

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 14 DE 2011 SENADO – 094 de 2011 CAMARA.

“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Bogotá, D.C., 28 de noviembre de 2011

Señor Doctor
LUIS FERNANDO VELASCO CHÁVES
Presidente de la Comisión Primera
Senado de la República
Ciudad

Asunto: Ponencia 3o Debate - Proyecto de Acto Legislativo No. 14 de 2011 Senado - 94 Cámara

Señor Presidente,

Con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley 5ª de 1992 y agradeciendo la designación que se nos hizo como ponentes, nos permitimos rendir informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo No. 14 de 2011 Senado – 094 de 2011 Cámara, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

La iniciativa constitucional fue radicada por sus autores en la secretaria de la Cámara de Representantes, y asignada para estudio y trámite legislativo a la Comisión Primera Constitucional de esa Corporación, siendo aprobada en primer y segundo debate de la Cámara y surtida para el correspondiente trámite en la comisión primera constitucional del Senado de la República.

El proyecto de acto legislativo pretende crear el marco constitucional que permita dar coherencia a los mecanismos de justicia transicional en Colombia, con la finalidad de facilitar la terminación del conflicto armado interno y con ello el logro de una paz estable y duradera. Dicho marco constitucional permitirá articular la legislación ya existente con una complementaria, encaminada a lograr la desmovilización de los miembros de grupos armados al margen de la ley, su reintegración a la sociedad, el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos acaecidos en el marco del conflicto armado, y garantizar los derechos de las víctimas.

1. LA TRANSICIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO A LA PAZ EN COLOMBIA

La palabra “transición” se refiere en su sentido literal al paso de una situación *x* a una *y*. En el caso de Colombia, sin embargo, cabe hacerse primero la pregunta: ¿de qué transición estamos hablando? No se trata evidentemente de una transición de un régimen autoritario a una democracia liberal, del tipo que ha constituido el paradigma y la base de la doctrina internacional de la justicia transicional. Es una transición del conflicto armado a la paz, lo que supone unas consideraciones adicionales a la comprensión tradicional de la justicia transicional.

Por muchas que sean las deficiencias de la democracia colombiana, el “momento transicional” de ampliación y profundización de la democracia se dio ya hace dos décadas en 1991 con la promulgación de una nueva Constitución que se entendió a sí misma, en palabras de la Corte Constitucional, como “un tratado de paz”. En este sentido, estamos más bien frente a impedimentos para la materialización plena de la Constitución y no ante la creación de un nuevo marco constitucional. El mayor de esos impedimentos es sin duda la continuidad del conflicto armado interno. Y por esa razón el término “transición” debe ser entendido en el caso de Colombia primordialmente como la transición de una situación de conflicto armado a una de paz. Podemos decir entonces que Colombia se encuentra en una transición inconclusa, y en esa medida el punto de

referencia obligado de cualquier definición de transición en Colombia es el logro de la paz. En otras palabras sin paz no hay transición.

Una transición de esta naturaleza supone unos niveles mucho más grandes de complejidad. Primero, porque como el conflicto se ha prolongado en el tiempo, los instrumentos de justicia transicional deben hacer frente a cientos de miles de violaciones producto de décadas de confrontación armada. Al igual que otras sociedades en transición, Colombia enfrenta el legado de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, pero en este caso se trata de más de cuatro décadas de conflicto, y de un conflicto que con el tiempo se ha degenerado y entremezclado con la criminalidad. Esto supone un reto particular porque ni los instrumentos que contiene la Constitución permiten dar un tratamiento adecuado a un legado de violaciones con estas características, ni por lo mismo es posible asegurar una adecuada satisfacción de los derechos de las víctimas. En cualquier caso resulta imposible e incluso contraproducente tratar un volumen de violaciones e infracciones de esa magnitud dentro del marco de la justicia ordinaria.

Segundo, porque como los actores armados no dejan las armas al mismo tiempo, la transición colombiana es una transición gradual, o mejor, una transición “por capítulos”. Esto crea necesariamente unos desequilibrios en la aplicación de medidas de transición –por ejemplo, en la satisfacción del derecho a la verdad– y dificulta la coherencia de la estrategia. Por otra parte, la gradualidad de la transición abre la puerta para que mecanismos de naturaleza transicional se confundan paulatinamente con mecanismos de la justicia ordinaria, contradiciendo no sólo el objetivo de superación y “cierre” del conflicto, sino perdiendo su carácter excepcional y confundándose nocivamente con la justicia ordinaria.

Tercero, porque como la transición es del conflicto armado a la paz, la reintegración efectiva de los desmovilizados se convierte en un elemento esencial para garantizar la no repetición de las violaciones masivas.

En efecto, estas características propias del tipo de transición en Colombia, suponen un entendimiento más amplio de los fines de la justicia transicional. Tradicionalmente ésta ha sido entendida como el conjunto de mecanismos que entran a operar con posterioridad a la terminación de un conflicto armado o de un régimen autoritario. En esos contextos, la justicia transicional no contribuye al logro de la paz, porque se entiende que la violencia ya ha cesado, y que se trata precisamente de hacer frente a hechos ocurridos en el pasado.

En casos de conflicto armado interno de largo aliento, como el colombiano, la diferencia se encuentra en que los abusos de gran escala no son pasados, y los actores que han causado esas graves violaciones a los DDHH en algunos casos aún están activos. Así, el diseño de instrumentos de justicia transicional se hace en medio del conflicto, y a medida que los distintos capítulos que lo componen se van cerrando. Eso supone que los instrumentos de justicia transicional tienen que mirar a la vez hacia el pasado y hacia el futuro, y que entre las exigencias de la transición y las exigencias del tratamiento al legado de violaciones puede haber tensiones que hay que ponderar dentro del marco constitucional.

Esta doble mirada -hacia el pasado y hacia el futuro- cobra especial importancia si se tiene en cuenta que la única forma para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y hacer frente a los abusos cometidos, es que en efecto cesen las violaciones a los derechos humanos, lo que implica que termine de manera definitiva el conflicto armado, se dé una desmovilización efectiva de las estructuras armadas, y sus miembros se reintegren a la sociedad.

Por esta razón es ineludible que aparezca una tensión entre los valores tradicionales de la transición, el cierre final del capítulo que comenzó con la Constitución de 1991 para el caso colombiano, y el tratamiento del legado de violaciones producto del conflicto. De ahí que los riesgos y dificultades de la transición en Colombia sean especialmente agudos y que por eso mismo sea necesario hacer un ejercicio de ponderación que tenga claro como fin prevalente de la transición en Colombia el de la superación del conflicto y la posibilidad de la materialización de la Constitución, haciendo efectivos a la vez, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y el derecho de la sociedad en general a la no repetición, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional.

En efecto, este tipo de transición, y las finalidades propias de la justicia transicional en tales contextos, exigen que se pondere junto con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, otras consideraciones particulares como son la reintegración eficaz de los excombatientes, la prevalencia de condiciones de seguridad en el territorio y en general las garantías de no repetición: no

repetición de las violaciones sufridas por las víctimas y no repetición de nuevas violaciones en contra de nuevas víctimas. Como lo ha señalado la ONU, el diseño de instrumentos de justicia transicional hace necesario “optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho.”¹

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que es necesario hacer una ponderación entre la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia como derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas a la verdad, la reparación y la no repetición. Según ésta “el logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable.”² Sin embargo, la misma Corte ha advertido que la paz no puede transformarse convertirse en una razón de Estado que lo justifique todo. De ahí que sea necesario en cada caso en concreto ponderar si la restricción impuesta sobre la justicia como valor y como derecho es justificada dados los beneficios para el logro de la no repetición y el logro de la paz. En palabras de la Corte este tipo de restricciones podría autorizarse cuando constituyan “un medio para realizar los derechos de las víctimas a la no repetición -en la medida en que cesa el conflicto armado-, a la verdad -si quienes se desmovilizan revelan las conductas delictivas cometidas-, a la reparación -si en el proceso de desmovilización se consagran reglas que llevan a los desmovilizados a satisfacer ese derecho de las víctimas-.”³

Como en toda ponderación, el peso que se le atribuye a uno y otro elemento depende del contexto en particular. Por ello, esta ponderación no puede ser extraña a las características propias del tipo de transición en Colombia, y de los fines de la justicia transicional dentro de la misma. Dadas las particularidades de la transición en el caso colombiano, es importante tener en cuenta que sin paz no es posible garantizar plenamente los derechos de las víctimas –en especial el derecho a la no repetición–, ni garantizar el Estado de derecho. En suma, la posibilidad de satisfacer los derechos de las víctimas y de hacer frente a un pasado de abusos de gran escala depende en buena parte de la terminación del conflicto armado. Es distinto el peso que tiene en la ponderación la paz y la no repetición cuando una sociedad se encuentra ante abusos de gran escala cometidos en “el pasado”, que cuando se encuentra obligado a lograr la desmovilización y la reintegración efectiva de los actores armados como paso previo para poder hacer frente a ese pasado de abusos.

De ahí que este proyecto de acto legislativo incorpore normas para garantizar la inclusión de todas las partes del conflicto armado en los instrumentos de justicia transicional; autorice un trato diferenciado para los distintos actores del conflicto; incorpore las herramientas de selección de los casos relacionados con los máximos responsables de los crímenes más atroces introduzca la posibilidad de renunciar a la persecución penal de los casos no seleccionados; y finalmente autorice la creación de mecanismos no judiciales de investigación y sanción. Todos estos instrumentos de justicia transicional, propios de un proceso ordinario de transición cuyo único fin es hacer frente a los abusos ocurridos en el pasado, cobran especial importancia en una transición con las características particulares de la colombiana, pero además, contribuyen de manera significativa al logro de la paz y la no repetición como prerrequisitos para el cumplimiento efectivo de los demás fines de la justicia transicional.

Estos instrumentos tienen que a su vez ser complementados con una serie de otros mecanismos judiciales y administrativos que permitan satisfacer los derechos de las víctimas de manera efectiva. No porque la transición tenga unas características especiales, ni porque los fines de la justicia transicional sean más amplios, podrá alegarse que no hay una obligación del Estado de satisfacer los derechos de las víctimas. De ahí que las normas incorporadas en materia de autorización de mecanismos no judiciales, de priorización y selección de casos y de renuncia a la persecución penal de los casos no seleccionados, que podrían ser identificadas como limitaciones del derecho a la justicia, apunten hacia la satisfacción efectiva del derecho a la no repetición –porque sin paz no hay garantía del derecho a la vida y a la integridad física, y sin estos derechos no existe la base para gozar de los demás–; el esclarecimiento pleno de la verdad –al abrir la posibilidad de crear mecanismos complementarios de carácter judicial y no judicial que permitan el esclarecimiento pleno de patrones y sistemas de macro-criminalidad–, y la efectiva reparación de las víctimas –a través de los mecanismos administrativos de restitución, reparación, rehabilitación y satisfacción–.

¹ Consejo de Seguridad, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedad que sufren o han sufrido conflictos” S/2004/616

² C. Const., C-370/2005, MJ, Cepeda, et. al.

³ Ídem.

Para estos efectos el Gobierno Nacional se ha venido anticipando y ha decidido poner en marcha una ambiciosa estrategia de atención de todas las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, independientemente de que se hayan celebrado acuerdos de paz con ellos, porque de otra manera se crearían desequilibrios injustificados entre las mismas víctimas. A diferencia de otros procesos de reforma del marco de justicia transicional, este acto legislativo se enmarca dentro de la promulgación de la Ley 1448 de 2011 –Ley de Víctimas– que introduce por primera vez en el país, un marco completo para la reparación integral de las víctimas. Gracias a ello, la autorización para crear mecanismos no judiciales de justicia transicional, la implementación de las medidas de priorización y selección de casos, y la posibilidad de renunciar a la persecución penal de los casos no seleccionados, son medidas que no afectan de manera desproporcionada los derechos de las víctimas. Sin importar qué casos se prioricen o seleccionen a futuro, ni para qué casos se establezcan mecanismos no judiciales, la Ley de Víctimas garantiza que *todas* las víctimas sean reparadas a través de distintos programas integrales.

