales y nacionales ha impactado significativamente la JEP antes y durante su existencia. Las obligaciones internacionales del Estado colombiano y el escrutinio concomitante de la CPI jugaron un papel vital en el diseño de este mecanismo de justicia transicional, tanto en la negociación en la mesa como en el proceso legislativo que condujo a su establecimiento formal. Además, a los cuatro años de su existencia, es evidente que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales influye mucho en las decisiones dictadas por la JEP, a pesar de su plena composición nacional.

Esto sugiere la existencia de al menos dos tendencias que caracterizan la interacción entre el derecho internacional y el nacional en el proceso de justicia transicional de Colombia. En primer lugar, el compromiso y la función de la CPI asumieron cada vez más la dinámica de la complementariedad positiva, lo que ha contribuido de manera constructiva a crear un mecanismo que busca materializar la justicia y la paz como metas que no se excluyen mutuamente. En segundo lugar, si bien hay elementos de la JEP que sobrepasan el paradigma de la justicia tradicional, estos no han alcanzado el umbral para la intervención de la CPI: los esfuerzos nacionales para introducir reformas que están en colisión con el derecho internacional penal se han detenido o diezgado hasta ahora, mientras que otros elementos, como el régimen de sanciones de la JEP, destacan la discrecionalidad otorgada a los actores nacionales para concebir mecanismos de justicia transicional.

Como tal, la interacción entre los estándares nacionales e internacionales en Colombia ilustra que se trata de un proceso bidireccional. Si bien el derecho internacional ha influido considerablemente en el contexto colombiano, la naturaleza innovadora de la JEP también contribuye a un reexamen crítico de nociones como la proporcionalidad y la retribución, que han predominado en las respuestas internacionales a delitos graves.

Por último, la evaluación de la CPI de aspectos controvertidos, como el trato diferenciado de los militares y la responsabilidad de mando, probablemente dependerá de la futura jurisprudencia de la JEP sobre asesinatos y desapariciones forzadas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas. Sin embargo, si la Orden 019, que recurrió al derecho internacional penal para la acumulación de cargos de crímenes de guerra y lesa humanidad en materia de toma de rehenes, es una indicación del enfoque de la JEP y la incorporación efectiva del derecho internacional penal en sus decisiones más difíciles, parece haber poco espacio para la preocupación de la Fiscalía de la CPI.

Agradecimientos

El autor desea agradecer a Gabriel Andrés Concha Botero, asistente de pregrado de la Universidad del Rosario (Colombia), por su ayuda revisando y editando este artículo.

Declaración de divulgación

El autor declara que no existe ningún potencial conflicto de interés relacionado con el artículo. Este artículo pertenece al Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Financiamiento

El autor no declara fuente de financiamiento para la realización de este artículo.

Sobre el autor

Walter Arévalo-Ramírez es Ph.D. (*summa cum laude*), Universidad del Rosario; LL.M., Stetson University College of Law; especialista en derecho constitucional, y abogado. Es profesor principal de la Facultad de Jurisprudencia y director de la Especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Es vicepresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y director de Relaredi.

<https://orcid.org/0000-0002-8501-5513> - Contacto: walter.arevalo@urosario.edu.co

Referencias

- Acosta L., J., & Idárraga M., A. (2019). Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. *Revista Derecho del Estado*, 45, 55-99. <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.03>
- Acto Legislativo 01. (2017, 4 de abril). *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado...* Congreso de la República de Colombia. <https://bit.ly/3cotE0M>
- Aksenova, M. (2018). The ICC involvement in Colombia: Walking the fine line between peace and justice. En M. Bergsmo & C. Stahn (Eds.), *Quality control in preliminary examination* (vol. 1, pp. 257-282). Torkel Opsahl Academic EPublisher.

