

JUSTICIA TRANSICIONAL

P A Z Y P O S C O N F L I C T O



Justicia Transicional

Paz y Posconflicto

Corte Suprema de Justicia

José Leonidas Bustos Martínez
Presidente

Fernando Giraldo Gutiérrez
Vicepresidente

Sala de Casación Civil

Luis Armando Tolosa Villabona (Presidente)
Margarita Cabello Blanco
Álvaro Fernando García Restrepo
Fernando Giraldo Gutiérrez
Ariel E. Salazar Ramírez

Sala de Casación Laboral

Clara Cecilia Dueñas Quevedo (Presidenta)
Jorge Mauricio Burgos Ruiz
Rigoberto Echeverri Bueno
Luis Gabriel Miranda Buelvas
Gustavo Hernando López Algarra

Sala de Casación Penal

José Luis Barceló Camacho (Presidente)
José Leonidas Bustos Martínez
Fernando Alberto Castro Caballero
Eugenio Fernández Carlier
Gustavo Enrique Malo Fernández
Éyder Patiño Cabrera
Patricia Salazar Cuéllar
Luis Guillermo Salazar Otero

Dirección Editorial

José Leonidas Bustos Martínez

Edición

Germán Gómez Rojas

Oficina de Comunicación y Prensa

Germán Gómez Rojas
Pablo César Guevara
Claudia Patricia Fonseca Socha
Piedad Salamanca Ramírez

Diseño, diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Ilustración portada

Manuel José Pineda Céspedes

Bogotá, D. C., Colombia - noviembre 2015

Las afirmaciones y opiniones expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen los criterios ni el pensamiento institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Justicia Transicional

Paz y Posconflicto

Contenido

Presentación	11
Poder Judicial, Justicia Transicional y posconflicto	
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.....	15
Proceso de paz y justicia	
JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN	29
Mensaje de Su Santidad el Papa Francisco	
CARDENAL PIETRO PAROLIN	39
Cartagena de Indias, ciudad para la paz	
FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ.....	43
Los diálogos en La Habana	
HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA	49
El rol de la CIDH en el posconflicto y la democratización de los procesos en la región	
ROSEMARIE BELLE ANTOINE	61
Desafíos legales del pacto de paz	
LUIS MORENO OCAMPO.....	71
La experiencia americana en la aplicación de la Justicia Transicional	
DIEGO GARCÍA SAYÁN.....	79
La esencia de la transición colombiana	
SERGIO JARAMILLO CARO.....	87

JUSTICIA TRANSICIONAL PAZ Y POSCONFLICTO

Principios orientadores de los procesos de Justicia Transicional DAVID TOLBERT	101
El imperativo ético de preservación de la dignidad humana de todos los actores del conflicto armado y la vía jurídica que posibilita el perdón y la transición a la paz FRANCISCO DE ROUX RENGIFO S. J.	109
Los estándares de la Justicia Transicional dentro del marco legal de la Corte Penal Internacional EKATERINA TRENDAFILOVA	119
Estructuras de imputación penal y proceso de paz EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT	137
La construcción de la paz GENERAL (R) ÓSCAR ADOLFO NARANJO TRUJILLO.....	151
La Ley de Justicia y Paz: Un comienzo que marcó derroteros CARLOS FIDEL VILLAMIL RUIZ	159
Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de Justicia Transicional MANUEL E. VENTURA ROBLES	169
Fin del conflicto, justicia e impunidad FABRIZIO HOCHSCHILD	181
Complejidades de un proceso de paz HUMBERTO SIERRA PORTO.....	191

CONTENIDO

Dificultades de la Justicia Transicional para resolver un conflicto armado de larga duración ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ.....	205
Verdades innombrables: Las Comisiones de la Verdad en la experiencia internacional PRISCILLA B. HAYNER	215
Comisiones de la verdad: La experiencia sudafricana ROELF MEYER.....	227
El papel de la verdad y la justicia en los procesos de reconciliación ANA MARÍA FERNÁNDEZ DE SOTO	235
La experiencia de la Comisión de la Verdad del Perú, en perspectiva comparada EDUARDO GONZÁLEZ CUEVA.....	245
Delito político y anhelos de paz: Hacia una dogmática compatible con la justicia transicional JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.....	261

Presentación

Justicia para tiempos de paz

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Justicia para tiempos de paz

EN LA ACTUALIDAD COLOMBIA ATRAVIESA una coyuntura en donde luego de largos años de conflicto armado, el Gobierno nacional y la guerrilla de las Farc decidieron sentarse a dialogar con la pretensión de suscribir un acuerdo que ponga fin a las hostilidades armadas, con el propósito de construir los fundamentos políticos, económicos, sociales y jurídicos que permitan consolidar una paz sostenible, presupuesto indispensable en el objetivo de satisfacer las necesidades básicas de todos los colombianos. Esta, por supuesto, no será una tarea fácil, pero lograr la transición estable y duradera de una situación de conflicto armado a otra de convivencia pacífica, debe compensar las dificultades de todo orden que necesariamente han de presentarse durante la negociación e implementación del convenio.

Construir espacios adecuados para la paz también implica diseñar colectivamente un proyecto de nación que potencie los elementos que nos unen y debilite aquellos que nos dividen; el discurso de la paz no es exclusivamente político, la paz no es propiedad, ni responsabilidad de un partido, o de una ideología, o de un grupo armado, o del Gobierno. La paz es un derecho de los pueblos, un valor humano universal y fundamental; en este sentido, todos los asociados tenemos la responsabilidad de esforzarnos por contribuir al propósito de la paz.

A partir de reconocer que el paso de la guerra a la paz no se produce de forma inmediata y sin condicionamientos, sino que entre estos dos escenarios existe una inexorable fase intermedia, mejor conocida como de transición, la Corte Suprema de Justicia de Colombia quiso propiciar un escenario para su discusión.

Ante esta realidad, el XVIII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias durante los días 13 y 14 de agosto de 2015, tuvo como objetivo convocar a los Magistrados, jueces e invitados especiales, a reflexionar acerca

de las implicaciones que la aplicación de la justicia transicional en el posconflicto tendría para nuestro país y, especialmente, para los administradores de justicia.

Para ello, se contó con la participación de algunos de los más emblemáticos exponentes de la temática en el ámbito internacional y nacional, que nos guiaron en tres jornadas académicas: La primera, tuvo como fin dar a conocer los fundamentos de la justicia transicional, los principios que la orientan y su alcance. La segunda, dirigida a abordar los principales aspectos problemáticos que enfrenta la justicia transicional e ilustrarnos acerca de la manera como fueron resueltos en otros ámbitos geográficos, para lo cual se analizaron las experiencias de países como El Salvador, Sudáfrica, Rwanda y Perú, entre otros. Finalmente, durante la tercera jornada académica, se estudiaron las Comisiones de la Verdad como uno de los mecanismos de justicia transicional aplicados en estos Estados para garantizar el derecho de las víctimas a conocer lo realmente ocurrido en el escenario del conflicto.

Tengo la confianza que este esfuerzo que hemos realizado para poner al alcance de todos ustedes los aspectos más significativos de la justicia transicional, expuestos por sus principales protagonistas, contribuirá a lograr una participación del Poder Judicial de Colombia, acorde con los retos que la firma de los acuerdos de paz demanda en esta hora histórica que nos permitirá la transformación social e institucional que deje atrás para siempre nuestro sombrío pasado de confrontación violenta, se eliminen las causas que originaron el conflicto armado y se corrijan sus nefastas consecuencias para hacer sostenible el proceso de reconciliación y transición hacia la paz.

Los resultados de dichas reflexiones son los que la Corte Suprema de Justicia comparte en esta publicación, como aporte a los esfuerzos que demanda un proceso de paz, para que jueces, académicos, dirigentes políticos, ciudadanos y especialistas tengan herramientas que les permitan profundizar en el debate acerca de los retos a enfrentar en tiempos de paz y posconflicto.

Poder Judicial, Justicia Transicional y posconflicto

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Poder Judicial, Justicia Transicional y posconflicto

LA ELECCIÓN DEL TEMA JUSTICIA TRANSICIONAL, Paz y Posconflicto respondió a la necesidad de integrar a la Judicatura en el análisis y discusión de las problemáticas derivadas de la apuesta estatal por la terminación negociada del conflicto armado, el papel que corresponde a los operadores jurídicos tanto en el proceso de Justicia Transicional como en el posconflicto y, por último, a la comprensión de la finalidad última del derecho, esto es, servir de instrumento para la paz.

A continuación abordaré, brevemente, cada uno de esos asuntos.

I

La consecución y consolidación de la paz ha de estar respaldada por mecanismos jurídicos transicionales que permitan la superación de un legado de violación sistemática de los derechos humanos. La aplicación de tales construcciones normativas dependerá de los jueces de la República. Por esa razón, nuestra concurrencia al debate de estos temas se ofrece imprescindible.

El Constituyente, también consciente de tales circunstancias, incorporó al ordenamiento constitucional determinadas herramientas jurídicas que sirven a la finalidad de lograr la transición de la guerra hacia la paz y la consolidación del Estado de derecho.

En el llamado Marco Jurídico para la Paz, creado por el Acto Legislativo 01 de 2012, constitucionalizó el concepto de Justicia Transicional. Se trata de una disposición que deja clara la comprensión y aplicación de los mecanismos transicionales, al tiempo que recoge la experiencia de los procesos de justicia y paz respecto a la dilación e imposibilidad fáctica de juzgar a todos los desmovilizados, para enfrentar la impunidad y corregir el déficit

de investigación y conocimiento de la verdad, así como materializar la garantía de no repetición de los hechos de violencia¹.

Por estas y otras razones que se evienciarán en el curso de las reflexiones, la Jurisdicción Ordinaria en su conjunto se halla convocada y reunida en esta ocasión para deliberar sobre las temáticas ya mencionadas. Sin desconocer el preponderante rol que el derecho penal juega en este ámbito, la justicia de transición supera su margen de aplicación y cobija mecanismos judiciales no penales e instrumentos extrajudiciales tendientes a la rendición de cuentas, la consecución de la justicia y la reconciliación. El rol del Juez, al margen de su especialidad, es el de sintonizarse con tales propósitos y servir, desde su ámbito específico de competencia, a la materialización de aquellos. La interpretación judicial tiene el reto de dinamizar el derecho para ajustarlo a la connotación *excepcional* inherente a una justicia de transición. Es un desafío que exige creatividad, donde el derecho, entendido como instrumento de construcción y preservación de la paz, ha de moldear los caminos institucionales que permitan garantizar una dosis admisible de justicia y la satisfacción de las expectativas de reconciliación.

El modelo de Justicia Transicional propuesto por Colombia es *sui generis*. Las experiencias mundiales han oscilado entre la aplicación de mecanismos que prescinden de la sanción punitiva y el juzgamiento penal tanto a nivel nacional como internacional. El Marco Jurídico para la Paz representa una estrategia integral que, sin renunciar a aplicación de la sanción criminal –desde luego, no limitada a la mera aplicación de la prisión–, incorpora mecanismos extrajudiciales idóneos para el mejor logro del conocimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, el perdón, la reconciliación y la reintegración social. Todos ellos, componentes fundamentales para el debido funcionamiento social y estatal tras la superación del conflicto.

Ahora bien, los lineamientos de dicha estrategia jurídica, cuya concreta definición habrá de desarrollarse mediante legisla-

¹ *Gaceta del Congreso* N° 901/2011, República de Colombia. Disponible en: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>.

ción estatutaria, son objeto de controversia y escrutinio a diversos niveles. Esta propuesta integral de transición no solo debe consultar los anhelos de la ciudadanía en la definición política de su destino común y las exigencias propias del ordenamiento constitucional interno; de igual manera, ha de cumplir con estrictos estándares del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional, principalmente.

La voluntad soberana del pueblo colombiano para alcanzar la paz no puede lograrse de cualquier manera. Somos conscientes de que el camino por seguir debe legitimarse internacionalmente, y en ello trabajamos. No porque dichos estándares sean concebidos como una imposición, sino debido a que entendemos que la solución del conflicto en Colombia contribuirá a la paz y seguridad mundiales y, de esa manera, se cumplirá con uno de los propósitos fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas. A tono con esta visión, nuestra Constitución concibe la paz con un doble carácter de derecho y deber *de obligatorio cumplimiento*, por ser ese imperativo la condición básica para la garantía de los demás derechos y el sustrato necesario de la dignidad de todas las personas.

De ahí que hayamos convocado a este debate a expertos nacionales e internacionales en Justicia Transicional, derechos humanos, derecho penal internacional, justicia restaurativa, procesos de paz y ciencia política, entre otros. El análisis de las problemáticas pertenecientes a la paz, el posconflicto y la Justicia Transicional habrá de abordarse desde múltiples ópticas, con el propósito de contribuir a la próxima tarea de desarrollo legislativo del Marco Jurídico para la Paz. Colombia defenderá su modelo ante las diversas instancias internacionales no solo porque le asiste el derecho de decidir sobre su propio destino, también debido a que, desde sus inicios, la compatibilidad con los estándares internacionales ha sido una preocupación primordial.

De esta manera, el foro estará conformado por conferencias y paneles de discusión cuyas temáticas específicas pretenden abarcar con la mayor amplitud posible las diversas perspectivas de análisis atrás mencionadas.

Directamente, el Gobierno nacional informará sobre las vicisitudes del proceso de negociación con las FARC. Ese será el punto de partida fáctico de las disquisiciones jurídicas para desarrollar y debatir por los expertos.

La guerra ha sido la principal causa de negación de los derechos humanos en Colombia. Su violación masiva y sistemática ha conducido al incumplimiento de los tratados internacionales pertinentes y demanda la aplicación de mecanismos adecuados de investigación, sanción y reparación. Representantes de los organismos regionales de derechos humanos competentes expondrán su visión en torno a los estándares aplicables a situaciones de conflicto armado interno. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos dejó clara la existencia de los deberes de investigación, sanción y reparación; sin embargo, está aún en construcción una dogmática aplicable a sociedades compelidas a superar los conflictos por la vía de la negociación, en donde naturalmente habrá de ponderarse el cumplimiento de dichas máximas con la consecución de la paz, la cual, a su vez, constituye un mecanismo idóneo para prevenir la futura vulneración de derechos humanos.

Pero tan graves son las atrocidades cometidas en el marco del conflicto que dichas violaciones de los derechos humanos también constituyen crímenes de guerra y de lesa humanidad, para cuya investigación y juzgamiento es competente la Corte Penal Internacional, organismo que ha venido monitoreando la situación en Colombia. Este es quizás uno de los debates más álgidos entre quienes propenden a la solución negociada de la guerra y los que insisten en la confrontación militar y el sometimiento de los insurgentes. Con lecturas políticas simplistas se ha divulgado la tergiversada idea de que los mecanismos de investigación selectiva por priorización y focalización de imputación en máximos responsables, así como la aplicación de penas alternativas diversas a la prisión, equivalen a impunidad. Los promotores de esa tesis desconocen que los deberes internacionales de persecución y sanción de los crímenes de competencia de la CPI no comportan la ineludible aplicación de penas de *prisión*, como tampoco lo hace el Estatuto de Roma. La determinación de la naturaleza de la sanción y su gravedad pertenece al margen de

apreciación del legislador, únicamente limitado por el principio de proporcionalidad de la pena y por el cumplimiento de los fines a esta asignados en el Estatuto de Roma.

En el ámbito nacional se defiende la ponderación del deber de persecución penal con el imperativo de asegurar la paz. Ello, a fin de justificar la aplicación de mecanismos alternativos a la cárcel, para sancionar a los responsables por crímenes internacionales. Tal óptica ostenta plena solidez y, además, es compatible con el análisis que han de aplicar los organismos regionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, existe una perspectiva poco explorada. Los desafíos legales del acuerdo de paz y la creación de los mecanismos punitivos han de soportarse en un serio análisis sobre las finalidades de la pena consagradas en el Estatuto de Roma. Si Colombia diseña sanciones compatibles con tales propósitos, la Corte Penal Internacional carecerá de legitimidad para asumir la investigación y el juzgamiento de los responsables.

Por otro lado, la definición del concepto de impunidad se suma a los desafíos a los que debe dar respuesta el foro. Existe controversia entre quienes pregonan que la Justicia Transicional equivale a impunidad y aquellos que ven en ella un mecanismo inaceptable de sometimiento. Ambas posiciones son equivocadas. Los principios que la orientan y la multiplicidad de mecanismos judiciales y extrajudiciales tendientes a la rendición de cuentas, la justicia y la reconciliación se ajustan a un entorno de negociación donde la ponderación es la guía para la definición de los actos jurídicos y simbólicos que nutren la reconstrucción del pasado y dan vía libre a la superación del legado de atrocidades.

Los debates de este encuentro nos permitirán tener un acercamiento informado a los componentes de la Justicia Transicional, sus contornos, algunos de los mecanismos más significativos, como las comisiones de la verdad y las dificultades de aplicación de las herramientas jurídicas de transición.

II

Debatir acerca del papel preponderante del logro y conservación de la paz, así como de la comprensión de las diversas

problemáticas inherentes a la Justicia Transicional tiene como objetivo adicional reflexionar sobre el papel que corresponde a los operadores jurídicos tanto en el proceso de Justicia Transicional como en el posconflicto.

La configuración de mecanismos normativos de excepción debe compatibilizarse con una realidad más exigente, consistente en la aplicación atinada de la ley, consecuente con el propósito de lograr condiciones estables de reconciliación y la vigencia del Estado de derecho, sin las cuales no es posible una paz duradera. Al operador judicial le corresponde comprender que su rol se desempeñará en el marco de una sociedad que se transforma a sí misma. Por ello, hoy más que nunca, urge poner de relieve la función transformadora y sociointegradora del lenguaje jurídico, así como promover el logro de su principal objetivo: asegurar la estabilidad y la convivencia como valores fundamentales.

Los debates aquí suscitados, más allá de explorar intentos de respuestas dirigidas a instancias internacionales, donde indiscutiblemente será escrutada la legitimidad de la estrategia escogida soberanamente por Colombia, van destinados a los jueces nacionales. Ellos serán los encargados de aplicar un marco normativo excepcional y de optimizar el sistema judicial en todas sus áreas, para así garantizar que los conflictos serán resueltos pacíficamente por las vías institucionales. El reto consistirá en hacer efectivo el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho y, así, superar el estado sistemático de abandono institucional. Solo de esa manera puede evitarse la reiteración de ciclos de violencia y deslegitimación estatal.

Para un ciudadano común, sin mucha formación jurídica, puede resultar confusa la idea de fortalecer el Estado de derecho al mismo tiempo que se adelanta un proceso de transición judicial. Es tarea de los dirigentes políticos educar a la población en la comprensión de esa dualidad. No obstante, para los operadores jurídicos esto no debe significar dificultad alguna, pues las dos estrategias, además de ser coherentes políticamente, se enmarcan en la legalidad estatal.

La fase de transición judicial corresponde a la necesidad de finalizar la guerra, reincorporar a la vida civil a los combatientes,

y por supuesto, dignificar a las víctimas. La intervención del poder judicial a través de la Justicia Transicional va encaminada a lograr esos objetivos fundamentales. En forma paralela, la jurisdicción ordinaria debe operar bajo la lógica de un Estado democrático de derecho que de ninguna manera se ha visto interrumpido. Esto debe ser así porque, en casos como el colombiano, es necesario suprimir el conflicto armado mediante estrategias jurídicas diferenciadas, todo con la finalidad de recuperar la eficacia de la institucionalidad estatal.

En el posconflicto, de forma similar, se deben implementar políticas y estrategias sociales para la reconstrucción del tejido social fracturado por la violencia y la recuperación del monopolio de la fuerza en las zonas sin presencia del Estado o controladas por grupos al margen de la ley.

No nos podemos equivocar al respecto. Se necesita un ejercicio de equilibrio intelectual y emocional de parte de los funcionarios estatales a cargo del proceso de Justicia Transicional. Hay que evitar la tendencia a maximizar las exigencias de punibilidad del Estado de derecho y las actitudes que minimizan las razones del proceso de paz y la importancia de poner fin al conflicto armado. Digo esto porque, en Colombia, la suerte del Estado de derecho depende en gran medida del éxito del proceso de paz y de la Justicia Transicional. Por eso mismo, los poderes públicos no pueden constituirse en una barrera que impida la materialización de ese fin constitucional. Ese es el principal aporte que deberá hacer la Rama Judicial al futuro del país.

III

La concepción del presente foro presupone que el derecho no puede ser un obstáculo para la paz. Esa presunción se sustenta en la función transformadora y sociointegradora del lenguaje jurídico, en relación con la cual, para finalizar, quisiera compartir algunas breves reflexiones que ilustran el camino que, de la mano del derecho, recorre el país hacia la pacificación.

Cuentan los biógrafos de León Tolstoi, uno de los escritores más importantes de la literatura mundial y el pacifista más destacado de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que cuando

era apenas un niño disfrutaba de un relato inventado por su hermano mayor, Nicolái. La historia iniciaba con la existencia de un secreto que no podía ser revelado, pero que una vez se divulgase, el mal quedaría extirpado del corazón de los hombres; estos dejarían de pelear entre ellos, harían el bien, todos serían felices y constituirían una *hermandad de hormigas*. El secreto, añadía el narrador, solo podía ser desvelado gracias a unas palabras grabadas en una estaca verde enterrada en un barranco del bosque de Zakaz, muy cerca de Yasnaia, Polonia².

Tolstoi no olvidó ese sorprendente relato. Acudió a él, de forma metafórica, por lo menos en dos ocasiones. La primera, para afirmar que todavía seguía buscando las palabras grabadas en la estaca y, la segunda, a la edad de ochenta años, cuando escribió en su diario que deseaba que se le sepultase sin ceremonia alguna en “[u]n simple ataúd de madera y quien lo desee [pudiera] cargar o transportarlo hasta el bosque de Zakaz frente al barranco, allí donde se encuentra la estaca verde”³.

Me gusta pensar que, en cierta medida, la fuerza perlocucionaria de las normas jurídicas⁴, es decir, el poder del lenguaje jurídico para cohesionar y transformar el mundo social y no solo para representar la realidad, produce un encantamiento esperanzador similar al de las *palabras mágicas* anheladas por Tolstoi.

Esta tesis no nos debe parecer extraña; el pensamiento filosófico y jurídico occidental reproduce, con frecuencia, un encantamiento similar.

El filósofo Immanuel Kant, para poner un ejemplo conocido por el auditorio, en más de una oportunidad se enfrentó a un problema antropológico que le resultaba sobrecogedor: la naturaleza conflictiva del hombre. En el escrito *La idea de la historia en un sentido*

² Gordillo, José Luis. “La estaca verde de León Tolstoi”. En: *Pensamiento pacifista*. Fernández Buey, F. et al. Barcelona: Icaria. 2004, p. 33.

³ *Ibidem*.

⁴ Me apoyo aquí en la doctrina de la fuerza ilocucionaria expuesta por J. L. Austin, en la cual expone los distintos tipos de función del lenguaje. Según Austin, es posible agrupar las cosas; hacemos, al decir algo, las siguientes clases de actos: locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios. A estos últimos corresponde lo que producimos o logramos porque decimos algo, por ejemplo, convencer, persuadir, disuadir o, incluso, sorprender o confundir. Austin, J. L. ¿Cómo hacer cosas con palabras? Barcelona: Paidós. 1982. Conferencia IX, p. 153.

cosmopolita⁵, sostuvo que la inclinación de los humanos a formar sociedad “*va unida a una resistencia constante que amenaza con disolverla*”⁶. A esa situación la denominó la *insociable sociabilidad de los hombres*⁷.

Sin embargo, en el conflicto humano se halla la clave del secreto plan de la *naturaleza*⁸, cuyo fin supremo es alcanzar “*un estado de ciudadanía mundial o cosmopolita*”⁹. La *insociable sociabilidad* no es un destino ineludible, sino el medio natural para el desarrollo de todas las disposiciones de la criatura humana y el contexto que justifica la creación de la sociedad civil y las instituciones republicanas. Ella es, como diría posteriormente Kant, la principal garantía de la paz perpetua¹⁰.

Destáquese la confianza del filósofo en la intervención del derecho positivo como mecanismo para evitar la guerra y encauzarnos en el supremo fin de la naturaleza de alcanzar un estado mundial de ciudadanía cosmopolita. La legislación de todo pueblo, afirmó, ha de fundarse sobre la idea de que, al tiempo, todos somos hombres libres, súbditos del Estado y ciudadanos. Solo así se evitarían las guerras, dado que en el marco de una constitución republicana es necesario el consentimiento de los ciudadanos para declararlas, pues al cabo serían ellos quienes habrían de sufrir sus consecuencias¹¹.

Hans Kelsen, para poner otro ejemplo, enfrentó el sobrecolector problema kantiano de la *insociable sociabilidad* humana de una forma diferente. Aunque, como sabemos, descartó por completo la existencia de un *secreto plan de la naturaleza* por ser, en su criterio, una referencia metafísica incompatible con el realismo que él predicaba, encontró en las formas jurídicas la herramienta más adecuada para domesticar los enfrentamientos humanos.

En consecuencia, afirmó que el derecho moderno prohíbe el empleo de la fuerza solo en las relaciones entre los individuos, pues, al tiempo, la reserva para la comunidad. Aunque la paz es

⁵ Kant, Immanuel. *Idea de una historia en sentido cosmopolita*. México D. F.: FCE. 1978.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰ Paz perpetua, pp. 262-268.

¹¹ *Ibidem*.

con frecuencia definida como la ausencia de todo conflicto, en el contexto de una sociedad organizada, tal idea no es posible¹². Una propuesta *realista* de la paz, como la suya, implicaba reconocer el terrible estigma natural de la *insociable sociabilidad* de los seres humanos. Empero, no todo estaba perdido; aunque el derecho positivo no puede garantizar la absoluta negación de la fuerza, es capaz de proporcionarnos cierto grado de tranquilidad y seguridad, extirpando los conflictos más desestabilizadores, aunque para ello se tenga que acudir a una técnica que emplee, como elemento principal, la fuerza que en un principio debía erradicar.

Pese a que es un despropósito decir, simple y llanamente, que la descripción formulada por Kelsen contiene un sustrato místico, me resulta imposible obviar que en su teoría, al igual que en la kantiana, y en otras muy similares, existe un encantamiento mágico que otorga al lenguaje un poder suficiente para sustentar la técnica de control social que si bien no logra erradicar toda la violencia, al menos nos permite alcanzar una paz en la cual podremos desenvolvernos dignamente.

La producción de las normas jurídicas, es curioso, requiere de ciertos ritos y de la invocación de un poder superior, que en nuestra época no puede ser uno distinto a la soberanía popular, materializada en la Constitución y el respeto de los estándares internacionales de derechos humanos. Lo más importante, ellas conservan la finalidad atávica de erradicar o minimizar, si no todos, por lo menos los conflictos sociales más perturbadores. Las disposiciones jurídicas que no tributan a esa finalidad lo hacen torpemente o, en el peor de los casos, sirven a un propósito opuesto, pierden ese halo mágico que hace del derecho la más formidable e indispensable de todas las creaciones humanas.

Con el Marco Jurídico para la Paz, sin ser una normatividad perfecta, está servida la oportunidad para fortalecer el Estado social de derecho y reconstruir el tejido social. No obstante, debemos tener claridad suficiente para comprender que ese es solo un paso. El Estado colombiano se encuentra frente a un reto extraordinario, puesto que le corresponde, por un lado, afrontar

¹² Kelsen, Hans. *La paz por medio del derecho*. Buenos Aires: Losada. 1946, p. 39

los intrincados problemas locales y globales que surgen de la dinámica del mundo globalizado y, por otro, transitar hacia el posconflicto.

Esos desafíos requieren del halo mágico que se desprende de la función transformadora y sociointegradora del lenguaje jurídico, así como de la promoción de su principal objetivo, consistente en asegurar la estabilidad y la convivencia como valores fundamentales.

Proceso de paz y justicia

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Proceso de paz y justicia

MUCHAS GRACIAS, DOCTOR JOSÉ LEONIDAS BUSTOS y apreciados Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por realizar este encuentro de la Jurisdicción Ordinaria sobre temas tan esenciales para el futuro del país como son la Justicia Transicional, la Paz y el Posconflicto.

Qué mejor escenario que éste –el de la Justicia– para ambientar este debate, que es complejo, que es necesario y que tenemos que sacar adelante por el bien de todos los colombianos, de las actuales y las futuras generaciones.

¡Quién puede negar que la paz sea el bien supremo de una sociedad!

Sin paz, todos los esfuerzos se disuelven; el camino del desarrollo y del progreso social se hace cuesta arriba, y es como si el país entero nadara con un yunque atado a la garganta.

Colombia ha avanzado mucho en las últimas décadas, pero todos sabemos que queda mucho por hacer y que podremos hacer muchísimo más si no tenemos el lastre del conflicto interno armado, ese conflicto que nos convierte en el país diferente en un hemisferio que –salvo nosotros– vive en paz.

Por eso valoro que los Magistrados y Jueces de Colombia hagan su aporte en este tema.

La Rama Judicial ha enfrentado las más graves crisis con enorme valentía, y siempre ha puesto –en los momentos de mayor dificultad– el interés de Colombia por encima de cualquier otra consideración.

La Justicia se la jugó para frenar los grandes carteles de la droga, y evitó que el fantasma de la narcodemocracia se convirtiese en realidad.

Los Jueces vencieron los propósitos oscuros de la parapoltica y hoy siguen luchando para evitar la presencia de la mafia en el escenario electoral.

Ha sido la Rama Judicial la que ha frenado a los grupos armados ilegales, y lo ha hecho con el rigor de la ley y sin desviarse por razón de ideologías o intereses.

Por eso, cuando escucho la exigencia de que en el proceso de paz no haya impunidad –algo con lo que estamos absolutamente de acuerdo–, me parece que se olvida que ya la Justicia se ha pronunciado en innumerables casos, que las investigaciones siguen, que la Fiscalía General está cumpliendo con su deber, y que nuestros Jueces dictan y siguen dictando sentencias trascendentales.

Y mucho menos –en esto debo ser enfático, y lo digo con toda convicción ante la Corte Suprema y los Jueces de la República–, mucho menos se puede acusar a la Justicia de servir de instrumento para una pretendida persecución política a algún sector de la oposición.

Eso le hace un tremendo daño a nuestra institucionalidad.

¡No es correcto andar por el mundo propagando semejante infundio!

Hacerlo es poner en cuestionamiento no solo al Gobierno, sino a ustedes –a los Jueces y Fiscales– y a su independencia.

Aquí no obramos de esa manera turbia. Los Jueces y el Ejecutivo no nos aliamos para perseguir a nadie, ¡y así debe quedar claro ante Colombia y el mundo!

Nuestra Justicia no tiembla para castigar a los culpables, pero al mismo tiempo es una Justicia que entiende la necesidad de alcanzar aquel bien supremo de la paz.

En pronunciamientos recientes y pasados, en sentencias memorables, la Corte Suprema de Justicia ha planteado –con sabiduría– que el derecho es un instrumento para fortalecer la democracia y para construir la paz.

La tradición jurídica del país –de más de un siglo– ha hecho que nuestra Justicia sea respetada en todo el mundo.

Pero cuando hablamos de tradición, esto no significa que nuestra Justicia esté anclada en el pasado, anquilosada en conceptos rígidos, ajena al devenir de los tiempos y de la sociedad.

Si algo caracteriza a nuestras Cortes –y hablo de las tres: de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional–, es su capacidad de adaptación, su creatividad,

su originalidad para tratar los diversos retos que la realidad plantea al ordenamiento jurídico.

Y lo hacen con un norte claro: la defensa de los derechos de los colombianos dentro de un marco de legalidad.

No es una creatividad dispersa o alocada. No. Todo lo contrario. Es una creatividad juiciosa, sustentada, sensata, inteligente que ha producido fallos históricos y cambios tangibles en la vida de los colombianos.

Esa creatividad es la que necesitamos ahora –más que nunca– para allanar el difícil terreno de la Justicia Transicional, de cuya resolución depende –con toda certeza– el futuro del proceso de paz.

Los jueces entienden que es necesario trazar una línea para aplicar el mayor rigor de la justicia sin destruir los anhelos de paz del pueblo colombiano.

He dicho siempre y lo repito ahora: el Gobierno, el Estado, yo mismo como Jefe del Estado, tenemos que tener como principio rector del proceso de paz la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas a la reparación, a la verdad, a la justicia y a la no repetición.

Pero no solo de las víctimas que ya han sufrido. Nuestro deber es pensar en las víctimas futuras: ahorrar dolor y evitar que el conflicto armado se prolongue.

Lo que hace la Justicia Transicional es buscar una combinación de esos cuatro derechos a los que me acabo de referir.

Hay víctimas a quienes lo que importa es la verdad: que les digan dónde está enterrado su hijo o su hija, por qué mataron a sus padres, qué pasó con sus seres queridos.

Muchísimas víctimas me han dicho: “A mí con tal de que me digan la verdad, quedo satisfecho”.

Otras quieren reparación, otras que les pidan perdón, otras demandan justicia, y todas –por supuesto– esperan que se les garantice la no repetición.

Lo que tenemos que determinar es cuántos de estos derechos se pueden satisfacer. Cuánto de cada uno depende de cada situación.

Para eso necesitamos la Justicia Transicional, esa fórmula única –porque es única para cada país y para cada conflicto– para obtener el máximo de justicia que nos permita la paz.

La Justicia Transicional será el mecanismo que nos ayudará a dar el paso del conflicto hacia una sociedad que convive en armonía.

Si miramos el proceso de paz –ustedes lo saben–, no cabe duda de que hemos avanzado más que en ningún otro intento realizado con las FARC.

Comenzamos hablando en medio del conflicto. Así tenía que ser, así lo planteamos desde el Gobierno, porque discutir un cese el fuego bilateral al inicio de las negociaciones hubiera sido un incentivo perverso para prolongarlas indefinidamente.

No cedimos ni un centímetro del territorio ni desprotegimos en ningún momento a los colombianos.

Así las cosas, se han visto los resultados.

Tenemos acuerdos en tres de los cinco puntos temáticos de la agenda: desarrollo rural, participación política y el problema de las drogas ilícitas.

Se logró a un acuerdo para crear una Comisión de la Verdad al finalizar el conflicto, y estamos muy cerca de lograr un consenso sobre el tema de la reparación de las víctimas.

¿Qué nos falta entonces? ¿Cuál es el escollo más grande que tenemos que salvar para avanzar hacia el acuerdo final? La justicia.

¿Cómo garantizar a las víctimas su derecho a la justicia y hacer posible al mismo tiempo la paz?

Aquí es donde necesitamos su aporte, y donde estamos debatiendo –con el apoyo de juristas del más alto nivel– la fórmula que nos permita continuar.

Si ese obstáculo lo superamos –lo digo así de claro–, habremos avanzado lo suficiente para pensar en la posibilidad de un cese el fuego bilateral y definitivo.

¿Y por qué? Porque ya estaremos prácticamente al otro lado, y nadie justifica seguir una guerra cuando la paz está al alcance de la mano.

PROCESO DE PAZ Y JUSTICIA

Por supuesto, un cese al fuego bilateral exige una serie de procedimientos, verificaciones, concentraciones que hay que estudiar y pactar con mucho cuidado para lo que ya se aceptó –y esto es muy importante–: el acompañamiento internacional de la ONU y del Uruguay.

Justamente, hace apenas una hora, Naciones Unidas anunció en Nueva York el nombre del delegado del Secretario General que acompañará el proceso en esta labor.

Será el académico francés Jean Arnault, un experto en mediación internacional y conflictos internos que fue observador y mediador del proceso de paz en Guatemala y ha sido representante del Secretario General y ha participado en misiones de asistencia en países como Afganistán, Georgia y Pakistán.

El profesor Arnault está listo para participar en la nueva ronda de negociaciones que comenzará en La Habana la próxima semana.

Así que con buena asesoría y buen acompañamiento seguimos avanzando, y seguimos acelerando para dar resultados concretos al país.

Por eso me alegra y me da tranquilidad saber que la Rama Judicial es consciente del momento histórico que vivimos, que afronta su responsabilidad y que acompañará a los colombianos en el propósito de paz.

Apreciados magistrados y jueces:

No puedo concluir esta intervención sin hacer una breve mención a nuestro compromiso con el buen funcionamiento y el mejoramiento de la justicia, que es un compromiso mutuo: de ustedes y nosotros.

Una buena justicia, una justicia pronta y oportuna para los ciudadanos, exige dos requisitos: recursos y gerencia, y a eso le apuntamos.

En nuestro gobierno, el presupuesto de la Rama Judicial se ha incrementado en un 57 por ciento, con recursos para la descongestión, para la infraestructura física y tecnológica, y para la nivelación salarial.

Los recursos que se han asignado para el plan de descongestión nacional superan los 3 billones de pesos.

Y gracias a la ley de alternativas de financiamiento que promovimos, solo este año se recogerán 650.000 millones de pesos adicionales para la Rama.

Pero de poco sirven los recursos sin una adecuada gerencia.

Por eso, con el acto legislativo de equilibrio de poderes se creó un nuevo sistema de gobierno y administración judicial que estará a cargo de ustedes –Magistrados, Jueces y Empleados de la Rama Judicial–, que conforman el Consejo de Gobierno Judicial, y se ejecutará a través de una gerencia de la Rama Judicial.

El Gerente deberá ser un profesional de las mayores calidades y la mejor experiencia, y debo decir que está en sus manos, en las de los miembros de la Rama, nombrar a la persona más idónea para que les garantice a ustedes –y sobre todo a los ciudadanos– la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia.

Les doy un ejemplo: el Plan de Justicia Digital depende de la Rama, y hay que reconocer que no ha avanzado a buen ritmo, a pesar del apoyo y las propuestas del Ministerio de Justicia y del Ministerio de las TIC.

Hace un año les puse el reto de que para estas fechas ya tuviéramos funcionando el expediente judicial electrónico, y no se ha logrado.

Yo espero que –con el nuevo sistema de administración y gobierno de la Rama– avancemos como debe ser, para que los colombianos tengan la mejor justicia posible usando las tecnologías del siglo XXI.

Y así como necesitamos el mejor Gerente, necesitamos también los mejores Magistrados.

En las próximas semanas se producirán varias vacantes en las Altas Cortes, que deben suplirse con absoluta transparencia y buscando siempre la excelencia en los candidatos.

Porque las instituciones no son buenas o malas por ellas mismas, sino por las personas que las integran.

De mi parte, estoy predicando con el ejemplo.

Expedí un decreto acogiendo una propuesta de la sociedad civil para que la terna de candidatos –que me corresponde designar como Presidente para llenar vacantes de Magistrado de la

PROCESO DE PAZ Y JUSTICIA

Corte Constitucional– se conforme mediante un procedimiento abierto, con convocatoria pública y de frente al país.

De alguna forma estoy limitando mi discrecionalidad en aras de la transparencia, y eso está bien. De eso se trata.

Ya está en marcha la primera convocatoria pública para la primera vacante sobre la que debo enviar terna, y espero que este procedimiento sirva –ojalá– de modelo para otras designaciones.

Volviendo a la reforma constitucional de equilibrio de poderes, le corresponde al Gobierno presentar, antes del 1.º de octubre, un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los nuevos órganos de gobierno y administración judicial.

Este proyecto ya está siendo consultado con las bases de la Rama Judicial, y próximamente lo será con las Altas Cortes, que –por supuesto– deben ser los principales actores de esta reforma.

La ley estatutaria es la oportunidad de organizar una justicia independiente y eficaz al servicio del ciudadano, y debemos aprovechar esa oportunidad de la mejor manera.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar el proyecto de ley de justicia rápida para los delitos menores, que radicó el Ministro de Justicia en el Congreso el martes pasado.

Si algo resiente a los ciudadanos es que los delincuentes callejeros –los raponeros, los ladrones de celulares, los atracadores– sean capturados para luego soltarlos a la calle por causas de procedimiento.

Por eso presentamos este proyecto, que establece un procedimiento abreviado para estos delitos menores y además regula la figura del acusador privado.

¿Qué significa esta figura? Que las víctimas, a través de su abogado, van a poder acusar directamente a sus victimarios cuando la Fiscalía lo autorice, evitando que los procesos prescriban por inactividad o desinterés.

JUSTICIA TRANSICIONAL PAZ Y POSCONFLICTO

De esta manera –con la justicia– construimos una mayor seguridad.

Muchas gracias, de nuevo, apreciados Magistrados y jueces de la Jurisdicción Ordinaria, por dedicar este encuentro a pensar en la paz, a buscar fórmulas para la Justicia Transicional y a imaginar el posconflicto.

En todos estos aspectos ustedes tienen mucho que aportar, mucho que proponer, haciendo honor a esa justicia llena de tradición, pero también llena de creatividad, que nos caracteriza.

La justicia colombiana ha sido valiente y audaz, y tiene ahora otra ocasión para demostrarlo.

Mensaje de Su Santidad el Papa Francisco

CARDENAL PIETRO PAROLIN



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Mensaje de Su Santidad el Papa Francisco

Vaticano, 8 de agosto de 2015

A Su Excelencia

El doctor José Leonidas Bustos Martínez

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Bogotá (Colombia)

Excelencia,

SU SANTIDAD EL PAPA FRANCISCO ha sido informado de que durante los días 13 y 14 de agosto tiene lugar en la ciudad de Cartagena de Indias el XVIII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, cuyo tema central es Justicia Transicional, paz y posconflicto.

El tema de esta reunión es de crucial importancia para el futuro de Colombia, y en la actual época, globalizada, tiene un alcance que supera las mismas fronteras nacionales.

Por tanto, Su Santidad acompaña con la oración los trabajos, para que, en el cuadro de la institucionalidad, contribuyan con coraje y creatividad a identificar soluciones que fuercen la paz y la justicia en el respeto del ordenamiento jurídico nacional e internacional. De tal manera, el Encuentro ayudará a la construcción de una sociedad cada vez más incluyente y a conseguir una paz estable y duradera.

Con estos sentimientos, el Santo Padre saluda cordialmente a Vuestra Excelencia, mientras que invoca la bendición del Señor sobre todos los participantes en la reunión y sus familias.

CARDENAL PIETRO PAROLIN

Secretario de Estado de Su Santidad

Cartagena de Indias, ciudad para la paz

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Cartagena de Indias, ciudad para la paz

ASUMIMOS LA DECISIÓN DE ESCOGER A CARTAGENA de Indias sede del XVIII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria como el homenaje que el país y la comunidad internacional rinden a una ciudad que simboliza los mejores valores de la nacionalidad colombiana, sometida, como estuvo durante varias centurias, al asedio feroz y despiadado de piratas y corsarios que no dudaron en saquearla, incendiarla y sacrificar a sus mejores hijos en sucesivas ocasiones.

De todos esos sucesos trágicos que le tocó vivir a Cartagena, el mayor desastre ocurrió en 1815, en una fecha en la que se cumplirán próximamente 200 años, cuando el pacificador Morillo, en nombre de la reconquista española, sometió a la ciudad a uno de los peores sitios de que se tenga noticia.

No es una coincidencia que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia haya seleccionado a Cartagena, la ciudad histórica por excelencia de Colombia, para hacer un evento como este, dedicado al análisis de la Justicia Transicional, la Paz y el Posconflicto. La proyección internacional de Cartagena en el periodo colonial fue de sobra conocida, como punto estratégico para la movilización del comercio exterior con su flota de galeones que atracaban periódicamente en puerto en la ruta que conectaba América y Europa, pero también por ser la sede de instituciones como el Consulado de Comercio o la Inquisición, cuyas jurisdicciones se extendían hasta Cuba, Santo Domingo, Ecuador y Venezuela e incluso hasta la distante Bolivia. Una ciudad dueña de esa privilegiada posición geoestratégica no podía estar marginada de los conflictos de la época que comprometían a las grandes potencias coloniales, tal como ocurrió con la llamada Guerra del Asiento,

entre 1739 y 1748¹³, posiblemente la primera guerra universal de que se tenga noticia, que trajo hasta el Caribe las guerras de sucesión europeas, y en la que Cartagena se acreditó frente al almirante Edward Vernon¹⁴ en nombre de España, de la mano de Blas de Lezo¹⁵, la mejor victoria militar que dicho imperio pudiera conseguir alguna vez.

Por eso, en un momento de agudas transformaciones sociales como el que nos aprestamos a vivir, de materializarse el proceso de paz que el Gobierno nacional adelanta con las fuerzas de la subversión, la comunidad internacional, representada aquí por los presidentes de los Tribunales de Justicia Latinoamericana, agentes diplomáticos y la sociedad civil, que encarnan los organismos gubernamentales de derechos humanos, observan expectantes que después de más de medio siglo de conflicto armado interno se puedan por fin resolver las diferencias y conseguir la anhelada paz, con la que han soñado varias generaciones de colombianos.

En respaldo de ese propósito, la memoria histórica que atesora Cartagena de Indias nos obligará a pensar con Marcel Proust¹⁶ que el tiempo perdido puede rescatarse, y a recordar con Joël Candau¹⁷ que si bien “la historia busca revelar las formas del pasado, la memoria la modela un poco como lo hace la tradición” y que “la historia se esfuerza por poner el pasado a distancia mientras que la memoria busca fusionarse con él”.

Por eso Cartagena de Indias es la ciudad de los colombianos, porque nos identifica a todos y no solo con lo que significó, con lo que ha sido, sino lo que significará en el futuro. Sobre el particular dice Bruno Groppo¹⁸: “La identidad no es una esencia inmutable, determinada de una vez y para siempre, que se transmite además

¹³ Llamada también Guerra de la Oreja de Jenkins por influencia inglesa, fue un conflicto bélico en el que se enfrentaron las flotas y tropas del Reino de Gran Bretaña y del Reino de España principalmente en el área del Caribe.

¹⁴ Comandante en jefe de todas las fuerzas navales británicas en las indias occidentales.

¹⁵ Almirante español conocido como Patapalo, o más tarde como Mediohombre, por las muchas heridas sufridas a lo largo de su vida militar.

¹⁶ Novelista y ensayista francés, su obra cumbre es *En busca del tiempo perdido*.

¹⁷ Antropólogo, profesor de la Universidad de Niza.

¹⁸ Historiador francés, profesor de la Universidad la Sorbona de París.

de una generación a otra, sino una construcción social y cultural”. Dicho de otra manera, es el producto de un proceso histórico que se apoya sobre la memoria y que, como la memoria, funciona dentro de ciertos marcos sociales.

Esa es la Cartagena que vincula al pasado con el presente, la ciudad de la paz.

De ahí la importancia que se firme en breve un acuerdo de paz, para cuya consolidación se requiere una alta dosis de lealtad de las partes con la verdad, sin miramientos de vencedores o vencidos y la aplicación de una justicia en la que se les ponga especial acento a los derechos de las víctimas del conflicto interno.