Teniendo en cuenta las características particulares de la transición en Colombia; los fines de la justicia transicional en este tipo de transición; y la importancia constitucional de ponderar los distintos valores y derechos en juego, el proyecto de acto legislativo que se presenta para discusión resulta imperioso en tanto introduce las herramientas necesarias para facilitar la desmovilización y reintegración de los miembros de los grupos armados al margen de la Ley, –como elementos esenciales de la garantía de no repetición–; al tiempo que sienta las bases para garantizar que la sociedad pueda hacer frente a las violaciones ocurridas en el conflicto armado y satisfacer los derechos de las víctimas. En otras palabras se trata de establecer que así como la justicia (y la garantía de los demás derechos de las víctimas) son presupuesto para la sostenibilidad de la paz; así también el logro de la paz es presupuesto para la satisfacción de los derechos a la justicia, la verdad, la reparación, y sobre todo, para la garantía efectiva de la no repetición.

En últimas, en el caso de Colombia tanto las exigencias de la transición, como el necesario reconocimiento de las víctimas y de la satisfacción de sus derechos apuntan hacia un objetivo común: el logro de la paz y el fortalecimiento del Estado social de derecho. El objetivo del presente acto legislativo es entonces establecer un marco constitucional que *oriente* la aplicación de los diferentes instrumentos de justicia transicional y de los esfuerzos complementarios a los que haya lugar, *diferencie* este “sistema transicional” de la administración de justicia ordinaria, y *facilite el cierre* de los diferentes capítulos del conflicto armado interno en Colombia de acuerdo con su naturaleza. La paz, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, debe irradiar y guiar todos los instrumentos de justicia transicional. Este objetivo sólo se logrará si, adicionalmente a los instrumentos jurídicos, se pone en marcha una verdadera estrategia integral que permita por una parte desarrollar mecanismos de esclarecimiento (y rendición de cuentas) que pongan fin al ciclo histórico de violencia, y por otra parte, permitan el máximo de satisfacción de los derechos de las víctimas, en el marco de la tensión natural que supone una transición aún inconclusa.

Tiendo en cuenta este objetivo, a continuación presentaré los problemas identificados en la implementación de los distintos instrumentos de justicia transicional en el país que justifican la necesidad de este acto legislativo; las tradiciones interpretativas sobre cómo abordar jurídicamente esta transición; y finalmente, como consecuencia de ello, las medidas necesarias para reenfocar los mecanismos de justicia transicional hacia el logro de la paz y la no repetición.

2. LA APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: LECCIONES APRENDIDAS

Al menos desde la Ley 418 de 1997 y sus respectivas prórrogas, pasando por la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010 y la Ley 1448 de 2011 –Ley de Víctimas–, Colombia ha desarrollado una serie de instrumentos de justicia transicional para responder a diferentes coyunturas de violencia, con mayor o menor éxito. Si bien hay muchas lecciones aprendidas en estos procesos, no está clara la relación entre los diferentes instrumentos jurídicos, ni tampoco –y este es el punto fundamental– la contribución coherente de todos estos hacia el logro de los fines de la justicia transicional.

Por eso resulta necesario hacer un mapa de los distintos instrumentos de justicia transicional que nos permita identificar los principales problemas de su implementación, y como consecuencia de ello extraer lecciones aprendidas para la aplicación efectiva de instrumentos de justicia transicional.

a. Mapa de los instrumentos de justicia transicional en Colombia

En Colombia se han venido aplicando una serie de instrumentos de justicia transicional que han respondido a situaciones coyunturales. La Ley 418 de 1997, también conocida como la Ley de Orden Público (y prorrogada hasta el 2014 por la Ley 1421 de 2010) es la norma base a través de la cual se consagran los instrumentos para la desmovilización de los grupos armados organizados al margen de la ley. Ésta contempla disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos de paz en el marco de las normas del Derecho Internacional Humanitario, así como para el desarme y la desmovilización tanto individual como colectiva.

Esta Ley fue modificada por la Ley 782 de 2002, mediante la cual se eliminó la necesidad de reconocimiento político para las organizaciones armadas. Se definió igualmente el marco para el otorgamiento de beneficios jurídicos frente a la comisión de delitos políticos, tales como el indulto, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria. Sin embargo, esta Ley excluyó de dichos beneficios a las personas que hubiesen cometido conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión. Hoy son sujetos de estos beneficios los miembros de las guerrillas que se desmovilicen individualmente y que sólo hayan cometido delitos políticos.

Para el caso de los desmovilizados rasos de los grupos paramilitares (que no son considerados delincuentes políticos de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por lo tanto no pueden beneficiarse de los instrumentos contemplados en la Ley 782 de 2002), la Ley 1424 de 2010 creó una serie de beneficios jurídicos para quienes se comprometieran con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la verdad en el Centro de Memoria Histórica.

Por otra parte, la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, se expidió con el fin de facilitar la reincorporación a la sociedad de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que estuvieran dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz y que fuesen responsables de conductas que no podían ser consideradas como conexas al delito político. En este sentido, esta Ley dispuso un proceso especial de investigación y juzgamiento, según el cual los postulados a la ley deben colaborar de manera efectiva con la reconciliación nacional y con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, a cambio de la posibilidad de acceder a una pena alternativa de 5 a 8 años.

Por último, en junio de 2011 fue expedida la Ley 1448 conocida como Ley de Víctimas, mediante la cual se establecen un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas que hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Estos distintos instrumentos han sido aplicados de manera concomitante pero no necesariamente coherente, o articulada. A continuación presento un diagnóstico de los problemas en la implementación de estos mecanismos.

b. Debilidades de los instrumentos de justicia transicional

Un balance de los instrumentos de justicia transicional aplicados hasta la fecha en el país, permite advertir al menos tres graves riesgos que comprometen el logro efectivo de los fines de la justicia transicional: i) Riesgo de impunidad; ii) No esclarecimiento de la verdad; y iii) Imposibilidad de evitar la repetición de los hechos violentos.

i. Riesgo de impunidad

Más allá de cuál ha sido el objetivo inicial de cada uno de los instrumentos de justicia transicional, y del mayor o menor éxito que hayan tenido, el país ha carecido de una verdadera estrategia de justicia transicional que *oriente* la aplicación de los diferentes instrumentos jurídicos y de los esfuerzos complementarios a los que haya lugar, *diferencie* este “sistema transicional” de la administración de justicia ordinaria y *facilite un cierre* de los diferentes capítulos del conflicto armado interno en Colombia de acuerdo con su naturaleza. En efecto, la aplicación de estos instrumentos nos ha dejado lecciones aprendidas importantes, y ha logrado evidenciar a través de sus debilidades las necesidades que tiene nuestro país en materia de justicia transicional. Partiendo

de una pretensión común de verdad, justicia y reparación en relación con las atrocidades ocurridas, podemos decir que hoy estos fines sólo se han logrado parcialmente y que el logro de la transición a la paz y de la garantía efectiva de no repetición, es aún lejano.

Para empezar, algunos podrían considerar que hasta el momento los instrumentos de justicia transicional aplicados nos acercan a un escenario de impunidad. La justicia como valor hace referencia al esclarecimiento judicial efectivo de quienes ostentan la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos, lo que representa una estrategia clave en la lucha contra la impunidad y en el papel que tiene la justicia transicional de hacer frente a las atrocidades cometidas. No obstante, hasta el momento la estrategia ha sido distinta pues ha consistido en investigar uno por uno los hechos denunciados por los desmovilizados, y los resultados así lo reflejan. Seis años después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz y luego de la desmovilización de 35,299 miembros de grupos paramilitares, se han producido apenas cuatro sentencias de las cuales sólo una está en firme. Y así las cosas, en la medida en la que las investigaciones se hacen “hecho a hecho”, “caso a caso”, la simple imputación de los hechos denunciados –cerca de 340,000 hasta la fecha– podría tardar cerca de 100 años. Pero adicionalmente, un proceso de estas características no es sostenible a futuro, pues tiene el agravante de que cada vez más y más postulados están considerando la posibilidad de renunciar al proceso de justicia y paz y no confesar los hechos en los que participaron por la inseguridad jurídica en la que se encuentra actualmente el proceso. De los 4,800 desmovilizados postulados a justicia y paz, la mayoría cumplirá 8 años de detención preventiva en diciembre de 2014, sin expectativa clara de que su caso sea resuelto.

Pero el problema no es simplemente del tamaño de las cifras y de las capacidades del Estado. Es ante todo un problema de enfoque y de comprensión de cómo desarrollar un proceso efectivo de justicia transicional. Antes que mirar las cifras de número de casos resueltos y de años que nos tardaría resolverlos, es preciso advertir que el enfoque investigativo actual no permite a la Fiscalía General de la Nación concentrar sus esfuerzos y recursos en los casos de los “más responsables” –como es la práctica internacional– ni esclarecer patrones y contextos regionales de la operación de los distintos actores del conflicto, como sería el objetivo primordial de la justicia transicional, sino que fomenta la investigación de hechos individuales y aislados. Hoy es evidente la imposibilidad material de investigar hecho por hecho todo lo ocurrido. El que la primera sentencia de justicia y paz se refiriera principalmente al delito de falsedad en documento público, demuestra que esta situación antes que garantizar la justicia podría generar una situación de impunidad. El ejercicio de estos años puede terminar por dejarnos con la aplicación de un instrumento de justicia transicional pero todavía sin justicia, a pesar de los esfuerzos institucionales.

Así, en la medida en que hasta el momento la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y los demás instrumentos se ha concentrado en la judicialización de todos los desmovilizados y la investigación de hecho por hecho entre los denunciados, los resultados se ven limitados por el amplio universo de hechos y de personas a investigar. Actualmente se han desmovilizado cerca de 54,000 personas en el marco de la Ley 418 de 1997, de las cuales más del 90% no fueron postuladas a la Ley de Justicia y Paz. Tomando como base los tiempos de investigación e imputación de cargos según la experiencia de los procesos de justicia y paz, procesar judicialmente todos los hechos en los que participaron estas personas sería materialmente imposible.

Ésta es tal vez la lección aprendida más importante que nos ha dejado la aplicación de estos instrumentos en un caso como el de Colombia: que es imposible humana y técnicamente investigar a todos los autores y todas las conductas. Tanto así que una pretensión de este tipo podría generar incluso una “desestabilización política y división social.”⁴ La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado que “cuando han sido miles de personas las que han participado en la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados.”⁵

Actualmente, aún si se autorizara a los fiscales a priorizar los casos, estos conservarían la responsabilidad por Ley de investigar todos y cada uno de los hechos y todo el universo de los menos responsables, para quienes los términos y preclusiones correrían de forma paralela. Sólo si hubiere cesación de la acción penal para quienes no han sido señalados como los más responsables mediante un proceso de selección positiva

⁴ Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. Pg. 138-139

⁵ Citado En: Andreas Forer y Claudia López, en Kai Ambos, Coordinador. Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Profis, Giz, 2011.

(a través de criterios objetivos y subjetivos), los fiscales podrían seguir una lógica estratégica de concentrarse en los más responsables y en los hechos más atroces. Por otra parte, la priorización sin selección generaría una falsa tranquilidad pues se asumiría que la posición de no renunciar nunca a la acción penal es más garantista. Sin embargo, en la práctica, esa falsa tranquilidad se convierte en impunidad *de facto*, pues los casos quedan pendientes de manera indefinida. Adicionalmente, de no existir la posibilidad de cesar la acción penal en los casos no priorizados, los desmovilizados permanecen en absoluta inseguridad jurídica, lo que compromete su posibilidad de reintegración efectiva a la sociedad. La posibilidad de acceder a un trabajo digno y por lo tanto de dejar las armas de manera definitiva, se verá seriamente afectada si el desmovilizado permanece de manera indeterminada en situación de inseguridad jurídica.