- Ambos, K. (2021). Command responsibility and the Colombian peace process. En K. Ghanayim & Y. Shany (Eds.), *The quest for core values in the application of legal norms* (pp. 259-287). Springer.
- Arévalo-Ramírez, W., & Torrijos V. (2017). Del plebiscito a la reforma: movimientos políticos y cambios fundamentales a los acuerdos de paz en Colombia tras la victoria del no en el plebiscito de 2016. *Revista Política y Estrategia*, 129, 123-156. <https://bit.ly/3zDGqRq>
- Clamp, K. (2018). Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional justice context: an introduction. En K. Clamp (Ed.), *Restorative justice in transitional settings* (pp. 1-15). Routledge; Taylor & Francis Group.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018, 15 de agosto). Sentencia C-080 (Antonio Lizarazo, M. P.). <https://bit.ly/40Xugz2>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019, 13 de marzo). Sentencia C-112 (José Fernando Reyes, M. P.). <https://bit.ly/40OF0zj>
- Corte Penal Internacional (CPI). (1998, 17 de julio). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Naciones Unidas, A/Conf. 183/9. <https://bit.ly/3eG5ikq>
- Corte Penal Internacional (CPI). (2010, 31 de marzo). ICC-01/09-19. *Situation in the Republic of Kenya* (Pre-Trial Chamber II).
- Corte Penal Internacional (CPI). (2012, 30 de mayo). ICC-01/04-01/10 OA. Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled “Decision on the confirmation of charges”. *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (Appeals Chamber).
- Corte Penal Internacional (CPI). (2014, 7 de marzo). ICC-01/04-01/07. *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Germain Katanga* (Trial Chamber II).
- Corte Penal Internacional (CPI). (2019, 8 de julio). ICC-01/04-02/06. *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (Trial Chamber VI).
- Forer, A., & López Díaz, C. (2010). *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). <https://bit.ly/43rVob5>
- Gobierno de Colombia. (2015, 19 de diciembre). Aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los agentes del Estado [declaración]. <https://bit.ly/3KmHsPO>
- Heinzekehr, H. (2020, 16 de junio). *Three years after the signing of the Final Agreement in Colombia: Moving toward a territorial transformation* (Fourth Report). Kroc Institute. <https://bit.ly/3My5Kjg>
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2018, 28 de junio). *Criterios y metodología de priorización en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas*. <https://bit.ly/3Kk6ZjE>
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2020, abril). *Lineamientos en materia de sanción propia y trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador*. Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. <https://bit.ly/439UsI9>
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2021, 12 de febrero). *Auto 033*. Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas. <https://bit.ly/3ZKWSdn>
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2021, 26 de enero). *Auto 019*. Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas. <https://bit.ly/3UqMNRf>
- Levy, S. (2021, 3 de marzo). *Can Colombia's Special Jurisdiction for Peace be considered slow? A preliminary comparative study of trials for international crimes*. Justice in Conflict. <https://bit.ly/3GqLWdR>
- Ley 1957. (2019, 6 de junio). *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Congreso de la República de Colombia. <https://bit.ly/3Gsb6Jb>

- Morales, A. (2021, 3 de mayo). The rocky road to peace: Current challenges at the Special Jurisdiction for Peace in Colombia [entrada de blog]. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://bit.ly/3MpDijj>
- Oficina de la Fiscalía. (2015, 12 de noviembre). *Report on Preliminary Examination Activities*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/43efg0W>
- Oficina de la Fiscalía. (2016, 1.º de septiembre). *Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/43hp6PW>
- Oficina de la Fiscalía. (2017a, 18 de octubre). *Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/3zEpytO>
- Oficina de la Fiscalía. (2017b, 4 de diciembre). *Report on Preliminary Examination Activities*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/3UiKMqx>
- Oficina de la Fiscalía. (2018, 5 de diciembre). *Report on Preliminary Examination Activities*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/3KH2Xp>
- Oficina de la Fiscalía. (2021, 28 de octubre). *Acuerdo de cooperación entre el Gobierno de Colombia y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional*. Corte Penal Internacional. <https://bit.ly/3Kl3Lw3>
- Olasolo, H., & Canosa-Cantor, J. (2018). La responsabilidad del superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del derecho internacional. *Política Criminal*, 13(25), 444-500. <https://bit.ly/3Umf7Vs>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2010, marzo). *Guidance note of the Secretary General. United Nations approach to transitional justice*. <https://bit.ly/3nWoOhf>
- Pappier, J. (2017, 15 de marzo). The “command responsibility” controversy in Colombia [entrada de blog]. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://bit.ly/3ZUy8zg>
- Roccatello, A., & Rojas, G. (2020, abril). *A mixed approach to international crimes. The retributive and restorative justice procedures of Colombia’s Special Jurisdiction for Peace* [informe]. International Center for Transitional Justice. <https://bit.ly/415VkeY>
- Ruti, T. (2016). Transitional justice and the peace process in Colombia. En C. Bernal, G. Barbosa, & A. Ciro (Eds.), *Justicia transicional. Retos teóricos* (vol 1, pp. 247-281). Universidad Externado de Colombia.
- Stahn, C. (2005). Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretive guidelines for the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720. <https://bit.ly/416EgFE>
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY). (1995, 2 de octubre). IT-94-1-AR72. *Prosecutor v. Dusko Tadić aka/la “Dule” Tadić* (Appeals Chamber).
- Unidad para las Víctimas. (2023, 28 de febrero). *Registro Único de Víctimas RUV* [base de datos]. Consultado en marzo de 2023. <https://bit.ly/3oWEfUJ>
- Urueña, R. (2017). Notes and comments. Prosecutorial politics: The ICC’s influence in Colombian peace processes, 2003-2017. *American Journal of International Law*, 117(1), 104-125.
- Vera Sánchez, J. (2018). ¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable? *ACDI. Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 101-130. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5421>
- Villarreal Palos, A. (2021). Sobre la definición y contenido del derecho internacional penal y sus diferencias con el derecho penal internacional. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 7(19), 81-111. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i19.360>