A la construcción de una paz estable y duradera no podremos llegar sino mediante la implementación de una Justicia Transicional, que, en esencia, es un dilema político, moral y legal, en el marco del cual se debe decidir acerca de lo que es bueno para la sociedad y las víctimas del conflicto, en aplicación de lo que, en palabras de L. B. Sriram¹⁹, es lo “simplemente correcto”. Y una elección de esa naturaleza no es fácil, porque ésta, por lo general no se da completamente entre paz o justicia, sino en torno a otros asuntos coincidentes o no con estas dos opciones.

Para la Comisión de Construcción de la Paz de las Naciones Unidas, según Alba Rosa Boer Cueva²⁰, “la Justicia Transicional necesita un enfoque que no solo mire al pasado, estableciendo iniciativas de esclarecimiento de la verdad y de persecución de los perpetradores, sino que también mire hacia adelante mediante la reforma de instituciones y el fortalecimiento de la paz, la democracia y el respeto a los derechos humanos”.

En ese orden de ideas, la Justicia Transicional que necesita el país en el posconflicto tendrá que armonizar cinco iniciativas que incluyen las acciones criminales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación, la reforma de los sistemas de seguridad y los esfuerzos de conmemoración. Solo sobre esas bases será posible construir una hoja de ruta para el posconflicto que

¹⁹ Actor y dramaturgo austriaco.

²⁰ Posee un Máster en Derechos Humanos, Derecho y Políticas Públicas por la Facultad de Derecho en la Universidad de New South Wales, en Australia.

articule las distintas dimensiones que la complejidad del tema ofrece. Y allí en alguna de esas iniciativas la Rama Judicial, con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza, tendrá algo que expresar en el desarrollo del proceso de construcción de la paz, como legítima representante del Estado jurisdiccional como el que plantea la Constitución de 1991.

Pero tan loable propósito no será posible alcanzarlo con reformas normativas que parecieran ir en contravía de los avances logrados por el órgano judicial en materia de independencia y autonomía, como ocurrió con la más reciente reforma constitucional, sino que será necesario comenzar por reivindicar tales principios en el contexto de nuestra democracia.

En efecto, en sociedades pluralistas y multiculturales como la nuestra, el hecho más representativo de la vida social es el disenso; pero además aceptar el disenso significa reconocer la importancia en democracia de las minorías políticas, étnicas, culturales, etc.

En ese sentido, es importante recordar que a los Jueces, dado su carácter contramayoritario, se les atribuyó en el proceso de independencia norteamericana²¹, que tanto influyó en el rumbo de nuestros países, el papel de defensa de las minorías, y así tendrá que ser en el desarrollo de la construcción de la paz a la que estaremos abocados en los próximos años si de verdad queremos mejorar la calidad de nuestra democracia.

El llamado es entonces a fortalecer la función judicial, para lo cual existe una propicia oportunidad con la venidera reforma de la ley estatutaria de la administración de justicia, que de modo imperativo deberá impulsar el Gobierno nacional.

²¹ 4 de julio de 1776

Los diálogos en La Habana

HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Los diálogos en La Habana

TENGO QUE EMPEZAR, EN PRIMER LUGAR, por señalar que el discurso del doctor Leonidas Bustos, como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en nombre, además, de la Rama Judicial ordinaria, es una pieza fundamental, un elemento trascendental para comprender no solo la dimensión de lo que estamos haciendo, sino para constatar de qué manera la justicia está entendiendo los linderos, pero también los horizontes de las discusiones y la posibilidad de lograr un acuerdo en función de la aplicación razonable de la justicia, sin demérito de las posibilidades de conseguir una paz duradera en Colombia.

Como lo señaló el Presidente Santos, el centro de gravedad de nuestra acción en La Habana son las víctimas. Pero no solo las víctimas que ya han ocurrido. También las víctimas futuras. Y también de qué manera –como lo dijo el profesor Diego García Sayán, como líder de un voto concurrente en la Sentencia sobre El Mozote– no puede convertirse el esquema y el sistema y el diseño de protección de los derechos esenciales de la humanidad en un obstáculo para lograr la paz y por lo tanto impedir que continúe la masiva violación de los derechos humanos.

No puedo dejar pasar la oportunidad para rendir un homenaje a la justicia colombiana, a la Rama Judicial. Lo hizo el Presidente de la República. El significado que ha tenido, mirado desde perspectiva histórica, el papel de la Rama Judicial en Colombia. Pero, además, lo digo como Juez; me posesioné en el Juzgado en Salamina (Caldas) a la edad de veintidós años. Y quiero recordar esto: ese jovencito, un niño administrando justicia, un desafío enorme. Cuando cruzaba la plaza de Salamina, los mayores, los adultos, se levantaban y descubrían la cabeza en una señal de respeto por ese jovencito que pese a su edad era la majestad de la justicia.

Claro, hace ya demasiados años, y uno evoca cosas más allá de lo que debiera. Lo que quiero decir con esto es que, en ese entonces, que trabajábamos sin fotocopias, solo en papel sellado, sin fax, prácticamente sin medios de comunicación, cumplíamos con nuestra labor en medio de un gran respeto.

Era obligatorio para los jueces penales visitar en la cárcel a los presos. Y eran reuniones supremamente dignas. Recuerdo que uno de ellos dijo “*doctor, yo tengo un problema con la ley*”. Jamás dijeron “*yo tengo un problema con usted*”. Nunca hubo una amenaza ni nada que se pareciera. Era, realmente, una circunstancia tremendamente edificante con los problemas conocidos de siempre. Yo diría que había más dignidad que eficacia, pero también más respeto que acceso a la justicia. Era una situación en la que había que reconocer las limitaciones de la justicia, pero en medio de una enorme dignidad y reconocimiento ciudadano.

Si miramos la arquitectura general del Estado en el nivel macro, se desvanecía esto. Lo que ocurría en Salamina no aparecía en la mirada nacional. La Rama Judicial era la ‘rama seca’ del Estado. El panorama estaba copado por el Ejecutivo y el Congreso. Dominaban el panorama a nivel estatal.

Recuerdo luego, en la Corte Suprema de Justicia, cómo el control constitucional era un ejercicio muy limitado. Era una especie de silogismo en el que el papel de la Corte consistía en buscar armonía o desarmonía entre lo que pudiéramos llamar la premisa mayor y la premisa menor, pero la realidad viva de los derechos, de los accionantes, de los ciudadanos, estaba totalmente desaparecida. Era un ejercicio, no quiero decir retórico ni semántico porque sería injusto, pero reitero que era bastante limitado.

En el año 1991 ocurrió una verdadera revolución. La Constitución en nuestra época era una especie de ‘sueño’. Incluso la clase de Derecho Constitucional era más una clase de ideas políticas; realmente, la Constitución no aparecía –salvo en la fisiología del funcionamiento del Estado, o cómo se reunía el Congreso, o cómo se conformaba–, pero los derechos eran apenas un enunciado tan lejano que por obligación nosotros, los jueces de esa época, teníamos que administrar justicia “en cumplimiento de la ley”.

La Constitución no existía a los efectos del ciudadano común.

En el año 91 no solo la Constitución adquiere el carácter de ‘norma de normas’ y norma de aplicación inmediata, sino que se crean instrumentos, entre ellos el de la tutela, que sé que a muchos les genera dolores de cabeza, pero que ha sido la manera de lograr un acercamiento real entre el desiderátum constitucional y la vida de las personas con todo y los desarreglos que tiene, los problemas fiscales, las críticas, que son válidas. Es una institución susceptible de mejorar. Pero lo que sí es cierto es que ese instrumento hizo que ingresara un protagonista que no existía en el panorama de los derechos en Colombia. Repito, el escenario estatal se reducía al Ejecutivo y al Congreso, y el liderazgo político resolvía hasta las causas menores de los derechos ciudadanos.

A partir de 1991 puede que aún falten camas hospitalarias en Colombia, pero para conseguir una cama es más eficiente un Juez que un político. Esa fue una transformación profunda en la vida de los colombianos.

Ya lo dijo Juan Manuel Santos: la Rama Judicial se la jugó para detener los carteles de la droga, lo hizo al lado de la Policía, de dirigentes políticos limpios, de periodistas. Logró también evitar ese fantasma de la narcodemocracia. La parapolítica sufrió los más duros golpes por razón de la valentía de la Rama Judicial. Reitero que debemos rendir un homenaje a la Rama Judicial colombiana, aún con sus defectos y sus dificultades. Pero desde el punto de vista de la arquitectura estatal, el papel de la Rama ha sido en favor de los derechos y de la democracia. Y esa es una huella indeleble.

Y por eso, como lo señaló el doctor Leonidas Bustos, en el esquema de la Justicia Transicional, la Rama Judicial no puede ser un invitado de piedra. Todo lo que estamos discutiendo tiene que integrarse en función de la potencialidad, el rol y el papel que tiene que jugar la Rama Judicial en la aplicación de la Justicia Transicional.

Quiero ahora contarles, casi como si fueran titulares de periódico porque el tiempo es limitado, cuáles son los puntos en los que estamos trabajando ahora. Hay un trabajo paralelo en La Habana a través de distintas mesas donde estamos, por un lado,

buscando impulsar los temas de justicia con la ayuda de juristas que han sido señalados por las partes. En la mesa principal hemos avanzado profundamente en el tema de la reparación, que es otro de los elementos centrales. Ya tuvimos un acuerdo en materia de verdad como fue conocido públicamente, aún cuando falta una labor de detalle. Repito, estamos trabajando en función de los elementos centrales, que prácticamente son un trípode clásico en los elementos centrales de un esquema de Justicia Transicional.

La reparación

Hay acuerdos muy sustanciales hacia la reparación que, además, ya el Estado colombiano viene haciendo desde antes de manera unilateral y por su propia decisión.

Hay temas por discutir. Nosotros creemos que todos los responsables deben no solo reconocer sus víctimas, sino contribuir a reparar con su propio patrimonio, con sus bienes. Y no encontramos ninguna razón para que haya una especial excepción en favor de las FARC. Ésta debe ser una norma universal: todo responsable debe contribuir a reparar. Ese es un punto que está siendo discutido y esperamos que se logre un acuerdo partiendo de esa base, que nos parece que es el basamento del edificio de la reparación.

Comisión de la Verdad

Se logró un acuerdo. A Sergio Jaramillo se le ha pedido que informe de manera más detallada sobre comisiones de la verdad. No voy a establecer las características de la comisión para permitir que lo haga mejor él, quien lideró el proceso durante la fase secreta a partir de la cual se logró el llamado Acuerdo General de La Habana con la agenda que hoy rige nuestras conversaciones. Pero sí quiero hacer dos o tres consideraciones breves sobre el tema de la verdad.

En primer lugar, hemos oído voces de quienes critican la Comisión de Esclarecimiento, Verdad y Convivencia –que es el nombre que le dimos– porque, arguyen ellos, en ese acuerdo se establecen mecanismos para lograr poner en marcha un cuerpo pluralista, incluyente, que recoja las distintas narrativas que han

surgido en las vicisitudes de un conflicto que ya lleva cincuenta años. Esa es la crítica. Nos dicen “no, lo que queremos es precisión histórica”. ¿Por qué hay que discutir con las FARC la configuración histórica dependiente de esa Comisión de Esclarecimiento, Verdad y Convivencia?

Quisiera aseverar que, a nuestro juicio, la verdad que es necesario conocer es aquella que le sirve a la nación. Aquella que, más allá de un ejercicio académico historiográfico, logra conjugar vivencias y narrativas necesariamente diferentes. Hay que reconocer que la tarea de remembranza tiene sus riesgos. Lo recuerda por ejemplo Rieff con su obra *Contra la memoria*.

En no pocas ocasiones, es cierto, es un riesgo que existe latente. La memoria puede fomentar la guerra y no la paz, el odio y no el perdón. Aquí uno tiene que mirar esto con toda seriedad y con la distancia pluralista que exige un papel como el que estamos cumpliendo.

Si hay quienes piensan que la verdad es un riesgo, es un argumento que merece ser examinado. Pero, a propósito de esa posible aseveración, valdría recordar que en general los casos en que la verdad ha perpetuado la confrontación se refieren a profundas divisiones étnicas, religiosas, raciales. Por enconado que haya sido nuestro conflicto, no se ha nutrido de tales diferencias estructurales. Hay capas de resentimiento; hay odio acumulado; hay divergencias de ideologías, de clase social, del usufructo del poder. Pero no hay en Colombia una ruptura del manto tectónico en el que reposa la nacionalidad. Si uno mira a un dirigente de las FARC, encuentra que por encima de todo es un colombiano. Y que esas distancias que ha generado, lamentablemente, esta a pesar de cincuenta años, somos colombianos, somos nacionales. No hemos perdido nuestra identidad. Y en este sentido, el terreno para recuperar la verdad es propicio. La remembranza no debe producir ese efecto de retrotraernos al odio en la situación de Colombia.

Pero esa es la argumentación honesta, la de quienes dicen “bueno, esto puede traer dificultades”. En cambio, lo que sí considero inaceptable es la argumentación subyacente en el pensamiento de quienes dicen “hombre, deje así. Ya está buena la historia, dejémosla

quieta”. Eso es útil si además de exaltar mi grandeza, encubre mis errores con el manto de la negación o del olvido. Y esta es una dolencia que puede afectar a ambas partes. Una cosa es el juicio severo y serio sobre la verdad y otra la negativa inicial porque me conviene la verdad al uso o me conviene la verdad vigente. Es el caso del pirómano que grita *¡fuego en el teatro!* Y entonces dicen “*están parcelando la historia. Están escribiendo la nueva historia oficial*” simplemente como una manera de solidificar el mito más conveniente: el mito que castiga al excluido y acumula todas las culpas nacionales en el otro, en el yo *no tengo nada que ver*. No tocar la verdad histórica por el temor a las consecuencias puede ser una postura timorata pero no necesariamente torcida. Pero oponerse al examen de la verdad, porque la verdad actual es funcional a las relaciones de poder es, francamente, inmoral.

Pero, más que eso, buscar la intangibilidad de la verdad con el argumento de que toda revisión histórica de antemano está condenada termina también condenando las posibilidades de la paz.

Es una ilusión creer que hay posibilidades para que aparezca una verdad colectiva e impecablemente vestida de precisión histórica. Hay hechos rigurosamente verdaderos o rigurosamente falsos. Pero no hay una verdad colectiva que pueda integralmente encajonarse así.

Recuerdo la leyenda de los once ciegos a quienes se les pidió describir un elefante usando solo el tacto.

La mujer que perdió a su hijo en la *Masacre del Aro* o el niño que vio asesinar a su padre en Bojayá solo pueden idear una verdad que supere el empirismo si la verdad colectiva asume todas las responsabilidades. Rieff, recordando a Renan, dijo: “*la nación es un profuso legado de recuerdos, pero no necesariamente recuerdos probados tras sesudas indagaciones*”.

Naturalmente, Rieff, como lo dice su obra, está contra la memoria, pero aun así admite que tras guerras despiadadas, el descubrimiento de una verdad incluyente puede traer sosiego.

Esto es lo que salva la Comisión acordada en La Habana. Porque abre las puertas al sosiego que todos necesitamos en Colombia, en La Habana.

En cambio, es completamente seguro que congelar la verdad para solidificar el poder es el camino certero a la prolongación de décadas de violencia.

El poder se consolida no oscureciendo el pasado, sino reforzando la libertad, el respeto por el otro, la dignidad y el juego político limpiamente democrático.

El otro aspecto de la cuestión no es solo conocimiento, sino reconocimiento. En el caso colombiano, el recuento de los hechos es bastante completo. Pero nos falta reconocer.

Tampoco hay que olvidar que el papel de la Comisión en la promoción de la convivencia es determinante. Y lo dice su nombre. No es solo una Comisión de Esclarecimiento de Verdad, es también una comisión para la convivencia.

Por eso es esencial, incluso, el rito de la Comisión. No es solo el qué pasó. Es también el cómo pasó y cómo podremos abrir las puertas de la reconciliación. Además, pienso que hay una asimetría óptica entre los que no ven que la Comisión básica es que todos los responsables (todos: las FARC, sus integrantes, todos los responsables) adquieren la obligación de contribuir tanto al esclarecimiento como al reconocimiento; comprometerse a la no repetición y a participar en la puesta en marcha de la convivencia.

Justicia

En materia de justicia, voy a señalar cuáles son los hitos y cuáles son los elementos que han permitido que progrese activamente en las conversaciones.

En primer lugar, estamos hablando de Justicia Transicional para todos. En esto hay concurrencia de las partes. Nadie está tratando de señalar que un sistema de verdad, justicia y reparación active solo a unos u otros.

En segundo lugar, hemos caminado bien para establecer que hay conductas excluidas, particularmente de la aplicación de la amnistía y el indulto. Hemos logrado encontrar que no todos los delitos cometidos bajo la égida del conflicto pueden ser susceptibles de amnistía e indulto, y es algo que el abogado de las FARC ha admitido recientemente.

También estamos de acuerdo en que si bien hay espacio para un tratamiento menos drástico al ordinario en un esquema de Justicia Transicional, ese tratamiento está condicionado al aporte de verdad, a la reparación, a asumir las víctimas, a obrar con la humildad que dicta el haberse equivocado, el haber llegado incluso a cometer atrocidades.

También hemos progresado en la necesidad de ampliar el marco de la conexidad del delito político a sabiendas de los límites que ya dejé señalados. Nos parece que este es un momento para que Colombia piense nuevamente en las características del delito político, cuyo ámbito en el terreno de la conexidad se ha ido contrayendo de manera dramática. Sabemos que hay lugar para alternatividad en el elemento de las penas. Este es el momento para que Colombia profundice y reflexione sobre la naturaleza y el propósito de las penas.

Pero esta no es una discusión entre el Gobierno y las FARC. Esta es una discusión entre las FARC y la sociedad colombiana. Es la necesidad de satisfacer las exigencias de la sociedad colombiana la que debe imperar en las conversaciones de La Habana. No es una conversación a puerta cerrada para definir con el Gobierno la naturaleza de esas penas dejando de lado un sentimiento ciudadano que tenemos que atender. Sentimiento ciudadano que puede cambiar y evolucionar –utilizando el símil siempre futbolístico– en este punto: ‘el balón está en manos de las FARC’.

Las FARC deben moverse en su lenguaje, en sus actitudes, en sus gestos para cambiar ese enorme fardo de rechazo de la sociedad colombiana y de exigencia de los elementos netamente punitivos cuando se tomen las decisiones correspondientes.

Claro que reconocemos que hay ingredientes de justicia retributiva, pero no es suficiente. La Justicia Transicional no es la hermana menor de la justicia. Y es por encima de todo justicia. La Justicia Transicional no es el disfraz de la impunidad. Lo esencial, en mi opinión, es el mensaje: qué es lo que vamos a leer en doscientos años, no mañana. El mensaje para la sociedad es de reconocimiento de las atrocidades. El de darles la cara a las víctimas, el de la verdad, el de la reparación. No es solo la discusión que se agote funcionalmente en las características del elemento

retributivo de la solución a través de las sentencias judiciales. Es un ámbito de construcción hacia los colombianos de una narrativa que implique “nunca más”. Nos hemos equivocado. Esto debe quedar en la narrativa futura de la condena.

Fin del conflicto con una paz firme y duradera. Pero eso no puede suceder en medio de los aplausos frente a los responsables. La verdadera condena es la condena histórica de reconocer el daño causado y las atrocidades y errores que se han cometido.

La paz no tiene dueño distinto a todos. Nadie es dueño de la paz. No hay realmente enemigos de la paz en Colombia. Yo creo que hay una discusión legítima en una sociedad democrática que ahora tiene que enfrentar dilemas tremendos, disyuntivos heroicos. Por lo tanto, es válido que haya críticas y las recibimos siempre con humildad.

El tema de la refrendación, el último punto de la agenda de La Habana para que haya un pronunciamiento ciudadano sobre el borrador que estamos construyendo en La Habana y trabajando para que los colombianos decidan.

Pero esa refrendación no es una cuestión de mecánica electoral. Es mucho más profunda. Es lograr que dentro de las disyuntivas y las opiniones diversas, los colombianos sepamos administrar el disenso en beneficio de Colombia. Hay que superar el cliché: ni la Justicia Transicional es impunidad ni un cese bilateral de fuego y de hostilidades con verificación, serio, en el momento adecuado, es la derrota de la democracia. Hay que superar los clichés.

Tenemos que construir civilizadamente sobre el disenso, pensando en futuro, creyendo sinceramente que la paz es posible.

El rol de la CIDH en el posconflicto y la democratización de los procesos en la región

ROSEMARIE BELLE ANTOINE



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



El rol de la CIDH en el posconflicto y la democratización de los procesos en la región

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha tenido que enfrentarse a diferentes aspectos de orden democrático e institucional en los conflictos internos internacionales y en muchos lugares en donde ha habido violencia. Esto ha afectado a los diferentes países de nuestro hemisferio. Las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos han sido frecuentes, así como violaciones severas del Derecho Internacional Humanitario cometidas por parte de agentes del Estado, por particulares operando con el apoyo y tolerancia del Estado y también por miembros de grupos armados ilegales.

Desde los años ochenta, la Comisión ha indicado cómo un análisis de la situación de derechos humanos en los países de la región nos permite afirmar que solamente a través del ejercicio efectivo de la democracia por parte de la Corte podemos, los observadores de derechos humanos, estar seguros de que se está cumpliendo con la ley.

La Comisión ha enfocado su atención en las situaciones de posconflicto y en la promoción de la democracia a través del aprendizaje, por ejemplo, del derecho a la verdad, a la que vemos como un aspecto central de la democratización.

El derecho a la verdad emerge en respuesta de lo que nosotros vimos como esa falta de los Estados de poder aclarar, investigar, judicializar y sancionar violaciones graves de derechos

humanos y del Derecho Internacional Humanitario, uno de los pilares de los mecanismos de la Justicia Transicional.

En este contexto, cuando se llega a una verdad completa e imparcial logramos construir conjuntamente la historia, un aspecto absolutamente fundamental para restaurar la confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado. Y por encima de esto lo que hace es promover la paz.

Dentro del Sistema Interamericano, el derecho a la verdad primero se manifestó como un derecho de los parientes de las víctimas de desaparición forzada. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido las obligaciones de los Estados en los casos de desapariciones forzadas y han tomado todas las medidas necesarias para investigar, y en donde es apropiado también castigar a los responsables, hacer las reparaciones adecuadas a las víctimas, establecer los hechos de lo que sucedió, ubicar a las víctimas y ver dónde quedaron sus restos para poder entregarlos a sus familias.

Este derecho no está establecido en los instrumentos del Sistema Interamericano, pero la Comisión y el Tribunal han dicho que la verdad está directamente conectada a los derechos a la garantía y a la protección judicial, que sí tenemos en los artículos 18 y 24 de la Declaración y en los artículos 8.º y 25 de la Convención.

En algunos casos también hemos determinado que el derecho a la verdad está conectado al derecho al acceso a la información, garantía protegida por el artículo 4.º de la Declaración y en el artículo 13 de la Convención.

El derecho a la verdad tiene dos dimensiones: los derechos de las víctimas y sus familias de saber cuál fue la verdad y conocer la identidad de los victimarios, y el derecho de la sociedad en general. La sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad, los motivos y las circunstancias en los cuales estos crímenes aberrantes se llegaron a cometer, con el fin de prevenir la recurrencia de estos eventos en el futuro.

Este es el motivo por el cual la Comisión, como lo dice en el informe de 2014 sobre Colombia, señalando que aunque ve la Justicia Transicional como una manera válida de contribuir a lograr la paz, sí advierte que al diseñar el marco de referencia de

**EL ROL DE LA CIDH EN EL POSCONFLICTO
Y LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS PROCESOS EN LA REGIÓN**

la Justicia Transicional debe tener en cuenta las obligaciones de los Estados de garantizar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación como una totalidad. A eso no se puede renunciar.

La Corte Interamericana también ha dicho que el derecho a la verdad es un elemento fundamental.

Así que hemos indicado en varias de nuestras decisiones que esta es una obligación básica y esencial de los Estados partes a la Convención.

El propósito de garantizar la totalidad de los derechos y la garantía de protección judicial, desde luego, tiene como objetivo combatir la impunidad. Las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares esperan que se haga todo lo necesario para poder llegar a establecer la verdad y lo que sucedió. Ello a través de una judicialización e investigación efectivas, la imposición de las sanciones adecuadas y la reparación por los daños ocasionados. Esto no solo se limita a las víctimas, sino va para la sociedad en su totalidad también.

Nuestra jurisprudencia indica que en una sociedad democrática el derecho a la verdad es una expectativa justa que debe ser satisfecha por el Estado a través de su obligación de investigar, por propia iniciativa, las violaciones graves a los derechos humanos y a través de la divulgación pública se muestren los resultados de la judicialización y de la investigación. Así que estos derechos conllevan una dimensión colectiva.

La Comisión ha aceptado como componente de la Justicia Transicional un sistema de incentivos, como por ejemplo castigar a los victimarios. Reconoce que el poder sancionatorio del Estado puede verse afectado al establecer unas sentencias alternativas. No obstante, ha expresado que ninguna medida adoptada en el área de justicia como acuerdo entre las partes en conflicto –leyes sobre amnistías, cortes militares– puede significar que una violación de derechos se quede sin investigar. Ese es el umbral, ese es el límite.

Así mismo, la Corte también ha dicho que en donde se han cometido graves violaciones a derechos humanos hay una obligación de investigar que no se puede ignorar y no puede hacerse condicional con base en disposiciones nacionales de ningún tipo.

En consecuencia, se considera que la aplicación de las leyes de amnistía tenga un acceso restringido a la justicia en casos de violaciones serias de derechos humanos, y esto tiene dos efectos contrarios: uno, en donde hace que sea inefectiva la obligación del Estado de respetar y reconocer los derechos sin ningún tipo de discriminación. Y, en segundo lugar, obstruir el aspecto a la información respecto a los hechos y circunstancias de las violaciones.

La Corte ha encontrado que las leyes de amnistía, por ejemplo en Beirut, Brasil, El Salvador, son incompatibles con la Convención.

A través de nuestros propios mecanismos, en la Comisión Interamericana nos hemos dado cuenta y hemos llegado a la conclusión de que las leyes de amnistía en El Salvador, Uruguay, Argentina, Chile, Perú, Surinam, Haití, Honduras, Brasil y Colombia, todas son incompatibles con las obligaciones de derechos humanos del Estado.

La Comisión se ha mantenido en esta posición con respecto a precedentes bien establecidos de jurisprudencia en derechos humanos, y la Corte ha tomado la opinión de la Comisión sobre su informe, por ejemplo el de El Salvador de 1993.

El sistema de justicia militar que se ha utilizado en muchos casos para limitar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos también se ha cuestionado.

En forma reiterada y consistente, la Corte y la Comisión han dicho que los tribunales militares no pueden tener jurisdicción para investigar y castigar casos de violaciones a derechos humanos. En nuestro tercer informe de 1999, por ejemplo, se puede observar el caso de la masacre en Pueblo Bello en Colombia. Hemos sostenido que la jurisdicción militar solamente se debe aplicar en caso de violación de la ley criminal militar cuando han sido cometidos por miembros externos de la seguridad del Estado.

El derecho a la expresión y el acceso a la información también son de una importancia enorme en los contextos de Justicia Transicional. Los Estados deben garantizar que las víctimas, sus parientes y sus familiares tengan acceso a la información. Estar informados sobre los eventos también es un derecho que es parte

**EL ROL DE LA CIDH EN EL POSCONFLICTO
Y LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS PROCESOS EN LA REGIÓN**

de la sociedad en general y, además, esencial para el desarrollo de un sistema democrático.

Esto, desde luego, ha establecido una serie de obligaciones, incluyendo, por ejemplo, dar motivos, dar remedios judiciales rápidos, ayudar a recolectar información, garantizar que los archivos se abran para facilitar el acceso a aquellos y para asegurarse de que haya operaciones de investigación y la obligación de cooperar entre Estados para evitar que haya impunidad. Por lo tanto, vemos que esto es una jurisdicción universal y que es un mecanismo de justicia muy importante.

El derecho a la verdad es otro tipo de reparación. Y la garantía de este derecho, como corolario para garantizar la protección, requiere que la Rama Judicial investigue, arroje luces sobre las obligaciones y retire obstáculos que están en el camino.

Reconocemos que varios países han dado pasos muy importantes en términos de judicializar casos de violaciones a los derechos humanos. Es de resaltar que la revisión de los procesos judiciales en muchos casos ha sido una consecuencia directa de la decisión y de la posición de los órganos del Sistema Interamericano.

El Sistema, de cierta manera, ha tenido una influencia muy importante en promover la justicia, la paz y la democracia en la región.

En términos de nuestro sistema, no solamente la repetición sino arreglos amistosos a través de informes y mecanismos de diferentes países; es, por ejemplo, el caso de Guatemala, donde esto ya ha sucedido (situación de los Niños de la Calle).

Las comisiones de la verdad son mecanismos no judiciales de Justicia Transicional.

La Comisión ha aplaudido la creación de estas comisiones de la verdad en la región. Hemos resaltado su importancia como una manera de garantizar la verdad en sentido individual y en sentido colectivo y como una forma de fortalecer la justicia y la democracia. Lo vemos como uno de varios de los mecanismos importantes que un Estado miembro puede utilizar para cumplir con sus obligaciones internacionales.

Dependiendo del objeto, procedimiento, estructura y propósito de su mandato, las comisiones de la verdad realmente pueden contribuir con la construcción y la preservación de la memoria histórica para dilucidar los hechos y determinar responsabilidades. Van de la mano con los procesos judiciales. En este sentido pueden contribuir con avanzar y descubrir la verdad de las violaciones de derechos humanos y enderezar esas violaciones, pero nunca aceptamos que puedan reemplazar la obligación del Estado en términos de estas violaciones.

Hemos notado que varias de estas comisiones han existido desde 1983 y cada una de ellas ha tenido diferentes mandatos, con tiempos diferentes. Algunas se han enfocado en una lista muy pequeña de actos y crímenes específicos, mientras otras han tenido un enfoque mucho más amplio y han limitado a los objetivos, por ejemplo, en agentes del Estado. Reconocemos que son útiles y valiosas.

Las comisiones de la verdad deben hacer su trabajo de manera autónoma, independiente e imparcial. Desde luego, deben apoyar el trabajo del Estado.

El último informe de la Comisión es precisamente Derecho a la Verdad en América del año 2015. En este documento ponemos una serie de recomendaciones a los Estados, con el fin de encontrar una solución para situaciones tan graves, para violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos y para tener mecanismos creados que aborden completamente a las víctimas, mejoren y fortalezcan el Estado de derecho.

Hay otras iniciativas positivas que observamos cómo complementan los esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la paz y promover la democracia. Hemos visto una gran variedad de estas, algunas por parte de las víctimas y sus representantes, defensores de derechos humanos o sociedad civil. Todos han jugado un papel importante en estas iniciativas complementarias para establecer mecanismos no oficiales para realizar investigaciones, estudios, informes, como por ejemplo las Madres de la Asociación de la Plaza de Mayo en Argentina.

**EL ROL DE LA CIDH EN EL POSCONFLICTO
Y LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS PROCESOS EN LA REGIÓN**

Por último, algunas de las recomendaciones:

Primero: revisen las leyes y otras normas nacionales. Saquen aquellas que de manera directa o indirecta frenan el cumplimiento de las obligaciones internacionales y adopten leyes que garanticen el derecho a la verdad.

Segundo: redoblen sus esfuerzos para prevenir el fenómeno de desaparición forzada a personas y creen los mecanismos necesarios para garantizar que esto quede calificado como una ofensa penal. Aclaren lo que les sucedió a las víctimas, identifiquen sus restos, exhumen los restos y devuélvanlos a los familiares. Implementen mecanismos adecuados para asegurar que los familiares puedan participar en los procesos.

Tercero: eliminen todos los obstáculos legales y de facto que obstruyan la institución y la búsqueda de la implementación de procesos judiciales con respecto a derechos humanos, incluyendo leyes de amnistía.

Cuarto: eliminen el sistema de justicia militar para los casos de violación a los derechos humanos.

Quinto: tomen las medidas necesarias para asegurar que haya una colaboración de todas las instituciones estatales para desclasificar y dar información en los procesos de investigación.

Sexto: generen el apoyo institucional y presupuestal necesario para los esfuerzos judiciales.

Séptimo: continúen tomando acciones para recordar a las víctimas. Pidan disculpas y reconozcan responsabilidades por la comisión de violaciones a derechos humanos.

Octavo: sigan los pasos necesarios para llegar a la verdad e impulsen campañas públicas para la verdad. Publiquen los efectos y tomen las medidas necesarias para clasificar, sistematizar, preservar y facilitar archivos históricos respecto de estas violaciones graves de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Estos puntos, creemos, van a llevar a una democracia real, a una justicia real y, finalmente, a la paz.

Desafíos legales del pacto de paz

LUIS MORENO OCAMPO



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Desafíos legales del pacto de paz

TENGO UN AMIGO CANTOR DE SOMALIA que me decía que ayudar es un privilegio, pero hace falta que a uno se lo pidan.

Su invitación me permite venir a opinar sobre un tema que ustedes conocen mucho más que nosotros. He dicho que en Colombia hacen cosas tan complejas que son ustedes los que deben contarnos a nosotros, y no al revés.

Hablando con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, me mostraba los números de los condenados por esa Corporación: 67 parlamentarios, 35 gobernadores, 5 Generales, 3 Ministros. Eso es Colombia. Eso no pasa en muchos países del mundo.

Argentina no tiene nada de eso. Juzgamos a los militares, pero dentro del sistema actual no condenan a nadie.

Me parece que el diseño del marco normativo para la paz va a estar a cargo de Sergio Jaramillo, Humberto de la Calle y de su equipo, no de los Jueces. En realidad, el esfuerzo que tenemos que hacer nosotros como abogados es ayudarlos a pensar qué marco les puede servir y ellos van a decidir cómo jugar el partido. Es una forma diferente a cómo se analiza la ley normalmente: analizamos la norma, analizamos lo que los jueces dicen. Acá no. Acá hay que plantearles a los hombres que van a definir el marco, cuáles son las reglas legales que van a incidir en eso. Y eso es lo que intento hacer.

El Presidente Juan Manuel Santos pidió, y me citó, que la justicia no sea un escollo. Y pidió creatividad para allanar el difícil camino de la Justicia Transicional. Y dijo, y eso me pareció muy acertado, que la transición exige una combinación de verdad, de reparación, de justicia y de no repetición.

Es como cocinar una buena comida. Se compran muchos elementos, pero el cocinero sabe cómo combinarlos. Acá los cocineros no van a ser los Jueces o los Fiscales. Van a ser Humberto de Calle, Sergio Jaramillo, sus equipos y también las FARC.

Creo que ese es el tema que tenemos que entender.

El concepto de transición se desarrolló en los ochenta en el ámbito político. El Woodrow Wilson Center creó un proyecto para analizar las transiciones a la democracia y así lo llamó: Transiciones a la Democracia. En aquella época estaban España, Portugal y Grecia. En los ochenta fueron Argentina, Uruguay y Chile.

Primero la transición se vinculaba con el proceso político. Después los abogados capturamos el concepto y empezamos a hablar de Justicia Transicional. Básicamente, el concepto implica primero a los políticos, no a los abogados.

Tengo dos experiencias para compartir. Una como argentino que viví la transición democrática, fui fiscal en los juicios de la junta y viví los procesos judiciales propios de la transición democrática argentina. Después en la Corte Penal Internacional.

Creo que la más relevante es esta última experiencia. ¿Cómo puedo ayudar a Colombia a percibir que la Corte no solamente no es el 'coco', sino que es la solución a los problemas de la transición de las FARC en Colombia?

La Fiscal de la Corte Penal Internacional le está dando un marco a Colombia que, si lo toma y lo entiende, le permite llevar adelante sin que haya más juicios sobre las FARC. Este es un punto central y que no se ha entendido en Colombia. La Corte Penal Internacional no está pidiendo nuevos juicios, no está pidiendo nuevas investigaciones, no está pidiendo que califiquen como delitos de género u otros como crímenes de lesa humanidad. No pide eso. Pide mucho menos.

Si se entiende lo que la Corte pide, puede ser el momento para que el marco prevea una clausura absoluta de las investigaciones del pasado sobre las FARC. Entonces ustedes, como Jueces y Fiscales, se pueden dedicar a otras criminalidades que hay en Colombia, como las bacrim, o a otros crímenes cometidos por grupos paramilitares, inclusive a crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas y el ELN, que todavía no está desmovilizado.

La Fiscal ha emanado una serie de documentos. Un reporte que hizo en el 2012 indica que Colombia ya ha investigado y condenado a los máximos responsables de las FARC. La Fiscalía ya tiene documentos que dicen eso. Después Colombia siguió

condenando y creo que están condenados todos los líderes de las FARC que están negociando con ustedes en Cuba.

Luego, en la carta de julio de 2013, la Fiscal incluye un punto, que es el que genera la controversia y las complicaciones, donde dice: los máximos responsables deben cumplir prisión. ¿Dónde y cuánta prisión? No está definido, pero los máximos responsables deben cumplir prisión. Al resto se les puede aplicar penas alternativas. Esta es la solución al problema de ustedes. En cuanto tengamos resuelto el problema A, B desaparece.

El tercer punto, más específico todavía, el mensaje que la Fiscal envió al Vicefiscal en mayo de 2015. Por un lado, confirmó que Colombia hace investigaciones contra las FARC, el ELN, el Ejército y los paramilitares y que hay procedimientos sobre esto. Confirma que contra las FARC se han hecho los juicios, como se dijo en el informe de 2012. Y explica en qué momentos o en cuáles circunstancias podría aceptarse que otras medidas puedan ser utilizadas como penas alternativas que incluyen reconocimiento de la persona criminal, desmovilización y desarme, garantía de no repetición y verdad.

Ese es el marco que la Fiscal expone.

La única condición que les complica la vida un poco es que los líderes de las FARC, los máximos responsables, tienen que pagar algo de privación de la libertad. Pero si se paga ese costo, el camino termina ahí. Porque de acuerdo con el criterio de la Corte Penal Internacional, una vez que se condene a los máximos responsables, los demás pueden tener penas alternativas. Entonces no hace falta que la Fiscalía continúe los casos que ya tiene avanzados investigando la macrocriminalidad, porque esos casos los ha hecho bien, tiene que mostrarse que la Fiscalía persigue y sigue los casos por investigar; si se llegara a un acuerdo con las FARC, no hace falta hacerlo.

Como lo dijo en otro escenario Humberto de la Calle, los líderes de las FARC tienen la solución en sus manos. Ellos pueden articular un proceso que termine bien para toda su gente. El punto uno es que la guerrilla tiene que definir quiénes son los máximos responsables. Deben decir quiénes organizaron las operaciones militares, quiénes las supervisaron, quiénes son los

responsables. Ese es un concepto clave de cualquier ejército. En cualquier ejército del mundo, el comandante es máximo responsable de lo que su gente hace.

Lo único que se les pide a las FARC es que reafirmen su carácter de responsables por lo que hizo la gente que ellos comandaban. Punto. No les tenemos que pedir nada que sea indigno. Yo he escuchado que “hay que respetar su dignidad”, pero parte de la dignidad de un comandante es hacerse cargo de lo que su tropa hizo.

Eso no lo vi en mi país. En mi país, los comandantes quisieron siempre negar los hechos y nunca quisieron hacerse cargo de ellos. El resultado es que hoy hay mil novecientos oficiales investigados y procesados en Argentina. Si las FARC quieren evitar eso, tienen que hacerse cargo y responsabilizarse. Algunos de ellos van a tener privación de la libertad si es que Sergio Jaramillo y Humberto de la Calle quieren evitar un litigio con la Fiscal. También lo pueden asumir. Pero me parece más fácil y más seguro blindar todo y darle a la Fiscal lo que está pidiendo claramente. Estas personas van a ser privadas de la libertad.

La privación de la libertad es eso: privación de la libertad. No es vivir en mazmorras. La ley puede establecer que la privación de la libertad puede hacerse en Cuba, en una base militar en Florida, o donde le parezca bien y las FARC estén de acuerdo.

Esto genera complicaciones de falta de igualdad, pero siempre pasa eso porque tenemos cárceles malas en nuestros países. Las cárceles de Colombia no funcionan bien, pero eso no quiere decir que todos van a ir a esas cárceles. El Presidente de Ruanda me comentaba que tenía voluntarios para ir a las cárceles de Noruega. Algunos de los condenados en Ruanda van a las cárceles de Noruega. Y el Presidente me decía: “mire, yo tengo filas de gente que quiere ir. Viven bien, les pagan la comida, los dejan estudiar, hacen deporte... es una vida perfecta. En Ruanda no tenemos esa vida”.

El estándar no es que estén en mazmorras, sino que cumplan privación de la libertad y eso se puede negociar.

A partir de eso, las FARC pueden reclamar y demandar a Colombia que ningún subordinado vaya a ser ni llamado a de-

clarar, ni investigado, que se terminen todos los juicios. ¿Cómo hacen eso? Hay momentos de unificación de pena. Entonces los líderes de las FARC que han aceptado responsabilidad asumen todo, se presentan ante los Jueces, reconocen los casos que ya están condenados y amplían su reconocimiento a todo lo que hicieron los miembros de las FARC. De algún modo encapsulan bajo su comando a todo el mundo. Y a partir de ahí demandan que a ningún subordinado se le castigue con prisión de libertad. Eventualmente que se les exijan penas alternativas: que ayuden al desminado, que ayuden a cambiar los cultivos, que ayuden con la verdad... todo lo demás, pero al cumplir esa condición, los líderes de las FARC aseguran la protección de su propia gente y liberan el problema para el proceso de paz.

A partir de este momento, si tenemos el acuerdo firmado, el Fiscal no tiene que seguir investigando más estos casos de las FARC y puede poner sus esfuerzos en los demás grupos que todavía van a seguir cometiendo crímenes en Colombia.

Esto me parece que no se ha terminado de entender. Ustedes lo hacen muy complicado. Ustedes creen que la Justicia Transicional va a depender de lo que hagan los jueces después. No. Depende de lo que hagan ustedes ahora y el acuerdo que consigan con las FARC. Y depende también de que las FARC entiendan esto y acepten estas condiciones. No es fácil.

Ustedes son excelentes cocineros, pero acá tienen un menú que si logran armar, resuelven una parte importante de los problemas de justicia.

Voy a mostrar una serie de casos de por qué esto está basado en el pasado.

Como les dije, en 1983 en Argentina los generales quisieron autoamnistiarse y terminaron primero juzgados ellos y, como nunca aceptaron que eran responsables, terminaron mil noventa personas juzgadas.

Uruguay y Chile son dos ejemplos donde hubo referendos diciendo que no había que investigar a nadie. Sin embargo, en los dos casos los generales fueron presos. Más de cien personas hay investigadas en Chile, más de veinte en Uruguay, a pesar de que tienen leyes que no lo permiten.

Hay una demanda de justicia en el siglo XXI que no acepta esta impunidad. Alguien tiene que ser responsable.

Otra cosa que quiero dejar clara: está bien lo que dijo Humberto de la Calle, que el castigo es una cuestión de Colombia y estoy de acuerdo, pero estos estándares que la Fiscalía les está presentando no son impuestos por ella. Son las reglas que Colombia aceptó soberana y voluntariamente al ser parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional. A partir de eso, Colombia va a respetar sus estándares. Y es interesante que fue el ex-Presidente Andrés Pastrana, luego de darles muchas concesiones a los guerrilleros de las FARC para negociar, después del fracaso de las negociaciones, quien se metió en la Corte Penal Internacional diciendo: “se acabó esta posibilidad, el mundo cambió”.

En parte, las FARC ahora tienen esas restricciones porque negociaron mal en la época de Pastrana. Hoy la Corte Penal Internacional está vigente en Colombia porque los colombianos firmaron ese tratado.

El último punto: hay una extensa jurisprudencia de la Corte Penal Internacional que reconoce que la sentencia a los máximos responsables es todo lo que ustedes necesitan hacer. Hay jurisprudencia mostrando que no hace falta que se califiquen los crímenes internacionales. Esa exigencia no está requerida por los jueces de la CPI. Ustedes pueden calificar homicidios y es suficiente; eso lo ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades.

Si las FARC aceptan la condición de privación de libertad, se blindan el proceso y la Fiscalía puede dedicar esfuerzos a otros temas. En los últimos informes de la Fiscalía a la Corte Penal Internacional, la CPI está muy impresionada de cómo Colombia investigaba crímenes de género en grupos transnacionales que hacían tráfico de personas.

Las FARC no son los únicos que cometen crímenes en Colombia. Pongan esfuerzos en los que cometen crímenes hoy y podemos, si hay un acuerdo de paz, dejar en el pasado los crímenes cometidos por las FARC.

La experiencia americana en la aplicación de la Justicia Transicional

DIEGO GARCÍA SAYÁN



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



La experiencia americana en la aplicación de la Justicia Transicional

PARA UN LATINOAMERICANO, específicamente para un peruano como yo, es un honor acompañar y seguir este proceso en el que se está construyendo y se está haciendo historia en Colombia no solo por el proceso a través del cual se busca una salida negociada a este largo conflicto que ha ensangrentado al hermano pueblo colombiano por más de cinco décadas, sino porque, en otro terreno –y eso lo he vivido muy de cerca como juez y como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, se ha encontrado, como en ningún otro país, y me atrevo a hacer esa comparación, una capacidad de interacción dinámica, extraordinaria y creativa con sus altos tribunales nacionales.

Hemos recibido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado criterios democráticos modernos, los cuales hemos utilizado en la Corte Interamericana y hemos visto cómo, como en ningún otro país, aquí se están recogiendo también estos criterios y esos principios que le permiten a la Corte Interamericana decir que las instancias nacionales se encarguen de hacer seguimiento a ciertos temas, cosa que en otras circunstancias no es tan fácil ni tan factible.

El punto medular ha sido mencionado esta mañana: que la mayor y mejor garantía para la protección de los derechos humanos es la paz. Y conquistar la paz no solamente es un derecho de la sociedad, sino es una obligación del Estado. Y en ese proceso de vertebración de varios derechos y eventualmente de

tensiones que se puedan suscitar entre la justicia y la paz, este objetivo debe prevalecer porque a partir de allí se garantizan y consolidan mejores condiciones para prevenir afectaciones a los derechos humanos como, por ejemplo, las bombas que explotan y que afectan a niños y niñas, las minas antipersonales, etc.

Mi reflexión hace referencia a tres puntos: primero, ¿cuáles son las obligaciones que tienen los Estados en materia de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o graves violaciones como desapariciones y tortura?

¿Existe, acaso, la obligación internacional de fijar y establecer penas altas y efectivas de prisión?