Esta debilidad evidente de los instrumentos de justicia transicional actuales nos deja una importante lección aprendida y es que para alcanzar la justicia como valor, ni el camino ni el enfoque pueden ser los mismos de la justicia ordinaria. Como lo demuestran las experiencias internacionales es necesario hacer una selección positiva de aquellos casos de los más responsables y contar con mecanismos no judiciales que permitan esclarecer el contexto general de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado; de lo contrario estaríamos cada vez más cerca a la impunidad que de la anhelada justicia.

ii. No esclarecimiento de la verdad

La aplicación de los instrumentos de justicia transicional hasta la fecha enfrenta graves debilidades en materia de esclarecimiento de la verdad. Los seis años de implementación del proceso de justicia y paz no han llevado a la construcción de una verdad completa o satisfactoria ni siquiera en materia judicial. La verdad ha estado limitada y condicionada a las confesiones de los desmovilizados, y las investigaciones no han permitido esclarecer los patrones de macro-criminalidad. El enfoque de las investigaciones “hecho a hecho”, la falta de selección positiva y priorización frente a los casos, y la imposibilidad de involucrar a todos los actores del conflicto armado interno en este proceso, han sido factores determinantes de las deficiencias en el proceso de esclarecimiento de la verdad. Por otra parte, lo cierto es que el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad no se vería satisfecho de ningún modo sólo con una verdad judicial. Sin otros mecanismos no judiciales que contribuyan al esclarecimiento de los contextos, no será posible reconstruir los escenarios de lo ocurrido.

La Ley 1424 de 2011 por ejemplo, constituye el único marco jurídico vigente para el tratamiento integral de los desmovilizados rasos de los grupos paramilitares que incorpora un mecanismo no judicial para el esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, esta norma implica la investigación penal hecho por hecho, por lo que si bien representa una oportunidad para abrir el camino hacia la garantía del derecho a la verdad, si el enfoque investigativo no se transforma, nos tomaría más de 500 años formular cargos contra los más de 26.000 beneficiarios de esta Ley. Adicionalmente, esta Ley restringe sus beneficios jurídicos a los desmovilizados que hayan incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichas agrupaciones. Si bien la Ley contempla un mecanismo no judicial para el esclarecimiento de la verdad, y para ello ofrece como incentivo la no autoincriminación al momento de relatar los hechos; no está claro si se limita a hechos relacionados únicamente con estos delitos o se extiende a otros delitos cometidos por la organización. De limitarse a los delitos relacionados con la pertenencia, la información que recogería el Centro de Memoria Histórica se reduciría considerablemente pues los desmovilizados no tendrían incentivos para contar toda la verdad.

Como se observa, ninguno de los instrumentos de justicia transicional que están siendo aplicados hoy en Colombia cuenta con mecanismos judiciales o no judiciales que contribuyan de manera efectiva al esclarecimiento de la verdad y lo que se ha logrado hasta el momento en materia de verdad es aún insuficiente. Adicionalmente, estos instrumentos no están dirigidos a la totalidad de los actores del conflicto armado interno en Colombia y eso se convierte en una debilidad importante a la hora de buscar garantizar la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad. Esto último nos deja en el escenario de una verdad fragmentada, parcializada, que a nivel individual no satisface el derecho de las víctimas y que a nivel de sociedad dificulta a futuro la reintegración, la reconciliación y la garantía de no repetición.

iii. Imposibilidad de evitar la repetición

Hasta el momento hemos evidenciado dos debilidades claras de los instrumentos de justicia transicional aplicados en Colombia: un enfoque de investigación que nos acerca más a la impunidad que a la justicia y

posibilidades altamente limitadas de lograr el esclarecimiento de la verdad. Pero además, si la investigación no es efectiva, no se esclarece la verdad de lo ocurrido, y no se dan garantías de seguridad jurídica para los desmovilizados, no será posible evitar la repetición de los hechos violentos ocurridos en el conflicto armado interno.

Como se mencionó en el primer capítulo de esta ponencia, en Colombia nos enfrentamos al reto de diseñar mecanismos de justicia transicional con grandes impedimentos, y el mayor de ellos es sin duda la continuidad del conflicto armado interno. Precisamente si entendemos que Colombia requiere una transición que nos lleve del conflicto armado a la paz, la desmovilización, la reintegración efectiva de los excombatientes, la prevalencia de condiciones de seguridad en el territorio y en general las garantías de no repetición, adquieren un papel primordial en este proceso. Tanto el fin último de lograr la paz, como el de hacer frente a las atrocidades cometidas, y de satisfacer los derechos de las víctimas, son posibles única y exclusivamente si se garantiza la terminación del conflicto armado y la no repetición de las violaciones cometidas. De lo contrario no hay una transición efectiva, y los instrumentos de justicia transicional se vuelven permanentes y ordinarios.

El problema es que los instrumentos de justicia transicional que vienen siendo aplicados en el país no dan respuesta a esta necesidad. En primer lugar, la ausencia de incentivos serios para la contribución efectiva a la verdad, los problemas de seguridad jurídica y las dificultades para reintegración efectiva, han contribuido de manera directa al rearme de miembros de grupos armados ilegales. Así, los desmovilizados que ya no confían en el Estado debido al cambio constante en las reglas del juego, son absolutamente vulnerables al reclutamiento por parte de bandas criminales emergentes que delinquen en zonas en donde aún no se ha logrado la consolidación del Estado de derecho. Por otra parte, la ausencia de un enfoque investigativo que permita dilucidar los sistemas de macro-criminalidad ha impedido su desarticulación definitiva, permitiendo que nuevos grupos retomen las administración criminal del territorio.

3. DOS TRADICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Identificadas las debilidades y lecciones aprendidas ejemplarizantes que resultan de la aplicación de los instrumentos justicia transicional, este proyecto de acto legislativo responde a la necesidad de re-direccionar el enfoque de investigación, con el fin de garantizar que la rama judicial concentre sus esfuerzos de investigación y sanción en los “más responsables” y permita el esclarecimiento, en un tiempo razonable, de los sistemas de macro-criminalidad en el marco del conflicto armado interno. Sin embargo, este re-enfoque no puede ser ajeno a la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que en distintas ocasiones han privilegiado diferentes tradiciones: en unos casos la finalidad del logro de la paz y la no repetición ha cobrado una relevancia significativa; en otros, la ponderación ha excluido estos elementos. A continuación se exploran los elementos esenciales de estas dos tradiciones jurisprudenciales.

a. La tradición “maximalista”

La tradición “maximalista” hace referencia a la interpretación de las obligaciones del Estado y la ponderación entre los valores constitucionales en contextos de transición del conflicto armado a la paz como si se tratara de situaciones de normalidad, sustentado en la premisa de que en estos contextos de conflicto o excepcionalidad la ponderación debe ser aún más estricta. Bajo este entendido por ejemplo, la paz o la no repetición son valores constitucionales que o no son incorporados dentro de la ponderación, o son incorporados sólo parcialmente.

A nivel internacional, dentro de esta tradición se inscriben algunas decisiones judiciales e informes de los órganos del sistema interamericano de DDHH que afirman que existe una obligación del Estado (inscrita en el deber de garantía⁶) de investigar y sancionar penalmente *todas* las graves violaciones de derechos humanos⁷ y procurar, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.⁸

⁶ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*; *Caso De la Masacre de las Dos Erres*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

⁷ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Cabrera García y Montiel Flores*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

⁸ Ver, entre otros, los siguientes casos de la CortelDH: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*.

A nivel nacional, quizás el principal ejemplo de esta tradición jurisprudencial se encuentra en la sentencia C-936 de 2010, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 1312 de 2009 que creó, entre otros, un nuevo numeral del principio de oportunidad para renunciar a la persecución penal de los desmovilizados que no hubiesen cometido delitos de lesa humanidad. La Corte Constitucional consideró que la constitucionalidad de tal norma tenía que ser analizada en un marco de política criminal ordinaria y no de justicia transicional. Así, según ésta, como la norma “no es el producto directo de un acuerdo nacional para la búsqueda de la paz, que parta del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva de derechos humanos y de la necesidad de poner fin a la impunidad [,] [n]o resulta, en consecuencia, aplicable en esta oportunidad la metodología de la ponderación entre la justicia y la paz, a la cual ha acudido la Corte en otras oportunidades. El marco, propuesto por el propio legislador, es el de la política criminal ordinaria del Estado, y en ese ámbito se ubicará el análisis de constitucionalidad.”⁹

Esta tradición ha existido en distintos fallos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que han optado, por ejemplo, por dar un tratamiento de delito ordinario a los crímenes ocurridos en el marco del conflicto armado interno. En 1997 la Corte Constitucional consideró que incluso las lesiones y los homicidios en combate tenían que ser sancionados como delitos ordinarios¹⁰. En 2003, la Corte Suprema de Justicia consideró que no había lugar a considerar el delito de rebelión si la organización no tiene ideología solidaria orientada al bien común, sus comportamientos delictivos no tenían fines altruistas y no combatían contra el Estado¹¹; tesis que fue reiterada en pronunciamientos posteriores de esa misma corporación¹². En 2005, la Corte Suprema reiteró que la pertenencia a grupos armados al margen de la ley cuyas finalidades fueran cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, extorsión, desaparición forzada, graves infracciones al derecho internacional humanitario o la conformación de escuadrones de la muerte o sicarios para la comisión de homicidios selectivos, entre otras conductas, configuraban siempre el delito de concierto para delinquir¹³. Ese mismo año, la Corte Suprema estableció que la conducta paramilitar correspondía a una situación de criminalidad común al concluir que los miembros de estos grupos no podrían ser beneficiarios de indultos o amnistías.¹⁴

Más allá de la discusión sobre el delito político, estas interpretaciones llevaron a la Corte Suprema a construir la tesis según la cual la mera pertenencia en un grupo armado organizado constituye un delito de lesa humanidad, porque se extienden los fines de la organización a cada individuo independientemente de su grado de responsabilidad, analizando las conductas delictivas de los miembros de grupos armados al margen de la ley como delitos ordinarios que no pueden ser beneficiados con indultos o amnistías. Esta tesis se consolidó en abril de 2008, cuando la Corte concluyó que “[p]ara llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos: (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser consentes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.”¹⁵ Así mismo lo reiteró la Corte Suprema en abril de 2009, señalando que “al momento de resolver cualquier petición que tenga que ver con beneficios a personas acusadas de concierto para delinquir agravado ejecutado con fines de paramilitarismo, deben observar que la jurisprudencia ha calificado reiteradamente tal punible como delito de lesa humanidad, y por tanto sometido a especiales restricciones o cautelas de acuerdo con los compromisos internacionales del Estado colombiano.”¹⁶

Más allá de las problemas jurídicos particulares en cada uno de casos que sirven para ilustrar la tradición “maximalista”, el elemento común es que a pesar de tratarse de casos enmarcados en el contexto del conflicto armado interno, la paz y la no repetición, como finalidades de los instrumentos de justicia transicional, no son incorporados dentro la ponderación.

⁹ C.Const. C-936/2010, L.E. Vargas.

¹⁰ C.Const. C-456/1997, J. Arango.

¹¹ CSJ, S.Penal, 10/09/2003, r21343, A. Pérez. Al respecto señaló: “si la ‘organización’ que ‘afilia’ o ‘afilió’ al procesado no tiene ninguna ideología solidaria orientada al bien común; si agrede a los habitantes habituales de determinada zona (...); si realiza comportamientos delictivos que no obedecen a una finalidad altruista; si toma como víctimas al ciudadano común y corriente; si no ‘combate’ o ‘lucha’ contra el Estado; y si no le interesa maltratar al establecimiento sino a los integrantes de la sociedad, por ningún motivo se puede afirmar que su hipotético delito sea el de rebelión.”

¹² Ver CSJ Penal, 19/05/2004, r22103, E. Lombana, que señala lo siguiente: “el actuar ilícito de los milicianos no sólo se dirige contra los miembros de la fuerza pública por la confrontación ideológico política, sino que también victimizan al vecindario y la ciudadanía para satisfacer pasiones personales y egoístas, en actos que en nada asemejan un combate, ni tienen que ver con el proselitismo armado.”

¹³ CSJ Penal, 18/10/2005, r24312, Y. Ramírez.

¹⁴ CSJ Penal, 11/07/2005, r26945, Y. Ramírez. “quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía [o] indulto.”

¹⁵ CSJ Penal, 10/04/2008, r29472, Y. Ramírez.

¹⁶ CSJ Penal, 01/04/2009, r31421, Y. Ramírez.

b. La tradición de “justicia transicional”

En contraposición a la tradición “maximalista”, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia también han recurrido en distintos momentos a una interpretación jurisprudencial en donde las obligaciones del Estado y la ponderación entre valores constitucionales en contextos de transición, ha respondido a las particularidades de una situación de violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. En estos casos, la paz y la no repetición son valores constitucionales que han sido incorporados de manera prevalente en la ponderación.

A nivel internacional, si bien esta tradición no ha estado presente de manera preponderante en el Sistema Interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha avalado mecanismos judiciales y no judiciales de justicia transicional, y por tanto ha aceptado que los estándares del derecho a la justicia se interpretan de manera distinta en estos contextos. En este sentido, la CortelDH ha reconocido la importancia de los procesos de justicia transicional para proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Precisamente, y a pesar de la importancia del concepto de reparación integral para la CortelDH, este Tribunal ha avalado procesos de reparación en marcos de justicia transicional como suficientes para reparar violaciones a los derechos humanos (*Almonacid Arellano c. Chile*). La jurisprudencia de la CortelDH no prohíbe los beneficios penales o la creación de mecanismos no judiciales que eventualmente permitan cumplir los estándares internacionales de investigación y sanción en marcos de justicia transicional. De hecho, en los pocos casos en los que la CortelDH ha conocido de mecanismos de justicia transicional que no implican una violación de la prohibición de auto-amnistía, ha considerado que estos mecanismos no son contrarios *per se* a las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Rochela c. Colombia*). Igualmente, en el caso de Colombia, la Corte ha reconocido que el país debe tener la oportunidad para implementar los mecanismos de justicia transicional de manera que se reconozcan adecuadamente los derechos de las víctimas (*La Rochela c. Colombia*).

A nivel nacional, esta tradición ha sido liderada por la Corte Constitucional que tanto en la sentencia de revisión de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, como de la de revisión de la Ley 1424 de 2010, ha reiterado que la ponderación en circunstancias de conflicto armado es distinta a aquella que ocurre en situaciones de normalidad. Así, en la C-370 de 2006, la Corte advirtió que “el método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas.”¹⁷

En el mismo sentido lo reiteró recientemente la Corte en la sentencia C-771 de 2011, según la cual “el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, (...) podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales. Se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. En este sentido, la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia. El propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes.”¹⁸

La teoría según la cual las conductas delictivas relacionadas con el conflicto armado no pueden ser tratadas como conductas ocurridas en situaciones de normalidad viene siendo expuesta desde la década de los noventa por varios Magistrados que han salvado el voto. Así, por ejemplo, en 1994 los Magistrados Carbonell, Cifuentes, Martínez y Gaviria suscribieron una aclaración de voto en la que advirtieron que “en determinadas

¹⁷ C.Const, C-370/2006, MJ, Cepeda.

¹⁸ C.Const, C-771/2011, N. Pinilla (cita del comunicado de prensa no. 41, Octubre 14 de 2011)

circunstancias históricas sólo el legislador por expresa disposición Constitucional, podrá determinar que comportamientos socialmente reprochables merecen ser considerados como delitos políticos atendiendo al interés general y en búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. En tales circunstancias, si los motivos de conveniencia pública lo hacen necesario, podrá establecer que el secuestro es conexo con el delito político para asegurar la paz entre los colombianos.”¹⁹ Similarmente, en 1997 los Magistrados Martínez y Gaviria salvaron el voto, para advertir que el delito político debe implicar la absorción de los delitos comunes cometidos en combate, porque separarlos hace inviable el privilegio punitivo del rebelde. Según ellos, “los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión, (...) pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas.”²⁰ Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en el 2006 estableció que se debía dar tratamiento de delito político a aquellas conductas relacionados con la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley que ejerza operaciones militares en una parte del territorio dirigidas contra las fuerzas regulares o contra otros grupos armados cuando atentando contra el régimen constitucional estas conductas están vinculadas a los objetivos perseguidos por dicho grupo ilegal.²¹

Es importante resaltar que esta posición que surgió por medio de los salvamentos y aclaraciones de voto de algunos magistrados, fue retomada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en 2002, cuando ésta revisó la constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. A través de la sentencia C-578 la Corte señaló que la ratificación del estatuto no implica “un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.”²²

Por último, la Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en la importancia de priorizar la investigación de crímenes de sistema en contextos de justicia transicional, dándole un enfoque distinto a aquél de la investigación en el marco de situaciones de normalidad. Al respecto, la Corte afirmó que la sentencia en el marco de un proceso de justicia y paz debe “identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil.”²³

Al igual que en el caso de la tradición “maximalista”, los ejemplos jurisprudenciales que aquí se exponen responden a problemas jurídicos de diversa índole, pero tienen en común la referencia al caso concreto de la existencia de un conflicto armado, y la consecuente inclusión de la paz y la no repetición como elementos esenciales de la ponderación.

c. La tradición jurisprudencial para el logro de los fines de la justicia transicional

De cara a estas dos tradiciones jurisprudenciales el proyecto de acto legislativo que se presenta para tercer debate busca resolver la tensión existente en la jurisprudencia, aclarando que en situaciones de transición como la colombiana, la interpretación debe responder a la tradición de justicia transicional. Si bien la tradición “maximalista” es la ideal, en situaciones de conflicto armado interno, en las que la masividad de los crímenes cometidos exige un tratamiento extraordinario, los diferentes capítulos del conflicto armado se van cerrando de manera sucesiva, y en donde la desmovilización y reintegración efectiva de los excombatientes son elementos esenciales para la garantía de no repetición; la tradición de justicia transicional es la que mejor pondera los distintos valores constitucionales en juego.

Como fue establecido en el primer capítulo de esta ponencia, en transiciones como la colombiana, los fines de la justicia transicional incluyen tanto la importancia de hacer frente a las violaciones ocurridas, garantizando la satisfacción de los derechos de las víctimas; como facilitar la terminación efectiva de ese conflicto a través de la desmovilización de los actores armados, y a partir de ello, las medidas necesarias para garantizar la no repetición. Sólo la segunda tradición jurisprudencial planteada en este capítulo permite que los instrumentos de justicia transicional cumplan al mismo tiempo estos dos tipos de fines. El riesgo de comprometerse con la tradición maximalista, es que el interés progresista de proteger los derechos de las víctimas de manera

¹⁹ C.Const. C-069/1994, SV A. Carbonell, E. Cifuentes, A. Martínez y C. Gaviria

²⁰ C.Const. C-456/1997, SV A. Martínez y C. Gaviria.

²¹ CSJ Penal, 18/04/2006, r25317, M. Pulido.

²² C.Const. C-578/2002, MJ. Cepeda.

²³ CSJ Penal, 31/07/2009, r31539, A. Ibanez.

absoluta, termine por perpetuar el conflicto armado, eliminando así toda posibilidad de paz, y condenando a la sociedad colombiano a la repetición de los hechos violentos.

Por otra parte, como ya se exploró en el segundo capítulo de esta ponencia, la interpretación maximalista no necesariamente conduce a mayores estándares de garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Las investigaciones hecho a hecho conllevan impunidad si no hay una política de priorización y selección de los más responsables por la comisión de los hechos más atroces. Así mismo, sin la implementación de mecanismos alternativos a los ordinarios no es posible develar los sistemas de macrocriminalidad, porque la investigación penal se limita la responsabilidad individual por hechos aislados.

Por eso la interpretación constitucional apropiada para la transición en Colombia es aquella de la justicia transicional, que permite al mismo tiempo hacer frente a las violaciones ocurridas en el conflicto armado, y facilitar la terminación efectiva de ese conflicto y la no repetición de los hechos violentos, a través de la desmovilización y reintegración de los excombatientes.

4. MEDIDAS NECESARIAS PARA EL RE-ENFOQUE

A lo largo de esta ponencia se ha evidenciado la necesidad de un re-enfoque en la aplicación de los instrumentos de justicia transicional que supere las debilidades que hasta el momento se han presentado y que a la vez establezca un marco constitucional que *oriente* la aplicación de los diferentes instrumentos de justicia transicional y de los esfuerzos complementarios a los que haya lugar, *diferencie* este “sistema transicional” de la administración de justicia ordinaria, y *facilite el cierre* de los diferentes capítulos del conflicto armado interno en Colombia de acuerdo con su naturaleza. Para ello este proyecto de acto legislativo presenta a continuación cuatro medidas necesarias para lograr los distintos fines de la justicia transicional.

a. La participación de todas las partes del conflicto armado para garantizar la integralidad de los instrumentos de justicia transicional

Debido a que en Colombia enfrentamos una transición gradual del conflicto armado interno a la paz, los instrumentos de justicia transicional deben también *gradualmente* contar con la participación de todas las partes del conflicto armado: grupos paramilitares, grupos guerrilleros y agentes del Estado. De lo contrario, los fines de estos instrumentos, y especialmente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación serán alcanzados sólo parcialmente. Lo anterior no significa que deban ser aplicados los mismos instrumentos a todas las partes, ni que estos instrumentos deban ser implementados en el mismo momento y bajo los mismos criterios. Las diferencias y especificidades deben ser definidas por la ley, como resultado de un proceso democrático.

Hoy no existe un marco jurídico que permita diseñar instrumentos de justicia transicional respecto de todas las partes del conflicto (especialmente en relación con agentes del Estado), lo cual genera serios desbalances y desincentiva el esclarecimiento pleno de la verdad. De ahí que sea necesario un marco constitucional que, a través de la inclusión del concepto de conflicto armado permita delimitar el contexto y uso de los instrumentos de justicia transicional e impedir su extensión a hechos y personas que estén por fuera de este marco. Estos instrumentos sólo son viables y legítimos en tanto permitan cerrar los distintos capítulos del conflicto armado interno en un tiempo razonable.

Si bien hoy existe un consenso respecto de la posibilidad de aplicar instrumentos de justicia transicional a los miembros de las guerrillas y de los grupos paramilitares, la posible aplicación de estos instrumentos a agentes estatales ha generado una gran controversia. Así, actualmente los agentes del Estado que cometieron delitos en el marco del conflicto armado sólo se pueden someter al sistema penal ordinario o a la justicia penal militar, a pesar de que estos constituyen una de las partes en el conflicto armado interno.

Sólo la participación de los agentes estatales permitirá garantizar el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas de *todas* las partes del conflicto y de la sociedad en general. Por su naturaleza, los instrumentos de justicia transicional permiten generar incentivos importantes para que quienes participen de éstos contribuyan a la construcción de una verdad completa. Sin la versión de los agentes estatales, la narración se quedará incompleta, lo que no permitirá que se garantice el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad. En este sentido la implementación efectiva de la Ley de Víctimas depende que los agentes estatales sean incluidos como sujetos de algunas medidas de justicia transicional.

Pero quizás una de las cuestiones más importantes es que la participación de agentes estatales en los instrumentos de justicia transicional es indispensable para garantizar la no-repetición de la violencia y que la paz sea sostenible: excluirlos supone un desbalance entre los beneficios otorgados a las distintas partes en el conflicto, lo que podría dificultar la reconciliación y generar situaciones de desestabilización política. En este sentido la participación de los agentes contribuiría al balance entre la justicia y la paz.

Ahora bien, la participación de todos los actores del conflicto armado en los instrumentos de justicia transicional no sólo no es incompatible con las obligaciones internacionales de Colombia, sino que por el contrario contribuye al cumplimiento efectivo de esas obligaciones. En efecto, como se pudo evidenciar en el capítulo 2 de esta ponencia en relación con las debilidades que ha tenido la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, en la medida en que las investigaciones sigan teniendo un enfoque “hecho por hecho” y caso por caso, la consecuencia más probable será la impunidad. Una impunidad por lo demás acompañada de niveles muy bajos de esclarecimiento de los contextos y patrones, debido a la falta de incentivos para participar activamente en la construcción de dichos contextos. Por ello, la participación diferenciada de agentes del Estado en los instrumentos de justicia transicional permitirá una garantía más efectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la sociedad, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia.