Aquí nos hemos comprometido como Estados soberanos y en consecuencia, ¿qué “violaciones” podrían ser atribuidas a un Estado que juzga crímenes de esa naturaleza y no les aplica penas efectivas severas? Aquí hay que hacer una anotación. Hay una suerte de *maximalismo punitivo* que tal vez por lógica o por sentido común asume que es una obligación internacional fijar penas altas y severas. Sin embargo, si revisamos todos y cada uno de los Tratados Internacionales de los que hacen parte nuestros países latinoamericanos, incluido Colombia, en materia, por ejemplo, de genocidio, Colombia se ha comprometido a que sea juzgado por un Tribunal competente, a que haya un juicio.

¿A qué se han comprometido Colombia, Perú y otros en materia de tortura? A que se dicten penas adecuadas. No dice penas altas, penas efectivas, penas terriblemente ominosas.

¿A qué se han comprometido nuestros Estados en la Convención contra las Desapariciones Forzadas? A procesar a los responsables.

Si uno revisa todo el abanico de estos esfuerzos, lo que importa es que el Estado dé los pasos necesarios para investigar, juzgar y sancionar. Y cuando se tienen como referente las penas establecidas en el Estatuto de Roma, se está hablando de una cosa distinta. Esa es una suerte de código penal internacional para los casos que sean procesados, conocidos y sentenciados por la Corte Penal Internacional, que es un asunto distinto. No quiere decir que los tribunales nacionales, a ese tipo de delitos, tienen que aplicarle la misma sanción penal.

Entonces está claro que hay un margen que tiene que ver, naturalmente, con las distintas gradaciones que puedan llevarse a cabo en función de la legislación penal nacional en la medida en que garantice que hay juicios, investigación y sanción, dentro de lo cual, por cierto, todos los ingredientes que están incluidos en el Marco Jurídico para la Paz, como la priorización, la selección, se puede poner el foco en los máximos responsables por distintas vías, incluso algunas como las que propone el doctor Luis Moreno Ocampo.

Me ha parecido sentir en algunas de las discusiones y reflexiones sobre este tema aquí en Colombia, como que se asume que la Corte Penal Internacional ejercerá jurisdicción sobre estos hechos penales ocurridos en Colombia. Si recordamos bien lo que está establecido en el Estatuto de Roma, es que la Corte Penal y la justicia penal internacional son complementarias de la justicia nacional. Cosa que no es una acotación estrictamente formal, sino que la jurisdicción y la competencia sobre todas estas materias y los criterios, en la medida en que no sean incompatibles con el ordenamiento internacional, que no dice pena de prisión efectiva, son de competencia de los tribunales nacionales, y solamente ejercerá jurisdicción la Corte Penal en la medida en que los tribunales nacionales no puedan o no quieran hacerlo; hipótesis que habría que verificar.

Este es un tema sobre el que hay que seguir conversando y hablando. Quería hacer solamente una primera acotación y en ese contexto, por supuesto, la fijación de penas bajo determinadas circunstancias puede perfectamente incorporar, como lo establece el Marco Jurídico para la Paz, sustitución de penas alternativas y otras formas de reponer penalmente el daño producido.

Segundo, el tema de las amnistías.

Tema muy importante y relevante porque si hay una instancia internacional que haya sido constante y sustantiva sobre las amnistías, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia vinculante desde el primer caso que ha sido mencionado, el de Barrios Altos en el año 2001, hasta el más reciente, El Mozote vs. El Salvador en el año 2012.

Sin embargo, sería un error ver en esa jurisprudencia constante una uniformidad en el razonamiento y en las conclusiones

que no haya atendido las particularidades de las situaciones nacionales. Porque si se revisan retroactivamente las distintas decisiones que tiene la Corte en jurisprudencia consistente contra las amnistías y contra amnistías referidas a graves violaciones a los derechos humanos, no tiene variación.

Todos los casos, desde el caso de Perú vs. Barrios Altos hasta Uruguay vs. Gelman, se refieren a situaciones de regímenes autoritarios o dictatoriales, a amnistías o autoamnistías dictadas por esos regímenes (caso de Chile, caso de Perú) o inmediatamente después como seguimiento y respuesta como ha sido el caso de Brasil, Uruguay o Argentina.

Cuando la Corte tuvo el caso de El Mozote (El Salvador) entre manos hace tres años, en la sentencia, que fue unánime, se encontraron tres cosas importantes: primero, llama la atención que este es un caso diferente a los anteriores. Este no es un caso en el que se dicta una amnistía en el tránsito de una dictadura a una democracia, o por una dictadura para protegerse de una investigación, sino dentro del contexto de una paz negociada en el año 1992 cuando se da la Ley de amnistía (se estaba negociando la paz entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN).

A partir de ahí la Corte hace un segundo razonamiento: que en estos casos hay que tomar en cuenta qué dijeron sobre el tema, las partes en la negociación. Y eso lo relata en varios párrafos la sentencia de la Corte no por un afán de hacer historia, sino porque tenía relevancia jurídica. Cómo las partes en el proceso negociador decidieron, primero, que estas graves violaciones de derechos humanos tenían que ser analizadas por una comisión de la verdad y, segundo, que las conclusiones y recomendaciones de esa Comisión de la Verdad eran vinculantes, obligatorias y tenían que ser cumplidas. Se crea la Comisión de la Verdad y un año después publica y produce su informe en el que ésta dice: todos estos casos tienen que ser investigados y sancionados. En la lógica del proceso negociador tenía que ser la recomendación vinculante que se debía cumplir. Sin embargo, una semana después se dicta la ley de amnistía, que cuando le llega a la Corte dice que existe una contradicción porque las partes habían decidido que sí había que investigar de manera indirecta porque le había trasladado el tema a la Comisión de la Verdad y se dicta una Ley de amnistía.

De manera que lo que las partes podían haber analizado y negociado, siendo el contexto distinto del tránsito de una dictadura a una democracia, sí tenía una relevancia en la conclusión jurídica de la Corte, que es un punto muy importante.

El tercer elemento decisivo es que en todas las sentencias que tiene la Corte Interamericana sobre amnistías y autoamnistías, el marco jurídico aplicable es uno solo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en el caso de *El Mozote vs. Salvador*, la Corte añade un elemento jurídico de tremenda importancia, incorpora el artículo 6.5 del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra, que dice textualmente: “según el Derecho Internacional aplicable a esas situaciones (de conflicto armado internacional), se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz”.

Entonces la Corte no tiene que llegar a ninguna otra conclusión porque ya lo había ido resolviendo sobre los otros temas, pero aparece este ingrediente importante que es que en el contexto de un conflicto armado no internacional, los graves crímenes tienen que ser juzgados, como es parte de las obligaciones internacionales del Derecho Positivo, tratándose del resto de participantes en el conflicto. Es mi manera de analizar las cosas, que no compromete a la Corte en lo absoluto.

Entonces este es un elemento muy importante en donde además el único tratado internacional que se refiere a amnistías (Protocolo II, artículo 6.5) dice sí a las amnistías, en ese contexto particular y específico, y la Corte, por supuesto, ha dicho no a las amnistías cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos, y esa ha sido, es y seguirá siendo, me imagino, su jurisprudencia constante en el futuro.

Tercero, los derechos de las víctimas.

En un proceso de esta naturaleza es absolutamente fundamental. La semana pasada yo estaba en Ayacucho, una ciudad en la serranía del Perú que fue el centro del conflicto armado interno, de menor duración y de menos impacto que el que ha habido en Colombia durante cincuenta años. ¿De qué se trataba esa ceremonia? Era una ceremonia organizada por el Ministerio Público para la

entrega de sesenta restos de personas desaparecidas en la década de los ochenta que habían sido identificadas a través de pruebas de ADN por el Ministerio Público, y el Fiscal tuvo la gentileza de invitarme al estrado en la Catedral de Ayacucho en donde estaban entregando a cada una de las familias el certificado con los restos de las personas identificadas, y pude escuchar los comentarios de todas las familias. Era evidente que durante treinta años habían batallado por eso, por tener los restos de sus familiares, saber que esas sospechas (que habían muerto) después de treinta años podían saldar el tema y voltear esa página.

De manera que todo lo que se ha dicho acá en materia de aspectos tan importantes como la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, para lo cual, curiosamente, coinciden las cifras entre Colombia y Perú, el porcentaje de personas identificadas dentro del porcentaje de restos encontrados es más o menos igual al 30%, el resto todavía falta, y faltan muchas fosas por investigar, y por supuesto todo lo que significa el reconocimiento de responsabilidad, aporte de información por parte de las personas que hayan intervenido, como un ingrediente no solo de reparación, sino para subsanar, de alguna manera, su propia responsabilidad dentro del cumplimiento de una pena alternativa o de una pena sustitutoria.

El componente reparaciones en la Justicia Transicional dentro de este menú del que hablaba Luis (Moreno Ocampo) es un componente amplio que tiene que ver con verdad, con reparación, con reconocimiento y responsabilidad en un proceso en el que se busca una solución negociada. Las partes participantes en el conflicto tienen que ofrecer y comprometerse con algo en ese terreno porque la información, antes que un Fiscal, antes que un antropólogo forense, la tienen quienes participaron en las operaciones militares durante las últimas décadas.

El *maximalismo punitivo* no es una obligación del Derecho Internacional, sino lo es investigar y juzgar.

En segundo lugar, en la medida en que eso esté garantizado en lo que respecta para las graves violaciones y también para los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, hay un abanico que se puede abrir, complicado, discutible y discutido, pero que está dentro del Derecho Internacional (las amnistías para ciertos sectores). Y finalmente, el papel absolutamente medular de las reparaciones y de los derechos de las víctimas.

La esencia de la transición colombiana

SERGIO JARAMILLO CARO



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



La esencia de la transición colombiana

TODAVÍA RESUENAN EN NUESTRAS CABEZAS nombres como el de La Rochela, el padecimiento de tantos fiscales y jueces, la valentía de tantos miembros de la Rama Judicial que con tan pocos recursos se atrevieron a asegurar que en este país no hubiera impunidad durante el conflicto.

Tengo la plena convicción de que si llegamos a la paz, va a ser gracias al trabajo armónico de todas las ramas del poder público y a todo el recorrido que ustedes ya han hecho.

Me han pedido el día de hoy que hable sobre la relación entre la Justicia Transicional y el proceso de paz. Quiero antes hacer una pregunta que no se hace con suficiente frecuencia: ¿cuál es el propósito de la Justicia Transicional?

Uno puede dar una respuesta sencilla y decir que es la aplicación de unas medidas de justicia, una transición para enfrentar un legado de violaciones en el pasado. Pero esa respuesta sencilla invita a otras preguntas: ¿de qué justicia estamos hablando? ¿Estamos hablando de una justicia especial o diferente? ¿Estamos hablando de una aplicación distinta de la justicia ordinaria? Alrededor de esto hay un fuerte debate académico.

Me quiero concentrar menos en el término justicia y más en su apellido, transicional, porque sin el concepto de transición y sin una claridad sobre la idea de la Justicia Transicional, no tiene sentido y quedaría vaciada de contenido.

Y el problema, para mí, es este: que si la Justicia Transicional pretende no solamente enfrentar un legado de violaciones en el pasado, sino también contribuir a una transición mirando hacia adelante, como entre otras cosas quedó escrito en la primera frase del Marco Jurídico para la Paz, que dice: “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”. Si es así, el propósito, objetivos y las medidas de Justicia Transicional no pueden ser idénticas en todos los contextos, dependen también del tipo de transición.

Hay personas, académicos, que escriben sobre este tema. Yo solo me refiero a lo más obvio, que son las diferencias profundas entre una transición de un régimen llamado *autoritario* a una democracia, como lo ha explicado Luis Moreno Ocampo con su experiencia en Argentina y la transición de una guerra o de un conflicto a la paz.

Por supuesto que hay elementos comunes entre estos tipos de transiciones: las víctimas tienen los mismos derechos recogidos en instrumentos internacionales (a un acceso a justicia, a una reparación). Hay elementos comunes: la violencia en todos los contextos destroza la confianza. Sin embargo, también hay importantes diferencias que no se pueden olvidar en la escala de la victimización.

Hay unos cambios recientes en el registro de víctimas, pero estamos hablando de más de seis millones de víctimas en Colombia –eso no tiene nada que ver con la escala de victimización en un país como Chile–. En esto hay diferencias muy importantes. En un conflicto hay unas zonas grises, hay más casos de victimarios que en algún momento fueron víctimas y viceversa. Y sobre todo, una cosa es tratar de instaurar un nuevo régimen democrático y otra es consolidar una frágil paz. Consolidarla como lo estamos tratando de hacer mediante una negociación que, como suele decirse, es entre dos.

Estas no son las únicas clasificaciones o diferencias posibles; hay una categoría bien interesante, las transiciones que ocurren del conflicto a paz al interior o en democracias, categoría en la que están Colombia e Irlanda del Norte. Cada país tiene que buscar la esencia de su propia transición y sobre esa base construir su modelo de Justicia Transicional.

No es lo mismo pensar en un modelo transicional para superar, como ocurrió en Sudáfrica –el *apartheid*– (acá nos acompaña Roelf Mayer, quien negoció por parte del Gobierno la transición

sudafricana). No es lo mismo tratar de superar esas extrañas identidades enquistadas que hay en Irlanda del Norte para llegar a una convivencia en paz, que es la situación de Colombia.

Entonces la pregunta que nos tenemos que hacer es cuál es la esencia de la transición colombiana.

Y una primera respuesta, tal vez la más sencilla, la saco de uno de los estudios que hicieron unos politólogos e historiadores que invitamos a La Habana a escribir sobre los orígenes del conflicto y los factores que permitieron su prolongación en el tiempo. Y sobre la victimización, en este caso es Jorge Giraldo, que dice de manera muy sencilla: *“la violencia política colombiana de las últimas cinco décadas debe caracterizarse como guerra”*. Yo estoy plenamente de acuerdo con esa caracterización. Por eso el concepto central para el Gobierno en todo este proceso ha sido la idea de la terminación del conflicto. Que no significa solamente parar la guerra, sino asegurar su no repetición. Lo que es un reto mucho mayor, porque tenemos que asegurar no solo que no reinicie la violencia política, sino que la actual violencia no degenera en otras formas como el llamado ‘reciclaje’, que tanto conocemos en Colombia.

Hoy nos acompaña el Director de la Policía Nacional de Colombia, el General Rodolfo Palomino. General, usted perdió recientemente dieciséis valientes policías, quienes iban detrás de la organización de un señor que se hace llamar Otoniel. Un señor que se desmovilizó de la guerrilla del EPL a comienzos de los años noventa; luego ingresó a las ACCU (Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá), creadas por el señor Fidel Castaño; ingresó posteriormente a las AUC, creadas por su hermano el señor Carlos Castaño; se desmovilizó y luego volvió a crear otra organización. Eso es lo que no nos puede volver a ocurrir. Y lo que debemos tener siempre en la cabeza es este fenómeno tan colombiano de pasar la página de la violencia para encontrarnos con un nuevo fenómeno en los territorios. Y por eso, insisto, la idea estratégica del Gobierno en este proceso ha sido terminar el conflicto y asegurar su no repetición sobre la base de un enfoque territorial.

Con esa lógica de no repetición acordamos con las FARC los conocidos cinco puntos de la agenda del 2012. No voy a entrar en todo el detalle de ellos, pero solo recordar que si acordamos un

punto de desarrollo rural fue pensando justamente en la necesidad de crear lógicas de integración territorial, de inclusión social, de satisfacción de derechos en todo el territorio por razones de elemental justicia, por supuesto, pero también por razones de no repetición de la violencia. Y acordamos un punto sobre participación política que incluye una apertura democrática en una transición como mecanismo de resolución de conflictos que promueve la participación directa de la ciudadanía, que sobre todo busca romper el vínculo histórico entre política y armas y erradicar de la política la violencia. Fue con esa misma lógica de no repetición.

Y lo mismo con los siguientes puntos. Ya mencioné el punto del fin del conflicto. Pues tendremos que hacerlo de una manera para que estos ejemplos como el del señor Otoniel no se repitan y que den garantías de no repetición.

¿Qué decir del punto de drogas? Todos sabemos que ha sido combustible de la guerra, pero además ha llevado a una fuerte marginalización de parte del campesinado colombiano que debe ser integrado e incluido.

Las víctimas

También tiene una lógica de no repetición. ¿Cómo romper ciclos de venganza? ¿Cómo evitar que ese tan malsano resentimiento viva en el interior de las víctimas que no se sienten reconocidas? Aquí es en donde llegamos al punto que a mi juicio es donde se cruzan los temas de Justicia Transicional con los temas de la paz, que era la pregunta de esta presentación: ¿qué estamos tratando de hacer?

En La Habana estamos tratando de construir un modelo que combine medidas de carácter judicial con medidas de carácter extrajudicial justamente para cumplir con ese objetivo superior de no repetición y también para satisfacer otros criterios como es la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas.

En segundo lugar, asegurar que este modelo lleve a una verdadera rendición de cuentas. Para usar una palabra en español del inglés, *uncountability*, que no hemos logrado nunca traducir bien, pero que sugiere que si no se rinden cuentas sobre los he-

chos más graves, escasamente se puede decir que se ha hecho justicia o que es un sistema de justicia. Un modelo que conlleve suficiente seguridad jurídica, que tenga reglas claras, que tenga –y esto es muy importante– mucho apoyo de los Jueces para lograr una verdadera unidad de criterio en la Rama Judicial sobre cómo se deben aplicar estas medidas.

Tenemos ejemplos recientes preocupantes. No entro en los detalles, pero, por ejemplo, la aplicación de la Ley 1424, que tuvimos que producir con mucha velocidad en el año 2010 para estabilizar el grueso de la desmovilización de las autodefensas, pues encontramos interpretaciones hoy en día muy disímiles entre Magistrados que han llevado a que haya riesgos de fracaso de ese proceso de reintegración: personas que habían cumplido con los términos de su proceso y que hoy encuentran que de una día para otro son despedidas de su trabajo porque les llega una condena que no deberían tener, por problemas –entendemos– de interpretación de la ley.

En el caso de La Habana, evidentemente nadie va a firmar un acuerdo para que luego le cambien las reglas de juego. Debemos entre todos tener una claridad y una unidad de criterio sobre cómo debe ser esto.

Siguiente criterio que debe satisfacer el modelo: es un criterio de legitimidad. Lo entiendo de la manera más sencilla. Es decir, que se reconozca como un modelo adecuado de justicia en el ámbito internacional –se menciona mucho a la Corte Penal Internacional; nosotros no le damos menos importancia a la Corte Interamericana–. Y digo, además, que nosotros no vemos esto con temor porque si Colombia suscribió en su momento la Convención Americana y más adelante el Estatuto de Roma, es porque los colombianos creemos en los valores que representan esas convenciones y esos tratados. A la vez, estamos convencidos en La Habana de que lo que estamos haciendo perfectamente cabe dentro de nuestras obligaciones, si entendemos que estamos en una transición de guerra a paz. Es más, creemos, tal vez con una falta de modestia, que tenemos una gran oportunidad para sentar un precedente de cómo se puede hacer bien una transición en justicia de conflicto a paz.

Pero en términos de legitimidad, así como damos la importancia que se merece a nuestras obligaciones internacionales, la mayor importancia se la damos a nuestros compatriotas: los colombianos. Esto simplemente para decir que no hay ninguna posibilidad de que un modelo de Justicia Transicional sea estable en el tiempo si los colombianos no se identifican con él o si no les parece razonable. Y por supuesto en especial las víctimas.

También tenemos que hacer un esfuerzo en la llamada pedagogía para explicar que en una transición de conflicto a paz el componente de justicia, en el sentido estricto de la palabra, de justicia penal, es tan solo un componente de un modelo de Justicia Transicional.

Este modelo que estamos tratando de construir también debe cumplir con un criterio de universalidad. No es un modelo simplemente para los señores de las FARC. Es un modelo para todos quienes han participado en el conflicto, sin perjuicio de que se aplique en su momento de manera diferenciada de acuerdo con las condiciones y responsabilidades de cada quien.

Y eso me lleva a un segundo punto que no se suele mencionar, pero que es muy importante, y es que este modelo debe satisfacer un criterio de dignidad.

El fin del conflicto no es solo la judicialización de un robo a un banco. Tenemos que asegurar que lo que montemos proteja la dignidad de las víctimas, permita su reconocimiento, pero también asegure la dignidad de quienes estaban en armas, incluyendo a quienes van a reincorporarse a la vida civil.

Criterio de condicionalidad

De cierta manera, es la esencia del modelo. Todas estas diferentes medidas deben contribuir a unos objetivos superiores bajo esta sombrilla de no repetición y debemos ser muy rigurosos y estrictos en la observancia y el cumplimiento de estos criterios. Y ahí es donde se abre la cocina que describió Luis Moreno Ocampo de cómo se combinan los diferentes elementos o cómo va quedando. Uno puede mirar más de esto, un poco menos de lo otro, siempre y cuando se asegure que en todos los casos se van a

cumplir los diferentes criterios o condiciones y se va a apoyar ese propósito superior de no repetición.

Al modelo que estamos construyendo en La Habana lo hemos llamado un *sistema integral para las víctimas en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición*. Este es un concepto compartido con las FARC. Así lo escribimos en el informe conjunto cuando dimos a conocer la Comisión de la Verdad y demuestra que ya hay al menos un marco conceptual dentro del que nos podemos mover cómodamente ambos y dentro del cual, como ya lo explicó el Presidente de la República, hemos logrado acuerdos en materia de verdad y estamos muy avanzados en materia de reparación.

Yo quisiera decir una palabra sin entrar en discusiones técnicas confusas, pero me parece importante señalar cuál es la concepción dentro de este modelo del Gobierno de justicia, porque se suele decir que el modelo debe ser un modelo de justicia restaurativa, y esa no es la opinión del Gobierno.

El Gobierno sí cree que el modelo debe tener elementos de justicia restaurativa; voy a mencionar algunos de ellos enseguida, pero el modelo ante todo debe permitir que todas las medidas que se tomen respondan directamente a derechos de las víctimas de una manera que casi podamos cuantificar y decir que con él la satisfacción que se logró de derechos de las víctimas fue superior a lo que podríamos haber hecho en condiciones ordinarias o con un esquema exclusivamente restaurativo que se limita a restablecer relaciones entre las personas en la comprensión común de justicia restaurativa.

Este modelo parte de la base, ya lo dijo Humberto de la Calle, de que hay ciertos tipos de crímenes que en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. Creemos que esto es también una comprensión compartida con las FARC y eso quiere decir dos cosas: que tenemos que reabrir esa discusión tan nuestra, tan colombiana, sobre el delito político: cuál es el alcance el delito político, qué cabe dentro del mismo y, en consecuencia, cuál sería eventualmente indultable o amnistiable en un escenario de fin del conflicto, que no es el mismo escenario de un indulto durante el conflicto.

Y ahí vamos a necesitar mucha ayuda también de los jueces porque no nos corresponde a nosotros en La Habana determinar cuál debe ser exactamente el alcance del delito político, sino debe surgir de una discusión o de un consenso entre las ramas del poder público y también la sociedad de qué parece razonable. Eso por una parte.

Y por la otra, tenemos que establecer un mecanismo de justicia y unos procedimientos para ese universo de crímenes que en ningún caso puede ser amnistiado o indultado, en particular los llamados crímenes internacionales. Y ese mecanismo a su vez, a nuestro juicio, debe responder a una serie, nuevamente, de criterios.

Se debe concentrar, lo hemos dicho muchas veces, quedó en el marco jurídico, en las más graves violaciones, como permite el marco jurídico. Debe permitir una unidad de criterio y una posibilidad de reunir dentro de una misma jurisdicción todos estos casos. Debe involucrar a todos. No es un modelo simplemente para las FARC y debe estar alineado y engranado con los objetivos superiores que estamos persiguiendo en este proceso bajo el rótulo de la no repetición y eso también debe tener consecuencias para la ejecución de la pena.

Lo que mostró Luis Moreno Ocampo es lo mismo que me dijo personalmente en una visita a La Haya la Fiscal de la Corte Penal: estamos entrando en un territorio nuevo, inexplorado. Y mientras más podamos mostrar que los fines de esta pena contribuyen a estos objetivos superiores –de no repetición, de una paz estable y duradera–, creo que más fuerza tendrá nuestro modelo y esto es algo que tendremos que discutir más entre nosotros.

Ahora bien, este elemento de justicia que llamaríamos nosotros de justicia penal, por sí solo no es un modelo de Justicia Transicional ni garantiza la no repetición.

Yo estaba pensando en estos días leyendo la prensa, en la manera tan valiente –lo mostró Luis Moreno– como iniciaron investigaciones contra miembros del Congreso por delitos muy graves en la llamada ‘parapolítica’ que llevaron a condenas muy importantes, más allá de casos que aún hoy causan controversia. Pero me parece que uno sí se puede hacer preguntas sobre estas

condenas tan importantes: ¿contribuyeron a la no repetición? ¿En qué sentido realmente llevaron a una sanción social sobre esas conductas cuando uno lee hoy en la prensa diaria lo que está ocurriendo con avales en las elecciones actuales y lo que pasó en las elecciones al Congreso del año pasado?

Y eso lo lleva a uno a preguntarse si no hubiera sido mejor –una pregunta que no tiene respuesta, porque si no, no hubiera sido posible–, pero simplemente decir ¿no es mejor un proceso transicional donde haya un reconocimiento verdadero de responsabilidad, una asunción de responsabilidad por parte de las personas, algún tipo de reinserción y no hubiera sido también más justo? Porque no pocas personas terminaron con condenas más fuertes aun que las de los mismos paramilitares.

La verdad

No voy a explicar todos los detalles de la Comisión, solamente me voy a concentrar brevemente en los objetivos que a nuestro juicio son tres: el primero y el tradicional de una comisión es el esclarecimiento. Hablando ahora del fenómeno paramilitar, lo menciono porque me parece que es importante sacar lecciones del proceso de justicia y paz, que sacó mucha verdad de manera admirable, pero algunos piensan, posiblemente con razón, al costo de producir sentencias con suficiente velocidad. Entonces uno puede pensar, y esa es la lógica del modelo, que nos va mejor repartiendo tareas, roles y misiones. La justicia concentrada en los procesos estrictamente judiciales y una comisión de la verdad trabajando sobre todo el contexto de verdad.

El segundo objetivo es el reconocimiento.

Nosotros le dimos en el mandato la misma importancia al reconocimiento que al esclarecimiento, pensando sobre todo que en Colombia faltan, sin duda, muchos por esclarecer, pero lo que más nos falta es reconocer y aceptar lo que ocurrió. Y por eso dijimos en el mandato que “la Comisión debe esclarecer y reconocer todos los puntos del mandato”. Y ese reconocimiento está dirigido también y especialmente a las víctimas y reitero, a los reconocimientos de responsabilidad.

Pensamos que cuando la verdad sale de la boca del victimario es más fácil que la sociedad acepte qué fue lo que ocurrió.

Y eso me lleva al último objetivo de la Comisión, que es la convivencia. Es el lugar donde se cruzan los objetivos de la Justicia Transicional para las víctimas con los objetivos de la construcción de la paz. ¿Por qué? Porque si logramos abrir espacios dentro de una lógica territorial, una comisión que tiene capítulos territoriales en los cuales las víctimas son debidamente reconocidas, en los cuales personas que estuvieron involucradas en el conflicto pero que no fueron, llamémoslo así, orgánicos de las organizaciones, y tienen la mayor responsabilidad pero sí estuvieron involucrados y tienen responsabilidad, puede hacer reconocimientos de responsabilidad, pedir perdón y además reparar.

Creemos que sobre la base de esos reconocimientos se puede comenzar a romper las desconfianzas tan profundas que existen hasta el día de hoy en las regiones de Colombia afectadas por el conflicto y se puede comenzar a sentar una base para la construcción de la paz.

Diffícil pensar que podemos hacer todos esos proyectos que acordamos de desarrollo rural si la gente no confía en el otro porque no se ha dicho la verdad.

Reparaciones

El Gobierno del Presidente Santos ha puesto en marcha un enorme programa de reparación administrativa. Mirando las cifras recientes de un estudio de la Universidad de Harvard, quedé sorprendido: el siguiente programa más grande es el del Perú, y el de Colombia es, por lo menos, diez veces más grande.

Pero eso no quiere decir que todo está hecho. Porque justamente si queremos que la reparación contribuya a estos objetivos de rendición de cuentas, de reconocimiento de no repetición, tenemos que pensarla en una lógica más colectiva, más engranada con los objetivos de proceso, más territorial, que tampoco es tan difícil de hacer.

Recientemente estuve en San Carlos (Antioquia), un pueblo muy golpeado por la violencia a finales del siglo xx y comienzos de este siglo. Casi el setenta por ciento del pueblo se desplazó.

Un pueblo grande, de veinticinco mil habitantes y que tiene una alcaldesa absolutamente admirable; ella sola decidió hacer un cuasiprograma propio de reparación colectiva en una vereda cercana que se llama El Jordán, donde estuvo la guerrilla y luego los paramilitares. Todo el mundo la abandonó y con historias trágicas de violencia, pero logró coordinar las diferentes entidades del Estado y decirle a la gente que esto se estaba haciendo en respuesta al sufrimiento que habían padecido.

Este enfoque territorial en justicia y en construcción de paz y esa renovación de las relaciones entre las instituciones y los ciudadanos es lo que hemos llamado en otras ocasiones la paz territorial.

Este modelo que estamos tratando de ‘cocinar’ en La Habana es el que no solamente tenemos que construir con la ayuda de ustedes, sino sobre todo vamos a tener que implementar con ustedes.

De poco sirve que en La Habana lleguemos a un acuerdo sobre esto y esto si no tenemos un consenso al respecto y tampoco podemos entender cómo debe funcionar a la hora de aplicarlo. De manera que les damos la más grande importancia a estos intercambios con ustedes. Yo he tenido la suerte, la Oficina ha tenido la suerte y Humberto ha tenido la suerte también de tener intercambios frecuentes con Magistrados de la Corte, con la Fiscalía, con el doctor Eduardo Montealegre, que tanto se ha interesado por estos temas y tantas ideas está aportando, pero creo que tenemos que entrar en una fase de mayor intensidad y de intercambios para ver cómo aseguramos que lo que acordemos en La Habana se pueda aplicar en el mundo real y todos lo entendamos.

Termino recogiendo lo que propuso el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, José Leonidas Bustos Martínez, cuando planteó la necesidad de ocupar esos territorios, la necesidad de poner en marcha esos programas, que siempre en este país es lo más difícil.

La justicia es un tema crucial y definitivo; pero mucho más difícil que resolver el tema de la justicia en La Habana es implementar luego en los territorios todos estos programas que hemos acordado con esta lógica de no repetición, que creemos va a responder al sentido estrecho de justicia de los colombianos en estos territorios, a un sentido más amplio de justicia social y, sobre todo, nos va a garantizar una paz estable y duradera.

Principios orientadores de los procesos de Justicia Transicional

DAVID TOLBERT



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Principios orientadores de los procesos de Justicia Transicional

AL OBSERVAR A LOS PAÍSES EN TRANSICIÓN que se están recuperando de abusos masivos de derechos humanos, uno se pregunta qué está ocurriendo en Colombia, cómo se está adelantando el proceso de paz, cuáles son los temas de Justicia Transicional.

Para Colombia, el mundo y las víctimas, es un proceso importante porque el ejemplo que este país está asentando resonará más allá de las fronteras. Es muy importante no solo para esta nación, sino para otras que van a seguir estas huellas para lograr la paz con justicia.

En este sentido veo señales de esperanza y algunas preocupaciones sobre temas que se están abordando y siguen en la mesa. Uno de ellos, la rendición de crímenes internacionales cometidos durante el conflicto. Hay varios factores que hay que tomar en cuenta.

En la medida en que pensamos sobre cómo abordar esos crímenes, hay varios parámetros que existen para Colombia debido a sus obligaciones internacionales establecidas en normas y tratados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.

Colombia ha respetado sus obligaciones internacionales bajo el Estatuto de Roma y ha trabajado con la Corte Penal Internacional. Es importante que el país siga sobre esa ruta por su reputación internacional, pero también para apoyar la lucha contra la impunidad, que es el corazón de la Justicia Transicional; también para garantizar que una sociedad se base en el Estado de derecho.

Todos esos son principios básicos. Cómo surgen esas responsabilidades y cómo se llevan a cabo puede ser algo complejo. Es importante recordar el tema de la amnistía. Se ha oído hablar del

Protocolo II de la Convención de Ginebra, que sí prevé amnistías para delitos que no constituyen crímenes graves (como genocidio o crímenes de guerra) y eso, de alguna forma, es cubierto por la Corte Penal Internacional.

Si atendemos el discurso público en Colombia sobre la Justicia Transicional, tiene que ver con la agenda política del proceso de paz, la retórica política, el Gobierno y la influencia fuerte de ciertos sectores de la sociedad. Creo que esos factores han llevado a una percepción distorsionada con respecto a la Justicia Transicional en los medios y también en el público.

Algunos piensan que la Justicia Transicional es excepcional o un tipo alterado de la justicia que de alguna forma se basa en impunidad. O que la Justicia Transicional se relaciona con la concesión de beneficios legales a las partes en el conflicto.

Para evitar esa manipulación y estos malentendidos de los conceptos de Justicia Transicional y abordarlos en la sociedad en conjunto, espacios como este foro de la justicia colombiana son muy importantes porque podemos analizar las experiencias.

También es trascendental para la sociedad civil y los partidos de gobierno abordar estas ideas equivocadas a través de una estrategia integral que incluya la comunicación.

Cualquier proceso de Justicia Transicional, mecanismo o medida, una comisión de la verdad o algunos de los otros elementos de los que se ha hablado, necesitan una estrategia de comunicación –que hemos visto de manera efectiva en algunos lugares, mejor que en otros– y también asistencia técnica e incidencia.

Es crucial entender el rol de la justicia penal en los procesos de Justicia Transicional. Creo que hay algunos temas difíciles de entender que tal vez se pueden aclarar en la medida en que hablamos más de ellos.

Quiero abordar algunos de los temas principales que han surgido en el contexto de Justicia Transicional con respecto a la rendición de cuentas judicial o penal, en particular sobre temas claves como quién debería ser judicializado penalmente, para qué, cómo, bajo qué tipo de jurisdicción?

Sobre la primera pregunta –quién debe ser investigado y procesado y sobre qué base debe ser judicializado–, bajo el dere-

cho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen el deber de investigar y juzgar los crímenes graves: genocidio, crímenes de guerra. Judicializar todos esos crímenes es imposible no solamente en el contexto colombiano. En contextos como el del Tribunal de Yugoslavia tuvimos unos diez mil victimarios, y es citado como un proceso exitoso, aunque se judicializaron solamente ciento veintiuno de los diez mil; algunos centenares más fueron procesados por las cortes nacionales y muchas más personas no fueron judicializadas porque había pocos recursos y por otros temas que no lo hacían posible.

Lo anterior plantea un tema importante tanto para las cortes nacionales como internacionales. Es decir, cómo pueden llevar a cabo investigaciones limitadas pero significativas en esos contextos. Esa es una pregunta esencial para la Justicia Transicional.

Hemos visto varios tribunales a los que yo llamo “tribunales internacionalizados” establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como el de Yugoslavia o de Ruanda, y ha habido tribunales híbridos o mixtos, como el de Cambodia o la Corte Especial de Sierra Leona, la Corte de Estado de Bosnia y algunos otros, y se llaman así porque utilizan una combinación de Jueces, Fiscales y personal nacional e internacional, y han adoptado políticas para racionalizar sus escogencias o sus elecciones a la hora de enfrentar contextos de un gran universo de delitos y de los que son responsables de ello.

En algunas circunstancias los Estados han adoptado un enfoque que prioriza los casos sobre la base de la noción de la gravedad del delito o del crimen, al igual que los máximos responsables de los crímenes más graves. Entonces los fiscales han desarrollado criterios para tomar este tipo de decisiones. Y con el fin de darle un peso apropiado a la gravedad del crimen, incluyen factores como el número de víctimas –particularmente el número personas que fueron asesinadas–, circunstancias especiales como la comisión de crímenes de género o el uso de niños soldados.

Esos son los que nosotros llamamos tribunales internacionalizados, donde el concepto de máximo responsable a veces no se toma como quién está en un lugar o en una posición de responsabilidad, como los líderes políticos o los líderes militares

que hayan dado la orden. Normalmente, a ellos se les considera como los máximos responsables, pero en un concepto distinto de la responsabilidad de mando que vemos en el Derecho Internacional Humanitario.

La responsabilidad del mando tiene que ver con el hecho de que el comandante no ha prevenido o evitado la comisión del crimen, o no ha sancionado a los responsables después de haberse dado cuenta de que el crimen había sido cometido, por ejemplo, por aquellos condenados en los procesos de la junta argentina: no son condenados sobre la base de responsabilidad de mando, sino por la responsabilidad directa que tuvieron ellos en crear o diseñar la arquitectura que finalmente produjo decenas de miles de asesinatos y de desapariciones. Por lo tanto, los victimarios participaron directamente a la hora de ordenar, dirigir o instigar los crímenes.

Ese concepto de máximo responsable realmente viene del crimen organizado o crimen del sistema, que normalmente tiene que ver con una estructura, donde hay una división del trabajo entre quienes organizan y dirigen el crimen y los soldados que ejecutan el crimen.

La idea de perseguir al máximo responsable es persuasiva en términos morales, pero también para garantizar que los recursos limitados del Estado se puedan utilizar bien.

El concepto de máximo responsable provee un criterio diferente desde el punto de vista moral para priorizar las investigaciones criminales. Hay algunas salvedades. La primera es que el máximo responsable no puede simplemente ser interpretado con el concepto formal de que todos los que eran líderes son los máximos responsables. No es suficiente solo con identificar la estructura criminal o identificar los líderes y decir que son los máximos responsables.

La segunda salvedad que planteo es tener un enfoque muy estrecho sobre el máximo responsable como el personal de liderazgo, porque las personas responsables de crímenes graves podrían no ser investigadas porque no están al mando de la estructura.

Se puede pensar en un par de ejemplos: uno, los líderes del campo de Auschwitz en 1963. Ellos no dirigían la política, ellos no diseñaron la política para la creación de los campos en Birkenau, pero no podríamos dudar de que hay que considerarlos como los máximos responsables.

Otro caso es Milan Lukic en el Tribunal de Yugoslavia, quien lanzaba niños de los puentes, encerró a un grupo de cincuenta y tres personas en un edificio y los quemó vivos, y otros crímenes gravísimos que ocupaban una posición muy baja en el mando militar, pero obviamente no se pueden aplicar de manera estrecha estos lineamientos.

Es importante tener un criterio de selección de casos que sea transparente, detallado y con una definición de los crímenes más graves.

El siguiente tema es cómo procedemos.

Empezaría con la premisa de que estos crímenes graves tienen investigados y judicializados a nivel nacional. El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece esto con el principio de complementariedad y solamente en los casos en los cuales la autoridad nacional es incapaz o renuente a investigar los crímenes, sería ahí en donde se involucraría a la CPI.

En el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), vamos a hacer una conferencia sobre este tema, pero hemos tenido un enfoque internacional en varios países con participación de jueces nacionales e internacionales. Hay fiscales nacionales e internacionales que trabajan juntos en una composición mixta. Hay dos razones para tener este enfoque. Una, que hay falta de capacidad. El sistema judicial está debilitado por el conflicto y no puede llevar a cabo una investigación justa, y la teoría es que al traer los jueces y fiscales internacionales, pueden crear y construir capacidad y sería escéptico. En ese campo hay muchas barreras normalmente en el hecho de crear capacidad con Fiscales y Jueces Internacionales. Y hemos visto que no ha funcionado en varios países.

La otra razón por la que hay tribunales internacionalizados o tribunales mixtos es porque las cortes nacionales no tienen la

credibilidad o la confianza del público. Las autoridades nacionales de pronto se ven comprometidas, no tienen la confianza por una parte del conflicto o por la sociedad en general. Entonces la inclusión de personal internacional (Jueces y Fiscales) puede promover la credibilidad y la confianza.

Creo que en Colombia hay muy buenos Jueces, Defensores y Fiscales. No hay duda sobre la capacidad del sistema colombiano. Quizá el tema clave en el contexto colombiano es el tema de la confianza y la credibilidad pública. Y eso, obviamente, nos sorprende en sociedades que han tenido conflictos o violencia: una de las partes no confía en el sistema de justicia. La credibilidad puede estar impactada por la dinámica del conflicto.

La cuestión en el contexto de Colombia es si se puede resolver el tema de la confianza con una Corte nacional o no. En otras palabras, ¿hay confianza suficiente en el sistema de las Cortes para seguir adelante? Mi visión personal es que hay confianza suficiente y es importante resaltar que la creación de un Tribunal Internacionalizado podría indirectamente socavar la confianza en el sistema nacional. Quizá enviaría una señal equivocada que al sistema le falta capacidad o le falta confianza por parte de la sociedad.

Por último, subrayo que el objetivo clave del proceso penal o criminal es la responsabilidad. La condena confirma a la sociedad el rechazo fuerte de las atrocidades. Entonces no sería proporcional a la gravedad del crimen la condena. Tendría un valor simbólico siempre y cuando sea genuino y público. Muchos colegas y yo hemos publicado documentos sobre este tema. Existe espacio para el debate alrededor de las sanciones, incluyendo sentencias alternativas y términos relacionados.

Sin embargo, no veo espacio para pasar a una justicia exterior debido al fuerte compromiso que Colombia tiene a nivel del Estatuto de Roma y otras obligaciones.

El imperativo ético de preservación de la dignidad humana de todos los actores del conflicto armado y la vía jurídica que posibilita el perdón y la transición a la paz

FRANCISCO DE ROUX RENGIFO S. J.



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



El imperativo ético de preservación de la dignidad humana de todos los actores del conflicto armado y la vía jurídica que posibilita el perdón y la transición a la paz

LO QUE VOY A HACER ES UNA REFLEXIÓN. Una especie de meditación sobre la dignidad. Y quisiera hacerlo porque me ha tocado vivir este país no desde la parte superior del tapete, sino por debajo del tapete. Y es desde ahí desde donde me pregunto cuál es el lugar de la Justicia Transicional. Qué responsabilidad tan grande el desafío que hoy en día tanto el Presidente (Juan Manuel Santos) como Sergio Jaramillo (Alto Comisionado para la Paz), como Humberto de la Calle (Jefe del Equipo Negociador en los diálogos de La Habana), están haciendo una obra maravillosa en Cuba. He tenido la oportunidad de vivir eso allí mismo en La Habana.

Se ha puesto en manos de ustedes los Jueces –que en alguna forma lo han querido asumir al estar aquí presentes los Magistrados de la patria– el camino de la Justicia Transicional.

Pero es que vistas las cosas desde ‘debajo del tapete’, donde uno encuentra todos los cables cruzados, se apelmazan los tiempos y uno siente la complejidad de las responsabilidades en el país.

Yo recuerdo, por ejemplo, el momento en el que encontramos el cadáver de Alma Rosa Jaramillo en el sur de Bolívar; los paramilitares del Bloque Central Bolívar le habían serruchado los brazos y las piernas. Pocos días después hombres de las FARC mataron a un compañero campesino que estaba iniciando la erradicación manual en una de las veredas.

Por supuesto, las cifras y las realidades que nos ponen a nosotros, el pedigrí colombiano delante de la comunidad internacional para mostrar desde dónde vamos a hacer justicia lo conocemos todos: cerca de 2.000 masacres. 1.350 fueron hechas por los paramilitares, más de 300 por la guerrilla, más de 100 por las Fuerzas Armadas; las ejecuciones extrajudiciales; más de 26.000 secuestros, de los más largos del mundo y los más horribles. La inmensa cantidad de personas golpeadas por minas antipersona –entre ellos, muchos hombres de la Policía y del Ejército–, y esta realidad espantosa de los ‘falsos positivos’ colocados en el corazón del honor de hombres de nuestras fuerzas armadas. Y, claro, uno se pregunta desde dónde empezar a hacer justicia y cómo asignar responsabilidades y definir buenos y malos.

Tengo la sensación de que uno empieza a tirar la cuerda y se lleva consigo toda la sábana. Y a pesar de este enorme esfuerzo de nuestros Jueces –que les ha costado la vida y que ha obtenido tan buenos resultados como los que se han presentado hoy–, a uno le queda la sensación de una situación como la que en alguna forma mi Maestro, Jesús, tuvo que enfrentar ante aquellos viejos que se consideraban justos y que decidieron apedrear a una mujer que había sido vista en adulterio –recordamos todos la escena en el Evangelio– cómo el Señor se puso al lado de ella y les dijo, después de escuchar toda la algarabía que hacían, ‘el que esté libre de concupiscencia en su vida que tire la primera piedra’.

Créanme que cuando yo me planteo esta cantidad de cosas, encuentro que en el fondo de esta situación lo que está realmente en el corazón de lo que estamos viviendo en Colombia es una crisis espiritual muy profunda. No crisis religiosa. No. Es una crisis de destrucción del ser humano, de rompimiento de lo que nos es más sagrado en el fondo de cada uno de nosotros.

Y por eso, con el correr de los años, todas las explicaciones teológicas, políticas e ideológicas de lo que a nosotros nos estaba pasando y nos ha pasado se me cayeron. Lo único que me quedó, que me daba sentido en medio de esta realidad tan difícil, fue la grandeza de seres humanos.

En el Magdalena medio, por ejemplo, donde lo viví muy profundamente, a los que les habían arrebatado todo: les habían

EL IMPERATIVO ÉTICO DE PRESERVACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA DE TODOS
LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO Y LA VÍA JURÍDICA
QUE POSIBILITA EL PERDÓN Y LA TRANSICIÓN A LA PAZ

matado a sus seres más queridos. Les habían quitado sus tierras, les habían destruido las familias y, sin embargo, tenían el coraje de erguirse ante los actores armados, de no subordinarse para defender lo único que les quedaba: su grandeza humana. Su dignidad.

Y lo mismo encontré en las mujeres del Cauca, quienes lucharon por su río Ovejas –por estas máquinas retroexcavadoras– y presentándose allí para decir cada una con su nombre –‘yo me llamo Carmen’ o ‘yo me llamo María’– soy un eslabón de la cadena y la cadena no se rompe aquí.

Y mucho más impresionante: todas las comunidades, en grupos de sesenta víctimas que en grupos de doce fueron a La Habana e impresionaron a todos profundamente. Esas mujeres y hombres que llegaron allí, víctimas de todos los lados, nos hicieron sentir algo muy profundo. Nos hicieron sentir que ellas y ellos habían vivido en su piel, en lo más profundo de sí mismos, la ignominia. La capacidad de destrucción y de humillación. La capacidad de desbaratar a los otros que nosotros tenemos como seres humanos. Eso es humano. Y que nosotros tenemos como colombianos. Ellas sentían que eso era ser colombiano.