Por último, las experiencias comparadas de justicia transicional (muchas diseñadas con el apoyo de las Naciones Unidas), demuestran que la inclusión de los agentes estatales en los distintos instrumentos de justicia transicional resulta importante para el éxito de los procesos. Algunos ejemplos de inclusión de agentes estatales en mecanismos de justicia transicional incluyen los siguientes:

- En Ruanda se estableció un sistema de reducción de sentencia y subrogado por trabajo comunitario (por la mitad de la pena), para la segunda y tercera categorías de perpetradores²⁴ en las *gacaca courts* (incluyendo las Fuerzas Militares).
- La Misión de Naciones Unidas en Bosnia estableció sanciones no judiciales para los servidores públicos involucrados en las atrocidades.
- Varias disposiciones de amnistías condicionales tales como las de Suráfrica, Burundi y Algeria han incluido a las Fuerzas Militares.
- En el Perú una de las labores más importantes de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación fue analizar la responsabilidad de la Fuerza Pública en las violaciones a los derechos humanos. Por ello, dentro de las recomendaciones más importantes de la Comisión se incluyó la del “afianzamiento de la autoridad democrática y de instituciones democráticas, incluidas la reforma de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, y los servicios de inteligencia para asegurar un liderazgo civil y democrático de las tareas de defensa nacional y seguridad interna”.
- En Timor Oriental las personas consideradas “menos responsables” de las violaciones, incluidas las FFMM, podían participar de otros mecanismos.
- Una comisión *ad hoc* en El Salvador, en el marco del proceso de paz, revisó los documentos relativos a violaciones a derechos humanos por parte de las Fuerzas Miliars y por medio de un documento confidencial dirigido al Presidente y al Secretario General de las Naciones Unidas recomendó la remoción de más de 100 miembros de las Fuerzas Militares por su involucramiento en abusos en el pasado.²⁵
- En República Checa, Lituania, Alemania, Francia, Italia, Grecia, y Bosnia, las purgas administrativas han removido de sus cargos y posiciones del sector público e incluso del sector privado, a miles de agentes del Estado que estaban asociadas con los crímenes del pasado después de procesos llevados a cabo a través de mecanismos no judiciales de investigación y sanción en marcos de justicia transicional.

b. El tratamiento *diferenciado* para cada una de las partes del conflicto garantizará el debido balance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia

Tal como lo afirma el proyecto de acto legislativo, el tratamiento que se debe dar a las distintas partes del conflicto armado en el marco de los instrumentos de justicia transicional debe ser *diferenciado*. Este tratamiento diferenciado se justifica no sólo en la distinta naturaleza de cada uno de las partes del conflicto,

²⁴ Segunda categoría: Asesinos, tentativa de homicidio y otros ataques sin intención de matar/Tercera categoría: Ofensas contra la propiedad. Pueden ser objeto de contrato de transacción para no ser juzgados.

²⁵ En Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996., pg. 140.

sino también en las distintas obligaciones internacionales que tiene Colombia respecto de cada uno de los actores.

Autorizar constitucionalmente que ese tratamiento sea *diferenciado* permite garantizar que en distintos momentos socio-políticos, y atendiendo a los distintos tipos de obligaciones del Estado colombiano, la solución jurídica para cada una de las partes sea distinta. Por ejemplo, las leyes de *auto-amnistía* son contrarias al derecho internacional²⁶. El proyecto de acto legislativo no otorga beneficios inmediatos ni pretende que a futuro se otorgue una auto-amnistía a los agentes estatales. Por el contrario, el tratamiento diferenciado para las partes en el conflicto no sólo permite sino que exige (en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad), proscribir la posibilidad de estas *auto-amnistías*. Sin embargo, no existe una prohibición internacional de dar otros beneficios jurídicos a los agentes estatales en marcos de justicia transicional. Es a estos *otros* beneficios, los cuales serán discutidos en su momento y definidos por el legislador, a los que estaría apuntando el acto legislativo.

Adicionalmente, la responsabilidad de los agentes estatales es indudablemente mayor que la de los grupos armados al margen de la ley por la función constitucional que les ha sido encomendada. La Corte Constitucional de Colombia ha afirmado por ejemplo que:

“tratándose de los miembros de la fuerza (...) en razón a las especiales funciones que le han sido asignadas, relacionadas con la defensa de la soberanía y el orden constitucional, el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica, los artículos 217 y 218 Superiores facultan al legislador para establecer un régimen disciplinario especial (...)

... se justifica por la particular actividad que les compete desarrollar en favor de la conservación del Estado de Derecho y que en ningún caso se identifican con las asignadas a las otras entidades del Estado...

Es que lo que en verdad diferencia los estatutos disciplinarios de las fuerzas militares y de la policía nacional frente a los demás regímenes de esta clase, es la descripción de las faltas en que pueden incurrir sus miembros y las sanciones que se les pueden imponer, precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal.²⁷” (Subrayas fuera de texto)

El tratamiento diferenciado permitirá que los beneficios y medidas de justicia transicional atiendan a estos criterios de mayor responsabilidad. Ahora, como se ha insistido, estas medidas no tienen un carácter inmediato sino que deberán ser debatidas y especificadas en su momento por el legislador.

Por último, el marco jurídico diseñado por el acto legislativo garantiza que no se iguale a los agentes estatales con los grupos armados organizados al margen de la ley. Se trata de diseñar mecanismos propios para cada una de las partes en el conflicto y que respeten las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia.

c. La selección positiva de los máximos responsables para su persecución penal y la consecuente renuncia a la persecución penal de los no seleccionados

Los instrumentos de justicia transicional, en particular aquellos dirigidos hacia la persecución penal, deben concentrar esfuerzos y recursos en la persecución de “los más responsables” de la comisión de graves crímenes, según los criterios que el legislador determine en su momento.

Como ya se expuso en esta ponencia, actualmente existe consenso entre los doctrinantes internacionales sobre que en contextos de justicia transicional no es posible investigar y juzgar todos y cada uno de los hechos que ocurrieron en un conflicto armado, ni sancionar a todas y cada una de las personas que participaron en éste. La investigación caso por caso, antes que garantizar justicia, podría generar una situación de impunidad: ya sabemos que es materialmente imposible juzgar todos y cada uno de los hechos confesados en el marco del proceso de justicia y paz. Pero más grave aún, la *atomización* de las

²⁶ Ver por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Caso Barrios Altos Vs Perú; Caso De la Masacre de las Dos Erres; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha concluido en casos relativos a Argentina²⁶, Chile²⁶, El Salvador²⁶, Haití²⁶, Perú²⁶ y Uruguay²⁶ la contrariedad de las leyes de *auto-amnistía* con el derecho internacional.

²⁷ Sentencia C-796 DE 2004, Corte Constitucional. (Cita sentencias C-310 de 1997 y C-088 de 1997)

investigaciones que resulta del esfuerzo caso por caso, conlleva un mayor y más grave tipo de impunidad: la de los principales responsables.

El enfoque investigativo actual, caso por caso y de hechos aislados, no permite a la Fiscalía General de la Nación esclarecer patrones y contextos regionales de la operación de los distintos actores del conflicto, como es usual en las investigaciones de justicia transicional. Para cambiar ese enfoque es necesario concentrar esfuerzos y recursos en los casos de los “más responsables” y esclarecer el sistema de macro-criminalidad en el que ocurrieron –como es la práctica internacional–. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos tales como el de *Manuel Cepeda c. Colombia* ha afirmado que las violaciones sistemáticas deben ser investigadas tomando en cuenta el contexto y con una estrategia que permita develar las estructurales criminales detrás de los crímenes²⁸.

Las interpretaciones radicales del principio de legalidad en estos contextos conducen a mayor impunidad, en tanto los recursos sólo son suficientes para investigar a unos cuantos, sin tener en cuenta la importancia de esos casos para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. En este sentido, aplicar criterios de selección y priorización contribuye tanto al esclarecimiento de los motivos, contextos y patrones, como a garantizar la no repetición, en tanto es posible dedicar esfuerzos y recursos para atender la criminalidad del presente y disuadir la del futuro.

Como lo ha afirmado el Secretario General de Naciones Unidas “[a] la postre, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción.”²⁹

El esclarecimiento de los patrones y sistemas de violaciones masivas permitirá a su vez mejorar de manera significativa la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad: se sabrá quiénes fueron los verdaderos responsables. Como lo afirma la “Estrategia de Persecución de la Corte Penal Internacional”, la selección de casos “proporciona una muestra que es un reflejo de los incidentes más graves y de los principales tipos de victimización”. En el mismo sentido el ICTJ ha afirmado que una “cuidadosa selección de algunos casos puede ayudar a generar el impulso necesario al alimentar el debate público y el conocimiento de cómo estos espacios se conectan y la dirección que deben tomar las reformas”³⁰. Es el legislativo el que determinará cuáles son los criterios de selección, pero será la Fiscalía la que en ejercicio de la acción penal decidirá sobre la aplicación o no de los criterios de selección positiva a un caso en concreto, y por lo tanto sobre la posibilidad de renunciar a la acción penal en los casos no seleccionados.

A su vez, las estrategias de selección pretenden contribuir de manera efectiva a la protección de la justicia como valor, en tanto se de paso al esclarecimiento judicial efectivo de quienes ostentan la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos. Así, las medidas incorporadas en este acto legislativo, como ya se ha afirmado, son estrategias de lucha contra la impunidad. Las lecciones aprendidas del proceso de justicia y paz, y de los distintos marcos jurídicos utilizados para resolver la situación jurídica de los menos responsables, nos permiten concluir que si no implementamos medidas para priorizar y seleccionar los casos de los más responsables y creamos mecanismos no judiciales que permitan esclarecer el contexto general de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado, estaremos cada vez más cerca a la impunidad. El esclarecimiento de los casos de los más responsables contribuye a satisfacer de manera más efectiva el derecho de todas las víctimas a la verdad. Es cierto que un gran número de víctimas no conocerán quién perpetuó directamente el crimen en contra de su familiar, pero podrán entender por qué sucedió, quién lo planeó, cuál fue la estructura detrás de esos crímenes, y en el marco de qué contexto y patrón de victimización. En cualquier caso, independientemente de qué casos sean priorizados y seleccionados, serán satisfechos los derechos de todas las víctimas a través de estrategias integrales.

Ahora bien, aunque la reforma a la Ley de Justicia y Paz que cursa en el Congreso de la República contempla la posibilidad de priorización de casos; esta priorización – sin selección (es decir sin aplicar la cesación de la

²⁸ Ver Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 101.

²⁹ Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, “El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe al Secretario General.” S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

³⁰ http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/%7B1ed88247-585f-de11-bd80-001cc477ec70%7D.pdf

acción penal) - no es suficiente. Como ya se expuso en el segundo capítulo de esta ponencia, sin cesación de la acción penal de los casos no priorizados, las víctimas de los casos no priorizados se aferrarán a que su caso individual sea resuelto y se establezca el directo responsable, en vez de hacerse parte en el proceso del más responsable, donde aunque no se esclarecerá quién cometió el crimen en particular, sí se determinará por qué y bajo las órdenes de quién. Si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad.

Por otra parte, la priorización sin selección implica que algunas víctimas tendrán el papel de *testigos perpetuos* en la medida en que los juicios no podrán ser adelantados en plazos razonables. Como lo afirman algunos autores “la multiplicación de juicios conlleva una re-victimización de las personas que sufrieron los hechos y que ahora son convocadas como testigos. En cada uno de estos juicios, aún en los pequeños, hay que probar no sólo el hecho puntual que se juzga, sino el sistema de represión y la actuación del acusado dentro de él. La principal prueba en estos juicios es el testimonio de los sobrevivientes. Muchas de estas personas ya fueron convocadas a declarar en múltiples ocasiones y no es posible condenarlas a ese papel de testigos perpetuos, en el que tienen que narrar una y otra vez sus traumáticas experiencias”³¹.

Resulta importante aclarar que en la medida en que todos los casos no priorizados estarán sometidos a procesos no judiciales de investigación y sanción, no se trata de indultos y amnistías. No es una amnistía porque habrá una investigación, y no es un indulto porque habrá una sanción.