Con un dolor muy profundo lo expresaron. Llegaron allí para mostrar la necesidad de expresar delante de sus perpetradores, de sus victimarios, los colombianos que no somos solamente eso. Los seres humanos no somos solamente eso. Somos capaces de humillar y de romper –como la muchacha que la azotaron contra la pared los de la Móvil Ocho, le produjeron un aborto y el hombre puso un perro para que se comiera su propio flujo de sangre–, y ella nos contaba esto delante de todos.

Esas personas que nos estaban diciendo de qué barbaridades somos capaces los seres humanos y hasta dónde hemos llegado los colombianos sentían la necesidad de decir los colombianos *no somos solamente eso. Nosotros somos capaces de las cosas más sublimes. Somos capaces del amor desinteresado. Somos capaces de luchar por la paz. Somos capaces de perdonar.*

Y este hondo sentido de la dignidad, evidentemente, nos pone a ‘echar mano’ a la historia, que ha sido la configuración de la profundidad de la dignidad humana entre nosotros.

En mi formación jesuita me fui al viejo Cicerón, en Roma, quien nos señalaba con tanta fuerza la diferencia del ser humano con los demás animales del universo: la dignitas. Él nos subrayaba “*timen enim leyes antearmas*”, para tomar lo que estaba diciendo esta mañana: “no es cierto que la justicia pueda ser una amenaza para la paz”. Cicerón lo decía más a fondo: la justicia no es una amenaza para la paz, pero la guerra sí es una amenaza para la guerra. Las armas son una amenaza para la paz y para la justicia. Tomás de Aquino (Santo Tomás) nos decía que los seres, todos, no solamente los humanos en el orden que tienen en el universo, tienen dignidad. Y Kant (Immanuel), que todos lo hemos conocido en la metafísica de las costumbres, expresa con ese rigor hondísimo la diferencia entre las cosas que tienen precio y las que tienen un valor por sí mismas no negociables –la dignidad–, que hace que ningún ser humano pueda ser utilizado como medio por otro para conseguir un fin.

Me parece que en Justicia Transicional tenemos que traer la dignidad como un eje profundo para organizar un aparato jurídico capaz de enfrentar lo que en La Habana se está jugando.

Cuando en 1948 Naciones Unidas trataba de encontrar un código ético que fuera aceptado por todas las comunidades del mundo, y estaban presentes intelectuales, no podían ponerse de acuerdo, hasta que Jacques Maritain, un discípulo de Emmanuel Mounier, un filósofo católico francés, en medio de condiciones muy distintas, puso una frase que hoy en día nosotros conocemos: los seres humanos tienen igual dignidad. Qué bueno que la pusiéramos acá en Colombia para hacer una reconstrucción del tipo jurisdiccional con la cual hay que enfrentar la justicia en la situación en que estamos ahora.

Porque la dignidad no se la debemos a nadie. No se la debemos a ningún Presidente, ni a Santos, ni a Uribe. No se la debemos a ningún partido político. No se la debemos a los Magistrados. No se la debemos a las FARC o al ELN. La tenemos simplemente por ser seres humanos. La dignidad no puede crecer. Uno no tiene más dignidad por ser Presidente de la República o Magistrado de la Corte. Y tampoco nos la puede disminuir nadie. No la ha perdido ni un guerrillero, ni un paramilitar, ni un enfermo de sida.

EL IMPERATIVO ÉTICO DE PRESERVACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA DE TODOS
LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO Y LA VÍA JURÍDICA
QUE POSIBILITA EL PERDÓN Y LA TRANSICIÓN A LA PAZ

Sobre ese contexto de cosas tenemos que plantear lo que nos ha pasado para tratar de construir desde allí una totalidad distinta.

Creo que desde allí podemos elaborar elementos indispensables en medio del debate que se hace en La Habana. Es evidente que los puntos, y no los voy a repetir, que esta mañana se trajeron a cuento hay que ponerlos sobre la mesa.

Primero, la dignidad de las víctimas. Porque si no surge desde esa primera base lo que tenemos que reconstruir para todos, nuestra dignidad queda deshecha y destruida. Son los grandes perdedores de esta crisis espiritual de toda la sociedad colombiana, de la que todos, por acción o por omisión, somos responsables.

Recuerdo las palabras que nos decía ‘Marcos’, el muchacho del ELN, comandante de uno de los frentes de la parte baja del Cauca –dado de baja por el Ejército hace un par de meses–, en el momento en el que nos entregó al arzobispo de Cali y a mi persona un canadiense que había sido secuestrado. Cuando nos íbamos a subir al helicóptero, las palabras de ‘Marcos’ al canadiense fueron *“hermano, perdónenos porque todos estamos atrapados en esta guerra ‘hijueputa’”* –pido excusas–, pero hemos quedado atrapados en esta situación.

Esto nos tiene que ayudar a pensar mucho en la situación en que estamos. Por supuesto, hablar de dignidad es hablar de reparación en los términos a los que Todd Howland se refiere. La transición hacia un mundo de mucha más dignidad exige en su totalidad que esto lo tengamos profundamente en serio.

Pero también es un tipo de justicia que tiene que entender, y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (Magistrado José Leonidas Bustos Martínez) lo dejó claro, que ha habido un conflicto político –cosa que los especialistas en Justicia Transicional conocen muy bien– porque fue, justamente, en contra de esta ‘locura’ en que nos hemos enredado los colombianos, de exclusiones e inequidades, por lo que se levantaron los guerrilleros originariamente, pero quedaron atrapados en la degradación del conflicto y terminaron viniéndose contra el pueblo. Ellos mismos actuando contra el pueblo, al que se suponía iban a proteger con sus luchas.

Y también debemos tener en cuenta la degradación de esta guerra en que todos hemos caído para comprender la necesidad de poner los atenuantes y las sensibilidades en una transición.

Este, el de Colombia, no es un caso común y corriente. Uno tendría que referirlo a lo que les pasó a los alemanes o a lo que les pasó a los americanos cuando lanzaron las bombas, terribles, en Nagasaki y en Hiroshima. No son casos de ninguna manera simples para poder entender la situación tan compleja de hacer justicia en una situación como en la que se han visto involucrados quienes han estado en este tipo de guerras.

Yo, muy humildemente, porque no soy un jurista, pero sí curioso de estas cosas, quisiera invitar a los Magistrados a que tengan en cuenta el *Grundgesetz* de los alemanes, la ley básica de Alemania, la Constitución alemana. El pueblo del holocausto y del muro de Berlín que construyó esa Constitución poniendo como primer fundamento la dignidad inviolable e intocable de todo ser humano y sobre la cual desarrolló su cultura jurídica que todos conocemos, obviamente, muy fundamentada en el pensamiento de Kant.

Finalmente, me ha impresionado mucho la sensibilidad de los muchachos que están en la guerra. En esas montañas de Colombia, cuando al guerrillero de base uno le dice, ante su perplejidad, cuál será su futuro en esas circunstancias cuando uno les dice que hay una posibilidad para ellos en este país. Que ellos tienen reconocimiento de los territorios en donde están. Que los campesinos los consideran líderes y ya que ellos están pidiendo el desarrollo del campo, que ellos pueden quedarse allí, seguramente con condiciones establecidas, con tiempos definidos, con resultados marcados pero para convertirse en los cuidadores de los bosques, en los desarrolladores de los campos, por supuesto, siempre y cuando les garanticemos la tranquilidad y sobre todo acompañamiento para que puedan ser ellos, ya sin armas, compañeros de una transformación del campo en Colombia.

Pero más de fondo, hablando de un nivel más alto, de los mandos grandes de la guerrilla –ha habido también que hacerlo entre gente del paramilitarismo, nosotros logramos poner allá un sentido de dignidad en estos procesos–, el hombre comprende.

**EL IMPERATIVO ÉTICO DE PRESERVACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA DE TODOS
LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO Y LA VÍA JURÍDICA
QUE POSIBILITA EL PERDÓN Y LA TRANSICIÓN A LA PAZ**

Comprende que la transición por el camino de la dignidad es otra cosa. Que ya no se trata de la justicia penal que uno recibe como un castigo que la sociedad le impone obligándole a pagar unos costos, sino que se trata de una actitud proactiva en dignidad, en grandeza humana, en la que hombres y mujeres estuvieron metidos en esta guerra degradada, asumen con altura humana la decisión de contribuir a esta sociedad reconociendo los males que han hecho, los males que hicieron y las consecuencias de sus acciones y ofreciéndose para hacer transformaciones en la sociedad. Con que ellos puedan cambiar con decisión lo que haya que cambiar para que podamos vivir en paz. Y en ese contexto de dignidad, uno sí ve hombres que se muestran capaces no solamente de participar como el guerrillero de base en estas cuestiones de desarrollo agrícola, sino mucho más allá. De ponerse en una actitud de hacer lo que la sociedad pida y, eventualmente, de aceptar limitaciones a su libertad si eso le va a dar seguridad jurídica a sus compañeros y nos puede ayudar a colocar al país en un horizonte distinto, de verdadera transición a un país en dignidad.

Eso supone, por supuesto, que entendemos al Estado como la institución creada por los ciudadanos para garantizar a todo el mundo, por igual, las condiciones de la dignidad. Y supone que somos capaces de creer los unos en los otros y de darnos la confianza que todavía nos debemos los colombianos.

Los estándares de la Justicia Transicional dentro del marco legal de la Corte Penal Internacional*

EKATERINA TRENDAFILOVA



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Los estándares de la Justicia Transicional dentro del marco legal de la Corte Penal Internacional*

QUIERO COMENZAR CON PALABRAS DE APRECIO por la invitación para asistir a esta conferencia y por permitirme hacer una humilde contribución sobre algunos aspectos críticos presentes en el proceso de paz que se está adelantando en Colombia. El viaje desde mi nativa Bulgaria hasta Cartagena fue bastante largo y algo fatigoso.

Sin embargo, no me arrepiento porque tengo gran interés en el tema de esta conferencia y también estaba tentada de visitar este espectacular país y conocer su gente.

Ayer estuve siguiendo atentamente los discursos y presentaciones que enriquecieron mi conocimiento y entendimiento acerca de los diferentes y variados temas contemplados por los expositores. Siento disentir con algunos de los puntos de vista expresados y las ideas sugeridas como, por ejemplo, la proposición según la cual se debe permitir a las FARC identificar a aquellos de sus miembros que tienen mayor responsabilidad por 50 años de conflicto en el país.

Desde mi perspectiva, esto puede ser equivocado por varias razones, sobre las que me referiré a continuación. Tal enfoque podría dar la impresión de inhabilidad o renuencia de parte del Gobierno nacional para elaborar sus propias conclusiones al respecto. Yo no creo que el Gobierno de Colombia sea débil y no

* Traducción del inglés: Pablo César Guevara, Oficina de Comunicación y Prensa de la Corte Suprema de Justicia.

tenga la capacidad o la buena voluntad en el curso de tantos años de identificar las figuras claves de las guerrillas o los paramilitares. También dudo de la sinceridad de las FARC para señalar a sus máximos líderes que podrían ser declarados responsables por planear y orquestar los crímenes cometidos durante el conflicto.

Eso es tanto como si las FARC entregaran los nombres de aquellos de sus miembros que nunca tuvieron la posición/rango y la capacidad para planear o influir en la política de la organización. Uno también puede pensar en un escenario en el cual sean suministrados nombres de personal doméstico o incluso de personas desconocidas. Tengo la certeza de que esto puede llevar a que nunca se satisfaga la demanda de justicia, la búsqueda de la verdad y las expectativas de las víctimas y de su justificada ansiedad para que se haga justicia.

Este es solo un ejemplo de la complejidad de la transición que Colombia está experimentando. Pero la intención de todos en atención a este evento es avanzar en ideas que puedan ayudar al país a finalmente alcanzar y vivir en paz después de años de sufrimientos. En este contexto, presentaré los estándares de la Justicia Transicional en el marco legal de la Corte Penal Internacional, de la cual Colombia como Estado parte del Estatuto de Roma adhirió y se comprometió a respetar.

Finalmente, le agradezco al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia por la excelente organización del encuentro y por convocar a profesionales de Latinoamérica y del resto del mundo para contribuir con un abierto y honesto intercambio de opiniones sobre los grandes desafíos que Colombia está enfrentando en este punto de la historia.

I. Sin más preámbulos, voy a recordar las principales características de la Corte Penal Internacional, donde fui juez por nueve años, en esos rasgos particulares que son importantes para los propósitos de este encuentro. Colombia firmó el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998 y presentó los instrumentos de ratificación ante el Secretario General de Naciones Unidas el 5 de agosto de 2002. Desde esa fecha hace parte de la Corte Penal Internacional y juega un rol crucial en el establecimiento y crecimiento/progreso de la institución.

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal permanente en el escenario internacional que adelanta casos por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Corte, tarde o temprano, tendrá jurisdicción universal. Es una institución relativamente joven (en funcionamiento desde el 1.º de julio de 2002) y, de acuerdo con múltiples inquietudes, todavía necesita avanzar en su jurisprudencia.

La facultad de la Corte Penal Internacional de investigar y procesar crímenes bajo su jurisdicción no está vedada por el carácter oficial de sus perpetradores. El Estatuto de Roma no reconoce inmunidades basadas en una posición oficial o por el nivel de autoridad de los presuntos perpetradores.

Finalmente, la Corte Penal Internacional es complementaria a la jurisdicción nacional, lo que significa que la primigenia responsabilidad para investigar y perseguir crímenes recae sobre los Estados. Este principio se convirtió en la piedra angular del establecimiento de la Corte Penal Internacional y aunque significa respeto por la soberanía de los Estados para procesar a supuestos responsables por crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales, también es la suscripción de un compromiso de la comunidad internacional para poner fin a la impunidad para los crímenes más atroces. Únicamente si los Estados no cumplen los deberes al respecto, entonces la Corte Penal Internacional interviene y se convierte en un mecanismo que impide que la impunidad prevalezca incluso cuando la justicia no se puede proporcionar en un entorno nacional.

Por tanto, el principio de complementariedad sirve como un catalizador para garantizar su capacidad interna para hacer frente a los delitos tipificados en el Estatuto de Roma y al mismo tiempo asegurar que los perpetradores de esos crímenes no escaparán a la responsabilidad penal por sus fechorías.

II. Es ampliamente conocido que la Justicia Transicional se enfoca en violaciones a los derechos humanos empleando mecanismos judiciales y no judiciales para asegurar la responsabilidad de los autores de delitos de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional y también garantizar el derecho de las víctimas de ser escuchadas, para ver que los responsables de los

crímenes cometidos sean castigados, para saber la verdad, para recibir reparación y para establecer un registro histórico del conflicto. La Justicia Transicional también se esfuerza para que no haya repetición, disuadir para que no se cometan futuros crímenes atroces, para la reconciliación, la reforma de las instituciones, promover la cultura de la tolerancia, la paz, y el respeto por las leyes y la justicia.

Por lo tanto, la variedad de mecanismos que la Justicia Transicional representa y defiende es aplicable a nivel nacional e internacional. Los mecanismos que son más apropiados dependen de diferentes factores, incluyendo la naturaleza de la entidad encargada de aplicar las medidas de Justicia Transicional.

El marco legal de la Corte Penal Internacional y su jurisprudencia prevén los siguientes mecanismos de Justicia Transicional:

1. Proceso penal

Dentro de la estructura de la Corte Penal Internacional, el órgano de activación de la acción penal ante este Tribunal es la Oficina del Fiscal, que es un órgano independiente y separado de la Corte.

La facultad de la Oficina para investigar y enjuiciar es activada por

- Una remisión de un Estado parte (artículo 13 (a) del Estatuto); hay especificidades en lo referente a que un Estado no miembro podrá hacer una declaración aceptando la jurisdicción de la Corte con respecto a un crimen en particular (artículo 12 (3) del Estatuto).
- Una remisión a la Fiscalía por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuando bajo el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (artículo 13 (b) del Estatuto).
- A iniciativa (*motu proprio*) del Fiscal bajo el artículo 15 del Estatuto de Roma (artículo 13 (c) del Estatuto); en este escenario la Fiscalía necesita la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares a fin de proceder con una investigación (artículo 15 (4) del Estatuto).
- Cuando el fiscal está a punto de tomar una decisión sobre si se debe iniciar una investigación, o después de una in-

vestigación si debe proceder a una acusación, entre otros requisitos legales como están previstos en los artículos 15 y 53 del Estatuto, debe considerar si los casos (o potenciales casos) son admisibles ante la Corte, lo que significa que la maquinaria de la corte podría ser empleada únicamente si el Estado competente es incapaz de investigar genuinamente, perseguir y juzgar a los autores de crímenes bajo su jurisdicción.

La ley claramente ha manifestado que en su decisión la Fiscalía debe estar guiada por el principio de complementariedad, que tiene su fundamento en el preámbulo del Estatuto de Roma y ha impregnado todo el diseño de los estatutos de la Corte Penal Internacional. Si la Oficina del Fiscal ha decidido hacerse cargo de la investigación, en complemento de las instituciones nacionales del Estado, este compromiso puede ser impugnado por el Estado correspondiente en razón de que sus autoridades nacionales competentes están comprometidas con la materia.

Una impugnación en la cuestión de la admisibilidad también puede ser solicitada por el sospechoso acusado, así como por el fiscal, *motu proprio*. La Sala podrá de oficio determinar la admisibilidad de la causa. El tema de la admisibilidad es regulado por los artículos 17-19 del Estatuto de Roma.

En varios casos el Tribunal interpretó el marco normativo y proporcionó las directrices en relación con la admisibilidad de los casos y los desafíos a la misma. Por lo tanto, la Corte tiene primero que explorar si hay una investigación o enjuiciamiento en curso a nivel nacional. Si la respuesta es afirmativa, el Tribunal debe entonces considerar el segundo elemento de la complementariedad. Es decir, si el Estado no está dispuesto o no puede realmente llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento.

Cuando las autoridades nacionales permanecen inactivas, es decir, no se comprometen con los casos en cuestión, o cuando realicen una investigación o procesamiento y esta actividad parece incompatible con una verdadera intención de conducir a la persona a un juicio, entonces la intervención de la Corte está justificada y la soberanía del Estado no se ve afectada. Lo mismo es

válido para los casos en los que el sistema nacional se encuentra en un estado de incapacidad para actuar como corresponde, debido a un colapso o a la falta de disponibilidad, total o sustancial.

Para demostrar la normativa base de admisibilidad y la interpretación ofrecida por el Tribunal, en breve voy a recordar los desafíos de admisibilidad que trajo un caso relacionado por el Gobierno de Kenia.

En su impugnación de la admisibilidad, el Gobierno afirmó que los dos casos de la Fiscalía por los delitos de lesa humanidad cometidos después de las elecciones del año 2007-2008 eran inadmisibles por las investigaciones o procesamientos nacionales en curso (artículo 17 (1) (a) del Estatuto de Roma).

Por lo tanto, la Corte tuvo que considerar si, en primer lugar, en el momento de la impugnación de la admisibilidad había una investigación o enjuiciamiento en curso a nivel nacional de los casos pendientes ante la Corte Penal Internacional. El Gobierno de Kenia sostuvo que el Estado estaba llevando a cabo reformas constitucionales y judiciales que le permitían continuar adelantando los procedimientos penales nacionales para todos los delitos derivados de la violencia poselectoral. Argumentó también que los procesos de investigación estaban para ese tiempo en curso, que seguirían en los meses siguientes y que las investigaciones se extenderían hasta los niveles más altos.

Era evidente que el entendimiento de Kenia era que la mera preparación para iniciar una investigación o enjuiciamiento sería suficiente y que no sería necesario que la Corte Penal Internacional investigara a los sospechosos, sino más bien a personas del mismo grado jerárquico que las que son objeto de investigación en la jerarquía del Estado.

En opinión de Kenia, en lugar del criterio de “la misma persona/la misma conducta”, se debería aplicar a la impugnación de la admisibilidad el criterio formulado por la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión con arreglo al artículo 15. Según dicho criterio, los procedimientos nacionales deben “referirse a la misma conducta con respecto a personas del mismo grado jerárquico que las que son objeto de investigación por la CPI”.

La impugnación presentada por el Gobierno de Kenia para la admisibilidad de los dos casos pendientes fue rechazada por la Sala de Cuestiones Preliminares y confirmada por la Sala de Apelaciones. La Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que las acciones de reforma judicial y las promesas para futuras actividades de investigación, en vez de ser investigaciones en curso, no cumplían con los requisitos de admisibilidad de la impugnación.

La Sala concluyó que existía una situación de inacción. El Estado debe demostrar que está tomando medidas concretas y progresivas para determinar si el individuo es responsable de la conducta en que se basa la orden de detención o la citación para comparecer emitida por la Corte.

Para este efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares aplicó el criterio de “la misma persona / la misma conducta”. Es decir, que las investigaciones nacionales deben cubrir las mismas personas y los mismos hechos, como se alega en el procedimiento ante la Corte. Esta prueba se ha modificado ligeramente por la Sala de Cuestiones Preliminares en los casos de la Fiscalía contra Saif Al- Islam - Gadafi y Al- Senussi, aplicando la misma persona / sustancialmente la misma conducta.

La autenticidad de un procedimiento nacional debe exigir una evaluación de si no se llevan a cabo con el único propósito de proteger al acusado de su responsabilidad penal; que los procedimientos no sufran retrasos injustificables e inconsistentes con la intención de llevar a la persona ante la justicia; que se lleven a cabo de forma independiente e imparcial.

Un fallo que parece favorecer a una persona frente a su responsabilidad penal, como podría ser el caso de la condena condicional, no podría ser aceptable para la Corte Penal Internacional debido a sus principios profundamente arraigados de no reconocimiento de las inmunidades, así como al estatuto de limitaciones para los delitos tipificados bajo la jurisdicción de la Corte.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con otra categoría de decisiones, como en el caso de reducción de penas si se cumplen algunos requisitos especiales, como la contribución para revelar la verdad, el reconocimiento del condenado de haber participado

en la conducta delictiva en cuestión, la admisión de la culpa, la aceptación de la responsabilidad penal, etc.

Igualmente, las penas alternativas podrían estar en concordancia con los estándares de la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta la proporcionalidad de la pena alternativa con la gravedad del delito, el logro de los objetivos de la condena por los delitos más graves, la existencia de circunstancias atenuantes, etc. Estas diferentes opciones de sentencia deben ser consideradas en cada caso.

Sin embargo, cabe subrayar explícitamente que las amnistías totales para los que supuestamente han cometido el delito de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no son una opción para cualquier Estado, ya sea que haga parte del Estatuto de Roma o para un Estado no miembro, si el caso llegó a la Corte remitido del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Las amnistías para esos delitos se encuentran en conflicto con las normas universalmente reconocidas para el establecimiento de responsabilidades, y la Corte Penal Internacional tendrá que intervenir.

Pero incluso si la Corte determina que el caso o un caso potencial es o sería admisible con los problemas detectados en el ámbito nacional como el retratado anteriormente, la Fiscalía todavía puede decidir no abrir una investigación cuando haya razones fundadas para creer que la intervención de la Corte Penal Internacional no redundaría en bien de la justicia (artículo 53 (c) (1) de los Estatutos). Por razones similares, aunque expresado con una redacción diferente, el Fiscal podrá tomar la decisión de no proceder con un juicio después de que su Oficina ha llevado a cabo una investigación (artículo 53 (2) (c) de los Estatutos).

En estos casos, cuando el Fiscal decida no abrir una investigación o el enjuiciamiento, él debe informar de su decisión a la Sala de Asuntos Preliminares y al Estado autor del traslado o al Consejo de Seguridad en los casos abordados por la Corte Penal Internacional (artículo 53 (2) (c) de los Estatutos). La Sala de Asuntos Preliminares puede revisar la decisión y puede solicitar al Fiscal que la reconsidere (artículo 53 (3) (a) de los Estatutos). La decisión también puede ser revisada por la Sala de Asuntos

Preliminares por su propia iniciativa y será efectiva solo si es confirmada por esa instancia (artículo 53(3) (b) del Estatuto).

El escenario en el que el Fiscal llega a la conclusión de no investigar o enjuiciar únicamente sobre la base del criterio de los “intereses de la justicia” no ha sido explorado hasta ahora por la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, la Corte no ha interpretado y no se ha pronunciado sobre la naturaleza y el contenido de dicho criterio. Debe recurrirse a los “intereses de la justicia” en circunstancias extremadamente excepcionales, con el fin de evitar que el mandato de la Corte Penal Internacional de poner fin a la impunidad se vea comprometido y que la existencia misma de la Corte carezca de sustancia. No obstante, puede haber casos en los que esta disposición legal pueda ser considerada y activada, con sujeción a un análisis exhaustivo de las circunstancias específicas del conflicto y en general la situación general de un país.

Ayer estaba siguiendo muy atentamente los discursos y presentaciones, así como las cuestiones planteadas aquí en este encuentro. El proceso de paz y sus resultados son fundamentales para Colombia y su gente. Las negociaciones han llegado a un punto crucial en que todos los involucrados están trabajando muy fuerte para encontrar una manera de conciliar el respeto por el Derecho Penal Internacional y por la Corte Penal Internacional, por un lado, y garantizar la paz y la estabilidad para el pueblo de Colombia, por el otro.

Con algunos de los puntos de vista desarrollados, estoy totalmente en desacuerdo, como el del conocido refrán de que la justicia podría ser un obstáculo o una amenaza para la paz. Esa justicia no puede garantizar la no repetición, etc. No voy a comprometerme con este debate, pero basta con hacer referencia a un hecho que no se puede negar: que la participación de la Corte Penal Internacional en los casos de violencia poselectoral resultó ser un factor de restricción de gran alcance para la erupción de la violencia y la comisión de atrocidades en las elecciones que siguieron en el país mencionado.

Sin embargo, algunas otras posturas que escuchamos ayer podrían generar reflexiones sobre el camino por seguir. En particular, la idea de que algunas situaciones específicas

del conflicto podrían resolverse mediante la invocación de un equilibrio entre la tradición y la creatividad, lo que significa incluso que cuando las normas de la Corte Penal Internacional no se apliquen estrictamente, la Corte podría llegar a la conclusión de que no debe hacerse cargo de las facultades de investigación de las autoridades nacionales.

Creo que el criterio del “interés de la justicia” podría interpretarse como proporcionar el fundamento jurídico de la flexibilidad en la toma de decisiones de la Fiscalía en los casos en que el principio de complementariedad pasa a primer plano. Puede haber casos en que, dada la complejidad de las circunstancias (históricas, geográficas, políticas, culturales, temporales, territoriales, etc.) que circunscriben un conflicto y de la situación general en un país, junto con los lineamientos de un Estado que podrían acercarse, pero no ser exactamente idénticos a los paradigmas de la Corte Penal Internacional, podría justificar acudir, por parte de la Fiscalía, al criterio de los “intereses de la justicia” en virtud del artículo 53 del Estatuto.

Para ello sería necesario un análisis exhaustivo y reflexivo de las especificidades de la situación, el respeto de las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado y la consideración del conjunto más adecuado y suficiente de medidas que han de emplearse en el contexto específico del conflicto y la situación en el país.

En el contexto colombiano, algunos de los siguientes factores podrían considerarse apropiados. Para empezar, los máximos responsables de los crímenes más graves, en vista de su papel como autores principales de la conducta criminal, deben ser declarados responsables. Durante el primer día de este encuentro se informó que entre 67 o 68 actores del conflicto han sido puestos a disposición judicial. Sin embargo, con mi limitado conocimiento de los autores individuales en el conflicto, no puedo valorar si los mencionados deben ciertamente soportar la mayor responsabilidad por las atrocidades cometidas.

Sin embargo, para el resto de los presuntos autores no se debe entender que deberían estar exentos de responsabilidad penal por sus delitos. El principio de que el delito de genocidio, los

crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, las violaciones graves de los derechos humanos o las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario no pueden ser objeto de amnistías está firmemente establecido en el ámbito jurídico.

No obstante, el procedimiento o las sanciones tradicionales podrían flexibilizarse cuando sean validados por las especificidades imperativas de la situación y la toma de medidas adecuadas y razonables con respecto a dichos autores. Para empezar, cómo podría ser su participación en el establecimiento de la verdad sobre lo ocurrido, así como su papel en el plan de reparación para las víctimas. La noción de la justicia y la aceptación de responsabilidad no quedarían satisfechas si sus autores se separan de este proceso y en su lugar se queda solamente el Gobierno compensando a las víctimas por sus sufrimientos. Los autores también deben hacer un reconocimiento público de sus malas acciones y ofrecer sus disculpas a las comunidades afectadas. Esto debe ir acompañado de solemnes promesas públicas para no repetir su conducta criminal anterior.

Las víctimas deben ser parte integral del proceso de paz y sus puntos de vista sobre el conflicto deben ser escuchados, así como sus sugerencias sobre los escenarios para poner fin a cincuenta años de agitación en el país.

Respecto de las sanciones, la opción de sentencias reducidas o penas alternativas no ha de ser excluida, sujetas al cumplimiento de ciertas condiciones, siempre y cuando sirvan a los objetivos de la condena por los crímenes cometidos.

Otro factor que podría influir en la evaluación global de la viabilidad del criterio de “los intereses de la justicia” en el contexto colombiano también podría ser el de larga duración –más de cinco décadas– del conflicto en el país, que ha dejado un gran número de miembros de la población afectados y también un gran número de victimarios. Estas circunstancias podrían plantear dificultades inmanejables para el adecuado funcionamiento del sistema tradicional de justicia penal, así como para su sistema penitenciario. Las condiciones geográficas, impenetrables en algunas partes del país, y las dificultades para llegar a lugares donde actúan integrantes de los bandos en conflicto también po-

drían ser consideradas como factores para tener en el panorama general. Por lo tanto, las circunstancias específicas y el análisis objetivo de las perspectivas de poner fin al sufrimiento del pueblo colombiano podrían tener relación con las conversaciones de paz y sus resultados.

En conclusión, se podría resumir que los redactores del Estatuto de Roma optaron por un documento legal fundante que podría abrir un margen de flexibilidad mediante la inclusión del criterio de los “intereses de la Justicia”. Este último, aunque en circunstancias excepcionales, podría justificar una decisión de la Fiscalía de no poner en marcha sus facultades de investigación. El artículo 16 del Estatuto también plantea una flexibilidad similar al prever un aplazamiento de una investigación o enjuiciamiento (por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) para el bien de la paz y la seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esta filosofía lleva a prestar atención a la complejidad y singularidad de las situaciones de conflicto entre un país y otro, en la que esa flexibilidad sería vital en la gestión de la crisis, así como decisiva para el éxito de la Corte Penal Internacional en el cumplimiento de su misión.

2. Establecimiento de la verdad

El segundo elemento de la Justicia Transicional, que encuentra fundamento en el marco legal de la Corte Penal Internacional, es el principio para el establecimiento de la verdad. Este principio fundamental en el marco jurídico de la Corte Penal Internacional establece el derecho de las víctimas y de todos los interesados en delitos atroces de conocer la verdad y asegurarse de que se cree un registro histórico del conflicto. Los fundadores de la Corte Penal Internacional se han guiado por el entendimiento de que un futuro estable no se puede lograr sin reconocer el pasado e impidiendo que los regímenes represivos reescriban el pasado y oculten la verdad sobre el conflicto.

El establecimiento de la verdad podría lograrse por medio de juicios penales y comisiones de la verdad.

Los estatutos de la Corte Penal Internacional prevén juicios penales que deben establecer la verdad. A continuación me voy

a referir a las medidas previstas en el marco legal de la Corte Penal Internacional para garantizar este objetivo final de las actuaciones.

En primer lugar, son el estatus, el mandato y las funciones de la Oficina del Fiscal los que garantizan este principio fundamental profundamente arraigado en el diseño de la Corte Penal Internacional. El Fiscal de la Corte Penal Internacional no solo funge como una de las partes en el procedimiento de la Corte Penal Internacional, esforzándose para ganar su caso. Las intenciones de los fundadores de la Corte Penal Internacional fueron mucho más amplias y ambiciosas al utilizar el potencial de la Oficina del Fiscal como una herramienta eficaz en el proceso de búsqueda de la verdad. El artículo 54 (1) del Estatuto hace hincapié en que “con el fin de establecer la verdad, el Fiscal deberá extender la investigación a todos los hechos y las pruebas pertinentes e investigar las circunstancias igualmente incriminatorias y eximentes”. Por lo tanto, hay que reconocer que el Fiscal es un oficial de justicia y no simplemente la parte acusadora en los procesos de la Corte Penal Internacional.

Esta idea subyacente impregna todo el diseño de los estatutos y se ilustra en una serie de deberes establecidos para la Fiscalía. Por lo tanto, además del artículo 54 (1) del Estatuto, en la divulgación de procedimiento de pruebas de la Fiscalía, está obligada a presentar a la defensa todas las pruebas que crea que indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o para mitigar la culpabilidad del acusado, o que afectan la credibilidad de las pruebas de cargo (artículo 67 (2) de los Estatutos).

El mismo concepto sustenta el numeral 77 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, según el cual el Fiscal permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías y otros objetos tangibles en posesión o control de la Fiscalía, que son pertinentes para la preparación de la Defensa.

El fiscal también podría pedir a la Sala de Apelaciones que revise la sentencia definitiva de condena o sentencia en nombre del condenado, de acuerdo con el artículo 84 (1) de los Estatutos.

A pesar de la importancia del papel de la Oficina del Fiscal para el establecimiento de la verdad, es la Judicatura la que tiene

la última palabra en este sentido –un postulado reconocido en todos los sistemas democráticos en todo el mundo–. En la búsqueda de este objetivo final, el papel de los jueces no se limita a un simple observador pasivo de la disputa entre dos partes enfrentadas. Más bien, los estatutos legales asignan un papel activo a las salas en los procedimientos que se ejecutan, de manera que la verdad materia del caso pueda ser determinada más allá de toda duda razonable.

Una serie de textos legales demuestra claramente este pilar básico del Estatuto de Roma. En particular, los artículos 69 (3) y 64 (6) (d) del Estatuto en relación con los jueces estipulan el deber de complementar el conjunto de pruebas presentadas por las partes con algunas piezas de evidencia que los jueces consideren necesarias para la determinación de la verdad, pero que han permanecido fuera del expediente del caso.

Además, el artículo 65 (5) del Estatuto declara que cualquier discusión entre las partes sobre la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que se imponga no son vinculantes para la Sala. La razón detrás de estos lineamientos del Estatuto es que tales discusiones y acuerdos entre las partes, si no están soportados en la ley y la evidencia disponible, no pueden comprometer un fallo definitivo sobre el tema materia del caso de conformidad con la verdad.

Otro ejemplo es el establecido en el numeral 55 del Reglamento de la Corte, según el cual la Sala tiene la autoridad para modificar la tipificación de los hechos cuando la evidencia presentada durante el juicio sea convincente para una calificación jurídica distinta que servirá al establecimiento de la verdad.

La misma idea se encuentra consagrada en el artículo 56 del Estatuto en relación con los casos en que una Sala de Cuestiones Preliminares haya sido requerida por la Fiscalía en relación con oportunidades únicas de investigación mediante las cuales puede intervenir y permitir la recolección y examen de las piezas centrales de la evidencia que podrían no estar disponibles posteriormente a los fines de un juicio. La Sala de Cuestiones preliminares está en el deber de ordenar medidas para la preservación de la evidencia considerada como esencial para la defensa

en el juicio. El fundamento de este artículo también está regido por el principio de la verdad de investigación en el marco legal de la Corte.

Las Comisiones de la Verdad no están contempladas en el marco legal de la Corte Penal Internacional como un sustituto a los procedimientos judiciales ante las Salas del Tribunal o como una especie de entidades paralelas de resolución de conflictos. Sin embargo, las conclusiones de las Comisiones de Verdad, en particular, cuando actúan en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos y el debido proceso, podrían ser de gran valor como fuente confiable de información para el comienzo de un examen preliminar, así como para el inicio de una investigación por parte de la Oficina del Fiscal (artículo 15 del Estatuto).

Las Comisiones de la Verdad también podrían ser muy útiles para los procesos penales ante las Salas de la Corte Penal Internacional como parte de conjunto de evidencias para ser utilizadas en la búsqueda de la verdad. Un ejemplo concreto de la importante contribución a la verdad en un proceso penal ante la Corte Penal Internacional fueron los resultados de la llamada “Comisión Waki” en Kenia y luego durante el desarrollo de dos casos en ese país: el de la Fiscalía contra Muthaura *et al.* y el de la Fiscal contra Kenyatta *et al.* Por lo tanto, las Comisiones de Verdad y otras entidades designadas para la tarea de establecer los hechos de un conflicto podrían desempeñar un papel importante en los casos de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, se debe resaltar que los informes de las Comisiones de la Verdad, en principio, no gozan de un alto valor probatorio y por lo tanto una condena no puede basarse únicamente en sus conclusiones conforme a lo estipulado en la jurisprudencia de la Corte.

3. Participación de las víctimas y reparaciones

La reconciliación no debe lograrse a expensas de los derechos de las víctimas, que han esperado por justicia y por recibir una reparación por el daño que sufrieron. El sistema de la Corte Penal Internacional va más allá de la justicia punitiva, fomentando la participación y proporcionándoles recursos efectivos a las

víctimas para tener voz e influencia, para ser escuchadas y ser compensadas por sus sufrimientos.

El marco legal de la Corte Penal Internacional establece dos mecanismos para que la voz de las víctimas sea escuchada, con el objetivo de que tengan participación en todos los asuntos que afectan a sus intereses personales, a saber:

- La participación en los procedimientos relacionados con la presentación de los argumentos, y
- Las reparaciones, que podrían efectuarse de dos formas: a través de una orden directa emitida contra el condenado (artículo 75 (2) del Estatuto) o por medio del Fondo Fiduciario para las Víctimas (artículo 79 del Estatuto, numeral 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, Reglamento del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas).

Hasta el momento, la Corte ha emitido su primera decisión sobre reparaciones en el caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, pero se ordenó que se hiciera a través del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas, al carecer el condenado de recursos para resarcir el daño.

Mi espacio ha terminado y esto pone fin a mi presentación, que espero contribuya a la discusión sobre los temas más polémicos del proceso de transición en Colombia y las normas relevantes de la Corte Penal Internacional.

Estructuras de imputación penal y proceso de paz

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Estructuras de imputación penal y proceso de paz

ESTA PONENCIA SE CIRCUNSCRIBE a una pregunta específica sobre las estructuras de imputación penal en materia de graves violaciones a los derechos humanos: ¿cómo funciona la estructura de imputación del hecho del dirigente por los hechos cometidos por los combatientes? Tiene como línea la moderna teoría de la imputación objetiva fundamentada básicamente en la existencia de posiciones de garante y creaciones de riesgos jurídicamente desaprobados, que se concretan en el resultado. Se limita entonces a la responsabilidad del dirigente por los hechos del combatiente desde el punto de vista del normativismo penal.

Durante el siglo xix y gran parte del siglo xx, quizá su primera mitad, las estructuras de imputación en derecho penal, independientemente de las escuelas que se desarrollaron durante siglo y medio de evolución, desde el xix hasta mediados del siglo xx –el causalismo, el neokantismo, el finalismo, todas las estructuras de imputación en estos esquemas y en estas formas de entender el delito–, se basaron fundamentalmente en dos elementos: la causalidad y el conocimiento. Demostrada la relación de causalidad y, además, el conocimiento o la cognoscibilidad de un resultado delictivo, sobre esas bases las tres escuelas de pensamiento de derecho penal, que en siglo y medio dominaron la dogmática penal, se fundamentaron en esos dos grandes pilares: causalidad y conocimiento.

Sin embargo, después de la década de 1950, específicamente esto se consolida en la dogmática alemana a partir de 1980 con la irrupción de un nuevo modelo de interpretación del derecho penal, como es el funcionalismo, el normativismo en derecho penal, se estableció que para efectos de imputación no solo bastaba la

causalidad y el conocimiento, sino que todo giraría básicamente en torno a un elemento normativo.

Ese elemento normativo es la delimitación de ámbitos de competencia. El eje de la dogmática moderna está en que las imputaciones en derecho penal se basan específicamente en la delimitación de ámbitos de competencia y delimitación de ámbitos de responsabilidad, como diría Jakobs, en este modelo de imputación que recoge específicamente las formas de la estructura social, porque logra introducir en las estructuras de imputación la forma como se organiza la sociedad.

Jakobs dice –hablando de la delimitación de ámbitos de competencia y responsabilidad– que no todo le incumbe a todo el mundo. El médico cuando hace un tratamiento responde por la salud y por la vida del paciente, pero al médico no le concierne evitar daños patrimoniales del paciente. El banquero cuando le entrega al cliente el dinero que tiene en la cuenta, aun a sabiendas de que al entregarle el dinero de su cuenta lo va a utilizar en la comisión de un delito, no responde por complicidad en el delito que cometa su cliente porque no está dentro de su ámbito de competencia y de responsabilidad.

Un ejemplo de la responsabilidad penal del médico nos puede introducir en el entendimiento de cómo funcionan, en el interior del derecho penal, las estructuras de imputación fundamentadas en ámbitos de competencia y en ámbitos de responsabilidad. El cirujano opera, y durante la operación este comete un error técnico: al operar al paciente utiliza un bisturí que estaba infectado. En este caso no podemos atribuirle al médico la responsabilidad del resultado de muerte ocasionado con motivo de utilizar un bisturí infectado, porque en el equipo de trabajo no está dentro del ámbito de competencia o el ámbito de responsabilidad del médico cirujano desinfectar el instrumental quirúrgico. Para poder establecer la responsabilidad en el equipo de trabajo médico, tenemos que establecer a qué ámbito de competencia o ámbito de responsabilidad en el equipo de trabajo estaba asignado el deber de desinfección de material.

En este caso, en el ámbito de la responsabilidad médica, le corresponde ese deber de desinfección a la instrumentadora,

pero no al médico cirujano. Y el médico cirujano puede operar fundamentado en la confianza que indica que puede esperar de los demás miembros una actividad reglamentaria.

Tenemos entonces que uno de los elementos más importantes de las estructuras de imputación en el mundo del derecho contemporáneo es la delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad como eje de las estructuras de imputación. Es decir, es una dogmática penal que tiene en cuenta la estructura social, la diferencia de roles y esa forma de la estructura social. Tal como se divide la sociedad en roles y competencias, se lleva al derecho penal para estructurar las formas de imputación.

En el ámbito jurídico, esa forma de delimitar ámbitos de competencia y de responsabilidad se ha estructurado a través de una herramienta muy importante como es la llamada teoría de las posiciones de garante.

Las posiciones de garante fueron un elemento fundamental en el siglo XIX y en la primera mitad del XX para delimitar ámbitos de competencia en los delitos de omisión y como elemento de equiparación entre la acción y la omisión. La posición de garante es hoy en día un elemento fundamental a toda forma de imputación. La posición de garante es una exigibilidad no solamente de los delitos de omisión, sino de los delitos de acción; es decir, es una estructura común de imputación, tanto en el delito de omisión como en el de acción.

Uno de los elementos más importantes para determinar posiciones de garante es la libertad general que tiene el ciudadano de configurar el mundo.

En una sociedad democrática, en un Estado social de derecho, el ciudadano tiene una libertad de configuración del mundo; se expresa y se desarrolla, en general, en virtud de una cláusula general de libertad. Ese es un elemento fundamental para entender una de las posiciones de garante o el fundamento de una de las posiciones de garante que nos permitirá explicar la responsabilidad del dirigente por los hechos del combatiente.

En una sociedad como la nuestra, que es una sociedad de riesgo, las sociedades modernas no pueden prohibir toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Las sociedades contempo-

ráneas no pueden proferir o moverse sobre una base general de prohibición de riesgos, porque si ese fuera el esquema de estructura social, se paralizaría la sociedad.

La sociedad se basa, por el contrario, sobre una permisión de riesgos: se permite la construcción de centrales atómicas, de medicina nuclear, de fabricación de alimentos a gran escala, de transporte masivo, etc., porque la sociedad no puede crear una cláusula de prohibición de riesgos.

En una sociedad como la nuestra, que es una “sociedad de riesgos”, como lo decía Ulrich Beck, lo que podemos o tenemos que hacer es ponerle fronteras al peligro. Es decir, si bien existe una libertad de configuración del mundo, una posibilidad general de crear riesgos para los bienes jurídicos, porque los bienes jurídicos en el interior de una sociedad no son piezas de museo, intocables, sino que están permanentemente en la interacción, si bien existe esa libertad de configuración, existe una contrapartida. Si la sociedad y el derecho dan esa posibilidad general de creación de riesgos, surge una contrapartida y es la de que el ciudadano, el titular de un rol, tiene la obligación de crear medidas de seguridad para evitar la externalización del riesgo.

Un ejemplo: alguien construye frente a su casa una zanja; como está creando un riesgo jurídico para los peatones, un riesgo que es absolutamente permitido, tiene una contrapartida –y tiene que ser consecuencial– como es crear medidas de seguridad para evitar que el riesgo se externalice. Tiene la obligación de cercar la zanja, de poner avisos de seguridad para evitar que un peatón caiga en la zanja y se produzca un accidente.

En conclusión: debemos tener en cuenta que quien es una fuente de riesgo, quien crea riesgos para los bienes jurídicos en virtud de la configuración de la libertad del mundo que le da un Estado de derecho, inmediatamente surgen deberes de seguridad en el tráfico para esa persona.

Es importante tener en cuenta que en la dogmática moderna, específicamente en las estructuras de imputación propias del normativismo penal, en las estructuras de imputación propias de funcionalismo edificadas sobre la moderna teoría de la imputación objetiva, la teoría de la posición de garante, que es

un desarrollo del principio general de la delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad como elemento fundamental de la imputación, es el eje para resolver los casos de autoría y participación.

En la dogmática tradicional, el tema de la accesoriedad entre dos comportamientos, es decir, la pregunta de cuándo un hecho cometido por otro es también imputable a una persona que ha intervenido en la realización de ese hecho, se fundamentó durante muchos años –diría durante siglo y medio– con base en criterios eminentemente naturalistas propios de los ciento cincuenta años de evolución de la dogmática penal.

La imputación, es decir, la accesoriedad entre dos comportamientos, el determinar cuándo el hecho cometido por un tercero me es imputable, cuándo la obra de otro también es imputable a mí, se edificó siempre, tradicionalmente, sobre un elemento psicologizante como era la decisión común al hecho.

El acuerdo previo es un elemento superado en la dogmática penal contemporánea como elemento de la coautoría. El plan común era la base para hablar de la accesoriedad de la participación, es decir, para construir lo que se ha denominado en dogmática tradicional la imputación recíproca de las diversas contribuciones. A mí me imputan la actuación de otro cuando esa actuación está dentro de un plan común o un acuerdo previo que nosotros hemos conformado.

En la dogmática moderna, el acuerdo previo no es el elemento fundamental para que opere la imputación recíproca de dos contribuciones. El elemento fundamental para determinar la imputación recíproca de dos contribuciones, cuándo el hecho de un tercero me es imputable, cuándo hay una imputación recíproca entre dos contribuciones, no es el acuerdo previo, sino que en la dogmática contemporánea el eje para la imputación, la accesoriedad de dos comportamientos, es la teoría de la posición de garante.

No es la decisión común al hecho, sino que la imputación recíproca entre dos contribuciones se desprende y se construye a través de la teoría de las posiciones de garante en derecho penal.

Un ejemplo: una fábrica produce explosivos y dinamita con destino legal para la construcción de vías, para ingenieros civiles, en la época en la que se utilizaba dinamita como elemento fundamental de construcción. Esa fábrica, que maneja un elemento peligroso, no toma medidas de cuidado y de seguridad para impedir que esos explosivos sean utilizados en la comisión de delitos. Alguien, un grupo terrorista, toma la dinamita y con ella ocasiona un atentado a la población civil que produce algunas muertes. En este caso no existe ningún tipo de acuerdo entre el propietario de la fábrica, que incumple con sus deberes de seguridad, y el hecho cometido por un terrorista. No hay un plan ni una decisión común, pero desde el punto de vista de la normativización del derecho penal, de la teoría de la imputación objetiva, a partir de las teorías de las posiciones de garante podemos edificar una vinculación entre el hecho del propietario que incumplió con los deberes de seguridad y el hecho del terrorista. Es decir, el hecho del terrorista, las graves violaciones contra la integridad que se cometieron pueden serle imputables también al propietario de la fábrica de dinamita porque incumplió con sus deberes de seguridad.

¿Cuándo podemos construir, a partir de las posiciones de garante, una accesoriedad entre el comportamiento de alguien que incumple los deberes de seguridad y un tercero que desarrolla o toma esos objetos peligrosos y los utiliza para la comisión de un delito? Para poder construir esa accesoriedad hay que tener en cuenta cuál es el alcance de la posición de garante.

En el caso de la dinamita, como se trata de una persona que está controlando una fuente de peligro con elementos que no son de libre disponibilidad en la sociedad y que por su naturaleza son elementos que pueden ser utilizados precisamente por terceros o por terroristas para ocasionarles daños a terceros, pues el alcance de la posición de garante, de la tenencia de la dinamita, del control de esa fuente de peligro, incluye un ámbito de competencia más amplio que le indica que se deben tomar medidas de seguridad especiales para impedir que ese tipo de instrumentos peligrosos puedan ser utilizados por un tercero en la comisión de un delito.

En este caso, el dueño de la dinamita podría responder por

una estructura de imputación muy importante, muy debatida en el derecho penal alemán, como es el favorecimiento imprudente de conductas dolosas. Podría responder a título de homicidio culposo por el hecho doloso de un tercero.

Este elemento de la teoría de la imputación de la existencia de posiciones de garante y, sobre todo, la posición de garante edificada sobre libertad de configuración sobre libertad de creación de riesgos y su contrapartida de crear deberes de seguridad en el tráfico es el primer elemento clave para poder determinar o resolver la pregunta de por qué le puedo imputar al dirigente los hechos del combatiente.

Voy a explicar partiendo entonces del normativismo, de la teoría de la imputación objetiva y de la posición de garante, como eje de la accesoriedad de la participación, la respuesta a la pregunta de la responsabilidad del superior por los hechos del inferior.

Cuando estamos frente a organizaciones que actúan al margen de la ley, supremamente estructuradas, verticalmente organizadas, con aparatos que uno podría decir que se constituyen en verdaderas máquinas de creación de riesgos para los bienes jurídicos como la estructura que caracteriza a las FARC, al ELN o en general a la insurgencia en Colombia durante los más de cincuenta años de conflicto armado, podemos decir que los dirigentes son garantes de los resultados, de la evitación de los resultados cometidos por la máquina peligrosa que ellos han organizado; los máximos dirigentes son garantes de la evitación de riesgos y de delitos que comete la máquina peligrosa a través de sus combatientes.

Indiscutiblemente, el dirigente que conforma esta estructura –similar a la forma como se constituyen las organizaciones legales como la fuerza pública, con estructura, con manejo de armas– tiene una posición de garante porque ha creado un riesgo a través de la creación de esa máquina peligrosa, tiene el control de una fuente de peligro. Y ese dirigente, que debe ser tratado como ciudadano no como enemigo, también tiene unos deberes y es destinatario de la imputación y como ciudadano tiene que cumplir con la regla general: si configura riesgos, pe-

ligros, y tiene el manejo y control de instrumentos peligrosos, debe asegurar el riesgo; tiene que tomar medidas para que esos riesgos no se externalicen y produzcan daños a terceros.

Entonces el hecho de que actúen al margen de la ley no les quita a los dirigentes y a su organización los deberes de ciudadano de los cuales son titulares todos los ciudadanos en el interior de la interacción social. Como cualquier ciudadano, tienen el deber de asegurar riesgos. Si crea los riesgos, tiene deberes de salvamento cuando estos riesgos se externalizan.

Debemos concluir entonces que si el dirigente crea o pertenece a una organización estructurada jerárquicamente que produce permanentemente riesgos para la vida de otros ciudadanos, es garante de la evitación de los resultados que ocasione la máquina peligrosa.

Si los riesgos que ha creado con su máquina se externalizan y amenazan con vulnerar derechos de terceros, tiene deberes de salvamento, es decir, que tiene que revocar esos riesgos. Y si no lo hace, el hecho del dirigente que está creando un riesgo jurídicamente desaprobado a través de la máquina, y que ese riesgo es el mismo que se produce y concreta en el resultado realizado por el combatiente, pues desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva se le puede imputar porque le da el elemento de la posición de garante y, además, el elemento de la imputación objetiva de que el riesgo creado sea el mismo que se concreta en la producción del resultado.

Analizado brevemente el tema de ámbitos de competencia y responsabilidad en el derecho penal como elemento fundamental de la imputación, la forma como estudiamos la posición de garante del dirigente en virtud de la libertad de organización –lo que Jakobs llama posición de garante en virtud de organización–, tenemos que estudiar el tema de la relación de riesgos, otro elemento fundamental de la imputación objetiva.

Hay tres elementos fundamentales en la dogmática contemporánea para poder imputar conductas o resultados predicables tanto de los delitos de acción como de los delitos de omisión. En primer lugar, la existencia de una posición de garante: una dogmática penal fundamentada en la delimitación

de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad. En segundo lugar, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por parte del sujeto, porque los riesgos permitidos no son riesgos imputables. Y, en tercer lugar, que el riesgo creado por el sujeto sea el mismo riesgo que se concreta en la producción de resultado.

Para terminar, voy a desarrollar muy brevemente el tema de cómo opera la teoría de la realización de riesgos, propia de la moderna teoría de la imputación objetiva, en la imputación al dirigente por los hechos cometidos por el combatiente.

Uno de los elementos fundamentales de la moderna teoría de la imputación objetiva es que no basta con la causalidad para realizar una imputación. Ella por sí sola no es elemento suficiente para la imputación de resultados. Además, es necesaria la creación de un riesgo, que debe ser el mismo que se concreta en la producción del resultado (tiene que existir una relación de riesgo).

Si el riesgo que crea el sujeto no es el mismo que se concreta en la producción del resultado, ese resultado no le puede ser imputable. Por ejemplo, en un evento donde una persona viola las reglas de tránsito y ocasiona un accidente y el herido va grave al hospital donde lo salvan, pero el paciente, en el momento de ingerir alimentos, lo hace indebidamente y se produce la muerte. De manera similar sucedió en Alemania. Una persona como consecuencia de un accidente automovilístico es llevada a un hospital, una vez recuperada del tratamiento médico ingiere indebidamente una sopa, lo que produce su muerte.

En estos casos ¿por qué razón no le podemos imputar a la persona que ocasiona el accidente la muerte de la persona que fallece debido a que ingiere indebidamente un plato de sopa? Sencillamente porque el riesgo que ha creado el sujeto no es el mismo riesgo que se concreta en la producción del resultado, sino que es distinto.

Creo que para explicar el tema de cómo opera en estructuras de imputación en organizaciones criminales, en organizaciones al margen de la ley, en organizaciones verticalmente organizadas, el tema de la realización de riesgos, más

exactamente a graves violaciones a los derechos humanos, uno de los ejemplos más interesantes de la vida reciente del país es el caso de Machuca.

El 18 de octubre de 1998, en un corregimiento de Antioquia, un comando del Ejército de Liberación Nacional (ELN) colocó una fuerte carga de explosivos en el oleoducto Cusiana-Covenñas. Este oleoducto estaba en la cima de una colina y fue tal el impacto o el poder explosivo de la dinamita que hubo un derrame de líquido, de petróleo. Este bajó por la colina y cayó a un río que conducía al corregimiento de Machuca, donde se produjo una conflagración de grandes proporciones en la que murieron cien personas y treinta resultaron heridas. Entre las personas muertas y heridas se encontraban niños, ancianos, jóvenes y se destruyó casi por completo la población.

Este dramático caso es supremamente importante para determinar cómo puede o cómo son las reglas para estudiar el tema de la materialización de riesgos frente a hechos cometidos por organizaciones, por la insurgencia, y cómo esos riesgos se los podemos imputar a los dirigentes.

¿Podemos imputarles a los dirigentes del ELN, que no realizaron la actividad material de dinamitar el oleoducto, la muerte de las cien personas y las treinta personas que resultaron heridas como consecuencia de la conflagración y del fuego abrupto que sufrió intempestivamente la población de Machuca?

El elemento central es hacer un estudio sobre la realización de riesgos y más exactamente sobre la relación de riesgos.

Cuando hablamos de violaciones masivas y sistemáticas de gran envergadura a los derechos humanos, el primer elemento por tener en cuenta para resolver estos problemas es el criterio de la doble imputación, elemento fundamental de las estructuras de imputación del derecho penal internacional.

El criterio de la doble imputación parte del punto de vista de que en primer lugar el destinatario de la imputación penal es la organización y que, una vez imputada la organización, tenemos que entrar en el estudio de las responsabilidades individuales.

Si hay una doble imputación, si la organización como tal (la insurgencia, el ELN, las FARC, sus frentes) es destinataria en sí misma, para efectos de estudiar la relación de riesgos tenemos que determinar si el riesgo que se concreta en la producción de resultado –en este caso, la muerte de las cien personas y las treinta personas heridas– es o no un riesgo propio creado por la máquina peligrosa. En este caso es indiscutible que el riesgo creado es el mismo que se concretó en el resultado porque es el riesgo propio de la máquina peligrosa.

Para determinar esta relación de riesgo en estructuras organizadas y frente a graves violaciones a los derechos humanos, el otro elemento fundamental es el de estudiar si ese riesgo es una concreción de las políticas generales diseñadas por la cúpula y por la dirigencia de la máquina peligrosa. Si la dirigencia ha creado una política general y sistemática de ataque generalizado a la población civil, a la infraestructura petrolera o minera del país, es indiscutible que en estos casos el riesgo que se concreta en la producción de resultado, a través de esa máquina, le puede ser imputable al dirigente que es garante por el manejo de la máquina peligrosa.

Y otro elemento muy importante para determinar si los riesgos son o no imputables al dirigente es qué pasa cuando durante la realización de riesgos propios de la máquina, si la máquina peligrosa por la decisión de sus dirigentes ha tomado como política general el secuestro de ciudadanos o involucrar a la población civil en el combate, involucrarlos en el conflicto y durante el cautiverio una persona muere, por ejemplo, por la picadura de un animal peligroso. ¿Qué pasa si durante el cautiverio la persona muere como consecuencia de un rescate? ¿Qué pasa si la persona muere porque trata de evadir el secuestro y la retención y huye y en su huida se produce su muerte en la selva? La pregunta es ¿podemos imputarle al dirigente que ha creado esa política de secuestro la muerte de la persona que es rescatada o que al tratar de ser rescatada por la fuerza pública muere, o la muerte de quien es picado por algún animal en la selva, o la de aquel que muere en la huida porque se pierde en

la maraña? Indiscutiblemente que sí porque hay que tener en cuenta y analizar la naturaleza del riesgo que lleva implícita la máquina.

Cuando el riesgo que se crea lleva inherente en su propio desenvolvimiento la posibilidad de ese tipo de resultado, es indiscutible que existe una relación de riesgo.

La construcción de la paz

GENERAL (R) ÓSCAR ADOLFO NARANJO TRUJILLO



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



La construcción de la paz

ESTE FORO QUE ILUMINA CON IDEAS SOLUCIONES DE JUSTICIA tiene la oportunidad de anclarse en una realidad. Y es la realidad que ha llevado a los colombianos, con el liderazgo del señor Presidente, Juan Manuel Santos, a poner fin a un conflicto de más de cincuenta años. Y sobre esa base, para darle un marco de realismo a estas discusiones y hablar un poco de construcción de paz y posconflicto, permítanme hacer estas aproximaciones.

Muy importante que quienes están aquí hablando de justicia interioricen una realidad dramática para los colombianos, estimada desde distintas orillas de la historia nuestra. Diversos historiadores coinciden en afirmar que a 200 años de vida republicana, que se cumplirán en el año 2019, Colombia ha padecido la violencia durante cerca de 150 años alrededor de múltiples conflictos armados. Y señalo esto para indicar que la decisión y la voluntad de los colombianos es que esa larga historia que ha generado miles de víctimas, tiene que terminar. Y tiene que terminar a la luz de una negociación que –en medio de todas sus imperfecciones–, es hoy, probablemente, uno de los procesos al mismo tiempo, más complejos, pero más claros, para asegurar que poner fin al conflicto, realmente permita construir una paz estable y duradera.

En segundo lugar, quisiera señalar que más de 150 años de conflicto han estado acompañados de épocas de verdadera crisis de la institucionalidad colombiana. Tanto que a finales del siglo pasado y comenzando este tercer milenio, algunos analistas estimaban que Colombia avanzaba a convertirse en una especie de Estado fallido resultado del embate criminal narcoterrorista que se originaba desde los carteles de la droga en asocio con otros grupos alzados en armas.

Pues bien, Colombia, los colombianos, su dirigencia, la decisión política de distintos gobiernos contuvo esa fatal advertencia

que se nos había hecho, y la verdad es que hoy podemos decirle al mundo que, lejos de transitar hacia un Estado fallido, hemos sido un Estado que transitó a un fortalecimiento institucional, que creó las condiciones para llegar a esta mesa de negociación que hoy se desarrolla en La Habana con las FARC.

En tercer lugar, decir que cuando pensamos en posconflicto y construcción de paz pensamos en cambios paradigmáticos alrededor de una sociedad que ha sido victimizada. Y ¿cuál ha sido el primer paradigma que uno tendría que empezar a revisar y a cuestionar para modernizar la mentalidad que permita construir la paz? Pues justamente la consideración de que la justicia es castigo y de que justicia es exclusivamente aplicación del derecho penal.

La verdad, hoy cuando el mundo –gracias a la contribución de los expertos–, ha dado lugar a un sistema de justicia transicional para superar los conflictos, el primer paradigma que deberíamos traer a la mente de los colombianos es que superar el conflicto, poner fin al conflicto, significa asumir con toda integridad los valores, los principios y las categorías de la justicia transicional, que para nada significan impunidad.

Una sociedad martirizada por la violencia hace del derecho penal su principal y más importante arma para proteger a los ciudadanos. Pero si ponemos fin al conflicto, qué duda cabe que la justicia transicional es el escenario y el espacio para que verdad, justicia, reparación y derecho a la no repetición se instalen en lo que uno podría llamar el ADN de un proceso de construcción de la paz y la convivencia para los colombianos.

Cuando pensamos, por mandato del señor Presidente, a la luz de un diseño elaborado por el doctor Sergio Jaramillo, que ha dado lugar a una estructura de negociación muy particular en la paz de los colombianos, se identifica que hay tres dimensiones que hacen parte de una misma realidad: la búsqueda de la paz, hacer la paz y construir la paz.

Y uno lo que tendría que decir, en el caso colombiano, es que la búsqueda de la paz significó desde nuestro sistema democrático, a la luz de valores y principios democráticos, dar origen a una negociación que no significa que hay un Estado claudicante

o que hay un Estado colapsado, y que no significa que hay un Estado negociando con su contraparte como una manifestación de un Estado totalitario o autocrático. Por el contrario, estamos en esa mesa de negociación en medio de la expresión genuina de una democracia que aún con sus debilidades comparte una carta fundacional: nuestra Constitución, basada en esos principios democráticos.

Estamos en esa mesa de negociación porque se crearon esas condiciones desde la democracia. Y estamos en esa negociación sobre la base del reconocimiento al conflicto armado en Colombia, además, sobre la base de que es poner fin al conflicto a través de un proceso de negociación donde la dignidad esté en el centro de la discusión.

Pero también, con toda responsabilidad, nos estamos preparando para lo que los técnicos han dado a llamar el posconflicto, que francamente nosotros quisiéramos llamar la construcción de la paz y la construcción de la convivencia.

Y, ¿qué es lo que ha significado ese esfuerzo? Primero, identificar cuáles son los principales y más importantes desafíos en materia política. El primer reto alrededor de la construcción de la paz y el posconflicto es la conceptualización política de lo que eso significa para los colombianos. Y, la verdad, habría que decir que Colombia es una nación muy singular. En esta realidad nuestra, vigente hoy, en este momento cohabita el conflicto interno, el posconflicto y la normalidad en un territorio.

No seremos una nación que sale de manera homogénea e integralmente del conflicto al posconflicto. Aquí hay tres realidades que cohabitan y que marcan diferencias territoriales.

El segundo reto político, en la conceptualización de la construcción de la paz, es acercar la visión de dos mundos fracturados en lo que uno podría llamar una brecha abismal entre el mundo rural y el mundo urbano. Qué duda cabe que para los habitantes, para los colombianos del mundo urbano, este conflicto parece lejano y distante y parece simplemente el ruido en la selva, en la profundidad de esa Colombia rural entre militares y guerrilleros.

La verdad, nuestro reto y desafío hoy es traer los dividendos de la paz para poner fin al conflicto al mundo urbano, y señalar

que también la paz traerá dividendos para ese mundo urbano y no solamente para las víctimas de esa Colombia profunda rural.

El tercer reto es hacer un llamado en términos políticos para que la inclusión social, participativa, signifique el fortalecimiento de capacidades ciudadanas. Qué duda cabe que una democracia es directamente proporcional a la capacidad del ejercicio ciudadano y a la plena identificación de ese ciudadano en relación con sus derechos, sus libertades, pero también sus obligaciones de transformar y construir una nueva realidad.

Cuando hablamos de posconflicto estamos indicando que en el caso colombiano hay por lo menos tres líneas que habría que identificar. La línea temporal y técnicamente para este caso concreto estamos diciendo que poner fin a este conflicto con las FARC significa que desde agosto 26 de 2012, cuando se firmó el Acuerdo General de La Habana que delimitó y acotó los ejes temáticos de esa negociación, Colombia debería comenzar en esa línea temporal de posconflicto lo que hemos llamado el alistamiento de su institucionalidad y de la sociedad para prepararnos y no inmovilizarnos esperando la firma del Acuerdo.

Una segunda línea de ese eje temporal tiene que ver con la etapa llamada de transición. Esta etapa tiene que ver con los doce a dieciocho meses con posterioridad a la firma del Acuerdo. Distintas aproximaciones de lecciones aprendidas de procesos en el mundo señalan que lo que no se haga entre esos doce a dieciocho meses para cambiar la realidad de la violencia y reemplazarla por la convivencia y la presencia institucional, pueden llevar al fracaso cualquier acuerdo.

La tercera línea temporal para significar que lo que los colombianos esperamos es de manera muy rápida, –yo diría que en un horizonte de década, década y media– haber sepultado el en lugar del conflicto y no quedar atados y anclados a una realidad de minusvalía institucional con el imaginario del conflicto instalado en el desempeño de las instituciones y de la sociedad.

Por último, poner fin al conflicto en Colombia significa, como lo ha dicho el Comisionado de Paz, hacer en Colombia lo que hemos omitido durante cerca de estos doscientos años: llegar al territorio para que haya paz territorial. Y la paz territorial

se funda sobre tres ejes y tres pilares donde probablemente el más importante sea el pilar de la seguridad y de la justicia. Y en este sentido prepararnos para estar en el territorio con el mayor despliegue institucional de nuestra historia en materia de justicia y seguridad, es un reto realmente fenomenal, pero al mismo tiempo apasionante.

Significará una patria donde estimamos hay catorce millones de colombianos en cerca de 350 municipios que han estado abandonados a la suerte de un Estado que ha sido incapaz de llegar con esta oferta de seguridad y justicia plena, permanente, sostenida, con una visión que humanice ese servicio de justicia y de seguridad.

Hablar de posconflicto significa en esos territorios llevar ciudadanía y participación política. Significa al final llevar la libertad para que haya un libre ejercicio de esos derechos y esos derechos fortalezcan la democracia.

En términos pragmáticos hablar de posconflicto significa también llevar a esos territorios, mercados, acceso a bienes y servicios para elevar la condición de los colombianos.

La Ley de Justicia y Paz: Un comienzo que marcó derroteros

CARLOS FIDEL VILLAMIL RUIZ



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



La Ley de Justicia y Paz: Un comienzo que marcó derroteros

CON EL FIN DE MENCIONAR LOS RESULTADOS y afirmar que el proceso de Justicia y Paz, regulado por la Ley 975 de 2005, ha sido el comienzo que marcó derroteros, resulta necesario recordar la base o fundamento de ésta, es decir, un proceso diseñado para un Estado social y democrático de derecho, en el cual se garantizan los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Por ello podemos afirmar que la Ley de Justicia y Paz marcó derroteros siempre que haya aportado a los fines u objetivos mencionados.

Esto se ha venido alcanzando, pues hoy vemos un proceso en el que las diferentes instituciones y organismos del Estado actúan, Corte Suprema de Justicia, Magistrados de los Tribunales de Justicia y Paz en Bogotá, Barranquilla, Medellín y Bucaramanga, Juez de Ejecución de Sentencias, Defensoría del Pueblo, Procuraduría y Fiscalía General de la Nación, con la participación de las víctimas y postulados, Unidad de Víctimas, Restitución de Tierras, así como ONG, todos tras una misma meta, ¿cuál?: Conocer la verdad, reparar a las víctimas, verificar que cada postulado cumpla con sus compromisos de la ley, ya que las concesiones que se han hecho son de tal magnitud que demandan las mismas exigencias para sus beneficiarios. ¿En qué se ve reflejado esto?

A partir del 2012, y derivado de reformas constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación rompió paradigmas en Colombia en materia de investigación y judicialización de estos hechos para lo cual incluyó en el ámbito interno los criterios de priorización, investigación en contexto e identificación de patrones de macrocriminalidad, acordes con los estándares internacionales.

En armonía con lo anterior, la Dirección de Justicia Transicional implementó el plan de acción 2013, por lo que bajo estos mismos criterios priorizó las investigaciones contra 15 máximos responsables de las estructuras de AUC, FARC y ERG, respecto de los cuales de manera transversal, y acorde con la reforma señalada, se esclarecerían los patrones de desaparición forzada, secuestro, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, violencia basada en género y homicidio.

Dando como resultado para esa primera fase la imputación de *cerca de 7 mil hechos del conflicto atribuidos a 218 postulados*, lo que representó resolver la expectativa de justicia de más de 31 mil víctimas.

Bajo esta misma dinámica, en 2014, y con la finalidad de consolidar el proceso de priorización, se incluyeron otras estructuras que hicieron parte de las “Autodefensas Unidas de Colombia”, como los bloques Centauros, Tolima, Héctor Julio Peinado, Mojana, Sur y Nordeste Antioqueño, entre otros, en esta fase se contó con cerca de 7.500 hechos imputados adicionales a los antes señalados, este proceso permitió conocer la verdad a 16.263 víctimas, endilgada a 383 postulados involucrados.

Lo anterior condujo a que se implementara el primer modelo de cierre de imputaciones por estructura, lo cual se adelantó con el mal llamado “Frente Resistencia Tayrona” y debido a los excelentes resultados hoy se tramitan los denominados cierres de estructuras en desarrollo de la Estrategia de Paz de la Fiscalía General de la Nación, por lo que en 2015 se avanza en el cierre de 6 estructuras paramilitares, con la radicación de la solicitud de imputación de más de 16.700 hechos no judicializados en este marco normativo y que fueron cometidos por cerca de 301 postulados.

Estos avances se lograron gracias a las lecciones aprendidas, además con el rediseño normativo a la Ley 975 de 2005, lo que permitió pasar de un proceso paquidérmico a un proceso ágil y consolidado que sienta las bases para un eventual proceso de paz con las FARC y el ELN.

Por medio del trabajo de los fiscales e investigadores se han llevado a cabo más de 15 mil versiones libres, en las cuales se han

confesado y se han esclarecido 57.144 hechos delictivos por parte de los postulados.

También en estas versiones se ha obtenido información base para compulsar cerca de 15 mil copias respecto de terceros como políticos, empresarios y agentes del Estado que presuntamente se involucraron con el accionar de esos grupos armados.

En 2012 se contaba con cerca de 24 mil hechos imputados; con base en el plan de priorización ejecutado entre 2013 y 2014, se formuló imputación por 13.400 hechos adicionales aproximadamente y se tiene proyectado que al finalizar 2015, con el cierre de estructuras, se radiquen las imputaciones por 16.700 hechos nuevos, lo que quiere decir que se han llevado a imputación un poco más de 50 mil hechos, creciendo exponencialmente los avances en esta materia entre los años 2013 y 2015. Estos datos permiten avizorar un cierre real en materia de imputaciones, que no es más que finalizar la etapa de imputar hechos a los miembros postulados del paramilitarismo y que abren la brecha para obtener sentencias definitivas por estructuras que tuvieron injerencias en el conflicto.

Es decir que si tenemos en cuenta que se reportan cerca de 313 mil hechos del paramilitarismo y alrededor de 381 mil víctimas, con las nuevas dinámicas de imputación nos acercamos a casi el 20% del total de hechos por imputar, lo cual si bien es bajo frente al universo y el tiempo transcurrido, no se puede dejar de lado el crecimiento exponencial que en los dos últimos años se ha dado y que se espera superar ampliamente en 2015, es decir que al mantenerse la misma tendencia se estaría viendo el fin del proceso de justicia y paz del paramilitarismo.

Muestra de esto es que en 2012 se contaba con un número de diez sentencias proferidas bajo la aplicación de la Ley 975 de 2005, pero como resultado del esfuerzo de los Magistrados de los Tribunales y del trabajo armónico y articulado con la Dirección de Justicia Transicional, a la fecha se cuenta con 22 sentencias adicionales que cobijaron a cerca de 18 mil víctimas, garantizándoles a través de éstas su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

A título de ejemplo, dentro de las últimas sentencias se encuentran tres *macrosentencias*, proferidas contra tres máximos

responsables, así: Luis Eduardo Cifuentes Galindo, Salvatore Mancuso Gómez y Arnubio Triana Mahecha.

Este proceso está permitiendo la reincorporación de los exmiembros de los grupos organizados armados al margen de la ley que han cumplido con los compromisos establecidos.

Es así que a la fecha más de 35 postulados a la ley de Justicia y Paz se encuentran en libertad, haciendo efectivos los beneficios de sustitución de la medida o el de libertad a prueba. Dentro de los casos más relevantes se puede citar al postulado Freddy Rendón Herrera, alias el 'Alemán', excomandante del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC, quien recobró su libertad el 30 de julio de 2015.

En este mismo sentido, con el deber de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los paramilitares postulados, se ha identificado a quienes no han cumplido con las obligaciones previstas en la ley, motivo por el cual fueron excluidos 147 postulados, se encuentran en trámite de exclusión 368, entre ellos se debe resaltar al postulado Éder Pedraza Peña, excomandante del Frente Mojana de las Autodefensas, además de 133 solicitudes pendientes por radicar.

Asimismo, dentro de los casos recientes está el de Rodrigo Tovar Pupo, alias 'Jorge 40', excluido en junio de 2015, por no garantizar el derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y no asistir a las diligencias programadas por la Fiscalía en el marco del proceso de Justicia y Paz.

En materia de búsqueda de desaparecidos, las labores de investigación realizadas por el grupo de exhumaciones de la Dirección de Justicia Transicional en la búsqueda, ubicación, identificación y entrega de personas desaparecidas, basadas en la información suministrada por desmovilizados y víctimas ha permitido encontrar *cerca de 5 mil fosas*, se han exhumado aproximadamente 6.400 cuerpos e identificado plenamente y entregado físicamente a sus familiares los restos de cerca de 3.000 víctimas.

En materia de bienes, se cuenta con alrededor de 5 mil en investigación, lo cual terminará redundando en recursos para la reparación de las víctimas, aunque dicho ejercicio no terminará sino con la última imputación, pues la Fiscalía verificará si la entrega de los bienes para reparar a las víctimas fue real y efectiva

por los paramilitares, pues de no ser así quien oculte los bienes perderá los beneficios otorgados en las sentencias.

El proceso mencionado de cierres no solo se hace respecto de los postulados y máximos responsables, sino también de los desmovilizados que no tuvieron mando ni control en la organización, es decir, respecto de quienes dentro de la organización criminal incurrieron en los delitos básicos de concierto para delinquir, porte ilegal de armas, uniformes y equipos transmisores.

Esto gracias a que la Fiscalía no responde hoy a un esquema de misión por procesos judiciales, sino de investigación por sistemas; esto se refleja en que dos antiguas unidades una de desmovilizados y otra de Justicia y Paz, en otrora en pro de un proceso, ahora confluyen en una sola Dirección Nacional que permite comprender el fenómeno paramilitar bajo la óptica de la justicia transicional.

La Fiscalía General de la Nación, a través de la Dirección de Justicia Transicional, está preparada por su experiencia, conocimiento y recursos humanos y logísticos para culminar el proceso de la Ley 975 de 2005, así como también para afrontar el rol que una ley estatutaria le llegase a imponer frente a un eventual proceso de paz con las FARC y el ELN.

El Decreto 016 de 2014 y su desarrollo estipulado en la Resolución Interna 0574 de 2014 crearon y organizaron la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, a la que se le asignó, además de las competencias actuales, la de asumir los actos de judicialización de quienes se llegaren a someter a la justicia en un eventual proceso de negociación, en desarrollo del marco jurídico para la paz.

Uno de los principales méritos del proceso ha sido facilitar la participación real de las víctimas, visibilizándolas y garantizando su derecho a la verdad. En ese sentido, se han realizado 880 jornadas de atención a víctimas, con 168 mil víctimas atendidas aproximadamente.

En las versiones libres, han participado más de 92 mil víctimas, de las que cerca de 44 mil han formulado preguntas a los postulados en relación con los hechos que las afectaron y los han confrontado respecto a la versión suministrada.

El proceso inicial de Justicia y Paz se concibió desde una perspectiva maximalista, que no permitía imputaciones parciales y mucho menos sentencias parciales. Estaba diseñado para obtener sentencias por la totalidad de los hechos y ello conllevó enormes retrasos ante la magnitud del fenómeno macrocriminal que agobió al país. Sin embargo, a partir del 2010 la Corte Suprema comenzó a generar una línea jurisprudencial que marcó un derrotero a seguir, lo que se tradujo en una reforma legislativa introducida mediante la Ley 1592 de 2012, con base en la cual se flexibilizó y agilizó el procedimiento, introduciendo criterios de priorización e investigación en contexto y por patrones de macrocriminalidad.

Debe existir conciencia de país en cuanto a que la justicia transicional es una herramienta que permite hacer transición de un país en conflicto a la normalidad institucional, pero para esto es indispensable la reconciliación, el perdón, el arrepentimiento, como también la conciencia de que la implementación de la justicia transicional no va a acabar con los fenómenos delincuenciales comunes en cualquier sociedad.

La mejor lección aprendida es que una Justicia Transicional es determinante para la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto y para que el país se vea restablecido en el orden social normal; esto se concluye al hacer un consolidado del denominado proceso de Justicia y Paz en la Justicia Transicional, pues éste marca los derroteros para que frente a la expectativa de paz se piense en instrumentos ágiles que permitan la incorporación de los actores del conflicto a una sociedad sedienta de paz y justicia social.

Además, esta descripción de los resultados de la Ley de Justicia y Paz plantea varios interrogantes como estos:

¿Cuántas sentencias se deben considerar necesarias para que se crea que el modelo inicial de justicia y paz es acertado?: Respondo afirmando categóricamente que hubiese bastado incluso con una, pues el solo hecho de satisfacer el interés de una víctima paga el esfuerzo social.

¿Cuánta verdad tiene que decirse o falta por decir? Basta con que una víctima y un victimario se hubiesen encontrado en

un escenario judicial, sin armas, con la seguridad que pueden dialogar frente a la institucionalidad del Estado para que el proceso sea efectivo.

¿Cuántos desmovilizados postulados deben resocializarse para que el modelo se tome como un derrotero efectivo? Basta con uno, pues es uno menos que hace daño social y que sirve de modelo para tener esperanza en el hombre.

¿Cuántas víctimas tienen que ser reparadas para que se tenga este modelo de justicia y paz como un derrotero? Basta con una, pues con una víctima satisfecha se tiene para generar la esperanza de viabilidad de satisfacción.

Podría seguir generando preguntas y siempre respondería que bastaría con una, ¿por qué?: Por cuanto una semilla basta para que con el tiempo se produzca un cultivo. Y en este caso como hoy, un cultivo de paz que es en el fondo lo que nos congrega aquí.

Como vimos, la Ley de Justicia y Paz no ha generado solo una semilla, sino muchas que sirven de modelo para sembrar esperanza de paz y reconciliación en Colombia.

La dogmática jurídica y, en especial, la dogmática penal pone restricciones y talanqueras válidas para encauzar el derecho y este a las sociedades, debemos preguntarnos si todo esto es para el hombre o el hombre para la dogmática y el derecho; la norma para el hombre o el hombre para la norma, pues según la solución a esta pregunta valdría la pena pensar en que si Colombia supera estos paradigmas, los derrota, los aplica o los supera, podría proponer nuevos caminos que reencaucen a la sociedad, lo cual vale la pena así sea por una vida más que no se pierda y por una arma que no se dispare más para seguir segando vidas como muchas que se han segado en el conflicto, hoy en esos cambios y avances se hacen propuestas en desarrollo de la denominada justicia alternativa .

Por ejemplo, ¿por qué no a la participación en política de quienes se reincorporan a la vida civil? Dónde dejamos entonces la afirmación de Aristóteles que el hombre es un animal político, cómo la sociedad puede pensar en reincorporar al hombre mutilándole algo esencial de su naturaleza humana. Por qué han

fracasado los modelos carcelarios que por siglos han pretendido la resocialización del hombre aislándolo de la sociedad y situándolo en un encierro que lo aleja de la práctica social ordinaria. En ese cambio de paradigmas la Corte Constitucional de Colombia también abre brechas. En el auto de fecha 10 de junio de 2015, con ponencia de la honorable Magistrada doctora María Victoria Calle Correa, señaló: *“Así como no es posible cercenar la totalidad de la libertad civil de un individuo, no es tampoco legítimo neutralizar totalmente sus libertades políticas. Hacerlo implicaría suspenderle a un ciudadano su ciudadanía; es decir, su condición de titular activo de derechos políticos, pese a que la Carta no lo admite”*.

Obvio, deben existir límites pero gracias a que estos fueron superados por la Ley 975, hoy se ha satisfecho la verdad de víctimas, se han generado modelos de reinsertados, se han encontrado desaparecidos, se habla de desescalar el conflicto, las víctimas hablan a sus antiguos agresores y ellos piden perdón por sus actos, de tal forma que si no muestran un verdadero arrepentimiento deben aplicarse sin duda algunas penas ejemplarizantes y sin beneficio alguno, pero que condenen el desprecio que se manifestó frente a la apuesta social de la esperanza en el hombre.

Por lo anterior la Ley de justicia y Paz sí marcó derroteros, pues gracias a ella hoy hablamos en el amanecer, en los primeros rayos de luz del posconflicto.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de Justicia Transicional

MANUEL E. VENTURA ROBLES



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de Justicia Transicional

Introducción

1. El tema que se me ha asignado: “Necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de Justicia Transicional”, me obliga, en mi calidad de Juez de la Corte Interamericana, a reformular la pregunta y a responderla, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal que ha sido muy claro. Debo referirme al tema, entonces, desde tres puntos principales y recordar que:
2. En el caso colombiano, el concepto de justicia transicional se introdujo con la Ley 975 de 2005, denominada “Ley de Justicia y Paz”. Con anterioridad se habían desarrollado políticas de desmovilización, desarme y procesos de paz que, si bien introducían medidas excepcionales para lograr sus objetivos, no se fundamentaban en un proceso de justicia transicional.
3. El juzgamiento de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidos por un régimen autocrático anterior, es un aspecto esencial de la denominada “justicia transicional”. Esto es, el conjunto de herramientas empleadas, después de una transición política, con el propósito de tratar los delitos cometidos por el régimen previo. Básicamente, debe decidirse qué califica como delito y cómo sancionar a los responsables. En este

marco, los problemas a encarar son políticos, jurídicos y morales.

El rol de la Corte Interamericana

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como competencia determinar la responsabilidad internacional de los Estados partes por las violaciones de los derechos humanos, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera se da la formulación de estándares internacionales con base en su jurisprudencia y la consecuente interpretación que ésta hace de la Convención.
5. Desde muy temprano en su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha profundizado en el concepto del derecho a la verdad como un derecho colectivo y particular de las víctimas²². Más adelante, la Corte reiteró la doble dimensión del derecho a la verdad, al determinar que la investigación de los hechos y sanción de los responsables son una obligación estatal y que, además, el derecho a la verdad constituye un mecanismo de reparación²³.
6. Asimismo, al analizar las conductas de los Estados, tendientes a obstruir la justicia y a permitir la impunidad, se elevó a estándar internacional la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores del encubrimiento, independientemente de las investigaciones contra las personas autoras del hecho. En relación con la reparación, la Corte ha señalado en sus fallos tres tipos de daños: moral, físico y material. Este último se clasifica a su vez en daño emergente y lucro cesante. Como medidas de reparación y no repetición ha ordenado las de restauración (equivalente a la *restitutio in integrum*), las de satisfacción (entre las que se encuentran el reco-

²² Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70 y Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

²³ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

nocimiento de responsabilidad y perdón público) y las condenas de indemnización (basada en el daño). Cabe destacar, además, que la Corte Interamericana ha elevado a estándar internacional la proscripción del uso de leyes de amnistías e indultos²⁴.

La impunidad a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

7. La Corte Interamericana ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”²⁵. Esta obligación de investigar a los responsables se refiere tanto a los autores intelectuales como a los encubridores de violaciones de los derechos humanos²⁶.
8. Y ha agregado reiteradamente también en numerosos casos que [...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares²⁷.

²⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, y Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

²⁵ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 123; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 211.

²⁶ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, Párr. 186.

²⁷ Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173; Corte IDH, *Caso Blake*. Reparaciones (art. 63.1 Convención

9. El tema de la impunidad es uno de los más sensibles en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ya que al dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana, los Estados Partes en la Convención cumplen con prontitud el pago de las indemnizaciones pecuniarias y otras obligaciones, pero se progresa muy lentamente, o no se progresa del todo, en la investigación de los hechos y el enjuiciamiento y sanción de los responsables.
10. Asimismo, la Corte ha establecido que el Estado “debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y que ésta debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales –del Estado– como individuales –penales y de otra índole– de sus agentes o de particulares²⁸.
11. En este sentido, la Corte ha considerado que “[s]e debe combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta la necesidad de hacer justicia en el caso concreto y que aquella propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas. Este Tribunal ha destacado también que la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad de los hechos²⁹. Además, esta obligación de combatir la impunidad se ve acentuada cuando se trata de violaciones cuyas víctimas son niños³⁰.

Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 64; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 170.

²⁸ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, Párrafo 199.

²⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, Párrafo 405.

³⁰ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 154.

La investigación de violaciones a los derechos humanos

12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, desde su primer sentencia contenciosa en el caso *Velásquez Rodríguez*, la existencia de un deber estatal de investigar seriamente con los medios que el Estado tenga a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación³¹.
13. La Corte también ha sido clara al establecer que la obligación de investigar se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado³².
14. Como se ha señalado anteriormente, la investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido a las víctimas, teniendo como objetivos principales: el establecimiento de la verdad, el castigo efectivo a los responsables de ésta, la restitución o en su caso la reparación de los derechos de las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que hechos similares no se repitan. En este sentido, son claves para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Las amnistías a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

15. En los últimos años, la Corte Interamericana ha analizado de modo particular algunas instituciones de la justicia transicional. En particular, enfrentó un conjunto

³¹ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174.

³² Corte IDH. Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 78.

de normas que, velada o directamente, tenían como finalidad dispensar el castigo por hechos calificables, en principio, como “delitos de lesa humanidad”. Se trata de un puñado de casos en los que se pronunció, a la luz de la Convención Americana, sobre el estatus normativo de disposiciones que establecían algún tipo de amnistía. Entre otros, podemos señalar las sentencias emitidas en los casos *Barrios Altos vs. Perú*³³, *La Cantuta vs. Perú*³⁴, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*³⁵, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*³⁶ y *Gelman vs. Uruguay*³⁷.

16. Estas decisiones impusieron un conjunto de prohibiciones y obligaciones. En particular, que no es facultativa la persecución de “graves y masivas violaciones a los derechos humanos”. De modo tal, toda medida, aún cuando ella sea democrática, cuyos efectos sean el otorgamiento de una respuesta no punitiva a estos hechos, estaría prohibida.
17. Específicamente en el caso *Barrios Altos*, la Corte se refirió a la obligación de los Estados partes en la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción. En este caso, la Corte precisó las implicaciones de esta garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables y cuya afectación constituye una grave violación de los derechos humanos, así como la posibilidad de la comisión de un delito contra la humanidad. Asimismo, el tribunal estableció que el deber de investigar y sancionar a los

³³ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

³⁴ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

³⁵ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

³⁶ Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

³⁷ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada.

18. En este caso, la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional del Estado no solo por la violación del derecho a la vida e integridad personal derivada de los hechos del caso, sino además por el dictado de dos leyes de amnistía, lo que constituyó la violación del derecho a las garantías judiciales (art. 8 CADH), del derecho a la protección judicial (art. 25 CADH) y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH).

19. Cabe señalar además que si bien la Corte se pronunció en este caso sobre la validez de la autoamnistía, analizando dicha legislación por sus efectos y no por su origen, es válida la consideración de que dicha prohibición rige tanto para el propio gobierno que cometió las violaciones, así como para el gobierno democrático reestablecido. En este sentido la Corte consideró:

Que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[Asimismo,] la Corte estim[ó] necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por

ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como las de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú³⁸.

20. En la práctica, lo anterior conlleva que los Estados tienen prohibido recurrir a ciertas medidas, como las amnistías, que impidan la investigación y sanción de los responsables. Dichos Estados están en la obligación de recurrir al derecho penal en casos de violaciones masivas de derechos humanos. En otras palabras, la Corte Interamericana ha identificado una obligación convencional de investigar y sancionar a quienes han cometido violaciones graves de los derechos humanos; y, a su vez, esta obligación implica una prohibición absoluta de amnistiar o indultar a los autores de esos hechos.

³⁸ Corte IDH, *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

21. En sus pronunciamientos en casos contra Colombia, la Corte ha reconocido la existencia de avances en las investigaciones que se llevan a cabo con arreglo a la Ley de Justicia y Paz, pero añade que dichos procedimientos se encuentran en una etapa incipiente y los procesos han presentado demoras excesivas³⁹. La Corte ha sido enfática en asegurar que existe responsabilidad por parte del Estado por no garantizar el derecho a la verdad frente a todos los hechos y todos los involucrados⁴⁰.
22. En el caso de *La Rochela*, la Corte, pese a homologar los acuerdos indemnizatorios, observó que las decisiones adoptadas por los tribunales colombianos no manifestaban la responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, ni tampoco contenían aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia y el rescate de la memoria histórica, o medidas de garantía de no repetición. Por tal razón, el tribunal consideró insuficientes las medidas, declaró la responsabilidad del Estado y ordenó la reparación por estos componentes.
23. En otros casos contra Colombia, por las Masacres de Mapiripán, Pueblo Bello e Ituango, la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho no puede limitarse al pago de compensación a los familiares de la víctima. En relación con las medidas de reparación, la Corte ha destacado que el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indica que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente al número de víctimas que excede ampliamente las ca-

³⁹ Corte IDH. Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008 Serie C No. 175.

⁴⁰ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, y Corte IDH. Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1º de julio de 2006 Serie C No. 148.

pacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación.

Conclusiones

24. Tal y como señaló la Corte respecto a la Ley de Justicia y Paz, en el caso de la Masacre de La Rochela, para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos, el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia.
25. En el marco de procesos de paz o de transición a la democracia no puede desconocerse la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar las graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La existencia de un programa de justicia transicional interno no limita el acceso a la jurisdicción interamericana y tampoco impide que esta investigue graves violaciones de derechos humanos por parte de grupos armados al margen de la ley, o que establezca la responsabilidad del Estado colombiano por acción u omisión. Al definir los principios de proporcionalidad de la pena y acceso a la justicia, y la forma de tasar las indemnizaciones, la Corte ha señalado que no es suficiente la creación de medidas excepcionales y masivas si éstas no implican una reparación integral a las víctimas, según el daño causado.

Fin del conflicto, justicia e impunidad

FABRIZIO HOCHSCHILD



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Fin del conflicto, justicia e impunidad

AGRADEZCO MUCHO LA INVITACIÓN a este importante espacio para hablar sobre aspectos controversiales de la justicia transicional.

En otras intervenciones he expuesto la posición de Naciones Unidas sobre la Justicia Transicional. Sobre la necesidad de desjudicializar el debate y no centrarlo exclusivamente en cárcel o beneficios para los autores de crímenes internacionales. Sobre la necesidad de dar más importancia en la discusión pública a otros componentes de la Justicia Transicional como la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. Sobre la necesidad de dar una visión holística. Sobre la absoluta inaceptabilidad de una fórmula que permita que graves crímenes internacionales queden en la impunidad.

Sin embargo, hoy he decidido no hablar sobre esos aspectos. Más bien, quisiera hablar sobre otro reto que le traerá el fin del conflicto a la justicia colombiana y que aunque es de mayor transcendencia, ha quedado un poco en la sombra en el debate actual. Un reto de gran complejidad, de gran amplitud, que tal vez defina en mayor medida si se gana o se pierde la paz tras la firma de un acuerdo.