Finalmente, las experiencias internacionales demuestran que incluso ante contextos de violencia masiva, los procesos de justicia transicional exitosos se concentran en la judicialización de los casos que impliquen a los más responsables y esclarezcan los hechos más atroces. Así:

- El Gobierno de Guatemala suscribió en 2006 el “Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG)”. Una de las estrategias centrales de este acuerdo fue la selección de casos para la persecución penal. Esta política se concentró en “la selección de casos complejos y paradigmáticos, capaces de ser modelos ejemplificativos del potencial y capacidad del sistema de justicia guatemalteco, que sin duda se encuentra bloqueado y sobrecargado por los elevados y crecientes índices de criminalidad que no generan ningún efecto disuasorio y que contribuyen a la pérdida de confianza de la población guatemalteca en sus instituciones en un círculo vicioso de impunidad”³².
- En el acuerdo suscrito entre Naciones Unidas y Sierra Leona para la creación de una jurisdicción mixta, nacional e internacional se estableció con claridad un criterio de selección. Así, las investigaciones se concentraron en aquellos más responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario y a la ley de Sierra Leona. Este criterio de selección se estableció por recomendación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas³³.
- En Bosnia, como lo afirma la doctrina más autorizada “los análisis preliminares sugieren que en resumidas cuentas los casos de crímenes internacionales centrales que tienen que ser tramitados (...) involucran entre 10.000 y 13.000 sospechosos. Frente a tal escenario la necesidad de criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales se ha convertido en una de las principales preocupaciones”³⁴. Esta experiencia, “es relevante, no sólo porque ByH es quizás la primera jurisdicción territorial donde el tema de la selección y asignación de prioridad de casos ha sido explícitamente afrontado, sino también porque se ha avanzado sustancialmente en la formulación y justificación de los criterios, de manera tal que constituye un precedente de gran importancia para otras jurisdicciones territoriales”³⁵.

³¹ Pablo F. Parenti e Iván Polanco, Argentina, En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág. 170

³² Carlos Castresana Fernández, Renata Delgado-Schenk, María José Ortiz y Thomas Pastor, La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala; En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág. 188

³³ Así lo recomendó la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

³⁴ Morten Bergsmo y María Paula Saffón, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág. 35

³⁵ Ibid, pág. 37

De ahí que la judicialización de los 54,000 desmovilizados, e incluso de los 4,800 postulados a la Ley de Justicia y Paz no tenga ningún antecedente internacional.

d. El diseño y la implementación de mecanismos no judiciales de investigación y sanción

El proyecto de acto legislativo autoriza al legislador a diseñar instrumentos tanto judiciales como no judiciales de investigación y sanción para el logro de los fines de la justicia transicional. Esta posibilidad ya ha sido contemplada de manera expresa por el legislador en Colombia. En efecto, tal como lo afirma el artículo 8 de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas-:

ARTÍCULO 8o. JUSTICIA TRANSICIONAL. Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y **mecanismos judiciales o extrajudiciales** asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.
(Subrayas fuera de texto)

Los mecanismos no judiciales de investigación y sanción en contextos de justicia transicional resultan sumamente útiles para la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas; atienden las obligaciones internacionales de Colombia; y ya han sido utilizados en experiencias internacionales de justicia transicional y evaluados como instrumentos útiles en estos procesos. Por ello, la autorización constitucional al legislador para el diseño de estos mecanismos permitirá que la estrategia de justicia transicional sea completa e integral.

La creación de mecanismos no judiciales para los menos responsables, y en las situaciones que defina el propio legislador, permitirá no sólo resolver la situación jurídica de los desmovilizados que confiaron en el Estado, sino concentrar los esfuerzos y recursos de judicialización en los más responsables e incentivar procesos de contribución definitiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas.

En primer lugar, estos mecanismos apuntan hacia el esclarecimiento pleno de la verdad – especialmente el esclarecimiento pleno de patrones y contextos–. En efecto, la creación de mecanismos no judiciales permitirá que quienes participen de estos mecanismos tengan un incentivo para contribuir efectivamente a la verdad, sin temor a ser judicializados. En contextos de violencia masiva, los grandes contextos de verdad responden típicamente a procesos no judiciales; que en vez de probar cada hecho, esclarecen contextos amplios y buscan explicar las causas mismas del conflicto armado interno.

En segundo lugar, estos mecanismos contribuyen a la reparación de las víctimas, tomando en consideración que el derecho a la verdad y a la justicia como valor, hacen parte de un concepto más amplio de reparación. Tal como lo afirma el Secretario General de las Naciones Unidas, es preciso incorporar otro tipo de mecanismos complementarios “a fin de superar las limitaciones inherentes a la justicia penal, es decir, hacer lo que los tribunales no pueden hacer o no hacen bien, en especial ayudar a satisfacer la natural necesidad de los familiares de las víctimas de averiguar el paradero de sus seres queridos y aclarar la suerte que han corrido; asegurar que las víctimas y sus familiares sean resarcidos por el daño que han sufrido; atender la necesidad de elaborar un documento histórico exhaustivo que explique lo sucedido durante el periodo del conflicto y los motivos; promover la reconciliación nacional y fomentar el surgimiento de fuerzas moderadas; y velar por que se elimine de los sectores de la justicia y la seguridad a los que puedan haber consentido tácitamente en las violaciones de los derechos humanos o que hubiesen instigado y coadyuvado a la represión”³⁶. Así, todos estos componentes que hacen parte en conjunto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, pueden complementariamente satisfacerse a través de mecanismos no judiciales.

Por último, los mecanismos no judiciales pueden contribuir a las garantías de no repetición. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose a la Ley 1424 de 2010 “el propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su

³⁶ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o hayan sufrido conflictos. Informe del Secretario General, 3 de agosto de 2004. S/2004/616. Párr. 47.

función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes.³⁷ Así mismo, como lo han afirmado varios autores, la satisfacción del derecho a la verdad puede contribuir a la prevención general de la comisión de crímenes internacionales.³⁸

Ahora bien, la doctrina internacional ya ha confirmado que “el Derecho Internacional no requiere la persecución de *todos* los individuos involucrados en las atrocidades”³⁹ en marcos de justicia transicional. Así, correlativamente puede afirmarse que el Derecho Internacional no prohíbe que los deberes de investigar y sancionar se garanticen por medio de instrumentos no judiciales.

La ausencia de una obligación internacional de esta naturaleza tiene su fundamento en tres circunstancias. Primero, tal como lo afirma la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “con el fin de cerrar la brecha de impunidad, las iniciativas de enjuiciamiento habrán de entablar relaciones constructivas con otros mecanismos de la justicia de transición. Se acepta en general que las violaciones masivas de los derechos humanos exigen una respuesta compleja e integrada que abarca diversos mecanismos complementarios (...)” (Subrayas fuera de texto)

Segundo, que en un caso como el de Colombia es imposible humana y técnicamente investigar a todos los autores y todas las conductas. Esta posición de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha sido apoyada por varios autores quienes afirman que en Colombia es “imposible humana y técnicamente investigar todos los autores y todas las conductas”⁴⁰. Finalmente, la persecución penal de todos y cada uno de los individuos que hayan participado en las atrocidades generaría una “desestabilización política y división social”⁴¹.

Como se mencionó líneas arriba, no existe tampoco una prohibición ni convencional ni jurisprudencial de diseñar mecanismos no judiciales de investigación y sanción. Teniendo en cuenta lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano puede diseñar instrumentos no judiciales de investigación y sanción que además sean idóneos para el goce pleno de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Una autorización desde el más alto nivel constitucional permitirá que el diseño de estos mecanismos tenga el marco adecuado y sea interpretado dentro de una estrategia más amplia y coherente de justicia transicional.

Algunas de las ventajas de los mecanismos no judiciales de investigación y sanción que han sido señaladas por las doctrinas internacionales, incluyen las siguientes:

- Hacen más plausible el procesamiento de un mayor número de casos⁴²;
- Pueden generar mayor confianza de los miembros de la sociedad en las instituciones y en el nuevo orden⁴³;
- La información recogida en los mecanismos no judiciales puede contribuir a la verdad⁴⁴;
- La participación de la sociedad civil puede ser más efectiva en los mecanismos no judiciales, tomando en consideración que tienen metodologías menos formales que los mecanismos judiciales⁴⁵; y
- Los mecanismos no judiciales pueden contribuir con mayor facilidad a esclarecer patrones de comportamiento y sugerir reformas institucionales para prevenir futuros crímenes⁴⁶.

³⁷ Corte Constitucional. Comunicado No. 41. Octubre 14 de 2011.

³⁸ DeGuzman, Margaret McAuliffe, The Road from Rome: The developing Law of Crimes Against Humanity, Human Rights Quarterly, Volume 22, Numer 2, May 2000, Pág. 341

³⁹ Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996.

⁴⁰ Andreas Forer y Claudia López, en Kai Ambos, Coordinador. Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Profis, Giz, 2011.

⁴¹ Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. Pg. 138-139

⁴² Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. pg. 140

⁴³ Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. pg. 140

⁴⁴ Simonovic, Ivan. Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses. 2 J. Int'l Crim. Just. 701 2004. Pág. 703

⁴⁵ Simonovic, Ivan. Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses. 2 J. Int'l Crim. Just. 701 2004. Pág. 703

⁴⁶ Simonovic, Ivan. Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses. 2 J. Int'l Crim. Just. 701 2004. Pág. 703

Aunque será el legislador colombiano el que tomará la decisión, en un contexto histórico-político particular de diseñar los componentes que permitan garantizar verdaderos estándares de investigación y sanción a través de mecanismos no judiciales, es importante aclarar que este tipo de mecanismos ya han sido utilizados en diversas experiencias internacionales. Así por ejemplo:

- En Timor Oriental, el *Community Reconciliation Process* funcionó en la práctica como un mecanismo no judicial de investigación y sanción. Estos procedimientos se llevaban a cabo en las comunidades, mediante la confesión de los victimarios ante la comunidad, la renuncia expresa de estos victimarios a continuar con la violencia y las muestras de humildad y arrepentimiento en audiencias públicas frente a las comunidades. Luego de este proceso, los victimarios a su vez se comprometían a realizar trabajo comunitario, compensar a las víctimas y otras sanciones no judiciales que les permitían reintegrarse a las comunidades.
- En Ruanda se establecieron las *Gacaca Courts* como mecanismos no penales, consistentes en sistemas tradicionales de resolución de conflictos. Aunque el resultado en algunas ocasiones sí es la prisión, se conmuta la mitad de la pena por trabajo comunitario y las decisiones se toman en procesos que no tienen un carácter propiamente judicial. La misión de estas Cortes, según las disposiciones que las diseñaron es alcanzar verdad, justicia y reparación a través de procesos menos costosos y más ágiles, con el fin de alcanzar reconciliación comunitaria. Algunas de las sanciones no judiciales incluyen las de:
 - Labrar los campos de las víctimas;
 - Donar trabajo comunitario de diversa índole a las comunidades;
 - Obligar a los miembros de la familia de los perpetradores a ayudar a las familias de las víctimas que están sufriendo;
 - Construir carreteras;
 - Renovar casas parcialmente destruidas durante el genocidio;
 - Compensaciones;
 - Indemnizaciones por pérdida de propiedad, y
 - Pérdida de los derechos civiles.
- En República Checa, Lituania, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Bosnia y El Salvador, las purgas administrativas, como medidas complementarias de justicia transicional, han removido de sus cargos y posiciones del sector público e incluso del sector privado, a miles personas que estaban asociadas con los crímenes del pasado después de procesos llevados a cabo a través de mecanismos que en la práctica funcionaron como mecanismos no judiciales de investigación y sanción.

5. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

En el debate del Proyecto de Acto Legislativo en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se introdujeron los siguientes cambios:

Frente al primer inciso del artículo 1 del proyecto, se modificó la redacción, estableciendo que los instrumentos de justicia transicional “buscarán la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y la reintegración efectiva de los desmovilizados. La Ley podrá autorizar un tratamiento diferenciado para cada una de las distintas partes que hayan participado en las hostilidades”. Lo anterior, con el fin resaltar la importancia de los derechos de las víctimas en el marco de la aplicación de los instrumentos de justicia transicional.

En relación con el cuarto inciso del artículo 1 del proyecto, se eliminó la expresión “sin perjuicio de la investigación y sanción mediante mecanismos no judiciales cuando el legislador así lo determine” puesto que la utilización de mecanismos no judiciales para el esclarecimiento de la verdad y de los contextos de violencia así como la reparación de las víctimas se debe hacer independientemente de que la investigación y sanción sea por mecanismos judiciales o no judiciales.