Hasta ahora, el debate sobre justicia y fin del conflicto se ha centrado sobre qué tipo de castigo decide la sociedad colombiana dar a unos pocos autores de los crímenes más graves.

Es lamentable que la posibilidad especulativa de un grado de impunidad para unos pocos genere mucha más discusión, despierte mucha más controversia, que la vasta impunidad que se vive a diario en ciertas partes del país. Una impunidad que, como estaré argumentando, está íntimamente ligada a la existencia del conflicto armado.

Un acuerdo con las FARC-EP, más que una amenaza para la justicia, como algunos lo presentan, puede ser la gran oportuni-

dad para asegurar mucho mayor acceso a la justicia en Colombia. La gran oportunidad de llevar el Estado civil y la Justicia a las regiones donde ha imperado la ley del más fuerte y de la violencia. Pero esa misma oportunidad también representa, como lo enfatizó el General Naranjo, un gran reto.

Colombia es un país con una impresionante experiencia en la desmovilización de grupos armados. Donde ha tenido algo menos de éxito es en reemplazar a esos mismos grupos en todo el territorio. En reemplazar sus estructuras de control y orden con las instituciones civiles y legítimas del Estado, en particular, las de su sistema de administración de justicia.

Como resultado, en algunas partes del país, la violencia se ha reciclado. El vacío creado por la desmovilización de un grupo ilegal fue llenado a veces por otro grupo, que impone sus propios sistemas de control y de justicia.

Con un posible acuerdo con las FARC-EP al alcance del país, no se puede permitir que la historia se repita.

Toca que ustedes, representantes y defensores de la justicia colombiana, sean la punta de lanza para que, tras la firma de un acuerdo, la justicia y sus instituciones lleguen a las zonas más marginadas por el conflicto, así se transforme la vida de cientos de miles de colombianos y colombianas. Es por eso que hoy quisiera ampliar la discusión sobre impunidad.

Hace unos meses, visité una aldea en las afueras de Puerto Asís, cerca de la frontera ecuatoriana. Allí conocí a una señora que participaba en un programa para pequeños emprendedores. Ella me explicó que, cada vez que quería salir del pueblo, tenía que pedir permiso a la guerrilla. Sus hijos, que estudiaban en Puerto Asís, solamente podían visitarla en ciertas fechas. Fechas definidas por el mismo grupo armado.

En otra oportunidad, en el municipio de Soacha, conocí a una valiente lideresa comunitaria. Una desplazada. Unos meses antes de mi visita, su hijo de 17 años había sido asesinado en plena luz del día afuera de una panadería. Hasta la fecha, su muerte sigue impune.

El que ha viajado por el país sabe que a nivel central en Colombia, existe una presencia institucional, altamente sofisti-

cada y capaz. Sin embargo, a medida que nos alejamos de los principales centros urbanos, ésta disminuye drásticamente hasta casi desaparecer en muchos lugares.

En las periferias de las grandes ciudades donde viven la mayoría de los desplazados. En las regiones rurales donde operan uno, dos y a veces más grupos ilegales. La presencia del Estado civil, la presencia de la Justicia, históricamente, ha sido mínima. Esta ausencia ha permitido que ocurran impunemente situaciones como las de las mujeres que mencioné. El conflicto armado ha consolidado, ha profundizado, esta brecha.

En zonas de conflicto, de lo que he podido observar, la policía tiene que enfocarse en funciones militares y no puede fácilmente acercarse a la comunidad para promover la seguridad ciudadana como lo hace aquí en el centro de Cartagena o en el norte de Bogotá. Bajo la amenaza y los ataques de los grupos armados, tiene que priorizar su propia protección y operaciones contra los grandes grupos armados.

Jueces, fiscales, defensores y personeros son sujetos a amenazas. Amenazas que, más de una vez, terminan por materializarse.

Y aquí quiero aprovechar para expresar, en nombre de las Naciones Unidas, nuestra profunda admiración por el coraje, la integridad, el profesionalismo con los cuales estos representantes de la justicia colombiana ejercen su trabajo a pesar de las presiones y amenazas.

Según un informe del 2011 del DNP, la presencia de juzgados penales per cápita en zonas de conflicto no alcanza ni a la mitad del promedio nacional.

El Ministerio de Justicia estima que acceder a la justicia le cuesta ocho veces más a alguien que vive en zona rural, en comparación con quien vive en las ciudades.

Esta brecha en la presencia del Estado civil, en la presencia del sistema de administración de justicia, en parte explica que nueve de cada diez asesinatos en Colombia queden impunes, como lo publicó hace poco *El Tiempo*. Nueve de cada diez.

¿Y dónde se concentran las tasas de homicidios más altas? Justamente en municipios donde sigue ardiendo el conflicto

armado. En municipios como Tumaco, Quibdó, Buenaventura y Caucasia.

La gran mayoría de estos homicidios son el resultado indirecto del conflicto armado. Son el resultado de la criminalidad, de la delincuencia, de la violencia interpersonal que prolifera en la ausencia del Estado. En la ausencia de la Justicia del régimen de la ley.

Es también en municipios afectados por el conflicto armado donde más ataques hay contra defensores de derechos humanos, contra líderes sociales, líderes comunitarios.

Según *Somos Defensores*, 55 defensores de derechos humanos fueron asesinados en el 2014. Las así denominadas Bacrim estuvieron detrás de la gran mayoría de estos casos. Casos que, en su totalidad, siguen impunes.

Si las tasas de impunidad para los homicidios son tan altas, solo nos podemos imaginar lo que deben ser para crímenes como la violencia sexual, la violencia intrafamiliar, la desaparición forzada y la extorsión.

La impunidad genera una gran inseguridad. Pero ésta no es su única consecuencia. La impunidad también genera incertidumbre. Mina la confianza. La confianza de la ciudadanía hacia el Estado y sus instituciones. Pero también entre los ciudadanos.

En toda comunidad, la justicia define las reglas de la interacción social. Introduce una cierta predictibilidad en las relaciones humanas que a su vez permite que se genere confianza. La confianza necesaria para la cooperación más allá del núcleo familiar. Lo que en la teoría política se llama “capital social”.

En ausencia de la justicia, en ausencia de un ente regulador, esa confianza es perjudicada, afectando negativamente el tejido social de una comunidad. Además, la incertidumbre generada por esa ausencia afecta también los proyectos de vida, las aspiraciones individuales. ¿Para qué invertir? ¿Para qué esforzarme en un proyecto lícito? Total, nadie va a proteger los frutos de mi labor.

En las últimas semanas nos han llegado informes de El Tarra, Norte de Santander, que el EPL está expulsando a todas las personas que han vivido menos de 5 años en su zona de control. Cinco años es un tiempo considerable. Suficiente para montar un negocio. Construir una casa. Cultivar unos predios. Pero ahora

estas personas lo van a perder todo. ¿Volverán a invertir en su próximo destino?

Esto me lleva a resaltar un último impacto de la impunidad sobre la sociedad colombiana. La impunidad refuerza la inequidad. Refuerza la pobreza. Las vacunas. La extorsión. Es tal vez la más obvia ilustración del impacto predador que tiene la impunidad sobre los más pobres y más vulnerables del país.

En Tumaco, entre 2011 y 2013 cerraron cerca de 1.300 pequeños comercios debido a amenazas y atentados relacionados a la extorsión. La Cámara de Comercio de Medellín estima que el 90% de las pequeñas empresas de esa ciudad pagan entre 60 y 100 dólares semanales a redes delincuenciales.

Pero no son solamente los comerciantes los que sufren de esta depredación: vendedores ambulantes, mototaxistas, maestros y el joven estudiante que simplemente quiere atravesar su barrio para llegar a su escuela están entre los extorsionados.

Pregunto, cómo esperamos superar la pobreza cuando los más pobres de este país tienen que pagar impuestos a la delincuencia y a los grupos armados.

Otra ilustración de la relación entre falta de acceso a la justicia y pobreza es la situación de los desplazados de Colombia.

La tasa de pobreza en la población desplazada es más que el doble del promedio nacional. La tasa de pobreza extrema, el triple.

Ha habido grandes avances en materia de reparación desde que se introdujo la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras. Sin embargo, según *DeJusticia*, por cada 200 casos de desplazamiento que ingresaron a la Fiscalía en 2011, un poco más de uno culminó en una acusación ante un juez.

La mayoría de los desplazados del país vive en un estado de exclusión y vulnerabilidad. Sin acceso a la justicia, no logran cambiar su condición.

Inseguridad. Incertidumbre. Desconfianza. Pobreza. Estas son las consecuencias de la impunidad que, hoy por hoy, contribuye a generar el conflicto armado en Colombia. Son un gran castigo para los habitantes de varias partes del país. Un flagelo que impide a cientos de miles de colombianos ejercer sus dere-

chos y alcanzar su potencial como seres humanos. Si queremos poner fin a esta situación, debemos poner fin al conflicto armado.

El reto de Colombia no es tanto cómo conseguir paz con justicia si no enfrentar la realidad de que no habrá justicia para cientos de miles de colombianos sin paz.

Un acuerdo entre el gobierno y la guerrilla no es solo la oportunidad de poner en pie un Sistema de Justicia Transicional que encare la impunidad de los múltiples actores del conflicto armado. Es también –y esto es quizá más importante– la oportunidad de que una Rama clave para la convivencia en sociedad, como es la Justicia, llegue a los lugares actualmente atrapados en el conflicto armado.

¿Cómo asegurar que esta oportunidad sea aprovechada?

¿Cómo asegurar que el sistema de administración de justicia del Estado llegue a las zonas más periféricas del país y que lo haga de forma que inspire legitimidad y confianza en la población, además, que lo haga lo suficientemente rápido para impedir que nuevos grupos armados llenen el vacío creado por la desmovilización de las FARC-EP?

¿Y cómo hacer para acercar a la Fuerza Pública y, en particular, a la policía, a la comunidad, especialmente en las áreas rurales?

He visitado tantas veredas donde la presencia policial, a causa de los ataques de la guerrilla, consiste en una estación fortificada. Un fortín que no muchos habitantes ven como accesible. Con el fin del conflicto esto puede cambiar.

Señores y señoras, no solo debe preocupar a los colombianos la eventual impunidad o la cantidad de castigo que surja de los acuerdos de paz de La Habana. Este es un tema, por supuesto, muy importante. Pero la impunidad es un fenómeno mucho más amplio.

Necesitamos dedicar más espacios como este. Más discusiones entre los expertos más destacados –los expertos presentes en este encuentro de la jurisdicción ordinaria– para saber cómo enfrentar, o cómo reducir drásticamente esa impunidad que hoy agobia a muchas partes del país.

FIN DEL CONFLICTO, JUSTICIA E IMPUNIDAD

El fin del conflicto, aunque no suficiente por sí solo, es la mejor apuesta que tenemos para revertir esta situación. Por eso, el tema de justicia y fin del conflicto, el tema de impunidad y fin del conflicto, no puede únicamente enfocarse en La Habana.

No permitamos que nuestra preocupación por poner a unos cuantos entre rejas nos impida encontrar respuestas para liberar a miles de la prisión más grande de Colombia. La prisión del conflicto armado y de la impunidad que éste conlleva.

Complejidades de un proceso de paz

HUMBERTO SIERRA PORTO



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Complejidades de un proceso de paz

¿CUÁLES SON LOS ASPECTOS CONTROVERSIALES de la Justicia Transicional? Cuando se nos planteó este tema, la reflexión que me vino a la mente fue: bueno y ¿qué se entiende por aspectos controversiales? Porque somos colombianos, somos juristas con lo cual los juristas y las reflexiones nos surgen inmediatamente desde distintas alternativas. Me encontré con que no hay una sola, sino que podemos tener distintas perspectivas, enfoques o aproximaciones a esta pregunta.

Podríamos entender que lo que se pretende es identificar qué aspectos, qué temas jurídicos propios del proceso de paz podrían contrariar el Derecho Internacional, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, de alguna manera responde la intervención de mi colega, el juez Manuel Ventura Robles. Sin embargo, una reflexión de fondo sobre ese particular, siendo jueces, adelantándonos sobre temas que no conocemos o que no nos han correspondido, no sería lo más adecuado para preguntarle a un juez de la Corte Interamericana.

Para identificar estos aspectos controversiales podríamos entrar al concepto de Justicia Transicional y tratar de preguntarnos sobre algunos de los elementos de índole filosófico, sociológico y, por supuesto, jurídico, que pueden generar dificultades para que un proceso de paz sea permanente y se consolide. Así mismo, ¿qué aspectos de la justicia transicional son de difícil aplicación o de difícil ejercicio?

También podríamos hacer una reflexión sobre cuál debe ser el test de proporcionalidad o de ponderación para poder equiparar o balancear los derechos de las víctimas, con el propósito de hacer la paz que en un momento dado se puedan dar. Podríamos elaborar toda una teoría sobre ese particular.

La otra perspectiva de los aspectos controversiales que podríamos mirar es el tema del alcance de la pena: ¿cuándo una pena debe ser considerada como satisfactoria dentro de los estándares internacionales?

Por otra parte, preguntarnos si la Justicia Transicional es un concepto político o es una figura a la que podríamos darle autonomía como una institución de carácter jurídico.

La Corte Interamericana no es juez de la transición. Es juez de los derechos que están contenidos en la Convención Americana. El concepto de justicia transicional es un concepto mucho más amplio que está determinado, principalmente, con conceptos sociológicos y de ciencia política, que van más allá de la mera enunciación normativa.

Una transición tiene concreción en normas jurídicas, pero ellas no son todo el proceso. Este es un aspecto muy importante. Lo jurídico es un aspecto instrumental dentro de una comprensión mucho más grande de lo que es un proceso de paz. Y esa idea no podemos perderla de vista.

También podemos preguntarnos como aspecto a estudiar ¿en qué consiste el carácter transitorio? ¿La excepcionalidad de las normas que se implementan hace parte de una justicia transicional? ¿Cuándo se debe dar por terminado un proceso de transición? ¿Cuáles son los aspectos comunes? ¿Qué nos dice el derecho comparado? ¿Puede hablarse de un modelo único de transición?

Siempre se dice que este tipo de fenómenos tiene peculiaridades que hacen difíciles que se puedan reproducir en todos los Estados y en todas las sociedades justamente por las características propias de los países. ¿Justicia transicional en el conflicto? ¿En el posconflicto? ¿Parcial respecto de un grupo armado y no otro? ¿Es posible? ¿Debe ser un proceso que integre todos los grupos?

Podríamos hacer una mayor elucubración sobre qué son los aspectos controversiales dentro de un proceso de justicia transicional.

Por mi experiencia en la Corte Interamericana, pero de manera especial como juez constitucional y mi condición de colombiano, no les voy a hacer una aproximación desde el concepto de justicia transicional, sino desde el objeto de la justicia

transicional que, en este caso, es el ordenamiento jurídico y las condiciones del Estado social y el Estado de derecho en la versión colombiana.

Vamos a hacer un análisis de la realidad jurídica. ¿Dónde se va a aplicar? ¿Cuáles son las dificultades que tienen nuestro ordenamiento y nuestra cultura jurídica para aplicar unas normas que implementen el proceso de paz, las normas sobre la transición?

Dicho de otra forma: ¿cuáles son los aspectos problemáticos del derecho colombiano que pueden generar dificultades para una adecuada y efectiva utilización de las normas que implementen una transición de conflicto interno a una situación de paz sostenible como la que se está discutiendo en este momento? Esto mismo podría comprenderse como ¿cuáles son los retos de nuestro derecho –de los jueces, la Rama Judicial– para hacer una correcta y eficaz aplicación de la Justicia Transicional, por lo menos en los aspectos jurídicos?

Aunque en este espacio no hago un inventario exhaustivo, preciso que en este enfoque haré mención solo a algunos aspectos que plantean o que pueden plantearnos complejidades, y en ocasiones perplejidades, que además dificultan la existencia o la aplicación efectiva de una justicia transicional; de la aplicación de los acuerdos y las reglas que constituyen la justicia transicional; de lo que se acuerde y que deba ser expresado en normas jurídicas en un proceso de paz.

Hay muchos más, pero voy a destacar tres temas. Primero: las complejidades que supone para la efectivización de las normas del proceso de paz, el hecho de que en Colombia estemos ante un concepto de Constitución que maneje nuestro país, de carácter material. Aspecto que tiene que ser relevado y tomado en conciencia para efectos de comprender la aplicación, el alcance de la hermenéutica del derecho colombiano.

El Presidente de la República pide un esfuerquito. Esa palabra “esfuercito” tiene una plena coherencia cuando uno mira el tema del concepto de Constitución que estamos manejando.

En segundo lugar, me referiré a los problemas que está suponiendo y pueden suponer el proceso de incorporación del

Derecho Internacional en el derecho interno colombiano, para efectos de entender las dificultades que pueden darse cuando los jueces nacionales empiecen a aplicar normas sobre temas que están siendo objeto de discusión en este momento.

En tercer lugar, me voy a referir a un tema que es clave: el alcance y la manera como en Colombia está funcionando el principio de la legalidad administrativa y, dentro de esa misma perspectiva, las consecuencias que tiene ese ejercicio de principio de legalidad administrativa en clave de una situación que caracteriza al Estado colombiano: el uso exacerbado del *ius puniendi* del Estado. La excesiva actividad de los órganos de control en el ordenamiento jurídico.

Con estos tres temas creo que podríamos dar un panorama de las complejidades que se puedan presentar.

Concepto de Constitución

El punto de partida, el parámetro primero de nuestro derecho es la Constitución. ¿Qué entendemos los colombianos por Constitución? Es un concepto que está cambiando, que se está transformando, que está pasando de una previa comprensión de la Constitución como una norma escrita (concepto formal de Constitución) y que cada vez más estamos evolucionando por distintos factores a un concepto material de Constitución. Ésta no es solamente la norma escrita, sino además una serie de valores y principios, y está compuesta por otros elementos que no son los que están expresamente escritos. Eso genera un cambio copernicano en la manera de trabajar de todos los juristas.

La Constitución no es solo el texto de 380 artículos más las normas transitorias y las aproximadamente cuarenta enmiendas que se le han hecho desde 1991. Es también el bloque de constitucionalidad; es decir, las normas de Derecho Internacional sobre derechos humanos que son más favorables en el Derecho Internacional y están reguladas en la Constitución colombiana: los tratados internacionales. Y hay que mirar cuáles de todos los tratados internacionales hacen parte del concepto de bloque, porque tampoco es que estén en un listado; hay que identificarlos, mirar la jurisprudencia y, en ocasiones, el tratado.

Cuando hablamos de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, también hacen parte del bloque de nuestra Constitución muchas fuentes del derecho internacional que son calificadas como *soft law* y que poco a poco se han ido incorporando.

Entonces, no son solamente tratados. Son distintas categorías del derecho internacional que se entienden como parte de la Constitución.

En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional crea derechos que no están expresamente señalados en la Constitución a través de la clasificación de sentencias que declaran la existencia de lo que se denomina ‘derechos constitucionales innominados’. No están expresamente escritos, pero se deducen de lo que está en la Constitución y terminan teniendo autonomía. Derechos como el mínimo vital no están en la Constitución y se consideran como tales en nuestro ordenamiento.

También, y aquí es en donde está la mayor complejidad, la Corte Constitucional hace una cosa con las sentencias de control de constitucionalidad material sobre las reformas constitucionales. Allí dice qué parte del contenido de las reformas constitucionales es admisible o no. Hay parámetros que implican una serie de valores y principios que construye la Corte Constitucional en cada caso concreto y que no pueden ser desconocidos por las reformas que haga el Congreso de la República en sede constitucional.

Además de normas escritas, la Constitución está compuesta por valores y principios que la jurisprudencia poco a poco va construyendo. Nuestro derecho, al final, tiene una tendencia a no ser basado única y exclusivamente en un principio democrático, sino en un principio “aristocrático”, por decirlo de alguna forma. También es un derecho pretoriano basado en la jurisprudencia de las decisiones de los jueces. Los jueces no son irrelevantes, son determinantes en decidir qué se puede o no hacer porque van más allá de la dicción literal del derecho escrito expresión de la voluntad popular.

Que se pueda hacer este tipo de control a través de lo que se denomina juicios de sustitución hace que se esté llegando

al extremo de que la Corte Constitucional haga sentencias interpretativas de la Constitución, no de las leyes que es lo que usualmente corresponde a un tribunal constitucional. Dice cómo debe entenderse lo que dijo el constituyente. ¿Y quién puede decir lo que dijo el constituyente? Normalmente el mismo que la hace. En Colombia también lo puede hacer la Corte Constitucional.

¿Cuál es el punto aquí? Nuestra Constitución, así sea parcialmente o como una tendencia evolutiva que va de lo formal a lo material, supone –y esto es lo que hay que destacar– que las decisiones esenciales de un proceso de paz deberán o podrán ser objeto de un juicio de sustitución, fundado, insisto, en elementos o criterios que podemos denominar como para-naturales, es decir, parecidos al derecho natural. Eso genera un margen de incertidumbre en las decisiones que se van a tomar.

Como siempre sucede, aquí el punto está en la regulación, en la sensatez, en la autorestricción que realice la Corte y cada uno de sus miembros. ¿Quizás será este poder de autorestricción el principal límite y parámetro último? O, ¿posiblemente más que el texto expreso de los acuerdos plasmados en las normas constitucionales o legales?

Por eso es muy importante el alcance de lo que se diga por parte de los jueces.

Derecho Internacional y derecho interno

¿Cómo utilizan los operadores jurídicos colombianos las fuentes del derecho internacional para resolver un caso concreto? ¿Qué debe hacer un juez de la República, un magistrado de tribunal o un funcionario público cuando tiene que resolver un asunto puntual y hay elementos del derecho internacional que ayudan a resolverlo? ¿Cómo incorporar las distintas fuentes del Derecho Internacional para resolver casos concretos?

El punto de partida y el problema es que la doctrina, la jurisprudencia y los trabajos que han hecho las Altas Cortes en nuestro país aún no han construido una metodología y unas reglas claras de cómo utilizar y aplicar las distintas fuentes del Derecho Internacional (tratados, costumbres, principios generales, *ius cogens*, *soft law*, recomendaciones, observaciones, cartas

del Fiscal de la Corte Penal Internacional, jurisprudencia y todo los demás elementos de las fuentes del Derecho Internacional) en el derecho interno. No hay claridad sobre cómo se incorporan y aplican estas fuentes, todavía no hay un consenso pleno de la jurisprudencia sobre ese particular.

Recuerdo cuando era magistrado de la Corte Constitucional: alguna sentencia de tutela que nos correspondió revisar, que no fue seleccionada, en la que un juez indicaba que en un caso concreto, no obstante no había un tipo penal que condujera o permitiera la sanción de la conducta ahí señalada y, al acudir al Derecho Internacional, se encontraba con que había ejemplos en los cuales era posible establecer sanciones punitivas, incluso aunque no hubiese una tipicidad, sino utilizando los principios generales del Derecho Internacional y del Derecho Penal Internacional. Para eso acudí a los juicios de Núremberg: no había una ley previa y, sin embargo, había sanciones de ese tipo.

Este ejemplo ilustra las dificultades y las alternativas que se pueden suponer. Se utiliza el Derecho Internacional para negar una garantía básica como la tipicidad. Pero, no solo en lo penal. En lo laboral son pan de cada día; muchas sentencias en las cuales se citaban distintas normas de Derecho Internacional (las normas y las recomendaciones de protección de asuntos sindicales de la OIT, distintos documentos internacionales), al final no se tomaban en la decisión.

Dificultades y técnicas

Al margen de que en nuestra jurisprudencia no haya claridad en una metodología única y certera, ello no significa que no se esté mejorando. Nuestro país está avanzando en una especie de regla de incorporación de las fuentes del Derecho Internacional en el derecho interno, lo que dicho en palabras muy sencillas, es utilizar el artículo 230 que trae las fuentes del derecho en Colombia. Todas las demás categorías del Derecho Internacional tienen que ser asimiladas a las que aparecen en la Constitución. Entonces, ¿qué valor tiene un tratado sobre derechos humanos? Tiene valor de Constitución. ¿Qué pasa si no habla de derechos humanos? Tiene valor de ley.

Para asegurar la coherencia, las fuentes del Derecho Internacional deben asimilarse a las que están en el artículo 230 de la Constitución.

Sin embargo, este método de incorporación genera grandes retos para que exista una lógica armónica y coherente comprensión del alcance en los casos en donde se decidan asuntos jurídicos sobre derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, con ocasión de los eventuales procesos de paz. En el momento de ser utilizados por un juez estos lineamientos jurisprudenciales pueden tener consecuencias totalmente diferentes, dependiendo de la metodología y la regla de incorporación o la manera como se utilice el Derecho Internacional para resolver casos concretos.

Esto es serio. En algunos países de la región podemos observar recientes y novedosas sentencias en las cuales se ha declarado la inconstitucionalidad de varios artículos de la Constitución porque desconocen las normas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No estoy diciendo que esto sea lo adecuado en el caso colombiano o sí, quiero decir que dependiendo de las maneras como se interprete y aplique el Derecho Internacional se pueden dar consecuencias de estas características.

Si bien la jurisprudencia de las Altas Cortes tiene como propósito garantizar la coherencia en la aplicación del derecho, el hecho de que en Colombia exista una manera particular de entender la autonomía de cada uno de los jueces en el ejercicio de sus competencias y el que existan procesos particulares como, por ejemplo, una acción de tutela, que si bien al final puede ser reconducido a una armonización interpretativa, en la práctica una decisión de tutela en muchas ocasiones produce un efecto inmediato que no puede ser resuelto, no puede ser armonizado inmediatamente por la Corte Constitucional.

El reto o, si se quiere, el riesgo es de seguridad jurídica al precisar unas directrices claras en la aplicación del derecho que sea derivado del proceso de paz. El derecho que instrumente o configure el proceso de justicia transicional tiene esa dificultad propia del derecho general, que también lo será de las normas de transición.

Los jueces colombianos, la administración de justicia, no pueden ser un factor de perturbación en el propósito de lograr una paz sostenible. Eso requerirá un gran esfuerzo conceptual, doctrinal, de unificación y de coordinación de esfuerzos por parte de nuestra administración de justicia.

Principio de legalidad y órganos de control

En Colombia, ciento por ciento de los gobernadores son sometidos a procesos disciplinarios y la mayor parte –más del ochenta o noventa por ciento de los mil cien alcaldes– también son objeto de cuestionamiento en materia de su actuación disciplinaria. ¿Por qué? Hay dos explicaciones que surgen. Una, que hay un nivel de corrupción impresionante. La otra, que existen problemas en la manera de entender hasta dónde pueden llegar o no los funcionarios en ejercicio de sus competencias. Hay un problema de indefinición que se origina porque existen muchas alternativas de comprender cuánto se están ajustando nuestros funcionarios públicos al derecho: legalidad formal, legalidad material, legalidad ideológica. Estas son distintas alternativas conceptuales que se utilizan para explicar qué se puede o no hacer por parte de nuestros funcionarios públicos.

Esto está generando el uso exacerbado del ejercicio del *ius puniendi* de los órganos de control. ¿Qué es esto? Nuestro Estado en buena parte se está legitimando, la gente cree porque nuestros órganos de control son muy activos, pero llegamos en muchas ocasiones a absurdos como que existe una Contraloría, una Procuraduría, una Fiscalía, la Administración de Justicia, en fin, distintos órganos, que en muchas ocasiones para un mismo hecho tienen que hacer cinco procesos por cinco instituciones diferentes.

La manera de entender el principio del *non bis in idem* en el país es bastante discutible, por decirlo de una manera decente. En una misma conducta de un funcionario, particularmente un abogado podría ser objeto de procesos ante el Consejo Superior de la Judicatura, procesos ante la Sala Penal o ante las autoridades de carácter penal, puede ser objeto de control fiscal por parte de la Contraloría, de una acción de repetición en cuatro o cinco entidades, simultáneamente, por el mismo hecho.

Esto es funcional para la legitimidad del Estado. Pero un proceso de paz tiene muchas aristas, caras y facetas. Esto puede generar una perturbación en el papel de la administración de los funcionarios que necesitan tener un margen de autonomía y una iniciativa para lograr y tomar decisiones audaces en un momento que es inédito en nuestro país. Es un factor que puede perturbar seriamente el racional funcionamiento del Estado en aras de implementar este tipo de políticas.

Surge, entonces, una preocupación: el riesgo de judicializar la paz. Por supuesto, comprendiendo que es un proceso mucho más amplio y tiene muchas aristas, no de manera total pero sí en aspectos importantes, podría generarse un proceso de judicialización de la paz. Y los problemas de seguridad jurídica que acabamos de mencionar, actualmente enquistados en nuestro derecho, hacen parte de nuestra práctica ordinaria y hacen que, en parte, un derecho jurisprudencial fundado en principios plantee un reto para una aplicación homogénea y coherente del derecho que concrete los acuerdos de paz.

El concepto de Constitución, incorporación del derecho internacional, principio de legalidad administrativa y ejercicio exacerbado del *ius puniendi* de las funciones públicas son factores que generan un margen de incertidumbre sobre cómo se va a determinar la validez última de las reglas jurídicas que concreten la manera como debe adelantarse un proceso o el proceso de Justicia Transicional en Colombia.

Para finalizar debo reiterar que estos tres elementos que señalo no son toda la batería de dificultades que pueden tener implicaciones en la política o en las reglas jurídicas sobre el proceso de paz. Es un inventario no exhaustivo. No obstante, tenemos unos problemas serios relativos a la legitimidad o a los problemas de ilegitimidad que tiene la democracia representativa en el Estado colombiano. Los problemas de credibilidad en la democracia representativa (en el Congreso, en los concejos, en las asambleas) tienen implicaciones directas en la forma como está estructurado el Estado colombiano –por ejemplo, tantas ías– y radicalmente en la manera como se aplica y se interpreta el derecho.

El derecho nuestro se implica y se interpreta de la forma como se hace, y las instituciones están diseñadas como están, en buena parte, porque es un diseño para hacerle frente a los problemas de legitimidad, a los problemas democráticos que hay. Esos problemas siguen existiendo en nuestro país, y quizás dentro del reto de superar esas dificultades es que se tiene que entender, por ejemplo, cuáles podrían ser las consecuencias favorables o negativas que tienen propuestas como la de hacer un “congresito” o un mecanismo parecido al que se está proponiendo.

Me preocupa que el proceso de conversaciones con la guerrilla consista, de manera muy trascendente, en una discusión jurídica, en una discusión entre abogados y que, al final los debates, se centren en categorías jurídicas y se judicialice el proceso de paz.

En un contexto de dificultades en materia de seguridad jurídica como el que he señalado, hay que recordar la lección que tenemos en la primera clase de introducción al Derecho: no podemos olvidar que el Derecho es una ciencia instrumental sobre el que todos debemos tener claridad en los objetivos, en el norte o en los propósitos sociales y personales que trae. Si se olvida que el Derecho es una ciencia instrumental se corre siempre el riesgo de relativizarlo todo, de perder el norte en el ejercicio y en la utilización de la norma.

Dificultades de la Justicia Transicional para resolver un conflicto armado de larga duración

ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Dificultades de la Justicia Transicional para resolver un conflicto armado de larga duración

EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO es un levantamiento en armas contra la institucionalidad del Estado de larga duración (se debate si el mismo comenzó en 1964 con el surgimiento de la FARC y el ELN, o el 9 de abril de 1948 en que fue asesinado el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, o el 7 de agosto de 1946 con el inicio del gobierno conservador de Mariano Ospina Pérez, o finalmente el año de 1936 con el “fracaso” de la Ley 200 o ley de tierras de ese año); cualquiera de esas fechas que se tome implica un conflicto por lo menos de medio siglo de duración. Este es uno de los puntos de controversia de las actuales conversaciones en curso: donde se sitúa el horizonte temporal de inicio del conflicto interno armado, importante, sin duda, para definir quiénes son las víctimas y quiénes, los victimarios.

El conflicto interno armado colombiano es uno de naturaleza política –más allá de procesos de degradación del mismo y las prácticas delincuenciales derivadas de allí–. Igualmente tiene una historia ligada a anteriores violencias vividas por los colombianos –especialmente la violencia bipartidista, como lo ratificaron la gran mayoría de los estudios de la Comisión de Esclarecimiento Histórico y de las Víctimas–.

Estos conflictos internos armados, durante el período de la Guerra Fría, tendían a ser situados dentro de la categoría de los denominados delitos políticos –en nuestro caso el Código Penal consideraba como tales rebelión, sedición y asonada y sus delitos conexos– y en esa medida su salida político-jurídica se enmarcaba en la expedición de amnistías o indultos. El delito político, en

el marco de las democracias liberales, siempre fue considerado, por su intencionalidad altruista, un delito con un tratamiento penal benigno; los regímenes autoritarios obviamente no conciben este tipo de salida a los levantamientos armados internos. Estudiosos del tema en ese momento consideraban que el delito político era de los denominados “delitos complejos” por cuanto su comisión conllevaba la de otros delitos asociados, o dicho de otra manera, que una rebelión no se consumaba simplemente con malos pensamientos.

Esto explica por qué el Senador Germán Bula Hoyos en su argumentada ponencia del proyecto de ley que concedió una amplia amnistía en el gobierno de Belisario Betancur señalaba, haciendo referencia a la mirada histórica: “Una de las figuras más seductoras del proceso revolucionario colombiano de fines del siglo pasado, orador fulgurante, abogado especializado en derecho penal, guerrero noble y valeroso, ciudadano ejemplar de acendradas virtudes, parlamentario solitario de las ideas liberales en tiempos de guerras civiles, muchas de las cuales gestó y adelantó en contra de autoridades supuestamente legítimas de las últimas décadas del pasado siglo, el abogado y general Rafael Uribe Uribe, dijo el Senado de la República en memorable sesión, en el mes de diciembre de 1898: La causa del recelo es sin duda, la locución responsabilidad por delito común. ¿Pero qué acto revolucionario hay que no quepa dentro de ella?

“Todos van dirigidos o contra las autoridades o contra las personas o contra las propiedades. El revolucionario se alza contra el orden constituido, desconoce los empleados de todas las jerarquías y lucha contra ellos, puesto en armas; recluta, encarcela y coge prisioneros; se bate hiriendo y matando a sus adversarios; levanta empréstitos forzosos, expropia mercancías para la tropa, toma ganado para su sostenimiento, y caballería y montura para la campaña; penetra en las habitaciones y predios ajenos, rompiendo puertas y cercas si es necesario; en los combates pone fuego a edificios y plantaciones; y, en suma, echa mano de cuantos medios están a su alcance para el logro de su fin.

“Pues bien, todos esos procedimientos tienen sus definiciones dentro del Código Penal; los primeros se llaman resistencias,

**DIFICULTADES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL PARA RESOLVER
UN CONFLICTO ARMADO DE LARGA DURACIÓN**

motín, asonada, sedición, rebelión; los segundos, privación indebida de la libertad, heridas, homicidios, asesinato; los últimos, violación del domicilio, hurto, robo, incendio”.

Y refiriéndose al contexto específico en que se da este debate en 1982, en un gobierno como el de Belisario Betancur que planteó una apertura democrática después del período represivo del gobierno anterior y estudiando el proyecto de ley de amnistía que fue presentado inicialmente por el Senador Gerardo Molina y tomado por el gobierno como su proyecto, anota el Senador Bula Hoyos: *“Son muchos los tratadistas, politólogos y magistrados que comparten la tesis de que, si uno o varios delitos comunes, claramente tipificados en nuestro ordenamiento penal, se cometen como medio de complementación para alcanzar el fin político, deben participar de la calidad de delitos políticos o, por lo menos, considerarse conexos con estos, para los fines del beneficio de amnistía. El fenómeno de la conexidad no admite, en términos generales, enumeración o clasificación de infracciones que puedan considerarse o no, subsumidas por el delito político. Podríamos afirmar que son muy pocas las violaciones de la ley penal cometidas por los rebeldes que pueden escapar al citado fenómeno. Será siempre un claro criterio de interpelación, de finalidad, el que explique qué es el secuestro, la extorsión, el contrabando de armas o elementos para las fuerzas de la rebelión, el homicidio fuera de combate, el asalto a entidades bancarias para apropiarse de dineros destinados a adquirir armas, la toma por la fuerza de ganado y otros elementos para el sustento de las tropas rebeldes, el fusilamiento de espías y de traidores, etc. Son siempre acciones que deben considerarse en estrecha vinculación con el delito político, cuando tales infracciones han sido cometidas por agentes de la rebelión, como actividad logística para el buen éxito de la misma”*.

Esto explica por qué la amnistía aprobada por el Congreso de Colombia durante el gobierno del Presidente Belisario Betancur –Ley 135 de 1982– se otorgaba a los sujetos incursores en los delitos de rebelión, sedición y asonada y sus delitos conexos, excluidos solamente el homicidio fuera de combate; decían así sus tres primeros artículos: “Art. 1°. Concédese amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de la presente ley. Art. 2°. Para los efectos de esta ley, entiéndese por delitos políticos los tipificados en el

Código Penal como rebelión, sedición o asonada, y los conexos con ellos por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos. Art 3°. Los homicidios fuera de combate no quedarán amparados por la amnistía, si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación”.

Terminada la Guerra Fría y en buena medida por influencia de las democracias europeas, el delito político comenzó a marchitarse, entre otros, con el argumento de que una democracia consolidada no podía aceptar que grupos usando las armas la cuestionaran y se enfrentaran a ella, de una parte y, de otra, las violaciones masivas al DIH y a los Derechos Humanos en las dictaduras militares de los años 60 y 70 en muchos países de América Latina. Esto fue dejando progresivamente al delito político como algo simplemente nominal.

En paralelo empezó a emerger la denominada Justicia Transicional, que es una justicia en construcción –recordemos que a la Corte Penal Internacional las grandes potencias y, en general países con conflictos armados, no aceptan su jurisdicción–, un intento de búsqueda de una jurisdicción penal de tipo internacional que ayude a encontrar salidas en las cuales se combine la búsqueda de la paz, la justicia, el reconocimiento de las víctimas, la no repetición y la posibilidad de la reconciliación nacional. Pero al respecto no se debe olvidar que es una jurisdicción en construcción, es decir, no se ha dicho la última palabra.

Por ello es pertinente la tesis, de indudable sabor jurídico-político, de buscar restablecerle al delito político el alcance y la conexidad clásica que el mismo tenía en la legislación penal colombiana; decisión que es potestativa de la soberanía colombiana y que, por supuesto, debe ser debatida ampliamente y aprobada por el Congreso de la República –si así lo consideran las mayorías de esta corporación– como institución encargada de aprobar los cambios constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico colombiano. Y es pertinente hacer la siguiente claridad: el que haya homicidios cometidos por los rebeldes y que sean conexos por ello al delito de rebelión no significa que se le da al homicidio el carácter de delito político, el que haya robos

DIFICULTADES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL PARA RESOLVER UN CONFLICTO ARMADO DE LARGA DURACIÓN

asociados a la rebelión y sus finalidades no le da al robo el carácter de delito político, el que los grupos rebeldes acudan a rentas derivadas del negocio del cultivo o procesamiento de cultivos de uso ilícito, no significa, de ninguna manera, que se le esté dando a los delitos asociados al negocio del narcotráfico un carácter de delito político, se trata exclusivamente de esas actividades ligadas a la acción de los grupos rebeldes.

En el contexto de una confrontación armada como la colombiana difícilmente se puede hablar de una situación de normalidad y de vigencia del Estado de Derecho, por consiguiente, la juridicidad ordinaria que pretende regular la vida social en un marco de normalidad fue sin duda rebasada; por consiguiente se va a requerir de medidas excepcionales, justamente para terminar ese conflicto armado y permitir que la sociedad progresivamente vaya a vivir de nuevo en una situación de nueva normalidad.

La llamada Justicia Transicional ha sido uno de los instrumentos jurídicos que se ha venido construyendo para tratar de resolver este tipo de conflictos dentro de este nuevo contexto global de posguerra fría. Pero es *un campo en construcción* y todavía no logra un consenso global. Muchos Estados, especialmente las grandes potencias, no aceptan plenamente esta nueva juridicidad –Estados Unidos con el argumento de que es un país en guerra, por ejemplo–.

Allí juegan un papel central las víctimas –uno de los problemas críticos en esta dirección es que hay más voces, institucionales y sociales, que pretenden hablar a nombre de las víctimas, y terminan ahogando las voces de las propias víctimas– y la necesidad de que éstas y la sociedad en su conjunto tengan, paz, verdad, justicia, reparación y puedan vivir procesos de reconciliación. Valores en tensión complejos que debe abordar un proceso de cierre de un conflicto interno armado.

La experiencia colombiana, como la internacional, es la de avanzar en la construcción de caminos de justicia transicional, para una situación de transición política, social y económica, como es la que se dará una vez se firmen los acuerdos de terminación del conflicto interno armado con las FARC y el ELN. Leyes

como la de Justicia y Paz, inicialmente, como la de Reparación de Víctimas y Restituciones de Tierras se sitúan en esa perspectiva.

Lo anterior implica que la solución del conflicto armado colombiano será fundamentalmente de naturaleza política –en nuestro caso tanto el Estado como la insurgencia guerrillera han decidido transitar el camino de una salida política concertada– y, por lo tanto, la salida jurídica debería estar en consonancia con los acuerdos políticos que logren las partes y que refrenden los colombianos a través del mecanismo que se establezca. La experiencia internacional señala que la búsqueda de la paz conlleva sacrificar una parte de justicia –en los términos tradicionales– y en cierta medida la denominada “Justicia Transicional” se sitúa en esa perspectiva.

Es fundamental entender, como lo han señalado ilustres tratadistas, que justicia no puede ser simplemente sinónimo de cárcel, la mirada exclusivamente vengativa-punitiva que tuvo la justicia en la perspectiva histórica se ha ido enriqueciendo y ampliando, hoy podemos decir, sin lugar a dudas, que hay muchas opciones alternativas de sanción.

El propio rol de la Corte Penal Internacional –que es parte de esa nueva juridicidad internacional en construcción–, no puede ser y, seguramente, no será un obstáculo a la búsqueda de la paz de los colombianos y estoy convencido de que la Organización de Naciones Unidas –incluido el Consejo de Seguridad– y la propia Corte Penal Internacional no va a ser un obstáculo para la salida jurídica que finalmente se acuerde.

Por ello debemos destacar lo señalado en el comunicado “Por un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”, de la Delegación de Paz de las FARC-EP, publicado el 2 de agosto de 2015”:

“Tal como lo habíamos acordado en la Mesa de Diálogos, estamos en la construcción de un inédito e innovador Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Nunca antes en un proceso de paz se había decidido poner en marcha, con el protagonismo de las víctimas, un sistema con la pretensión de consolidar la paz y la convivencia, ofrecer verdad exhaustiva a la sociedad, reconocer públicamente

**DIFICULTADES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL PARA RESOLVER
UN CONFLICTO ARMADO DE LARGA DURACIÓN**

las responsabilidades de todos los involucrados en el conflicto, reparar los daños causados, garantizar el cumplimiento de la obligación del Estado de acabar con la impunidad y construir las imprescindibles medidas que garanticen la no repetición de la violencia política y del conflicto”.

Estos son objetivos irrenunciables de una justicia restaurativa para el posacuerdo que, a todas luces, si realmente se quiere la reconciliación y la convivencia, debe estar desligada de anacrónicas concepciones medievales vengativas, como el ojo por ojo y el diente por diente de la ley del Talión, lo cual conlleva anteponer la paz como derecho síntesis y el bienestar de las futuras generaciones, sobre cualquier otra consideración.

Dentro de nuestra concepción, garantizar la justicia restaurativa debe significar la conquista de la aplicación de una justicia distributiva que vaya más allá de lo meramente correctivo y apunte a crear nuevas condiciones de existencia dentro de la senda del buen vivir.

Para encontrar entendimiento respecto a los mencionados asuntos, la Mesa decidió la creación de una comisión integrada por los connotados juristas Juan Carlos Henao, Álvaro Leyva, Enrique Santiago, Manuel José Cepeda, Diego Martínez y Douglas Cassel. Todos han expresado su plena disposición a trabajar en función de tan loable propósito, contando con el apoyo de otros profesionales del derecho, lo cual es garantía de que en este campo lograremos un acuerdo consistente que blindará jurídica y políticamente el proceso de paz.

“Está claro que al lado del protagonismo de las víctimas, la esencia del Sistema Integral es la verdad aportada por todos, de tal manera que viene a ser la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, un mecanismo de primer orden para la resolución del conflicto, el cual deberá ponerse en funcionamiento en el término más corto posible...”.

El Comunicado Conjunto 57 de la delegación de paz del Gobierno Nacional y las FARC-EP de la misma fecha dice al respecto, de manera más lacónica: *“Se llevó a cabo el primer encuentro de los asesores jurídicos designados por cada una de las delegaciones para el tema de justicia y continuamos avanzando en la construcción*

de acuerdos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición...”.

Por consiguiente, señores magistrados y jueces, es posible que en sus manos, pero sobre todo en su buen juicio jurídico y político, va a estar buena parte de la responsabilidad de cierre de este conflicto interno armado y, por lo tanto, la pertinencia de reflexiones como las previstas en este evento no dejan lugar a dudas.

Verdades innombrables: Las Comisiones de la Verdad en la experiencia internacional

PRISCILLA B. HAYNER



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Verdades innombrables: Las Comisiones de la Verdad en la experiencia internacional

COMO VISITANTE, HAY MUCHAS COSAS de las cuales debo sentirme 'envidiosa' no solo de Cartagena sino también de Colombia. Ustedes decidieron hacer una comisión de la verdad, de hecho una muy buena y muy fuerte, con base en el mandato que ya pude leer.

Pareciera extraño que yo lo diga, viniendo de los Estados Unidos, que yo les tenga 'envidia' por que no tenemos una comisión de la verdad.

Tenemos un vecino, Canadá, que acaba de concluir una comisión de la verdad que duró ¡seis años! y hace dos meses emitió su informe final, eso fue a principios de junio después de haber hablado con aproximadamente siete mil víctimas y siete mil sobrevivientes alrededor del país.

Fíjense que la comisión de la verdad canadiense se enfocó específicamente en la comunidad indígena de ese país. A lo largo de cien años los indígenas fueron forzados a dejar su cultura..., entonces hicieron una investigación durante seis años y ya presentaron un informe que ha hecho descubrimientos muy duros y recomendaciones para reconciliaciones, reparaciones y otro tipo de medidas.

En los Estados Unidos también podríamos tener una comisión de la verdad sobre varios aspectos. De hecho a veces me pregunto, ¿cuál sería el tema importante para una comisión de la verdad? ¿Podría ser sobre la política de los Estados Unidos en

otros países en donde ha habido problemas diferentes? En retrospectiva sería importante.

Pero también podría ser sobre nuestra relación a lo largo de los años con las comunidades indígenas de los Estados Unidos. O sobre la práctica de tortura, que está bastante bien documentada y es algo que no se ha judicializado ni investigado, sobre todo, de manera oficial.