Se introdujo un quinto inciso al artículo en el cual se señala que “Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y en ningún caso podrán aplicarse a los miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley que no hayan suscrito un acuerdo de paz con el gobierno nacional”. Lo anterior como manera de reasegurar que los instrumentos de justicia transicional a los que hace referencia el acto no pueden ser utilizados indiscriminada y discrecionalmente sino exclusivamente con aquellos que han celebrado acuerdos de paz con el gobierno nacional.

Frente al artículo 2 del proyecto de acto, relacionado con la modificación del artículo 122 de la Constitución Política, se propuso no votarlo pero mantener la posibilidad de discutirlo y reconsiderarlo en futuros debates. Algunos representantes afirmaron que la modificación del artículo 122 es “aberrante” porque es la habilitación de participar en política para los grandes criminales del país y que no es posible dar este tipo de beneficios a quienes son los mayores responsables de la violencia en el país. Por otro lado, algunos representantes manifestaron su acuerdo con la modificación al artículo 122, en tanto es necesario darle una vocería política a algunos de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que hagan parte de un proceso de paz con el Gobierno, en el marco de las condiciones que decida el legislador, y que mediante la modificación que se propone no se está otorgando un beneficio de forma ilimitada sino que el Congreso conserva la facultad de decisión al respecto.

Por su parte, en el segundo debate del proyecto de acto legislativo que tuvo lugar en la Plenaria de la Cámara de Representantes no se modificó el texto aprobado en primer debate.

6. AUDIENCIA PÚBLICA

El jueves 24 de noviembre de 2011 se llevó a cabo una audiencia pública en la Comisión Primera de Senado sobre el proyecto de acto legislativo que se presenta para tercer debate. Esta audiencia contó con la participación de representantes de la academia y organizaciones de la sociedad civil.

En primer lugar se pronunció el Director de la Comisión Colombiana de Juristas, Dr. Gustavo Gallón, quien celebró el hecho de crear iniciativas para la paz y reconoció que los actuales miembros de grupos armados al margen de la ley no van a aceptar pasar tiempo en la cárcel. Sin embargo, el Dr. Gallón presentó algunas observaciones al proyecto. En particular advirtió que la selección es inadmisibles pues, según él, desconoce diversos principios de DIH y DDHH en materia de indultos y amnistías, ya que permitiría la renuncia a la persecución penal de graves crímenes. Así mismo hizo referencia a la sentencia C-370 de 2005 de la Corte Constitucional según la cual el derecho a la justicia no se puede sacrificar en aras de la paz, lo que es posible es reducir la sanción penal pero siempre que se logre conseguir la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. Según el Dr. Gallón, el acto abriría la puerta para que la Corte Penal Internacional pueda intervenir en aquellos casos no seleccionados. Por otro lado manifestó su preocupación sobre la posibilidad de que de no hacerse la paz, las medidas incluidas dentro del proyecto terminen beneficiando a los desmovilizados de los grupos paramilitares, generando una situación de mayor impunidad. Finalmente, expresó que es importante considerar los DDHH como una guía más que como un obstáculo y que para que un acuerdo de Paz sea “genuino” se requiere construir relaciones de confianza con la sociedad.

En segundo lugar intervino el Dr. Juan Carlos Palau de la Fundación Ideas para la Paz, quien defendió la iniciativa del Acto Legislativo. Propuso retomar la discusión del artículo 122 propuesto el proyecto radicado para primer debate. Según el Dr. Palau, se trata de una medida necesaria para desarrollar una posibilidad real de reintegración de los desmovilizados, que les permita construir una identidad colectiva que puede llevar de manera más directa a la garantía de no repetición. Por otra parte manifestó su apoyo a los procesos de selección de casos dada la evidente imposibilidad fáctica de investigar la totalidad de los crímenes ocurridos en el marco del conflicto armado, y agregó que estos procesos deberán contar con criterios claros y abiertos. Finalmente concluyó que deberá ser la negociación la que dé ese toque “genuino” que todos buscamos al proceso de paz, pero reconoció que para ello es necesario contar con un marco jurídico que permita que se desarrollen estas negociaciones.

En tercer lugar intervino el Dr. Iván Orozco, Profesor del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes, quien intervino a título personal manifestando su apoyo al proyecto de acto legislativo. Según el Dr. Orozco, el discurso y práctica de derechos humanos en efecto se ha venido convirtiendo de alguna manera en un obstáculo para la paz, desconociendo las particularidades de las situaciones de guerra. El tema de la transición y la justicia transicional se ha centrado, por su parte, en la idea de un paso de la dictadura a la democracia, lo que ha dejado muchos vacíos conceptuales sobre cómo lidiar con las transiciones de la guerra a la paz. Señaló que los Principios de Chicago revelan que la proporción de casos de amnistía e indulto se acerca cada vez más al de la justicia punitiva, y son considerados más como un complemento que como una negación de la justicia. De otra parte manifestó que es importante que el marco jurídico para la negociación se cree en frío y no cuando las negociaciones están en caliente. Para el Dr. Orozco, es necesario que los marcos jurídicos para la paz se piensen más desde el ámbito político, y menos desde el ámbito judicial. Sugirió incluir

dentro del articulado la referencia explícita a la posibilidad de renunciar a la persecución penal de algunos crímenes de lesa humanidad, como medida necesaria para empezar a posicionar lo que implica hacer una transición de la guerra a la paz.

En cuarto lugar intervino el Dr. Farid Benavides del Centro Internacional para la Justicia Transicional, quien explicó que el ICTJ considera que esta iniciativa supone un avance muy importante. Sin embargo, advirtió que debe tenerse en cuenta que el desarme, la desmovilización y la reintegración no garantizan por sí solos el fin del conflicto y que hay límites en relación con aquello que el Estado puede y no puede hacer. De otra parte, manifestó que aplauden la inclusión de mecanismos no judiciales ya que en Colombia la justicia transicional se ha concentrado demasiado en la rama judicial. Por esta razón sugirió que los mecanismos no judiciales deberían aparecer explícitamente en el acto como mecanismos “complementarios”, ya que de lo contrario podrían ser inconstitucionales. En particular, explicó que el Estado no puede satisfacer los derechos de las víctimas completamente sin justicia penal. Agregó que es importante no caer en la paradoja de la defensa de los victimarios sin incluir los derechos de las víctimas, por lo que el ICTJ envió un proyecto de articulado en el que las víctimas se incluyen de manera explícita. Adicionalmente, mencionó que para el ICTJ es importante que se precisen los términos en los que se haría la selección de los casos y que se hable de los “máximos” responsables, de tal manera que se incluya a quienes contribuyeron desde altas esferas del poder o mediante apoyo económico.

En cuarto lugar intervino la representante del Observatorio de Desarme, Desmovilización y Reintegración de la Universidad Nacional, quien plantó un análisis abstracto del concepto de paz, según el cual más que un punto de llegada se trata de un proceso complejo.

En quinto lugar intervino la Dra. Claudia Medina, representante del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax. Según la Dra. Medina para CITpax es claro que en Colombia la posición maximalista se ha venido consolidando fuertemente, que el escenario actual está demasiado judicializado, y que los instrumentos vigentes se han concentrado más en los derechos de las víctimas y menos en la terminación del conflicto. Sin embargo, advirtió que estos problemas no justifican que el marco constitucional sea utilizado para buscar ese equilibrio, ya que la Constitución debe ser incorporar ambas agendas. Por eso la Dr. Medina manifestó que CITpax no comparte la mirada bajo la cual la paz es el fin de la justicia transicional, ya que a su juicio se trataría de una finalidad restrictiva. Según ella, la justicia transicional contribuye a una mirada de paz de largo aliento pero ese no es su fin, por lo cual propuso que el acto legislativo se articule con la definición que plantea la Ley de Víctimas sobre lo que es la justicia transicional y con lo que planteó la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2005, según la cual debe hacerse un ejercicio de ponderación. Según CITpax, si bien este gobierno ha demostrado la importancia que tiene para su agenda los derechos de las víctimas, el marco dejaría un escenario riesgoso a futuro para otros gobiernos que no tengan como agenda la protección de las víctimas. Por otra parte la Dr. Medina se refirió al tema de la selección. Señaló que si bien comparten el diagnóstico actual sobre las cifras de justicia y paz y sobre la necesidad de establecer mecanismos no judiciales adicionales, el proyecto de acto legislativo no es claro al momento de explicar a qué se refiere con selección de casos y si lo que se propone es hacer una amnistía o indulto para los no seleccionados. Según ella, el proyecto no es claro sobre cómo se manejaría la estrategia de persecución penal de crímenes, ni qué posición tendrían los crímenes de lesa humanidad y el concierto para delinquir de acuerdo a lo establecido por la actual jurisprudencia de la Corte Suprema. Finalmente, el CITpax invitó a los congresistas a reflexionar sobre cómo lograr que las investigaciones giren en torno al esclarecimiento de los crímenes cometidos con participación de múltiples actores, en vez de alrededor de la persona individualmente investigada.

En sexto lugar intervino el Dr. Francisco Galán, ex vocero del ELN, quien planteó que nos encontramos al final de un conflicto armado que tiene dos caminos: o se termina o se recicla. Según él, el modelo de mesa de negociación se agotó, por lo que hay que construir una oferta digna para terminar el conflicto. Esta oferta, según él, debería contener: a) una propuesta de orden jurídico en donde se aclare qué tipo de justicia se va a aplicar pues quienes no se han desmovilizado preferirían 30 años en la selva que en la cárcel; b) una propuesta de favorabilidad política que indique cómo se participaría políticamente en el proceso de democratización del país; y c) una propuesta de territorialidad que establezca dónde están ubicadas las guerrillas y cómo abarcar lo que se decide en esos territorios.

Finalmente intervino el Dr. Camilo González Polo, Director de Indepaz, quien señaló que es necesario revisar cuál es el objetivo estratégico al que le apuesta la reforma. Planteó que son necesarios dos momentos, uno de solución política en el que participen mediante un pacto las fuerzas civiles y otro de solución negociada

que compromete a los negociadores. Según él, es la solución política del conflicto la que le da sentido a las medidas de transición, ya que su ámbito de aplicación es el post-conflicto. Por otra parte advirtió que no se trata únicamente de grupos alzados en armas y que deben existir medidas para los militares. Adicionalmente manifestó que la solución del conflicto armado abarca también aspectos de la economía y de las relaciones de poder. Al respecto propuso que en las partes del articulado en las que se habla de “garantizar la seguridad” se hable mejor de “garantizar los derechos humanos” y más que satisfacer los derechos de las víctimas, se hable de satisfacer los derechos de la sociedad. De otra parte, propuso reintroducir lo planteado en el antiguo artículo 2 del acto legislativo, sobre la modificación al artículo 122 de la Constitución, con el fin de autorizar la participación política de quienes dejen las armas.

Luego de haber escuchado las distintas observaciones de la sociedad civil, el Alto Asesor para la Seguridad Nacional manifestó a nombre del Gobierno que el propósito es lograr el mayor consenso posible sobre el tema, puesto que es mucho mejor hacer esto ahora que el ambiente está calmado y se puede hacer un ejercicio democrático. Si bien el Gobierno piensa que el acto es crítico para el momento que atraviesa Colombia no tiene tampoco un fetichismo jurídico y piensa que debe hacer parte de una estrategia integral. Según el Alto Asesor, es cierto que se ha desarrollado muchísima doctrina en materia de justicia transicional y se han venido consolidando los derechos de las víctimas pero también lo es que se reconoce que todas estas actividades se tienen que aterrizar a este complejo contexto compuesto por un Estado de Derecho y cuarenta años ininterrumpidos de graves violaciones. Por eso, según él, el reto en Colombia es más grande pues es necesario que todas estas medidas entren a funcionar cuando aún no ha terminado el conflicto, por lo que existe una obligación generalizada de pensar qué significa la justicia transicional para el caso de Colombia, un ejercicio de saber leer las lecciones aprendidas e introducir elementos que equilibren las distintas necesidades.