Pero el tema que más ha llamado la atención últimamente, y yo creo que es lo más urgente para seguir investigando la verdad en los Estados Unidos, es el tema de la raza. Desde luego hemos visto violencia entre la policía y las minorías a lo largo de los últimos años, pero hay algo mucho más profundo que subyace y que pienso que necesita o requiere un tratamiento adicional.

La justicia de los tribunales en el caso, por ejemplo, de la violencia contra los afroamericanos por parte de la policía es absolutamente esencial. Uno puede ver algunas de las reacciones recientes a casos específicos, por ejemplo, en el caso de Baltimore en donde se presentaron cargos contra varios policías, quienes al parecer son responsables por la muerte de un hombre afroamericano... uno encuentra esa respuesta tan fuerte y tan emotiva.

Cuando ha habido judicialización en otros casos en donde no se había judicializado, hay un sentido de frustración muy grande. Pero, incluso, en donde puede haber judicialización y ojalá una judicialización positiva, vamos a ver cómo se desarrolla al final. A veces eso, incluso, no es suficiente.

De cierta manera como sociedad no hemos tenido la posibilidad de analizar a profundidad la historia de discriminación de relaciones de raza. Se dice que nos toca mirar hasta la época de la esclavitud –hace unos doscientos de años–, para mejorar en el mundo.

Abro mis comentarios en este punto porque siento que a mi país le está haciendo falta una comisión de la verdad. Confío y espero que en algún momento lleguemos a tenerla. También lo hago para tratar de responder una pregunta hecha en muchos contextos alrededor del mundo en donde se encuentran en momentos de transición y que están analizando la posibilidad de una comisión de la verdad. Y la pregunta es esencialmente, ¿es

que la comisión de la verdad, acaso, no es una manera de engañar a la justicia? Acaso ¿no es la salida fácil? O, ¿tal vez uno tiene una comisión de la verdad solo porque no es posible judicializar a todo el mundo?

Desde luego en muchos procesos de transición, como después de una guerra civil de cincuenta años, claramente no es posible judicializar a todos los responsables o a quienes de cierta manera estuvieron asociados a crímenes graves. No es posible. Entonces, de pronto, la gente dice que una comisión de la verdad es para limitar la posibilidad de justicia penal.

Debo decir que la comisión de la verdad tiene un enfoque muy diferente, aparte de ser algo que reemplaza nuestra incapacidad de tener nuestra justicia criminal penal. Pero, hay una función muy fuerte de la comisión de la verdad: es que el proceso de buscar la verdad a través de una manera no judicial sí ofrece algo que no podemos obtener, del todo, a través de los canales de justicia penal.

Veo las comisiones de la verdad como algo que, si se hace bien, ofrece algo diferente y es importante. Clasifico estas contribuciones en dos: una, como un ente no judicial pero que, desde luego, también analiza muchos delitos. Pero además de eso mira más allá de los delitos. Analiza actos individuales y eventos singulares. Esencialmente, lo que hace son preguntas diferentes a las que normalmente haría un fiscal, un juez o un tribunal de derecho. No pregunta, por ejemplo, ¿qué fue lo que sucedió? Aunque eso claramente es un aspecto muy importante de su trabajo, sino que también, si hace su trabajo bien, pregunta cómo, por qué sucedió eso, cómo es posible que estas cosas hayan sucedido o que hayan continuado sucediendo en un país.

Al final del día, por lo tanto, no tienen una verdad que sea mejor o peor en comparación con lo que podría establecer un tribunal de derecho, sino que la verdad a la que llegan es diferente.

Las comisiones de la verdad en su investigación, en sus hallazgos y en sus conclusiones no se enfocan en casos individuales y ciertamente no analizan responsabilidades individuales. En lugar de ello lo que hacen es analizar los patrones individuales: lo que sucedió; sus causas y las consecuencias; quién ha sufrido; cómo y de qué manera; cuáles regiones fueron más afectadas por el conflicto.

¿Cuáles a lo largo de estos cincuenta años –por ejemplo en el conflicto en Colombia– fueron los periodos más intensos? ¿Hay algún tipo de patrón que podamos ver de la violencia como se estuvo perpetuando? O, ¿hubo algún tipo de formas de responsabilidad o de rendición de cuentas que fueron más fuertes y mejores en algunas partes o con ciertos grupos ilegales? ¿Cuáles, en general, fueron los factores y cómo los vemos hoy?

Esto también lo que hace es reorganizar la historia y reestablecer la verdad al hablar abiertamente con la gente. Adicionalmente, mirar los casos específicos. Las comisiones de la verdad identifican una serie de áreas temáticas que van a analizar, ya sea el enfoque sobre la juventud, sobre las mujeres, sobre ciertas regiones, ciertas comunidades, ciertos periodos, ciertas prácticas realizadas por determinados grupos. Todo eso se analiza de manera temática uniendo lo que han ido estableciendo con base en las diferentes declaraciones que han obtenido de las víctimas, los testigos y aquellos que participaron en el conflicto, así como otras investigaciones que se han hecho.

Entonces hacen diferentes preguntas que acaban teniendo como resultado una verdad diferente en sus hallazgos.

La segunda diferencia general es que el proceso de la comisión de la verdad se enfoca mucho más en involucrar al público de manera muy intencional. Involucra a las víctimas, a los sobrevivientes y a los familiares de manera respetuosa; enfocándose solamente en escuchar, en reconocer las experiencias de los demás.

Muchas veces la gente describe las comisiones de la verdad como algo que se enfoca exclusivamente en las víctimas. Digamos que eso es cierto, aunque muchas veces hacen más que eso. Pero sí es un elemento clave en lo que está tratando de hacer una comisión de la verdad que es escuchar y demostrar respeto por aquellas personas que han sufrido violaciones a lo largo de los años.

Esta descripción me recuerda una conversación con el Presidente de la Comisión de la Verdad de Nigeria, en África Occidental. Él era un juez jubilado, muy respetado, una persona muy estimada por la gente, con muchos años de experiencia, y de hecho, él fue el que lideró una comisión de la verdad que estaba llegando a su fin cuando hablé con él. Esa comisión había tenido

grandes desafíos –como muchas comisiones de la verdad–, y una cosa que hizo muy bien fue ganarse la atención del público, tal vez de manera como nunca antes se había visto en Nigeria. Todo nigeriano –casi que les puedo decir– veían en vivo los procesos de las audiencias públicas durante meses. La gente trabajaba durante el día y en las noches llegaban a ver la retransmisión. Todas las estaciones de radio transmitían en vivo las audiencias de la Comisión. Así que fue un momento muy importante en la historia de ese país. Y eso como que llamó la atención a las personas comunes: cómo los derechos humanos involucraron a la gente y cómo los derechos se pueden exigir.

Entonces, cuando hablé con este Presidente, le pregunté cuál era la principal lección que había aprendido de la exigencia o qué podría recomendar para comisiones futuras. Me sorprendió que lo primero –tal vez lo único que me dijo sobre eso– fue que no se debe tener una comisión de la verdad presidida por un juez –claramente se estaba refiriendo a él mismo como juez– eso me sorprendió. Además dijo mire, si un juez preside una comisión de la verdad va a parecer como si fuera un tribunal de ley. Y sí. Cada vez más era realmente así. Cada una de las víctimas y acusados tenían sus abogados y se hacían preguntas para acá y para allá y los comisionados parecía que fueran un conjunto de jueces tal y como estaba organizado todo. Y él dijo, pero eso es lo que nosotros conocemos. Yo sé que esa no es la manera correcta de haberlo hecho para los propósitos o nuestro objetivo, pero es lo único que yo conocía; entonces, fue así como lo hicimos.

Fue una autorreflexión que me pareció muy interesante. Y cuando he visto otras comisiones de la verdad he recordado esto: cuando estas otras comisiones de la verdad se organizan y quieren decidir quiénes deben ser sus miembros, quién la debe presidir, debe depender de lo que uno está tratando de lograr. Acordémonos que uno está tratando de lograr algo diferente a lo que obtendría en un tribunal.

Claramente estas comisiones son entes no judiciales así como está establecido en la comisión de la verdad aquí en Colombia y muy típico en todas. Hay diferentes maneras en las cuales las comisiones de la verdad interactúan con el poder judicial

durante o cuando van llegando al final de su trabajo. Y quiero resaltar varias maneras en las cuales esto puede ser así: en algunos casos a las comisiones de la verdad se les da el poder de llamar a diferentes personas o de solicitar documentos; de exigir que se presente información. Este poder es para lograr que puedan exigir documentos. Cuando la Comisión trabaja a través de un juez o de un magistrado, es él quien les da las órdenes judiciales para poder exigir o poder investigar.

A veces hay intercambio de comunicación entre los tribunales, los jueces y la Comisión. Por ejemplo, la Sudafricana tenía acceso para mirar los documentos que estaban en la oficina del Fiscal. Ellos podían tomar nota, mirar toda la información que había sido recolectada. Fue muy interesante porque es todo lo contrario a lo que uno generalmente piensa, que tal vez la información iría de la comisión hacia los fiscales pero a veces se puede trabajar de otra manera.

En donde ha habido información de las comisiones que fluye hacia los tribunales o hacia los fiscales, se debe ver como una fuente de información. La manera como recolecta la información no se puede decir que son pruebas. Es algo simplemente que un fiscal puede utilizar para arrancar. Si uno mira muchas comisiones de la verdad en varios países, no ha habido una relación muy fuerte entre el trabajo de la comisión de la verdad, incluso, si desean hacer judicializaciones después que esa información pueda alimentar a la Fiscalía.

A veces el informe final de la comisión es lo importante en la medida en que establece las conclusiones, los patrones generales, pero lo que no se ha tratado de hacer es un enlace fuerte. Y aquí yo entiendo que esa información no se va a compartir pero desde luego va a haber información pública lo que evidentemente muestra por qué el informe va a ser público, vamos a ver cómo resulta acá.

Habiendo dicho esto, hay diferentes ejemplos. Uno, el más conocido es el de Sudáfrica (Timor Oriental), donde las comisiones de la verdad tenían mandatos que incluían combinar sus esfuerzos, reducir penalidades o dar amnistías. Esto se incluye en el poder de la comisión de la verdad.

En donde se pide permiso para que puedan jugar un papel más directo en el procesamiento de los acusados, hay que tener mucho cuidado. No solamente porque hay muchos riesgos relacionados con este tipo de prácticas, sino porque también hay que tener mucho cuidado que no se vuelva un proceso que se enfoque principalmente en los acusados o en los crímenes, en lugar de enfocarse principalmente en las víctimas de los delitos porque, como lo mencioné anteriormente, la primordial intención de los procesos deben ser las víctimas.

Entonces, en la medida en que esto se considere, hay que analizarlo de manera muy detallada de cómo se equilibran los propósitos y los poderes de la Comisión.

Las últimas dos áreas en donde puede haber interacción entre la comisión de la verdad y la Rama Judicial, es en sus recomendaciones. Generalmente, recomiendan hacer reformas importantes en todas las áreas incluyendo, según sea apropiado, a la Rama Judicial, y desde luego Colombia es un ejemplo en donde se ha prestado mucha atención a muchas áreas de reformas, y ya hay una Rama Judicial bien fuerte. ¿La comisión saca recomendaciones sobre esa área?, pues no sabemos. Esta es una pregunta abierta.

Finalmente, hay una serie de ejemplos a lo largo del trabajo de una comisión. Ha habido dificultades directas respecto de los poderes que tiene o de sus prácticas, especialmente, en las áreas del debido proceso, las personas les han pedido a los tribunales revisar y restringir el trabajo de una comisión de la verdad para proteger los derechos de aquellos que podrían ser nombrados. Por ejemplo, en audiencias públicas que no se nombre a las personas en el debido proceso, o si alguien se iba a considerar de otra manera, por ejemplo, en hallazgos del informe final, que alguien pueda responder a esa información que pueda salir a la luz pública con nombre propio y que los demandan antes de que la comisión emita sus conclusiones. Es interesante ver algunas de las comisiones más recientes en algunos países en donde ha habido dificultades con los tribunales, y resulta que de manera bastante inesperada, la Rama Judicial ha ayudado a establecer los parámetros en términos de hasta dónde puede llegar la comisión de la verdad.

Quiero concluir diciéndoles que ha habido un par de docenas de comisiones de la verdad que ya han tenido lugar en el mundo. La mayoría de las cuales no han sido enormemente exitosas.

Muchas han sido muy débiles y no han logrado despegar, pero sí ha habido una media docena de comisiones de la verdad que han sido muy fuertes y muy buenas, aunque con debilidades. Yo creí necesario mencionarles cuáles han sido las dificultades clave. Cuáles han sido los principales motivos por los cuales las comisiones de la verdad no siempre han sido exitosas, para que ustedes puedan ver si se les vienen estos problemas antes de que lleguen.

Uno, es el aspecto más importante de la comisión. Es que haya confianza en el trabajo y confianza por parte del pueblo; en general, confianza en la comisión de la verdad. Esto depende de quiénes van a ser los miembros de la comisión. Fíjense que esto es más importante que cualquier otra cosa. Uno puede comenzar con un mandato muy bueno, muy bien redactado, pero más importante es quiénes van a ser los comisionados.

Recuerdo una conversación que tuve en otro país, que por respeto no voy a mencionar cuál, pero en donde el Ministro de Justicia de su momento me dijo, sabe qué, trabajamos tanto, tanto para tener el mandato correcto y luego soltamos el esfuerzo cuando se trató de nombrar a los comisionados. Acabaron teniendo comisionados que simplemente no trabajaron bien y el proceso se vio muy afectado como resultado de esto. Mirando hacia atrás la gente se da cuenta que fue una oportunidad que perdieron si uno no tiene las personas correctas en la comisión; por lo tanto, se va a perder una oportunidad maravillosa.

Una segunda área es que debe haber un compromiso claro por parte de las autoridades. Un compromiso en varias áreas: recursos, acceso a la información, acceso a la documentación que la comisión llegase a necesitar. El gobierno debe encontrar maneras de mostrar explícitamente su respeto por la independencia de la comisión para que no haya ninguna duda en esa área. Y claramente hay unas mejores prácticas asentadas, Naciones Unidas,

**VERDADES INNOMBRABLES: LAS COMISIONES
DE LA VERDAD EN LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL**

entre otros, ha hecho una lista, notas, guías y pautas para esto.

En tercer lugar, el impacto a largo plazo para una comisión, probablemente, sea tan importante, o incluso más importante que el trabajo que haga la comisión mientras existe. Y eso hay que considerarlo con mucho detalle. Cualquier tipo de recomendación que venga de la comisión se puede implementar y si se logra algún compromiso desde antes del inicio de la comisión sería clave.

Ciertamente las comisiones de la verdad no son un tema fácil desde ningún punto de vista. Son difíciles de hacer a nivel práctico; difíciles para las víctimas aunque si queremos respetar a las víctimas y prestarles un servicio, puede ser retraumatizante tener que volver a hablar acerca de los delitos y crímenes muy graves del pasado, que son duros para la sociedad en su totalidad: oír, escuchar, verse confrontado a esas historias tan duras de lo que ha sucedido.

Pero también, si uno logra superar las dificultades que les acabo de mencionar, sí existe una posibilidad de que esto pueda ser una contribución y yo espero que mi propio país también vaya a seguir su ejemplo y que tal vez en algún momento dado vayamos en esa dirección.

Comisiones de la verdad: La experiencia sudafricana

ROELF MEYER



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



Comisiones de la verdad: La experiencia sudafricana

DEBO ADMITIR QUE ENVIDIO, EN TÉRMINOS DE CALIDAD, las contribuciones jurídicas y profesionales que tiene este país. Es extraordinario y creo que si hay algo de lo cual deben estar orgullosos es justamente esto.

Se ha mencionado el tema de Sudáfrica varias veces en este foro y quiero hacer una declaración inicial: no hay que esperar demasiado de la comparación que la gente tiende a hacer con Sudáfrica, porque es muy distinto en términos de contexto y la necesidad de algo como una comisión de la verdad.

Hecha esta precisión, también es cierto que podemos aprender los unos de los otros. Cuando establecimos la comisión de la verdad en Sudáfrica había dos ejemplos sobre los cuales podíamos estudiar en ese momento: Argentina y Chile. Y esos ejemplos nos ayudaron a pensar mucho en las diferencias en términos de contexto.

Entonces, hay que tener en cuenta que es un contexto sustancialmente distinto, pero sí podemos aprender los unos de los otros.

Un segundo punto que quiero aclarar es que no fui parte de la comisión de la verdad de Sudáfrica. Era un político que empezaba mi carrera como parte del gobierno de apartheid en Sudáfrica en 1979. Mi primer puesto en el gobierno fue el de Viceministro de la Policía hace treinta años y luego fui Ministro de Defensa.

Potencialmente yo era un sujeto de investigación por parte de la comisión de la verdad. Ahora tengo la suerte de haber sido parte del proceso del establecimiento de la paz cuando era Ministro de Asuntos Constitucionales y, luego, negociador jefe durante la transición de Sudáfrica. También estuve en el gabinete del Pre-

sidente Nelson Mandela después de la transición, y esa fue una experiencia personal extraordinaria.

En Sudáfrica decidimos de manera conjunta, entre los partidos opuestos, que íbamos a tener una comisión de la verdad, principalmente por dos razones: una, para enfrentar las atrocidades que habían sido perpetradas por ambos lados. Hay que decir que también había cometido atrocidades el movimiento de liberación opuesto al del apartheid y, por esto, ellos querían una institución como la comisión de la verdad que permitiera la investigación. Había que enfrentar las atrocidades cometidas por las dos partes. Y la segunda razón era evitar que eso se repitiera. Puedo decir claramente que si no hubiéramos tenido una comisión de la verdad estaríamos aún en nuestros tribunales, con las judicializaciones, veinte años después.

Estas son las dos razones principales. Obviamente había otras razones fundamentales detrás de la creación de una comisión, y como se ha dicho, cuáles son las que deben aplicar para Colombia. Quisiera agregar dos consideraciones para este país desde nuestra experiencia: una es que una comisión de la verdad puede servir para la sanación entre comunidades divididas en un país. Y, la segunda, que también puede acercar y cerrar el tema. Creo que esas deberían ser las intenciones de una comisión.

La comisión de la verdad y reconciliación, como se conoció en Sudáfrica, dividió el trabajo en tres comités. Primero, las personas que sufrieron bajo el apartheid tuvieron la oportunidad de testimoniar, testificar y llevar sus testimonios a la comisión. Por supuesto, la gente del otro lado, también tenía la oportunidad de llevar su testimonio, pero, en general, fueron los que sufrieron bajo el apartheid los que llevaron sus testimonios a la comisión de la verdad.

Más de diez mil personas dieron sus testimonios. Eso ocurrió porque la comisión viajó por todo el país. Fue a todos los rincones, pueblos y casas donde la gente directamente tenía la oportunidad de dar testimonio de su sufrimiento bajo el apartheid. Luego hubo testimonios orales y más de diez mil documentos escritos.

Mucha gente puede decir que la comisión de la verdad no fue exitosa. Pero no se puede decir que no haya sido un proceso abierto.

El segundo comité fue el de amnistía.

No voy a hablar mucho de ese comité, solamente quiero recordarles que Sudáfrica tuvo una amnistía condicional. Lo que acordamos en la preparación fue que una persona podía calificar para amnistía solamente si contaba toda la verdad y todos los detalles acerca de las atrocidades que había cometido y por las cuales quería amnistía, y solo el comité podía tomar la decisión.

El tercer comité fue el de reparación.

Me entristece decir que este comité no tuvo el mismo éxito que los otros dos. Quizás porque el dinero no podía reparar las experiencias y el dolor dejado por el apartheid.

¿Fue exitosa la comisión de la verdad?

Debo responder que sí lo fue, por ser un proceso transparente. Se decía que no tenía que ser un proceso público en términos de testimonios y en entregar los detalles de las atrocidades cometidas. Afortunadamente se decidió hacer un proceso abierto. Fue embarazoso porque los sudafricanos tenían dificultad en entender los detalles de las atrocidades.

Cuando escuché al padre Francisco de Roux hablar de lo ocurrido en Colombia con la comunidad, me acordé de mis experiencias y lo triste que era estar expuesto a los detalles de lo que había ocurrido. Pero era lo justo, era lo correcto. Era la única forma de poder aprender, incluso nosotros que éramos parte del sistema blanco del apartheid. Creo que la transparencia fue uno de los aspectos de éxito de la comisión de la verdad.

Podemos decir, en segundo lugar, que las atrocidades durante el apartheid, en gran medida, no todo, pero en gran medida se expusieron como resultado del proceso de la amnistía condicional. Por supuesto, hubo algunos que jamás pidieron amnistía y no sabemos la verdad completa de aquellos. Los que no se presentaron con su solicitud aún están hoy día bajo el escrutinio y potencialmente pueden seguir siendo judicializados en tiempos ilimitados en términos de condena.

El tercer punto es haber dado oportunidad para que se pidiera perdón y disculpas por parte de quienes eran responsables de las atrocidades. Pero también por el otro lado, en las víctimas hubo reconocimiento de esas disculpas y de ese perdón. El he-

cho de pedir disculpas, pedir perdón y reconocer es importante porque da la posibilidad a ambas partes de oírse. Creo que eso contribuyó en gran medida al aspecto sanador del proceso.

¿Llegamos a un cierre de la comisión?

Por varias razones, creo que no. Cuando el Primer Ministro pidió disculpas por lo que pasó hace setenta años en el caso de Japón, me acordé que solamente han pasado veinte años en Sudáfrica y vamos a seguir disculpándonos por muchos años por el daño que el apartheid produjo, así que no hay un cierre.

El informe de la comisión es un documento maravilloso que contribuyó a llevar algún tipo de cierre. Por lo menos nos evitó que habláramos del mismo tema durante toda la vida. Entonces el cierre, en ese sentido, creo que sí se materializó.

Pero Sudáfrica sigue siendo una sociedad dividida. La comisión de la verdad no pudo solucionar este punto, y ese es un aspecto muy importante que hay que recordar.

Las comisiones de la verdad no están ahí para rectificar los errores sistemáticos del pasado. No pueden hacerlo. En nuestro caso, el apartheid era un sistema que había existido durante más de trecientos años, no era una invención de cuarenta años. Había existido durante trescientos años o más, porque era la diferenciación entre los que se creían superiores y los que se creían inferiores. Ese era el factor subyacente de nuestro sistema social y eso es algo que no existe en otras partes de la Tierra, pero que contribuyó mucho a la inequidad. Esa inequidad no se ha removido con la comisión de la verdad y, tampoco era su tarea. Tenemos mucho por hacer en términos de eliminar las diferencias entre nuestras comunidades divididas, pero, repito, no era la responsabilidad de la comisión de la verdad.

La comisión de la verdad contribuyó, tal como era la intención inicial, a la reconciliación. Fue una señal de fuerza que procedía desde dentro. Podíamos abrirnos y hablar de lo que había ocurrido durante las atrocidades. Me permitió a mí –y tengo que darle un contexto personal– que era parte o miembro del gobierno formal del apartheid, como voluntario, a ir a la comisión de la verdad y estar dispuesto a ser investigado y a contestar. Podía ser testigo en la comisión de la verdad, en términos de

mi propia experiencia y de lo que no estaba bien y qué había que corregir. Entonces tuve la oportunidad de decir “aquí estoy. Si quieren hacerme preguntas, aquí estoy”. Ese para mí fue un momento extraordinario. Yo pude salir de allí diciendo “hice lo correcto”. Creo que esto en sí fue un factor de contribución hacia la reconciliación. Eso también nos ayudó a abordar parte de la sanación, y digo parte, porque siempre y cuando la inequidad siga existiendo en Sudáfrica vamos a seguir luchando hasta lo último para encontrar la sanación completa.

Esto hizo que la gente pensara que la comisión no fue exitosa, olvidándonos que ésta no era la tarea de la comisión de la verdad: eliminar esa desigualdad. Había otras consecuencias del sistema del apartheid que tenían que resolverse y no solamente lo de la justicia que se trató de manejar a través de la comisión.

Para concluir, primero, no creo que nadie en una situación de conflicto pueda decir que hay alguien que tenga culpa o que un bando o una persona o la otra no tenga culpabilidad. Eso es lo que nosotros hemos aprendido de nuestra situación. Incluso, nuestros colegas que combatían contra el apartheid, también tenían un nivel de culpa.

Segundo, un buen liderazgo es fundamental. Nosotros mismos pudimos ver el rol del arzobispo Desmond Tutu, Presidente de la Comisión. Todo el mundo lo conoce, y el papel que él desempeñó junto con Alex Boraine y otros comisionados es conocido. Seguramente esto hace entender cuán importante es un buen liderazgo.

Tercero, tuvimos un proceso incluyente en términos de llegar a un acuerdo sobre la existencia de la comisión de la verdad. Llegamos a un acuerdo en el borrador de la Constitución donde acordamos cuáles iban a ser el propósito y los términos; fue un enfoque incluyente.

Viendo lo que está ocurriendo en este país, me pregunto ¿hasta qué punto será posible llegar a un proceso incluyente y encontrar un acuerdo sobre los términos de la comisión de la verdad, si va a haber una en Colombia? Lo que quiero decir con esto es que todas las partes interesadas tienen que incluirse en esa decisión. Tuvimos éxito en construir la confianza, no solamente

a nivel de los que ejecutaron las funciones de la comisión, sino también entre nosotros mismos, desde ambas partes que estuvieron de acuerdo con el contenido de la comisión. Pero un punto más importante: la comisión de la verdad, después de que se llegó a un acuerdo acerca de la futura Constitución del país, no fue parte de ese acuerdo. Nosotros llegamos a un acuerdo primero sobre la paz. Luego dijimos “ahora vamos a mirar al pasado. Vamos a exponer el pasado a través de la comisión de la verdad”. Yo creo que eso fue parte del éxito en nuestro caso.

Finalmente, esto no es una cuestión de leguleyos. La paz no es un tema leguleyo, lo digo como abogado. La paz no es solo un proceso intelectual. Debe venir de los corazones y de las almas, no solamente de la cabeza.

La justicia transicional es parte del proceso, pero no es el proceso mismo.

El papel de la verdad y la justicia en los procesos de reconciliación

ANA MARÍA FERNÁNDEZ DE SOTO



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



El papel de la verdad y la justicia en los procesos de reconciliación

EL CASO RUANDA

HACE MÁS DE UN AÑO ME ENCONTRABA EN LA CÁRCEL de Koulikoro, en Malí, visitando a dieciséis de los genocidas responsables por los hechos cometidos en Ruanda en 1994. La bienvenida a la cárcel me la dio Jean Kambanda, quien fue el Primer Ministro durante el genocidio. Para mi sorpresa, estaba bien enterado del proceso de negociación que se lleva a cabo entre el Gobierno y las FARC, y seguía de cerca su desarrollo.

Menciono esta anécdota porque demuestra que no existe en el mundo un proceso de transición más interesante e importante, como el que se realiza hoy en día en Colombia. La experiencia colombiana es importante no solamente para encontrar y alcanzar la paz en nuestro país, sino que constituye un referente valioso para procesos similares que se puedan desarrollar en otros países del mundo.

En Ruanda no hubo una comisión de la verdad como tal. Sin embargo, el proceso que se llevó a cabo en Ruanda tiene elementos muy interesantes sobre “verdad y justicia” que vale la pena rescatar y que pueden aportar luces para los esfuerzos de paz que se adelantan en nuestro país actualmente.

Ruanda y el genocidio

Como muchos recordarán, en Ruanda en 1994 cerca de un millón de personas fueron asesinadas, y más de doscientas cincuenta mil mujeres fueron violadas en tan solo tres meses. Estos hechos dejaron a la población totalmente traumatizada y al país

completamente destruido. La mayoría de las víctimas fueron de la etnia Tutsi.

El genocidio sucedió tras décadas de enfrentamiento entre las etnias Hutu y Tutsi. La violencia se había detenido unos años luego de la firma del Acuerdo de Paz de Arusha en 1993, y la formación de un gobierno de transición bajo la presidencia del hutu moderado, Juvénal Habyarimana.

El desencadenante del genocidio fue el atentado en contra del avión presidencial en donde fue asesinado el Presidente Habyarimana el 5 de abril de 1994. Al día siguiente también fue asesinada la Primera Ministra.

Con la muerte del Presidente y de la Primera Ministra, los hutus radicales se tomaron el poder y emprendieron una oleada de violencia en todo el país llamando al exterminio total de los tutsis, con el apoyo de una milicia denominada *interahamwe*.

Las tropas internacionales de Naciones Unidas que estaban en Ruanda fueron incapaces de prevenir la matanza. La ONU ordenó la retirada de los cascos azules que evacuaron a todos los extranjeros y dejaron a la población local abandonada.

Tras varios meses de violencia, la guerrilla del Frente Patriótico Ruandés, formada por tutsis que habían sido expulsados a Uganda, lanzó una ofensiva que finalmente culminó con la toma del poder. Esta guerrilla era liderada por el hoy Presidente de Ruanda, Paul Kagame.

Una vez se normalizó relativamente la situación, el nuevo gobierno se puso en la tarea de reconstruir el país y buscar la reconciliación. A diferencia de otros conflictos africanos, en Ruanda se incorporó en la agenda política el tema de la justicia. Es decir, no se trató de imitar el modelo sudafricano de la comisión de la verdad que concedía el perdón a cambio del reconocimiento por el daño causado, sino que se consideró necesario castigar a los responsables de los hechos, ya que la magnitud de los delitos que se habían cometido no permitía la impunidad.

En Ruanda, entonces, no se dictó una amnistía general ni se instauró una comisión de la verdad, sino que el gobierno impuso un modelo de justicia que tenía como objetivo castigar a los victimarios y darle visibilidad al genocidio.

Desde hace veinte años, Ruanda ha llevado a cabo un proceso muy ambicioso de justicia transicional que se ha desarrollado a nivel internacional con la creación, por parte de Naciones Unidas, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, a nivel nacional y local.

A nivel doméstico es interesante que ante la imposibilidad de juzgar a todos los perpetradores de los crímenes a través del aparato judicial convencional, fue necesario acudir a un sistema de justicia tradicional local para establecer la verdad de los hechos e impartir justicia. Este mecanismo local de justicia es conocido como las cortes de Gacaca. A pesar de todas las críticas de las que ha sido objeto, fue el que realmente permitió llevar justicia y verdad a las comunidades.

Legado del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En 1994, cuando se cometieron las atrocidades, no existía ninguna Corte Penal Internacional para juzgar el genocidio. Fue así que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió establecer el tribunal *ad hoc* para Ruanda en noviembre de 1994.

Al Tribunal se le concedió un mandato muy amplio: además de enjuiciar a todas las personas que tenían la mayor responsabilidad por los hechos cometidos en Ruanda, el Consejo de Seguridad determinó que también debía contribuir a la reconciliación en Ruanda y a reestablecer la paz y la estabilidad en la región.

El Tribunal está próximo a culminar sus actividades a finales del 2015 y, desde julio del 2012, ha venido transfiriendo las funciones a su sucesor: el mecanismo para los Tribunales Penales Internacionales.

Luego de veinte años de trabajo, el Tribunal ha dejado importantes legados que han contribuido al proceso de reconciliación en Ruanda y quiero resaltar los siguientes:

En primer lugar, el Tribunal fue efectivo en lograr el arresto de los máximos responsables del genocidio. Casi la totalidad de los miembros del gobierno que estaban en el poder durante la época del genocidio ha sido sometida a juicio. El Tribunal ha proferido condenas en contra del Primer Ministro, ministros de

Estado, generales, alcaldes y otras personas que tenían una posición de liderazgo durante el genocidio. El primer juicio comenzó en 1997 y desde entonces 93 personas han sido acusadas, 61 de ellas han sido condenadas y 14 declaradas inocentes.

En segundo lugar, el Tribunal ha contribuido a la reconciliación de Ruanda al haber creado un recuento de la verdad histórica de los hechos a través de los diferentes procesos penales. Vale la pena destacar, por su significado, los archivos del Tribunal que tienen un gran valor histórico, y esto ha llevado a las Naciones Unidas a la construcción de una nueva sede en Arusha (Tanzania) para albergarlos y preservarlos.

En tercer lugar, el Tribunal contribuyó a la reconciliación en Ruanda al haber dado a las víctimas la oportunidad de ser escuchadas. Para muchas víctimas y testigos, el hecho de dar su testimonio ante los jueces y frente a los perpetradores ha permitido sanar heridas del pasado. La mayoría de la evidencia con la que se cuenta en el Tribunal del Ruanda ha sido testimonial.

Finalmente, quisiera referirme a la jurisprudencia del Tribunal, la que, además de tener un impacto significativo en la reconciliación, ha ido mucho más allá porque ha transformado el derecho penal internacional y es un referente importante para otras cortes y sus sistemas nacionales. Hay ciertos aspectos que quisiera resumir.

El Tribunal de Ruanda fue el primero en interpretar la definición de genocidio. En el fallo de Akayezu de 1998 se establecieron importantes doctrinas penales y componentes de este crimen. Así mismo, fue el primero en dictar una condena en contra de un Jefe de Estado. El Primer Ministro Kambanda fue condenado a cadena perpetua por genocidio. Este fallo contribuyó a que el principio de no inmunidad por el cargo oficial fuera incluido en el Estatuto de Roma.

El Tribunal también estableció la doctrina de responsabilidad de los jefes o superiores. Así mismo, tiene extensa jurisprudencia en materia de delitos sexuales, ya que más de doscientas cincuenta mil mujeres fueron violadas o abusadas sexualmente durante el genocidio. El Tribunal también examinó en sus fallos el papel de los medios de comunicación y los límites a la libertad de expresión.

Hoy en día muchas de esas doctrinas parecen obvias, pero hace veinte años no existía ninguna jurisprudencia internacional en la materia y el Tribunal, realmente, fue pionero en todos estos temas. Eso contribuyó a fundar todas las bases del sistema de justicia penal internacional que tenemos hoy en día, incluidas las del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, a pesar de estos aportes que he mencionado, el Tribunal no ha estado exento de críticas sobre su real aporte al proceso de reconciliación en Ruanda.

En primer lugar, se le ha criticado por no haber juzgado a todos los bandos del conflicto. Se alega que ambas partes, tanto los hutus como los tutsis cometieron crímenes graves. Sin embargo, el Frente Patriótico Ruandés continúa en el poder y el Tribunal no ha juzgado a ninguno de sus integrantes.

En segundo lugar, se considera que el Tribunal es lejano al país en donde ocurrieron los hechos. La sede del tribunal es en Arusha (Tanzania) y se ha cuestionado que la ubicación del Tribunal hace que éste sea lejano a las víctimas y que no tenga sentido de pertenencia por la justicia que imparte, lo que dificulta el proceso de reconciliación.

En tercer lugar, el Tribunal ha sido criticado porque no cuenta con un mecanismo de reparación o compensación para las víctimas, el cual se considera un componente fundamental de la reconciliación.

Justicia en el ámbito local: El sistema de tribunales Gacaca

Trasladémonos ahora al ámbito local. ¿Qué sucedió en Ruanda en respuesta al genocidio?

En 1994, el gobierno de Ruanda quedó con el enorme desafío de lograr la reconciliación en el país y escoger un sistema de justicia rápido que a la vez fuera aceptado por toda la población. Este desafío era particularmente complejo teniendo en cuenta que la estructura judicial del país estaba completamente destruida.

En 1998, miles de acusados en Ruanda seguían a la espera de un juicio. El sistema judicial ruandés estaba al borde del colapso y no daba abasto. Había aproximadamente 130.000 sospechosos de genocidio hacinados en prisiones que tenían capacidad

para albergar únicamente a 12.000. Los tribunales de justicia convencional solo habían procesado alrededor de 1.300 casos. La comunidad internacional ofreció ayuda a Ruanda para acelerar estos juicios. Sin embargo, el país se opuso a este ofrecimiento porque quería que la respuesta a sus problemas se diera en casa.

En respuesta a esta crisis judicial y carcelaria que se vivía, en 2002 el gobierno decidió establecer un sistema de justicia comunitaria para conocer casos de genocidio, basado en un mecanismo tradicional de resolución de conflictos que había existido desde la época de la Colonia. Estos nuevos tribunales locales, conocidos como las Cortes de Gacaca, buscaban combinar el derecho penal con procedimientos tradicionales comunitarios para la resolución de controversias.

El gobierno consideraba que con la creación de estos tribunales Gacaca para juzgar crímenes de genocidio se iba a conocer la verdad sobre los hechos ocurridos, se iba a acelerar el proceso de impartir justicia y a tener juicios rápidos. Así mismo, consideraba que se iba a acabar la impunidad, ya que se podría condenar a la mayoría de los responsables. Finalmente, debido a la naturaleza ampliamente participativa de estos procesos, el gobierno consideraba que Gacaca podría reconciliar a las comunidades y fomentar la unidad nacional. Desde su creación, más de 12.000 tribunales comunitarios procesaron más de 2.000.000 de casos relacionados con el genocidio de 1994.

Los tribunales de Gacaca han tenido resultados mixtos. Por un lado, los ruandeses consideran que ha contribuido con el proceso de reconciliación, gracias a su naturaleza ampliamente participativa que involucraba a todas las comunidades. Así mismo, debido a que contribuyeron a esclarecer la verdad de los hechos y porque muchas personas pudieron encontrar los cuerpos de sus familiares y darles un entierro digno. Gacaca también permitió que los perpetradores fueran llevados a la justicia.

Por otro lado, existen serias críticas a la administración de justicia que se dio en Gacaca lo que se ha considerado como un obstáculo para la reconciliación en Ruanda. Se alega que con el objetivo de tener juicios rápidos se cometieron violaciones al debido proceso. Por ejemplo, se limitó la capacidad de defensa del

acusado, ya que no era informado con anterioridad en la mayoría de los casos de las acusaciones que reposaban en su contra; no contaba con tiempo suficiente para preparar su defensa; no podía presentar testigos y no tenía acceso a un abogado. Tampoco se respetó, en muchas ocasiones, la presunción de inocencia.

Gacaca también ha sido criticado por sus jueces. Se ha criticado su falta de competencia ya que en la mayoría de los casos no tenían una formación jurídica, sino que simplemente usaban el sentido común y principios generales de justicia para proferir sus decisiones. De igual forma, se critica su imparcialidad. Además, el hecho de que estos jueces no fueran remunerados, los hacía muy vulnerables a la corrupción.

La mayor crítica que se le hace a los Gacaca es que han sido incapaces de dar justicia a todas las víctimas del conflicto, porque excluyó de su competencia los delitos cometidos por el Frente Patriótico Ruandés.

Conclusiones

Hoy en día, Ruanda es uno de los países más prósperos del continente africano. Tiene un crecimiento anual del cinco por ciento. El Banco Mundial lo ha catalogado como un país que ofrece las mejores oportunidades del continente africano. Así mismo, la organización Transparencia Internacional lo cataloga como el menos corrupto de los países africanos. Pero, a pesar de esto y de los grandes esfuerzos internacionales y nacionales que se han dado para buscar la verdad e impartir justicia, Ruanda aún sufre las consecuencias del genocidio, ya que lograr la reconciliación no ha sido fácil.

¿Qué se puede concluir de la experiencia de Ruanda para Colombia?

Es muy común oír decir que sin “justicia no hay paz”. Sin embargo, aunque la justicia puede contribuir con la paz, por sí sola no es suficiente para lograr la reconciliación. En ningún país como en Ruanda se ha aplicado tan extensamente la justicia: Justicia a nivel internacional, justicia a nivel doméstico, justicia tradicional. Sin embargo, a pesar de ello, subsisten las tensiones.

Por lo tanto, es indispensable y necesario acompañar los procesos de justicia con mecanismos no judiciales de búsqueda de la verdad, tales como las comisiones de la verdad, para lograr la verdadera reconciliación, siempre que las condiciones del país lo permitan.

En Ruanda no existió un proceso de negociación entre las partes en conflicto, sino que una de las partes obtuvo el poder por vía de las armas. Esto ha dificultado el proceso de reconciliación. En Colombia, claramente, la situación es diferente. No obstante, es deseable que cualesquiera que sean los mecanismos acordados para esclarecer la verdad e impartir justicia, estos involucren y asignen responsabilidades a todas las partes del conflicto.

Por otro lado, los mecanismos locales tradicionales de resolución de conflictos como fueron los Gacaca, en el caso de Ruanda, pueden ser rescatados en el marco de un posconflicto como un mecanismo para lograr la reconciliación. Sin embargo, para evitar vulnerar las garantías procesales es aconsejable que estos mecanismos se presenten como un mecanismo extrajudicial y de reconciliación, del tipo de las comisiones de la verdad y no como mecanismos de justicia.

Un elemento importante para rescatar de los tribunales Gacaca es su expresión a nivel local. Esto permitió involucrar a las comunidades y hacer los procesos ampliamente participativos y próximos a las víctimas. Es alentador que la comisión de la verdad, recientemente acordada entre el Gobierno y las FARC, tenga un enfoque territorial. Esto va a contribuir a tener una mejor comprensión de las dinámicas regionales de conflicto, para lograr la reconciliación desde lo local a lo nacional.

Lo cierto es que no hay recetas únicas para lograr la reconciliación nacional, dada la especificidad de cada situación. En Colombia tenemos que ser conscientes de que el proceso de reconciliación es largo y necesita tiempo; además debe ser un mecanismo amplio e incluyente en el que pueda involucrarse a toda la sociedad.

La experiencia de la Comisión de la Verdad del Perú, en perspectiva comparada

EDUARDO GONZÁLEZ CUEVA



XVIII

Encuentro de la
Jurisdicción Ordinaria

Justicia Transicional, Paz y Posconflicto



Corte Suprema de Justicia

Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Cartagena

Cartagena de Indias, 13 y 14 de agosto de 2015



La experiencia de la Comisión de la Verdad del Perú, en perspectiva comparada

COMO PERUANO TENGO UN GRAN AFECTO POR COLOMBIA y en tanto integrante del Centro Internacional por la Justicia Transicional (ICTJ) he acompañado por casi una década los esfuerzos colombianos por terminar el conflicto armado en un marco de respeto a los principios fundamentales del derecho internacional. De hecho, Colombia ha sido uno de los primeros países en los que tuve la oportunidad de compartir mis experiencias de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú.

En ese tiempo he aprendido a respetar y admirar profundamente a los ciudadanos de este país que están comprometidos con la paz; entre ellos, muy destacadamente a los magistrados colombianos.

Vale la pena recordar que los magistrados colombianos, en el escenario de la política de justicia transicional, no son solo aplicadores de la ley, sino que ellos mismos han sido víctimas de la violencia, y han sido pioneros en explorar y abrir rutas creativas para la justicia transicional.

Piénsese en la Comisión de la Verdad acerca del Holocausto del Palacio de Justicia⁴¹, que ayudó a renovar la visibilidad de un hecho atroz que se mantenía en el olvido y la impunidad. Piénsese también que fue una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema

⁴¹ Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia. Doctores Jorge Aníbal Gómez Gallego, Roberto Herrera Vergara, Nilson Pinilla Pinilla. *Que cese el fuego. Informe Final*. 2009.

de Justicia la que primero planteó la conveniencia de crear una comisión de la verdad de escala nacional⁴², propuesta que se desarrolló en el XII encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, en Paipa, en 2009.

En esta presentación, quisiera responder a algunas inquietudes que he escuchado respecto a la experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú; en particular, utilizando aquel caso como un posible indicador de lecciones aprendidas que puedan ser de utilidad para Colombia.

El análisis comparativo, por supuesto, no significa de ninguna manera que las experiencias y prácticas puedan automática o mecánicamente trasladarse de un caso al otro. Sin embargo, pese a que la diversidad de contextos es irreducible, el análisis comparativo nos ayuda a identificar aquellos aspectos de importancia estratégica a la hora de planificar una política de Estado respecto al derecho a la verdad.

Perú y Colombia: paralelos en el curso de la violencia

Una razón por la cual es apropiado trazar algunos paralelos entre el Perú y Colombia, es que nuestros sistemas y tradiciones políticas y jurídicas son similares, y ambos países han desarrollado una importante jurisprudencia sobre principios de derechos humanos, ya sea a través de sus sistemas judiciales, o a través de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El conflicto armado interno del Perú se desató en 1980⁴³ por el inicio de las acciones del Partido Comunista del Perú “Sendero Luminoso”, y se desarrolló, en su mayor parte, bajo gobiernos civiles democráticamente elegidos, tal como ha ocurrido en Colombia. Esto determinó que, pese a las tensiones propias de una sociedad en guerra y a profundas deficiencias institucionales, desde el inicio de la violencia, en el Perú se recibió y se

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia 32022 de 21 de septiembre de 2009. También ver: *El Espectador* “Corte Suprema insta al Gobierno a crear comisión para la verdad paramilitar”. 21 de septiembre de 2009.

⁴³ Ver Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Informe Final*. Tomo II. Capítulo 1.1. “El Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso.”

procesó información autorizada sobre los hechos⁴⁴. Esto tiene importantes consecuencias para un futuro esfuerzo de justicia transicional, porque la documentación de los hechos de violencia no parte de cero.

En efecto, en el Perú, en el momento de la caída del gobierno de Alberto Fujimori, en el año 2000, que marca nuestra transición democrática, pese a una serie de limitaciones impuestas sobre el poder judicial, ya existía abundante información sobre desapariciones forzadas, masacres, el uso de la tortura y otros hechos atroces. Esta es una similitud con Colombia en la que –pese a las limitaciones que impone el conflicto– el sistema judicial ha llevado a cabo investigaciones y juicios y ha producido un extenso repertorio de verdad judicial.

Lo que no había en el Perú –incluso con la abundancia de conocimiento sobre los hechos– era reconocimiento; es decir, la asunción de responsabilidades por parte de los liderazgos políticos y sociales. Para amplios sectores de la sociedad el conflicto era algo que ocurría lejos, algo que no podía explicarse ni entenderse, más allá de la locura de los actores armados, algo –en suma– que era preferible olvidar. Y pienso que hay aquí otro importante paralelo con Colombia donde –como dice Sergio Jaramillo, Alto Comisionado para la Paz hay conocimiento de los hechos, pero falta reconocimiento y asunción de responsabilidades.

Otro elemento similar es la magnitud del reto armado al Estado. En el Perú, Sendero Luminoso llegó a estar presente en casi todo el territorio nacional, y las columnas senderistas llegaron a tener una capacidad operativa muy significativa, que iba dirigida a todo aquel sector social o político que Sendero percibiera como un obstáculo a su proyecto armado. En el Perú, Sendero desarrolló una estrategia de intensa coerción sobre las poblaciones civiles y de violencia contra quienes, desde la izquierda, discrepaban de la estrategia de la lucha armada. El resultado fue amplios patrones de masacres, ejecuciones arbitrarias, uso de la tortura, reclutamiento forzoso, violencia sexual y la imposición de servidumbre

⁴⁴ Ibid. Tomo III. Capítulo 2.6. “El Poder judicial.”

a poblaciones indígenas⁴⁵. Sendero encontró en algunas zonas del país el sostén económico del narcotráfico, lo que le permitió consolidar sus acciones y dar sostenibilidad a su aparato armado.