7. PLIEGO MODIFICATORIO

Teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las distintas organizaciones de la sociedad civil en la audiencia pública llevada a cabo el 24 de noviembre de 2010, así como las principales preocupaciones planteadas por algunos Representantes a la Cámara durante el segundo debate de este proyecto, me permito presentar los contenidos del pliego modificatorio.

a. Los distintos fines de la justicia transicional

El primer inciso del artículo 1 primero del proyecto de acto legislativo tiene como objetivo principal definir los fines de la justicia transicional en Colombia. Así, el articulado establece que “los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz establece y duradera (...)”. Sin embargo, con razón varias organizaciones de la sociedad civil advirtieron que era necesario darle a la satisfacción de los derechos de las víctimas un peso importante dentro de las finalidades de la justicia transicional. La paz, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, no puede convertirse en una especie de razón de Estado que permita la limitación de cualquier derecho o valor constitucional. Por eso el pliego modificatorio que se presenta en esta ponencia incluye que “en todo caso estos instrumentos garantizarán, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.”

Esta modificación responde también a lo que ya ha manifestado la Corte Constitucional en torno a los fines de la justicia transicional. Según ésta tanto la paz, como los derechos de las víctimas, la justicia como valor y la garantía de no repetición tienen que ser tenidos en cuenta en la ponderación de los instrumentos de justicia transicional, pero garantizando que la satisfacción de los derechos de las víctimas tenga como límite aquello que permite el logro de la paz. Según la propia Corte la justicia transicional es un “sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”.⁴⁷

Adicionalmente el pliego modificatorio incluye en el primer inciso las garantías de no repetición como una de las finalidades prevalentes de la justicia transicional. Este elemento venía estando presente en todas las

⁴⁷ C.Const., C-771/2011, N. Pinilla.

discusiones del proyecto pero no se había incorporado de manera textual dentro del articulado. Como se expuso en el primer capítulo de esta ponencia, en una transición como la colombiana, la no repetición es un elemento fundamental del éxito de la transición.

b. Relación entre los mecanismos judiciales y los no judiciales

El segundo inciso del artículo 1 del proyecto de acto legislativo busca autorizar la creación de mecanismos tanto judiciales como no judiciales para el logro de los fines de la justicia transicional. Sin embargo, es cierto que tal como había sido aprobado en segundo debate, el texto del inciso se concentraba de manera preponderante en los mecanismos que permiten garantizar la investigación y sanción, dejando de lado aquellos que permiten esclarecer la verdad y reparar a las víctimas. De ahí que el pliego modificatorio incluya una frase según la cual “en cualquier caso se aplicarán mecanismos complementarios de carácter no judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”.

La referencia a la complementariedad de estas medidas es importante ya que independientemente de que se utilicen mecanismos judiciales o no judiciales de investigación y sanción, siempre deben estar acompañados de mecanismos no judiciales para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. En este sentido, el proyecto de acto legislativo debe abarcar el diseño de instrumentos transicionales, especialmente no judiciales, más allá de aquellos que se refieren a la investigación y sanción, con el fin de cumplir con su objetivo de facilitar el fin del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera. De ello depende la integralidad y coherencia entre las distintas medidas de justicia transicional, y por consiguiente su contribución efectiva a la sostenibilidad de la paz y a la no repetición de los hechos violentos.

c. Aclaración sobre la aplicación de los criterios de selección

Los incisos tercero y el cuarto del proyecto aprobado en segundo debate hacían referencia a los criterios de priorización y selección, como elementos inherentes de los instrumentos de justicia transicional, y al procedimiento de renuncia a la persecución penal sobre la base de unos criterios de selección. Sin embargo, con razón varias organizaciones de la sociedad civil, así como Representantes a la Cámara, hicieron un llamado a que se aclarara si los criterios eran para seleccionar los casos que se investigarían penalmente o para seleccionar aquellos casos que no se perseguirían penalmente, y en todo caso, a la urgencia de definir en qué casos definitivamente no sería posible renunciar a la persecución penal. La lógica con la cual había sido redactado el texto original consistía en dejar al legislador la potestad de determinar esos criterios. Sin embargo, resulta apropiado aclarar que los criterios de selección deben ser usados para concentrarse en la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, permitiendo en consecuencia renunciar a la persecución penal de los casos no seleccionados.

Por eso el nuevo inciso tercero del pliego modificatorio incorpora los objetivos de los antiguos incisos tercero y cuarto, pero aclarando que los criterios de selección son para “centrar los esfuerzos de investigación penal en los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad” y que sólo es posible “autorizar la renuncia a la persecución penal de los casos no seleccionados.”

Ahora bien, resulta importante garantizar que sea el legislador el que determine quiénes serán considerados los “máximos responsables”, ya que no sólo no es un concepto que esté definido con claridad por el derecho internacional, sino que incluso puede variar de grupo a grupo, de acuerdo con la manera como se organizaron y planearon los crímenes. Como lo sugieren algunos autores, los máximos responsables pueden ser incluso mandos medios (no fácilmente reemplazables) que, además de recibir órdenes de sus comandantes, tenían poderes para dar ciertas órdenes a sus propios subordinados.⁴⁸

d. El universo de aplicación de los instrumentos de justicia transicional

El último inciso del artículo 1 del proyecto de acto legislativo tiene como fin delimitar la aplicación de los instrumentos de justicia transicional únicamente a los hechos relacionados con las partes en el conflicto y por lo tanto excluir del tratamiento de justicia transicional a la criminalidad ordinaria causada por la delincuencia común. La transición de conflicto a la paz delimita a los beneficiarios de medidas e instrumentos de justicia transicional, y no puede incluir a aquellos que comenten actos de delincuencia común puesto que esto significaría una justicia paralela a la ordinaria. Además de lo anterior, tal como se menciona en el proyecto de

⁴⁸ Kai Ambos “The Fujimori Judgment, Journal of International Criminal Justice (2011), pág. 151

acto legislativo, los instrumentos de justicia transicional son de carácter excepcional, y no deben extenderse indefinidamente en el tiempo, por tal razón es preciso que la criminalidad común, incluyendo aquella que subsiste como consecuencia de la desmovilización de grupos armados ilegales sea tratada con reglas ordinarias, para que la excepcionalidad no se perpetúe en el tiempo, y el fortalecimiento del Estado de Derecho sea una consecuencia real del proceso de transición.

Sin embargo, tal como había sido aprobado en segundo debate, el texto del acto legislativo excluía la desmovilización individual al establecer que los instrumentos de justicia transicional sólo podían aplicarse a quienes hubiesen suscrito un acuerdo de paz con el gobierno. Prohibir la desmovilización individual, como fue advertido en el debate en la plenaria de la Cámara de Representantes, supondría frenar el proceso de desarticulación de los grupos armados al margen de la Ley que ha probado ser sumamente exitoso. Entre 2002 y 2011 se han desmovilizado individualmente cerca de 17,000 miembros de las FARC. Así las cosas, no se puede supeditar el acceso a los instrumentos de justicia transicional a quienes se desmovilicen como consecuencia de un acuerdo de paz con el gobierno nacional, puesto que se estaría cerrando la puerta a los desmovilizados individuales y desincentivando este mecanismo de desmovilización.

Por eso el pliego modificatorio propone una redacción que al mismo tiempo garantiza la responsabilidad del gobierno nacional en la determinación de quiénes son sujetos de aplicación de los instrumentos de justicia transicional; mantiene abierta la puerta la desmovilización individual; y cierra definitivamente la posibilidad de que este tipo de mecanismos de justicia transicional sean aplicados a la delincuencia común.

8. RESUMEN DE CADA INCISO:

a. Inciso 1, artículo transitorio 66:

El primer inciso del artículo 1 del Acto Legislativo afirma que:

“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos. En todo caso estos instrumentos garantizarán, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. La Ley podrá autorizar un tratamiento diferenciado para cada una de las distintas partes que hayan participado en las hostilidades”.

Los objetivos de este inciso son:

- Constitucionalizar la justicia transicional y su finalidad (ver capítulo 1);
- Retomar la paz como centro de todos los instrumentos de justicia transicional (ver capítulo 1);
- Resaltar que los instrumentos de justicia transicional, al ser excepcionales, no harán parte de los instrumentos ordinarios del Estado, sino que se aplican únicamente en el marco de la estrategia de cierre de los capítulos del conflicto armado interno;
- Delimitar la aplicación de la justicia transicional a los hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado;
- Reiterar la importancia de satisfacer en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, manteniendo como eje central la búsqueda de la terminación del conflicto armado, la paz y la no repetición (ver capítulos 2 y 7A);
- Autorizar la creación a futuro de instrumentos de justicia transicional que incluyan a agentes del Estado, y permitir un trato diferenciado a las distintas partes del conflicto a los cuales se les aplican instrumentos de justicia transicional (ver capítulos 4A y 4B)

b. Inciso 2, artículo transitorio 66:

El segundo inciso del artículo 1 del Acto Legislativo afirma que:

“La Ley podrá diseñar instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o no judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción.

En cualquier caso se aplicarán mecanismos complementarios de carácter no judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”.

Los objetivos de este inciso son:

- Autorizar la creación de instrumentos de justicia transicional judiciales y no judiciales que permitan la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas (ver capítulos 2, 4D y 7B);
- Lograr el esclarecimiento pleno de patrones y contextos de macro-criminalidad (ver capítulos 2 y 4D);
- Crear incentivos para contribuir de manera definitiva a la verdad (ver capítulo 2);
- Evitar la impunidad (Ver capítulo 2);
- Facultar al legislador colombiano para que, en un contexto histórico-político particular, pueda crear tales mecanismos.

c. Inciso 3, artículo transitorio 66:

El tercer inciso del artículo 1 del Acto Legislativo afirma que:

“Los criterios de priorización y selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante Ley determinar los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; establecer los casos en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; y autorizar la renuncia a la persecución penal de los casos no seleccionados”.

Los objetivos de este inciso son:

- Facultar al legislador para que determine criterios de priorización y selección en materia de investigación penal (Ver capítulos 4C y 7C);
- Autorizar al legislador a renunciar a la persecución penal o suspender la ejecución de la pena de los casos que no sean seleccionados (Ver capítulos 4C y 7C); y
- Lograr que un gran número de víctimas puedan entender por qué sucedió, quién lo planeó, cuál fue la estructura detrás de esos crímenes, y en el marco de qué contexto y patrón de victimización. (Ver capítulo 2)

d. Inciso 4, artículo transitorio 66:

El cuarto inciso del artículo 1 del Acto Legislativo afirma que:

“La aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades se limitará a los miembros de aquellos grupos que hayan suscrito un acuerdo de paz y a quienes se hayan desmovilizado de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional. En ningún caso se podrá aplicar instrumentos de justicia transicional a la delincuencia común”.

Los objetivos de este inciso son:

- Delimitar el ámbito de aplicación de los instrumentos de justicia transicional a los miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley que hayan suscrito un acuerdo de paz con el gobierno nacional o se hayan desmovilizado de acuerdo con los procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional (Ver capítulos 4A y 7D); y
- Excluir la posibilidad de aplicar instrumentos de justicia transicional a la delincuencia común (Ver capítulo 7D)



9. PROPOSICIÓN

Por las anteriores consideraciones y con base en lo dispuesto por la Constitución Política y la Ley, propongo a los Honorables Senadores dar tercer debate al proyecto de Acto Legislativo No. 14 Senado – 94 Cámara.

Cordialmente,

ROY BARRERAS
Senador de la República

Texto propuesto para tercer debate del proyecto de acto legislativo 14 Senado – 94 Cámara

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 14 – SENADO / 94 CÁMARA de 2011

“POR MEDIO DEL CUAL SE ESTABLECEN INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así:

ARTÍCULO TRANSITORIO 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos. En todo caso estos instrumentos garantizarán, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. La Ley podrá autorizar un tratamiento diferenciado para cada una de las distintas partes que hayan participado en las hostilidades.

La Ley podrá diseñar instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o no judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos complementarios de carácter no judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Los criterios de priorización y selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante Ley determinar los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; establecer los casos en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; y autorizar la renuncia a la persecución judicial penal de los casos no seleccionados.

La aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades se limitará a los miembros de aquellos grupos que hayan suscrito un acuerdo de paz y a quienes se hayan desmovilizado de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional. En ningún caso se podrá aplicar instrumentos de justicia transicional a la delincuencia común.

Artículo 2. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

ROY BARRERAS

Senador de la República