La presencia de un grupo armado ilegal con un enorme potencial de uso de la violencia tiene importantes consecuencias en un contexto de justicia transicional, porque quiere decir que la búsqueda de la verdad no se ocupará solamente de investigar las acciones del Estado, sino que tendrá que prestar igual atención a las acciones de los agentes no estatales. Esta es una importante diferencia con la mayoría de los procesos de justicia transicional en América Latina, que se crearon para responder al legado de atrocidades cometido por Estados autoritarios⁴⁶. El reto específico de la justicia transicional, en un país como el Perú, y en Colombia, es ser capaz de investigar violaciones cometidas por todos los actores armados, en una forma efectiva y creíble.

La similitud de los conflictos en el Perú y Colombia, y su diferencia con los procesos del Cono Sur y de Centroamérica, consiste en haberse producido en su mayor parte bajo regímenes civiles cuyas instituciones han sido capaces de documentar una amplia parte de los hechos de violencia; adicionalmente, existe cierta similitud debido a que los grupos armados contribuyen en una medida significativa a los patrones de violación de los derechos humanos. La consecuencia de este paralelo consiste en que el proceso de justicia transicional que se instale tendrá alguna ventaja en la cantidad de documentación existente, pero enfrentará un déficit de reconocimiento. Otra consecuencia es que el proceso tendrá que diseñarse para documentar abusos cometidos por todas las partes del conflicto.

Perú y Colombia: Diferencias en el tipo de transición

Pero así como hay algunas similitudes entre los casos del Perú y Colombia, existen también diferencias fundamentales, y

⁴⁵ Ibíd. Tomo VI. Capítulo 1. “Patrones en la perpetración de crímenes y violaciones de los derechos humanos”.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, el más reciente reporte de una comisión de la verdad en América Latina: Comissão Nacional da Verdade do Brasil. *Relatório*. Diciembre 2014.

la principal es la forma de terminación del conflicto armado, tal como ocurrió en el Perú y como se plantea en Colombia.

En el Perú, Sendero Luminoso, que era una organización altamente centralizada y vertical, e ideológicamente construida alrededor del culto a la personalidad de Abimael Guzmán, alias “Presidente Gonzalo”, sufrió un auténtico colapso cuando su líder máximo fue capturado en una operación policial en septiembre de 1992⁴⁷.

Guzmán fue capturado con enormes cantidades de información, lo que facilitó posteriores capturas contra otros líderes. Por otro lado, poco tiempo luego de su captura, Guzmán efectivamente capituló ante el gobierno de Alberto Fujimori y llamó a sus fuerzas a abandonar la lucha armada⁴⁸. En un período de unos dos años, ocurrieron diversos procesos que terminaron en la efectiva derrota de la organización armada: los presos senderistas en las cárceles se dividieron políticamente, y muchos aceptaron la línea planteada por su máximo líder; cientos de militantes en libertad se acogieron a una ley de desmovilización llamada de “arrepentimiento”. En algunos casos, el gobierno peruano lanzó operativos militares que, supuestamente, perseguían una “limpieza” de zonas bajo influencia senderista, los cuales terminaron con enormes costos para la población civil⁴⁹.

Un grupo armado menor, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) sufrió una suerte parecida a la de Sendero. Sus máximos líderes fueron capturados en una serie de operaciones policiales y sus columnas fueron derrotadas o desmovilizadas⁵⁰. En 1996, una de sus últimas unidades llevó a cabo un dramático

⁴⁷ La captura de Guzmán ocurrió meses después del golpe de Estado en el que Fujimori abandonó su condición de presidente democráticamente elegido en alianza con las Fuerzas Armadas, disolviendo el Congreso e intervino el Poder Judicial. Aunque la captura fue el resultado de un esfuerzo policial, fue lamentablemente aprovechada por el nuevo régimen para dotarse de legitimidad.

⁴⁸ Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Informe Final*. Tomo II. Capítulo 1.1. “El Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso. Sección 1.1.7. 1992-2000”.

⁴⁹ Capturado Guzmán, el Ejército peruano causó altos números de bajas a columnas senderistas en sus reductos de la región nororiental. Ver Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Informe Final*. Tomo IV Capítulo 1.4. “La región del Nororiente”.

⁵⁰ Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Informe Final*. Tomo II. Capítulo 1.4. “El Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”.

y desesperado secuestro de funcionarios en una sede diplomática en Lima, que culminó con una sangrienta retoma⁵¹.

Como puede verse, en el Perú no había necesidad ni posibilidad de negociar los mecanismos de justicia mientras el conflicto se iba extinguiendo, puesto que los grupos armados habían sido derrotados. Y esta es la principal diferencia con el caso de un país donde la paz sea negociada en todos sus extremos, incluyendo las medidas de Justicia Transicional.

La paz como resultado de una victoria militar y política, por definición, no podía producir acuerdos en los que las partes del conflicto protegieran sus intereses. Pero quedaba por ver si produciría un espacio para la aplicación equitativa de la justicia, como resultado de una política de Estado, independientemente de un acuerdo.

Esto no ocurrió. Por el contrario, en el contexto de un gobierno autoritario la justicia posconflicto fue la aplicación desembozada de una justicia de los vencedores. A los senderistas capturados se les aplicó elseudoderecho penal del enemigo, aplicando una legislación draconiana que negaba los principios más básicos del debido proceso⁵². Tan extrema fue esta legislación que, además de la imposición de elevadas condenas a miembros de los grupos armados, la falta de garantías resultó en condenas a centenares de personas inocentes.

Del otro lado, es decir, respecto a las fuerzas de seguridad, no hubo ninguna posibilidad de justicia: en 1995, el régimen fujimorista hizo aprobar leyes de autoamnistía que impedían cualquier investigación de violaciones de los derechos humanos⁵³.

Sin embargo, ese modelo solo podía durar lo que durase el régimen autoritario de Fujimori. Éste, pese a la utilización de la derrota de los grupos ilegales como instrumento de propaganda,

⁵¹ Ibid. Tomo VII. Capítulo 2.73. “Ejecuciones extrajudiciales en la residencia del embajador de Japón (1997)”.

⁵² Ibid. Tomo VI. Capítulo 1.6. “La violación del debido proceso”.

⁵³ En el Perú se conoce como “Ley de amnistía” a dos leyes sucesivas, la 26,479 del 14 de junio de 1995, y la Ley 26,492 del 28 de junio del mismo año. La primera concedía amnistía a miembros del personal militar y policial investigado o sirviendo sentencia por violaciones de los derechos humanos, y la segunda prohibiendo a la judicatura pronunciarse sobre la constitucionalidad o aplicabilidad de la primera. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos Barrios Altos vs. Perú Sentencia de Fondo del 14 de marzo de 2001.

cayó bajo el peso del repudio ciudadano a la corrupción generalizada, y a sus pretensiones de perennizarse en el poder. En efecto, el régimen fujimorista había devenido en una auténtica cleptocracia, que había rapiñado las riquezas producidas por la privatización de empresas públicas, y había volatilizado cualquier forma de control ciudadano. Masivas movilizaciones ciudadanas en el año 2000 le quitaron el control del país al régimen que colapsó en noviembre, cuando su líder Alberto Fujimori huyó del país para pedir refugio en el Japón⁵⁴.

La caída de Fujimori abre un nuevo momento transicional, pero en el que el ámbito ya no es el fin del conflicto, sino el de la dictadura. Ahora bien –como en el caso anterior– tampoco había con quién negociar, ni necesidad de hacerlo, porque Fujimori y muchos de sus secuaces simplemente se fugaron del país, y sus apoyos políticos se derrumbaron.

La democracia –a diferencia del régimen fujimorista– no aplicó la justicia de los vencedores, sino que abrió un auténtico proceso de justicia transicional inspirado en las mejores lecciones internacionales y en consulta con la sociedad civil. El Presidente del Congreso, Valentín Paniagua, que asumió la presidencia ante la renuncia de Fujimori y sus dos vicepresidentes, convocó al ilustre peruano Javier Pérez de Cuéllar, antiguo Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas a presidir el Consejo de Ministros, y se creó un gabinete técnico que gobernaría hasta la instalación en julio del 2001, de un nuevo gobierno surgido de elecciones generales.

Bajo el liderazgo de Javier Pérez de Cuéllar como Premier, el Perú revirtió la postura aislacionista del régimen anterior, firmando y ratificando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; así como aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el gobierno de Fujimori había pretendido repudiar. Este último paso fue fundamental ya que, poco después, la Corte Interamericana haría una contribución fundamental a la justicia transicional a escala

⁵⁴ Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. *Informe Final*. Tomo III. Capítulo 2.3. “La década del noventa y los dos gobiernos de Alberto Fujimori”.

global con la histórica sentencia Barrios Altos que declaró nula las leyes de amnistía de 1995.

El Perú también anuló los juicios actuados contra los dirigentes subversivos, en acatamiento a una sentencia de su Tribunal Constitucional, y permitió la realización de nuevos juicios, que se llevaron adelante con todas las garantías. El más notable de estos procesos fue el que se adelantó contra Abimael Guzmán, en el que se le impuso la condena de cadena perpetua por la comisión de delitos de lesa humanidad⁵⁵.

Un elemento central en este momento de transición fue la iniciativa del Ministerio de Justicia, dirigido por Diego García Sayán, de estudiar la conveniencia de una Comisión de la Verdad, a través de un grupo interministerial que compulsó las posturas de distintos sectores del gobierno y la sociedad⁵⁶. El Grupo interministerial hizo una propuesta de mandato, que luego sería refrendada por el Presidente Paniagua a través de un Decreto Supremo⁵⁷ y –reiterado con igual instrumento– por el Presidente Alejandro Toledo, luego de su asunción al mando⁵⁸ en julio de 2001.

La Comisión de la Verdad peruana, entonces, así como el conjunto de medidas de Justicia Transicional, adoptadas en 2001, responden a características contextuales únicas, principalmente el hecho de que ninguno de los momentos de inflexión política (la derrota de los grupos armados y el colapso del régimen autoritario) fue el resultado de una negociación política y que, por lo tanto, al producirse la transición democrática, no existían obstáculos políticos para un proceso comprehensivo en las áreas de verdad, justicia, reparación y no repetición.

La consecuencia de esta situación estratégica fue, además, un proceso acelerado. En un período muy breve, el Estado peruano reconoció la sentencia Barrios Altos y sus alcances, estableció la

⁵⁵ Corte Suprema del Perú. Sala Antiterrorista. Expediente acumulado 560-03. Pablo Talavera Elguera, magistrado director del debate. Sentencia del 13 de Octubre de 2006.

⁵⁶ Ministerio de Justicia del Perú. Resolución Suprema 304-2000, 9 de diciembre de 2000.

⁵⁷ Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. Decreto Supremo 065-2001. 2 de junio de 2001.

⁵⁸ Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. Decreto Supremo 101-2001, 31 de agosto de 2001.

LA EXPERIENCIA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD DEL PERÚ, EN PERSPECTIVA COMPARATIVA

Comisión de la Verdad, y resolvió la situación de las personas que habían sido privadas del derecho al debido proceso. En cuanto a la Comisión, otro elemento significativo, derivado de la velocidad del proceso, es que su composición fue enteramente decidida por el gabinete ministerial, en consulta con organismos de la sociedad civil, sin que mediase la intervención de los actores violentos o autoritarios.

Estas circunstancias redundan también en que la función de la CVR incluyese la contribución a la función jurisdiccional en su mandato legal. Ésta no era una característica que se asumiese en forma automática, en el contexto del año 2001: después de todo, las comisiones de la verdad más recientes, la de Sudáfrica⁵⁹ y la de Guatemala⁶⁰, no habían tenido en su mandato un rol semejante, y existía la amplia convicción de que las comisiones eran instrumentos de perdón que no ofrecían una ruta adecuada hacia la justicia⁶¹. Sin embargo, una comisión complementaria y contribuyente a la función jurisdiccional sí era posible en el marco de una transición no negociada, y respondía al contexto de amplia movilización ciudadana que había acompañado la caída del régimen.

Esta es, pues, una diferencia fundamental, si no la diferencia fundamental entre el caso peruano y el caso colombiano: la forma de la transición. En Colombia, las organizaciones armadas difícilmente van a ser derrotadas por un golpe de mano policial, como ocurrió en el Perú; y no está en el tapete el fin de un régimen autoritario o inconstitucional. En Colombia, un gobierno legalmente elegido negocia el fin del conflicto, con el objetivo político de evitar los elevados costos humanos de una solución militar.

Perspectivas del caso colombiano

El proceso que resulta en el reciente acuerdo para crear una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y

⁵⁹ Republic of South Africa. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No. 34 of 1995.

⁶⁰ Acuerdo de paz de Oslo del 23 de junio de 1995: “Establecimiento de una comisión para la clarificación de violaciones de los derechos humanos y de actos de violencia que han causado el sufrimiento del pueblo de Guatemala”.

⁶¹ Ver por ejemplo Víctor Espinoza et. ál *Comisiones de la verdad ¿un camino incierto?* CODEPU, Chile, 2003.

la no Repetición⁶², por lo tanto, tiene características muy específicas y distintas a las del Perú; con consecuencias en el alcance de su mandato y los retos que deberá afrontar.

Debe enfatizarse que, al hacer la distinción entre un caso en el que no hay necesidad ni posibilidad de negociación, y otro en el que existe una opción política por negociar, de ninguna manera se establece una jerarquía valorativa. Ambas formas de transición entrañan oportunidades y riesgos para la justicia.

El caso peruano muestra que una transición que resulta del colapso de los actores violentos y autoritarios presenta un amplio margen de acción para la política de las autoridades sucesoras. La pregunta abierta es, sin embargo, qué factores se precisan para que un arreglo de justicia transicional sea sostenible en el mediano y largo plazo, una vez extinguido el fervor y la movilización social de la transición.

Un proceso de justicia transicional que no se base en el acuerdo explícito de fuerzas opuestas, parece requerir de la estabilidad y el fortalecimiento de las instituciones del Estado de derecho para ser sostenible. A su vez, tal estabilidad es difícilmente posible si la gobernabilidad del país se debilita en la medida en que las fuerzas que lograron la transición vuelven a sus alineamientos tradicionales, y vuelven a ganar protagonismo las fuerzas del pasado autoritario.

En el Perú, pese a la rapidez y radicalidad de los cambios durante la transición, el panorama político no ha producido necesariamente los mejores factores de sostenibilidad de la justicia transicional. Por un lado, la amplia alianza de fuerzas sociales y políticas que se movilizó contra el fujimorismo, se desintegró, y el impulso reformista se agotó, al punto que fracasó el proyecto de derogar la Constitución vigente, heredada del régimen fujimorista. Igualmente, no se pudo transformar el modelo económico heredado del régimen anterior y, poco a poco, las fuerzas asociadas al pasado volvieron a tener un peso político fundamental.

⁶² Comunicado Conjunto 53. Informe conjunto de la mesa de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo. Avances de la discusión del punto 5: Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición.

**LA EXPERIENCIA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD DEL PERÚ,
EN PERSPECTIVA COMPARATIVA**

Este debilitamiento ocurrió también en una forma muy rápida. El Informe Final de la CVR, publicado en agosto de 2003, solo dos años después del establecimiento de la Comisión, vio la luz en un ambiente enrarecido. Los principales líderes políticos, no solo aquellos vinculados al fujimorismo, rechazaron las conclusiones del informe. Era esperable que el informe generase inquietud y discrepancia: recuérdese que la CVR investigó violaciones que – en su mayoría– ocurrieron bajo regímenes democráticos dirigidos por los principales partidos políticos del país. Pero la animosidad mostrada a partir del 2003 desde los espacios políticos ha sido una lamentable constante del proceso de justicia transicional peruano.

En el Perú, sin duda, se ha avanzado mucho en relación con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La CVR llevó adelante sus trabajos a lo largo y ancho del país y produjo un informe monumental, que contribuyó a la justicia. Las cortes peruanas juzgaron y condenaron, con todas las garantías del debido proceso a Fujimori y a Abimael Guzmán; y el gobierno lleva adelante una política de reparaciones y de memoria. Pero estos avances son frágiles, contradictorios, muchas veces aislados, y con fuertes retrocesos.

En comparación, Colombia tiene factores de fortaleza y sostenibilidad muy significativos para su proceso de Justicia Transicional, cuya relevancia es importante, incluso si el proceso transicional el apoyo de una negociación. Las instituciones del Estado de derecho tienen una significativa capacidad técnica y experiencia en el tratamiento de violaciones masivas a los derechos humanos; se cuenta con un fundamento constitucional sólido e inclusivo, que pone al alcance de cada ciudadano instrumentos de protección de sus derechos. Además, la sociedad civil colombiana ha desarrollado una gran capacidad de interlocución política.

Tan es así que, incluso antes del actual proceso de paz con las FARC, tanto el Estado como la sociedad civil han llevado adelante diversas iniciativas de búsqueda de la verdad, tanto a escala nacional como local y territorial. Algunas de estas iniciativas in-

cluyen la Comisión de Investigación del caso Trujillo; la Comisión de la Verdad del Palacio de Justicia; la Comisión de la Verdad y Memoria de las Mujeres; el proyecto Víctimas de la Municipalidad de Medellín; los Acuerdos por la Verdad en el marco de la desmovilización de los grupos paramilitares; y el trabajo enciclopédico del Centro Nacional de Memoria Histórica.

Lo que el proceso de paz podría posibilitar es un escenario mucho más favorable en la búsqueda de la verdad. La sostenibilidad de este proceso se fundamentaría en una conjunción de factores: los acuerdos entre las partes, la fortaleza de las instituciones del Estado de derecho y el accionar de la sociedad civil.

Esa situación genera oportunidades y retos específicos para una eventual Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. Como es evidente, por ejemplo, a diferencia del caso peruano, el mandato de búsqueda de la verdad de la comisión colombiana se plantea como una función separada y aislada de la función jurisdiccional. Una interpretación posible es que, en el momento de adoptarse el acuerdo por la comisión de la verdad, todavía no se había llegado a un acuerdo sobre el proceso de justicia penal. El diseño de la comisión, por lo tanto, mal podía adelantarse a las características del acuerdo posterior.

Otra diferencia evidente es que el nombramiento de los integrantes de la comisión colombiana requiere el acuerdo de las partes. Como ese tipo de nombramiento puede suscitar dudas respecto a la independencia de los integrantes, el acuerdo plantea una serie de principios y procedimientos de consulta para garantizar la calidad de las personas elegidas.

Lo que comparten los mandatos de la CVR peruana y la eventual comisión colombiana se deriva de aquellos aspectos jurídicos y contextuales que ambos países comparten. Así, ambas comisiones se enfocan en el conjunto de las violaciones, y no solamente en las cometidas por uno de los agentes armados. Ambas afirman la centralidad de las víctimas y valoran, por lo tanto, el derecho a la verdad en forma específica, no tan solo como un subproducto del derecho a la justicia.

La comparación entre ambos casos permite identificar

**LA EXPERIENCIA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD DEL PERÚ,
EN PERSPECTIVA COMPARATIVA**

elementos estratégicos que deben tomarse en cuenta, a fin de explotar las ventajas de un proceso transicional negociado, y de limitar sus posibles debilidades. Tengo confianza en que el proceso de paz esté a la altura del reto, y que la búsqueda de la verdad, en primer lugar, la de las víctimas, será su norte.

Delito político y anhelos de paz: Hacia una dogmática compatible con la justicia transicional*

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

* Texto de la ponencia presentada por el autor
el 17 de septiembre de 2015, con motivo de la visita a Colombia
y la conferencia magistral del profesor Luigi Ferrajoli
en la Fiscalía General de la Nación.

Delito político y anhelos de paz: Hacia una dogmática compatible con la justicia transicional

I

LA GUERRA PROLONGADA HA CAUSADO A ESTA NACIÓN funestas consecuencias. El conflicto, además de sangrar al país, somete a los colombianos a una realidad desesperanzadora, violenta y sin perspectivas de transformación. En estos términos, el cese consensuado de la confrontación es la decisión más razonable, sensata y moralmente exigible. Empeñar nuestro presente y, peor aún, el futuro de las nuevas generaciones en una incierta y dañina confrontación militar, como algunos proponen, es un curso de acción inviable: De ello da cuenta nuestra calamitosa historia republicana.

De forma sabia el constituyente incorporó al ordenamiento constitucional un anhelo de paz indeclinable y, con posterioridad, definió unas determinadas herramientas jurídicas que sirven a la finalidad de lograr la transición de la guerra hacia la paz y la consolidación del Estado de derecho.

Mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, también conocido como Marco Jurídico para la Paz, se constitucionalizó el concepto de justicia transicional. Entre otras razones estrictamente jurídicas, tal iniciativa normativa fue una respuesta a la inconsistente interpretación judicial, en lo referente a la comprensión y aplicación de los mecanismos transicionales implementados

coyunturalmente hasta esa época. Ello se debió al antagonismo existente entre la connotación *excepcional* de la justicia de transición y los clásicos paradigmas de entendimiento del derecho penal. Además, la experiencia de los procesos de Justicia y Paz evidenció elevadas tasas de dilación y la imposibilidad fáctica de juzgar a todos los desmovilizados. En ese marco, en la Constitución se incorporaron los lineamientos de aplicación de la justicia de transición, a fin de evitar la impunidad y corregir el déficit de investigación y conocimiento de la verdad, así como materializar la garantía de no repetición a favor de las víctimas⁶³.

Colombia se enfrenta a uno de los desafíos más trascendentales de su historia. La paz, desde luego, no será el mero resultado de un acuerdo entre los combatientes. Las negociaciones son apenas el principio de un camino de fortalecimiento institucional e inclusión social, económica y política que habrá de extirpar los males causantes de inequidad, desigualdad y falta de oportunidades que, a su vez, son germen de violencia. En este contexto, las formas jurídicas no pueden ser un obstáculo para la definición soberana del destino de una Nación. El derecho ha de servir al fin máximo de conseguir y mantener la convivencia pacífica.

La apuesta estatal por la terminación negociada del conflicto suscita, entonces, discusiones relacionadas con la redefinición política y jurídica de la nación. Allí, la concesión de perdones o gracias juega un rol determinante para facilitar la transacción entre las partes combatientes. En concreto, la utilización de instrumentos como la amnistía y el indulto, vinculados tradicionalmente en Colombia con el concepto de delito político, es de total trascendencia, como también lo son la definición de los contornos de la delincuencia política y de las conductas punibles conexas a ésta.

El artículo 67 transitorio de la Constitución establece que una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política, excluidas, desde luego, las conductas confi-

⁶³ *Gaceta del Congreso No. 901/2011*, República de Colombia, disponible en: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

**DELITO POLÍTICO Y ANHELOS DE PAZ:
HACIA UNA DOGMÁTICA COMPATIBLE CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

gurativas de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidas sistemáticamente.

Ese es el escenario propicio para reivindicar la fuerza y utilidad del derecho, esto es, su capacidad para servir como instrumento de materialización del anhelo de paz y reconciliación de millones de colombianos, en lugar de constituirse en el parapeto jurídico, construido por políticos oportunistas y guerreristas de todo orden, a quienes poco les importa la frustración, la postración y el sufrimiento que genera esta guerra fratricida.

Las siguientes reflexiones sobre el delito político y su conexión con otras conductas punibles, hechas desde una perspectiva netamente académica, señalan la necesidad de realizar una lectura integral y desapasionada de la normatividad vigente sobre la materia. Es un ejercicio de vital importancia, porque no solo está en juego el debate sobre la extradición de quienes han incurrido en la conducta de narcotráfico, asunto del cual se ha ocupado la jurisprudencia en Colombia, sino que también adquiere relevancia en relación con el perfeccionamiento de los acuerdos de paz, en los que resulta importante abordar el tratamiento punitivo de los delitos cometidos en el marco de la confrontación armada, *vinculados o relacionados* con el origen político del conflicto. Ello, no solo a nivel nacional, sino también supranacional.

II

La expresión “delitos políticos” tiene un carácter polisémico⁶⁴, pues no se refiere a una especie única o uniforme de actividad criminal. Si se toman en cuenta las consecuencias jurídicas de las conductas involucradas es posible diferenciar tres bloques:

a) La criminalidad institucional y el terrorismo de Estado⁶⁵.

En esta categoría hablamos de conductas antijurídicas realizadas por órganos y agentes estatales (policía, ejérci-

⁶⁴ Montoro Ballesteros, Alberto. En torno a la idea de delito político. *Anales del Derecho*. Universidad de Murcia. Número 18, 2000, p. 136

⁶⁵ *Ibidem*.

to, administración de justicia –por ejemplo en el régimen nacionalsocialista⁶⁶–, servicios de inteligencia, entre otros) en contra de la población nacional o extranjera.

Sus ejecutores pueden estar convencidos de que realizan una actuación legítima en defensa de la democracia, el orden público y la estabilidad del gobierno de turno.

- b) **Los crímenes o delitos contra el Estado.** En esta tipología se adecúan las conductas que atentan contra la seguridad, la organización, la estructura y el funcionamiento estatal.
- c) Por último, **los delitos de opinión o contra la diversidad**⁶⁷. Suele ocurrir que algunos regímenes, no siempre autoritarios, prohíben el ejercicio de derechos o libertades por “razones políticas” y no porque tales conductas constituyan un atentado objetivo contra un bien jurídico fundamental.

Esa pluralidad fenomenológica se debe al carácter histórico del concepto y, aunque parezca una circularidad, a la naturaleza política de su definición.

En cuanto a su carácter histórico, conviene aquí destacar la diferenciación hecha por el penalista italiano Enrico Ferri entre “delincuencia atávica” y “delincuencia evolutiva”, la cual ha servido a la doctrina clásica para diferenciar entre delito común y delito político⁶⁸.

La delincuencia atávica comprende los comportamientos en los que se ponen de manifiesto los instintos primarios, egoístas y antisociales del hombre, los cuales impiden el progreso de la sociedad⁶⁹. En cambio, la delincuencia evolutiva sería aquella motivada por sentimientos de altruismo y solidaridad⁷⁰. Esa diferenciación pone en juego la idea de progreso liberal, desde la cual se perciben a algunos sujetos como paladines de la libertad

⁶⁶ Cfr. Müller, Ingo. *Los juristas del horror. La justicia de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Caracas: Ed. Actum, 2007.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 138.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

y de los derechos del hombre, en la lucha del liberalismo contra los poderes absolutos⁷¹. Esa tesis se ilustra perfectamente en pensadores como Voltaire o Hegel: para Voltaire, la historia universal transcurre en la lucha permanente entre “la naturaleza perversa y la naturaleza bondadosa, entre la razón ignorante y malvada y la razón generosa y cuerda”⁷². La ley moral eterna no se revela por sí misma, debe ser tenazmente buscada para que luego de muchas luchas y zozobras pueda el hombre “cultivar tranquilamente su huerta, su jardín”⁷³. Casi un siglo después del ilustrado Voltaire, Hegel concibió una idea de progreso capaz de alimentar sueños de transformación tanto burgueses como marxistas. Desde esa perspectiva, la historia es el desenvolvimiento de la idea de la libertad en el “espíritu absoluto”, que solo existe en la conciencia de la necesidad⁷⁴.

En lo que concierne a la naturaleza política de la definición, el asunto se torna más complejo. La doctrina suele distinguir entre delito político “absoluto” y “relativo”. El primero, entendido como aquel “*que de forma inmediata lesiona la existencia, la capacidad de acción, la seguridad, la organización política y los propios derechos del Estado, por ejemplo, el espionaje, traición a la patria, etc.*”⁷⁵; el segundo, referido a “*hechos punibles de la criminalidad común pero que de alguna forma están en relación con el ámbito de lo político*”⁷⁶. Esa diferenciación entraña notable inseguridad conceptual que en manera alguna puede ser concebida como un defecto, pues le otorga a los Estados un ámbito de discrecionalidad en el momento de determinar el carácter político de un delito.

La dogmática del delito político, desde esta óptica, debe ser una antidogmática. La configuración de las tipologías penales destinadas a proteger inmediatamente el orden estatal y constitucional vigente es un proceso de constante e interminable

⁷¹ *Ibidem*. p. 139.

⁷² Ferrater Mora, José. *Cuatro visiones de la historia universal*. San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel. Madrid: Alianza, 1988. p. 87.

⁷³ *Ibidem*. p. 88.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 110.

⁷⁵ Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Justicia Penal Internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistía*: Lima: Grijley, p. 77.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 78.

definición y replanteamiento por parte del *statu quo*. Esta labor no solo se ve influenciada por diversos tipos de discursos y perspectivas políticas, sino que está condicionada a variables históricas y coyunturales del Estado concernido.

Obsérvese cómo la criminalidad institucional, el terrorismo de Estado y los delitos de opinión o contra la diversidad se ubican en las fronteras del delito ordinario, el delito político y los crímenes internacionales.

Una definición relativa del delito político, abierta a la inclusión, por la vía de la conexidad, de conductas propias de la criminalidad común que, no obstante, están relacionadas *fáctica o fenomenológicamente* con finalidades políticas, es un entendimiento consecuente con al carácter histórico y la naturaleza política de su definición. Parecería un pleonasma afirmar que no hay nada más político que el delito político⁷⁷, mas tal aserto, en verdad, es el fundamento para comprender que la criminalidad política no es el producto de construcciones dogmáticas que reflejan el atentado contra bienes jurídicos esenciales a la persona humana, sino el resultado de valoraciones jurídico-normativas, derivadas de los valores y finalidades perseguidas por una sociedad en un momento histórico determinado.

III

Un eventual escenario de cesación del conflicto, en nuestro caso, obliga a analizar la relación existente entre las conductas catalogadas como delitos políticos y los tipos penales comunes, para efectos de amnistías, indultos y extradición.

Los contornos del delito político no vienen delineados por concepciones doctrinales *fijas y preestablecidas*, sino que son definidos en un contexto histórico y social determinado. Adicionalmente, debemos aceptar sin sobresaltos que la lucha armada revolucionaria fue rompiendo progresivamente con la clásica concepción del delito político de teleología altruista, y de esa forma acudió a diversos comportamientos criminales para

⁷⁷ Perdomo Torres, Op. cit., p. 82.

**DELITO POLÍTICO Y ANHELOS DE PAZ:
HACIA UNA DOGMÁTICA COMPATIBLE CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

el logro de sus objetivos y el manteamiento de sus estructuras. Empecinarnos en mantener una concepción absoluta del delito político, anclada en supuestas categorías “inmanentes”, puede no coincidir claramente con los hechos específicos y dejar de valorar algunas circunstancias objetivas o subjetivas que precisamente afirmarían o negarían el carácter político relacionado⁷⁸.

Veamos, por poner un ejemplo, el caso específico del narcotráfico. La relación fáctica entre el conflicto armado en Colombia y esas formas de criminalidad es evidente. Existe una dinámica de *medio-fin*, justificada en la necesidad de financiar la guerra mediante acciones delictivas lucrativas.

A propósito de la conexidad fáctica entre el tráfico de drogas y acciones de guerra, la Corte Suprema ha negado la concesión de beneficios jurídicos propios de la justicia transicional a narcotraficantes puros. Sobre ese particular cabe traer a colación la decisión del 12 de febrero de 2014⁷⁹, por cuyo medio se excluyó del proceso de justicia y paz a Francisco Zuluaga Lindo, alias ‘Gordo Lindo’. En esa oportunidad, textualmente adujo esa Corporación:

“Para la Corte, las normas en cita tienen un sentido natural y obvio que busca evitar tanto que grupos criminales dedicados al narcotráfico, haciéndose pasar por Autodefensas, se desmovilicen colectivamente y obtengan los beneficios de la ley de Justicia y Paz, como que personas individualmente consideradas, las cuales nunca integraron las agrupaciones armadas al margen de la ley, se camuflen en ellas para “lavar” su ocupación exclusiva en el narcotráfico, al margen de cualquier tipo de vinculación con el ideario de las Autodefensas”.

Allí se dejó en claro que la exclusión del postulado se debió a un fenómeno de orden práctico, a saber, que algunos narcotraficantes “pretendieron dotar de ese cariz a sus agrupaciones en aras de acceder a la pena alternativa; o que personas ajenas al paramilitarismo incluso compraron o buscaron comprar la membresía en alguno de sus frentes, pese a dedicarse exclusivamente al negocio del narcotráfico”.

La racionalidad que orientó a la Corte en tal determina-

⁷⁸ Perdomo Torres, Op. cit., p. 78.

⁷⁹ Rad. 42.686.

ción es compatible, entonces, con una comprensión relativa de la delincuencia política, la cual está desvinculada de artificiosos condicionamientos dogmáticos que pretenden atribuir al delito político unas características ideológicas esenciales –como la plurimencionada finalidad altruista–. Fíjese que la exclusión del narcotraficante en mención no se debió a motivos conceptuales sobre la incompatibilidad, *en abstracto*, del narcotráfico con la actividad de las autodefensas, sino a la necesidad de impedir la concesión de penas alternativas a quienes posaron de paramilitares y quisieron inscribir su actividad criminal contra la salud pública en el marco de la confrontación armada con las guerrillas.

Consciente de la evidente relación fáctica entre el narcotráfico y la actividad paramilitar, la Corte hizo la siguiente reflexión:

Si se acepta que el desmovilizado hizo parte orgánica del grupo de Autodefensas, por compartir su ideario y métodos, de ninguna manera puede afirmarse que tuvo él como “finalidad” el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito, dado que, precisamente, ese fue apenas el medio, dentro del rol que se le atribuyó en la organización, para acceder a los fines o propósitos propios del paramilitarismo.

Bien se ve, entonces, que la posibilidad de catalogar al narcotráfico como conducta conexas a crímenes políticos no puede descartarse *ex ante*. Ese acto político-legislativo de reconocimiento no se ve limitado por ninguna categoría conceptual que impida admitir tal relación mediática entre las dos categorías delictivas, en el marco de una determinada coyuntura política. Esta realidad, además de ser comprendida por la jurisprudencia especializada, como veremos, también está legitimada por la jurisprudencia constitucional.

A la hora de decidir sobre la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz, la Corte Constitucional, en la sentencia C-577 de 2014, clarificó que “no existe parámetro de naturaleza constitucional –ni derivado del texto de la Constitución ni de algún cuerpo normativo que integre el bloque de constitucionalidad– que limite la libertad de configuración del poder constituyente constituido al momento de determinar qué delitos son conexos al delito político, para los precisos

**DELITO POLÍTICO Y ANHELOS DE PAZ:
HACIA UNA DOGMÁTICA COMPATIBLE CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

efectos de permitir la participación política de quienes sean condenados por la realización de estas conductas”.

Para nada es descartable, entonces, que el tráfico de estupefacientes, utilizado como herramienta para sostener económicamente los fines políticos de la confrontación armada, sea conexo al delito de rebelión. El único condicionamiento fáctico para tal declaración jurídica sería que el narcotráfico haya sido un medio para sostener la guerra, situación compatible con el desenvolvimiento del conflicto armado en Colombia⁸⁰.

Es que, como lo expusiera Luis Carlos Pérez en 1987, el delito político sería la actividad tendiente a extinguir o derribar al gobierno o a las instituciones constitucionales, *incluyendo los delitos comunes que se realicen para el logro de esa finalidad*⁸¹.

Como conclusión preliminar tenemos, pues, que el delito político y los a él conexos corresponden a lo que para el momento histórico sea determinado como tal, de acuerdo con la persecución de específicas finalidades constitucionales. En esta tarea de definición, el legislador nacional goza de un amplísimo margen de apreciación, que solo encuentra límites en los condicionamientos impuestos por el derecho internacional. Allí no existen ataduras de naturaleza dogmática.

IV

Las anteriores razones serían suficientes para justificar amnistías e indultos que cobijen delitos políticos y conductas delictivas conexas –no atroces– como el narcotráfico, si no fuera porque algunas personas pregonan la existencia de un deber del Estado colombiano de extraditar a todo sujeto que haya incurrido en tráfico de narcóticos. Afirmación que, de ser cierta, constituiría un obstáculo normativo en la consecución de la paz negociada con los alzados en armas.

Sin embargo, tal dificultad es solo aparente. Internacional-

⁸⁰ Uprimny, Rodrigo/Safón, María Paula: Colombia. In: Bassiouni, Cherif (Ed.) *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Oxford 2010, Vol. II, p. 310.

⁸¹ Pérez, Luis Carlos. *La guerrilla ante los jueces militares*. Bogotá: 1987, Temis, p. 20.

mente no existe ninguna prohibición para amnistiar o indultar a los responsables por narcotráfico, en cambio, puede afirmarse con seguridad que, en el Derecho Internacional Público, la concesión de amnistías o indultos constituye una excepción al eventual compromiso de extraditar.

Los límites internacionales de la potestad de configuración normativa interna en lo concerniente a la conexidad de conductas punibles comunes con delitos políticos han de extraerse, principalmente, del derecho de extradición y de las amnistías y los indultos.

Estos últimos mecanismos de exención penal, en el ámbito internacional, únicamente encuentran prohibición absoluta en relación con crímenes de lesa humanidad, genocidio y delitos constitutivos de *graves infracciones* al Derecho Internacional Humanitario. Empero, en lo atinente a acciones de guerra, categoría donde perfectamente encajan conductas punibles conexas a los delitos políticos cometidos en el marco de un conflicto armado interno, no solo no existe una prohibición de amnistiar o indultar, sino que el art. 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra autoriza expresamente la concesión de amnistías lo más ampliamente posible.

Ahora, si bien el narcotráfico puede ser catalogado como un delito internacional (*international crime*), dado su impacto supranacional reconocido mediante múltiples instrumentos internacionales de cooperación judicial, también es verdad que no constituye un crimen de derecho internacional (*core crime*), pues no atenta contra la humanidad ni la comunidad internacional en su conjunto. De ahí que el deber de investigación, persecución y sanción no sea absoluto.

Por ello, no existiendo ningún instrumento internacional prohibitivo en ese sentido, es claro que los delitos de narcotráfico son amnistiables e indultables en el ámbito interno, por ello los Estados gozan de total autonomía para definir las conductas punibles objeto del derecho de gracia, bien sea por la vía de un catálogo abierto o mediante la anexión por conexidad al delito político.

Desde luego, instrumentos internacionales de cooperación judicial consagran ciertas obligaciones que vinculan al Estado colombiano en materias como la extradición. Con base en ello, hay quienes erróneamente pregonan una supuesta *imposibilidad conceptual* para incluir al narcotráfico como conducta punible conexa a los delitos políticos. Por esa vía, afirman tanto la existencia de un deber de extraditar como la prohibición de conceder gracias. A continuación veremos que tales apreciaciones carecen por completo de solidez.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita y ratificada por Colombia, contempla algunas obligaciones entre las partes, destinadas a promover la cooperación en la persecución de este tipo de delitos. Las más representativas son las de criminalización interna de las conductas constitutivas de narcotráfico y aplicación de sanciones proporcionadas a la gravedad de estas.

En ese contexto, suele esgrimirse que el art. 3 num. 10 de dicho instrumento establece que no se considerarán como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados las conductas mencionadas en la convención. Mas tal afirmación debe precisarse en el sentido de aplicarla únicamente a los efectos de la cooperación prevista en los arts. 5, 6, 7 y 9, correspondientes a decomiso, extradición, asistencia judicial recíproca y otras formas de cooperación.

Del tenor literal de la disposición salta a la vista que de ninguna manera se está prohibiendo la concesión de amnistías e indultos por delitos de narcotráfico. Así, entonces, es claro que si los Estados gozan de un amplísimo margen de apreciación para establecer conexidad de esas conductas con los delitos políticos, a ellas les resulta aplicable el derecho de gracia, sin que existan fundamentos para oponerle la referida Convención.

Por otra parte, no es cierto que exista un deber internacional de extraditar a los responsables por delitos de narcotráfico. Como lo clarifica el reporte final de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la obligación de extraditar

o perseguir del año 2014⁸², a la figura internacional de la extradición subyace el principio *aut dedere aut judicare*. Conforme a este, los Estados están obligados a perseguir internamente o, en su defecto, a poner a disposición de otro Estado al responsable. La obligación, en verdad, es de cooperación internacional en la persecución, pero en su concreción los Estados tienen el derecho de elegir entre la judicialización nacional o la extradición⁸³. Esta última alternativa no ostenta prevalencia frente al procesamiento penal intraestatal, como se extracta de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, dictada en el asunto de cuestiones relacionadas con la obligación de procesar internamente o extraditar (Bélgica vs. Senegal).

Ahora bien, una lectura de la Convención, respetuosa del principio de unidad del ordenamiento jurídico internacional y respetuosa del principio *aut dedere aut judicare*⁸⁴, obliga a aplicar una reducción teleológica a la disposición atrás mencionada, a saber, la no consideración del narcotráfico como delito conexo al político, de cara a la extradición, decae si los Estados aplican amnistías o indultos. Ello, por cuanto a la luz del art. 31-3 lit. c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha de afirmarse la improcedencia de la extradición en eventos de amnistías o indultos (excluidos, desde luego, casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y delitos constitutivos de graves violaciones al DIH).

Así se desprende de múltiples instrumentos multilaterales. Destáquese el Convenio sobre Extradición suscrito en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1935. En el art. 3º lit. b) se establece que el Estado *requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando el individuo inculpado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado*.

⁸² Adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en la sesión 66: *Yearbook of the International Law Commission*, 2014, vol. II (Part Two).

⁸³ Ídem, § 16.

⁸⁴ El mecanismo de extradición previsto en el art. 6 num. 9 de la Convención está configurado con atención del principio *aut dedere aut judicare*. Cfr. Hammel, Frank Achim. *Innerstaatliche Amnestien. Grundlagen und Grenzen aufgrund des internationalen Rechts*. Frankfurt: Peter Lang, p. 104.

**DELITO POLÍTICO Y ANHELOS DE PAZ:
HACIA UNA DOGMÁTICA COMPATIBLE CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

En idéntico sentido se pronuncia el art. 4º num. 1º de la Convención Interamericana sobre Extradición, norma según la cual la extradición deviene en improcedente cuando el reclamado haya cumplido la pena correspondiente o haya sido amnistiado, indultado o beneficiado con la gracia por el delito que motivó la solicitud de extradición.

Por otro lado, el Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros –Convenio de 27 de septiembre de 1996– en el artículo 9º, dedicado a la amnistía, señala que no se concederá la extradición por un delito cubierto por la amnistía en el Estado miembro requerido si este Estado tenía competencia para perseguir dicho delito según su propio derecho penal.

En esa misma dirección, el art. 3º de la Decisión Marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea el de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI), relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, dispone que uno de los motivos para no ejecutar una orden de detención es cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si este tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio derecho penal.

Además de los anteriores instrumentos internacionales multilaterales, resulta de suma importancia citar los tratados bilaterales suscritos y ratificados por Colombia, conforme a los cuales no será procedente la extradición cuando se han aplicado amnistías o indultos en relación con los delitos por los cuales se solicita la extradición. Aquí han de invocarse los tratados suscritos con Chile (art. 5º), Costa Rica (art. 3º lit. c), Cuba (art. 4º lit. c), Panamá (art. 4º lit. a) y Nicaragua (art. 3º lit. c).

De este recuento normativo internacional ha de reiterarse, entonces, que no existe prohibición para amnistiar o indultar a personas procesadas por delitos de narcotráfico, mientras que la extradición resulta improcedente cuando se ha dado aplicación a estas figuras. Tales reflexiones, por lo tanto, tienen plena aplicación tratándose de delitos de tráfico de drogas, declarados

conexos a los delitos políticos cometidos en el marco del conflicto armado.

Además, no puede pasarse por alto que Colombia suscribió la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Drogas Sicotrópicas con una reserva, consistente en que ninguna parte del instrumento podrá interpretarse en el sentido de obligar al país a adoptar medidas legislativas, judiciales o administrativas que vulneren o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado colombiano.

V

Conclusiones

En múltiples escenarios he pregonado la convicción de que el derecho no puede ser un obstáculo para la paz; antes bien, la pretensión de pacificación, junto al logro de la justicia, son sus fines últimos. Es quizás una teleología especial, inherente a la naturaleza excepcional de la justicia transicional. Pues si esta se aplica en escenarios donde una sociedad se transforma a sí misma, el derecho penal también ha de comprenderse como un instrumento de construcción y preservación de la paz, capaz de contribuir a moldear los caminos institucionales que permitan garantizar una dosis admisible de justicia y la satisfacción de las expectativas de reconciliación.

En ese marco, las reflexiones sobre el delito político y la conexidad, efectuadas en escenarios de amnistías, indultos y extradición, arrojan las siguientes conclusiones:

1. La comprensión conceptual del delito político debe desligarse de ataduras dogmáticas preestablecidas, propias de concepciones cerradas y absolutas. Una definición relativa del delito político, dependiente del momento histórico particular y de los fines constitucionalmente perseguidos por el Estado en un determinado contexto, permiten una amplia configuración de las conductas constitutivas de criminalidad política, por la vía de la conexidad.

La antidogmática aquí propuesta es un ejercicio de deconstrucción de las tendencias clásicas sobre definición del delito político. Este y las conductas conexas serán lo que el *statu quo* así lo defina, de conformidad con los fines perseguidos por el Constituyente con el Marco Jurídico para la Paz.

2. Una comprensión relativa del delito político, contextualizada en el logro de los fines de la justicia transicional, permite catalogar al delito de narcotráfico como conexo al primero, a fin de conceder amnistías o indultos como mecanismo de negociación para el cese de la confrontación. Fenomenológicamente, es claro el nexo mediático del narcotráfico como medio de financiación de la confrontación armada. Este aserto se ofrece innegable desde argumentos de razón práctica y no descartable por la jurisprudencia.

No se trata de considerar al narcotráfico como delito político, sino de reconocer su relación con dicho tipo de crímenes, cometidos en el marco del conflicto armado, a fin de superarlo y lograr la transición hacia la paz. Tampoco ha de confundirse al narcotráfico con las conductas punibles a él asociadas.

3. Internacionalmente no existe ninguna prohibición para amnistiar o indultar a los responsables por delitos constitutivos de narcotráfico. De una parte, tal veto aplica únicamente a crímenes de derecho internacional (*core crimes*); de otra, el principio *aut dedere aut judicare* prevé el ejercicio del derecho de gracia como una excepción al deber de extraditar.
4. Estas interpretaciones favorecen los intereses de consecución de la paz y pretenden contribuir a la construcción de escenarios normativos apropiados para la superación del conflicto, como lo dispuso el constituyente con el Marco Jurídico para la Paz.



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia