

# justicia para la paz

Crímenes atroces,  
derecho a la justicia  
y paz negociada



Rodrigo Uprimny Yepes  
Luz María Sánchez Duque  
Nelson Camilo Sánchez León



Reino de los Países Bajos

Colectión  
**Dejusticia**

# **JUSTICIA PARA LA PAZ**

**CRÍMENES ATROCES, DERECHO A LA JUSTICIA Y PAZ NEGOCIADA**

# justicia para la paz

Crímenes atroces,  
derecho a la justicia  
y paz negociada

Rodrigo Uprimny Yepes  
Luz María Sánchez Duque  
Nelson Camilo Sánchez León

Co|lección  
De|justicia

---

Uprimny Yepes Rodrigo, Luz María Sánchez Duque,  
Nelson Camilo Sánchez León

Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014

222 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-58228-8-7 (versión digital)

978-958-58228-7-0 (versión impresa)

1. Justicia Transicional. 2. Derechos humanos. 3. Derecho penal internacional. 4. Derecho constitucional. 5. Procesos de paz -Colombia

---

Este trabajo se desarrolló gracias al apoyo del Reino de los Países Bajos

ISBN 978-958-58228-8-7 (versión digital)  
978-958-58228-7-0 (versión impresa)

Preparación editorial  
Marta Rojas

Maqueta de la colección  
Martha Isabel Gómez

Revisión de textos  
María José Díaz Granados

Cubierta  
Alejandro Ospina

Impresión  
Ediciones Antropos

Primera edición  
Bogotá, D.C., noviembre de 2013

Este texto puede ser descargado gratuitamente  
en <http://www.dejusticia.org>

© Dejusticia, 2014  
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.  
Teléfono: 608 3605  
[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)

## Agradecimientos y dedicatoria

Este libro, la investigación que contiene y las intervenciones judiciales en las que participamos con ocasión del proceso sobre la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz, fueron realizados gracias al apoyo de la Embajada del Reino de los Países Bajos en Colombia, a la que expresamos nuestra gratitud. También queremos agradecer a la Fundación Ford que a través de su apoyo general a Dejusticia contribuyó a la realización de este trabajo. En Dejusticia recibimos la valiosa ayuda de Vivian Newman, Elvia Sáenz, Yaneth Vargas, Lucía Albarracín y Katherine Castro.

Distintas personas participaron en la discusión de las tesis planteadas en el estudio teórico que presentamos aquí. Queremos agradecer especialmente a nuestros colegas Víctor Abramovich, María Paula Saffon, Paula Rangel, Miguel La Rota y Diana Esther Guzmán por debatir con nosotros las ideas expuestas en este libro. De igual manera, expresamos nuestra gratitud para con Olivia Nederlandt e Ilan Grapel por su valiosa ayuda en la investigación sobre estándares internacionales; así como a Paula Rangel, quien transcribió la intervención oral ante la Corte Constitucional.

En distintos foros públicos e intervenciones hemos expuesto estas tesis y hemos tenido fructíferas conversaciones y calurosas pero amables discusiones con colegas activistas y académicos que nos han aportado mucho para mejorar nuestros argumentos y afinar nuestros planteamientos. Especialmente queremos agradecer a Federico Andreu, Rafael Barrios, Javier

Ciurlizza, Franklin Castañeda, Gustavo Gallón, Priscilla Hayner, Agustín Jiménez, Luz Marina Monzón, Isabel Negreira, Iván Orozco, Jaime Prieto, Tatiana Rincón, Mónica Roa, Carlos Rodríguez, Diego Rodríguez, Carlos Salgado, Kimberly Stanton, Alejandro Valencia, Iván Velásquez y Christian Voelkel por permitirnos, en distintos escenarios, algunos más privados y otros más públicos, llevar a cabo discusiones extremadamente estimulantes sobre este difícil tema. Estos debates nos llevaron en ocasiones a matizar o modificar parcialmente nuestros análisis, pero obviamente las tesis desarrolladas son exclusivamente nuestra responsabilidad.

\* \* \*

Este libro está dedicado a la memoria de nuestro entrañable compañero y amigo Juan Fernando Jaramillo. Su vida fue un compromiso simultáneo con la paz y la justicia. Su memoria inspira nuestros esfuerzos por lograr una justicia para la paz.

## Contenido

Introducción	10	El punto de partida: un enfoque holístico de justicia transicional	91
<hr/>		El papel de los juicios penales y el castigo en la transición colombiana de la guerra a la paz	99
PARTE I		Criterios para el diseño de una fórmula de investigación y sanción de crímenes para la transición en Colombia	116
Estudio teórico		Consideraciones finales	151
Alcances y limitaciones del deber de castigar en las transiciones hacia la paz	21	<hr/>	
<hr/>		Referencias bibliográficas	154
<b>Capítulo 1</b> Selectividad y penas alternativas en transiciones de la guerra a la paz: una lectura a partir del derecho internacional	28	PARTE II	
El fundamento del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos	30	Artículos e intervenciones	
El alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar	45	El marco jurídico para la paz: ¿Cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?	167
El alcance particular del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de la guerra a la paz: la admisibilidad de ciertas formas de amnistía y de otros beneficios penales	62	Intervención Ciudadana presentada por Dejusticia ante la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional del marco jurídico para la paz	186
<hr/>		Intervención de Rodrigo Uprimny en la audiencia pública del 25 de julio de 2013 ante la Corte Constitucional	209
<b>Capítulo 2</b> Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros	90	<hr/>	
		Referencias bibliográficas	220

## Introducción

**Parece una obviedad decir** que ponerle fin a un conflicto armado de medio siglo es un asunto muy difícil, y lo es particularmente porque hay cosas que han cambiado mucho en estos cincuenta años: ha cambiado la guerra, pero además ha cambiado la forma de hacer la paz.

La guerra ha cambiado pues se ha degradado y se ha tornado cada vez más cruel. Hace unos pocos años, en una columna que fue reconocida con el premio Simón Bolívar, León Valencia, un exguerrillero que dejó las armas cuando empezó a advertir los primeros signos de degradación del conflicto, dijo que habíamos entrado en la fase más siniestra de esta guerra. Recordó entonces en su columna las pruebas de supervivencia de los secuestrados de las FARC, en las que no había “el menor recato para mostrar a estos seres macilentos y tristes, lacerados en sus cuerpos y vejados en su espíritu”; recordó también cómo después de la operación militar en la que cayó abatido el entonces líder del secretariado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Raúl Reyes, los militares colombianos trajeron al país su cadáver para exhibirlo también sin pudor; y recordó finalmente el episodio en el que un guerrillero “se apareció con una mano cercenada de su compañero de armas, Iván Ríos, ante la fuerza pública, para reclamar la recompensa por haberlo asesinado a traición”<sup>1</sup>. Por la misma época en que se publicó esta columna,

---

1 Valencia, León. 2008. “El Azaroso Olvido de la Condición Humana”. Columna de opinión publicada en el periódico *El Tiempo*.

en agosto del 2008, salió a la luz pública el caso de los jóvenes de Soacha asesinados por el Ejército para hacerlos pasar como guerrilleros abatidos en combate, abriendo así el triste y vergonzoso episodio de los llamados falsos positivos.

Las distintas partes han cometido en esta guerra crueldades injustificables. Ni la bandera de la lucha por un mundo más justo enarbolada por las guerrillas, ni la de la defensa de un Estado legítimo enarbolada por la Fuerza Pública, pueden ocultar o justificar los abusos y las violaciones cometidos de lado y lado.

Tal vez si la negociación actual entre el Estado y las FARC hubiera tenido lugar treinta o veinte años atrás, la duración y degradación del conflicto podría ser más bien solo un punto a favor de su terminación. Pero hoy, al paso que estos factores son una razón poderosa para buscar la paz, también hacen más difícil la tarea. Y es así, porque en el transcurso de los últimos veinte años cambiaron las condiciones para hacer la paz.

Los procesos de desmovilización colectiva de grupos guerrilleros que se dieron a finales de los años ochenta y en los años noventa se llevaron a cabo bajo estatutos que contemplaron la concesión de amnistías e indultos, que si bien no eran generales pues se excluían delitos como los homicidios cometidos fuera de combate y los actos de ferocidad y barbarie (que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la época definió como aquellos que constituían graves infracciones al DIH), no estaban sometidas a ningún condicionamiento en términos de verdad y reparación. Bajo estas condiciones se desmovilizaron, por ejemplo, el M-19 en 1990 y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento Armado Quintín Lame en 1991.

A pesar de que estos procesos previeron unos mínimos de justicia, lo cierto es que hoy no resulta posible pensar que la desmovilización de las FARC y eventualmente del ELN pudiera operar bajo un esquema semejante, pues son precisamente las dos últimas décadas el tiempo en el cual el campo de la justicia transicional, como un intento por conciliar y balancear

los objetivos políticos de las transiciones con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, se ha extendido y consolidado. Veinte años atrás no existía el Estatuto de Roma; hoy, en cambio, Colombia no solo está sometida a él, sino que es uno de los países bajo el examen preliminar de la Corte Penal Internacional (CPI). De otro lado, los procesos de paz de los años noventa tenían como antecedente una larga tradición de concesión de amnistías e indultos, pero ninguna experiencia previa en términos de garantías de derechos de las víctimas. Según el historiador Mario Aguilera (2001), entre 1820 y 1995 se expidieron 63 indultos y 25 amnistías, la mayoría de los cuales se inscribieron en procesos de negociación entre el Estado y grupos que pretendían tomarse el poder. Hoy, el antecedente inmediato de esta negociación es el proceso de justicia y paz con los paramilitares, en el que por primera vez se intentó la implementación de un modelo de justicia transicional en Colombia.

Concomitante con esta experiencia reciente fue tomando fuerza una tendencia, abanderada principalmente por organizaciones de la sociedad civil y por jueces, que aboga por la fijación de límites jurídicos a aquello que se pacte bajo el mero imperio de la política. En otras palabras, hoy las relaciones entre el derecho y la política son distintas. Fueron las decisiones judiciales, particularmente las adoptadas por la Corte Constitucional, las que terminaron delimitando el marco jurídico de la desmovilización de los paramilitares. El fenómeno de la judicialización de la política es pues patente en el caso de los procesos de paz. A esto hay que sumar otro elemento y es que con la apertura del orden interno al derecho internacional de los derechos humanos a partir de la Constitución de 1991, y con la experiencia judicial desarrollada con ocasión de los procesos de justicia y paz, hoy los jueces colombianos son más receptivos a incorporar en sus decisiones los estándares internacionales de derechos humanos y las categorías del derecho penal internacional, aunque con distintos niveles de rigurosidad y precisión.

La forma de hacer la paz ha, entonces, cambiado. Podría decirse que antes la paz se pactaba políticamente y luego se llamaba a algunos buenos abogados a que hicieran la carpintería jurídica y redactaran las normas necesarias para implementar el acuerdo. Hoy no es así. Debido a los desarrollos del derecho internacional en las últimas décadas, y de nuestro derecho constitucional, los procesos de paz tienen límites jurídicos que son esencialmente los derechos humanos y, en especial, los derechos de las víctimas.

Un proceso tendente a la terminación de un conflicto armado por la vía de la negociación política debe necesariamente contemplar mecanismos de rendición de cuentas por los crímenes cometidos en el marco del conflicto y de satisfacción de los derechos de las víctimas. Y esto no solo porque en los últimos veinte años han cambiado las condiciones para negociar la terminación del conflicto, sino también porque la existencia de estos mecanismos constituye un presupuesto para avanzar efectivamente en la transición hacia una sociedad más democrática y respetuosa de los derechos.

Esos límites jurídicos no pueden ser eludidos con el argumento de que la paz es un derecho superior y que todos los otros derechos, incluyendo los de las víctimas, deben ceder ante ella. Es indudable que la paz es trascendental y que es necesario armonizar el respeto de los derechos de las víctimas con la búsqueda de la misma; incluso la búsqueda genuina de la paz permite ciertas limitaciones proporcionadas a los derechos de las víctimas. Pero la paz no puede legitimar jurídicamente un arrasamiento de las víctimas y de sus derechos, como ya lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, que examinó la Ley de Justicia y Paz, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el reciente fallo sobre la Masacre de El Mozote en El Salvador.

La idea de soberanía popular o el recurso a una asamblea constituyente tampoco permite esquivar esos límites jurídicos, pues los derechos humanos, incluidos los derechos de las víc-

timas, son en cierta forma restricciones democráticas a lo que las mayorías pueden legítimamente decidir.

Un acuerdo de paz que no tome en serio los derechos de las víctimas es hoy entonces inviable jurídicamente. Y por esa razón es también inviable políticamente, incluso si tiene amplio respaldo popular, pues en cualquier momento podrá ser cuestionado ante los jueces nacionales o ante tribunales internacionales, como la Corte IDH o la CPI, que terminarán por invalidarlo.

Existen entonces al menos cuatro elementos que enmarcan la actual negociación entre el gobierno y las FARC, y que establecen una gran diferencia respecto al contexto de las negociaciones con grupos insurgentes en las pasadas décadas. El primero es un consenso relativamente extendido en torno a la idea de que una transición legítima de la guerra a la paz debe partir de un adecuado balance entre el logro de esta y los imperativos éticos y jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas. Para esta tarea no existen fórmulas únicas, ni mucho menos perfectas sino, más bien, un abanico de posibilidades diversas cuya pertinencia depende en gran medida de una valoración de las condiciones específicas del contexto en el cual se desenvuelve la transición. El segundo es la existencia de una mayor vigilancia y presión internacional, que puede implicar incluso el escrutinio de las condiciones jurídicas de la desmovilización por parte de tribunales internacionales. El tercero es la apropiación del discurso de la no impunidad y de las exigencias de verdad, justicia y reparación por parte de distintos actores de la sociedad civil que encuentran hoy en el campo judicial un escenario que no solo es receptivo a estas demandas, sino que tiene un poder importante en la definición de la ruta jurídica de una transición. La conjunción de estos tres elementos configura un cuarto factor, que es el significativo peso que hoy tiene el discurso jurídico en el curso de la negociación política. Es tal este peso, que en ocasiones incluso los disensos políticos se terminan traduciendo en disputas jurídicas.

A todo ello habría que agregar que Colombia enfrenta la paradójica situación de tener que lidiar con la implementación de una serie de medidas de justicia transicional que llevan ya casi diez años de vigencia, mientras que, al mismo tiempo, negocia y diseña otra serie de medidas que permitan la negociación de paz con la guerrilla de las FARC, la más grande y antigua del país.

En este contexto, es natural que las discusiones sobre la paz en Colombia no sean solo políticas, sino también jurídicas, pues desde distintas orillas se debate sobre cómo compatibilizar los imperativos de la justicia y los derechos de las víctimas con las dinámicas propias de una negociación de paz.

Este libro busca contribuir a ese difícil debate. Parte del supuesto de que las medidas que deberán implementar la sociedad y el Estado colombiano para la superación democrática del conflicto armado son múltiples y complejas. Incluyen procesos de transformación democrática sobre el uso y la tenencia de la tierra, apertura de espacios reales de participación política y ciudadana, satisfacción efectiva de los derechos de millones de víctimas y la reintegración de varios miles de combatientes, entre otras medidas. Pero uno de los temas que ha suscitado mayores controversias y dudas es la manera de compatibilizar la búsqueda de la paz con el deber del Estado de sancionar las graves violaciones de los derechos humanos.

Este difícil dilema es el eje de este libro, que combina dos tipos de textos. La primera parte es un estudio teórico sobre el alcance y los límites del deber estatal de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos en contextos de transiciones de la guerra a la paz. La tesis central es que esa obligación existe, pero no debe ser absolutizada, sino más bien ponderada con otros deberes igualmente relevantes como el de alcanzar la paz, y que debe además ser sopesada de cara a las limitaciones fácticas y de un análisis acerca de las mejores alternativas para satisfacer efectivamente los derechos de las víctimas. En este sentido, si bien un marco normativo para la paz en el contexto actual no podría tener como referente los

estándares de transiciones de la guerra a la paz que se dieron hace veinte años, tampoco sería recomendable utilizar los estándares sobre el alcance del deber de investigación y sanción en tiempos de normalidad, ni los estándares establecidos para transiciones de la dictadura a la democracia. Los procesos tendientes a la superación de un conflicto armado plantean condiciones y limitaciones distintas a las de estos dos últimos escenarios, y por eso los estándares no pueden ser simplemente equiparados sin tener en cuenta las particularidades.

Esta primera parte desarrolla entonces ese análisis jurídico que conduce a discutir temas complejos y polémicos, como la posibilidad de establecer criterios de selección y priorización que permitan centrar los esfuerzos en la investigación y sanción de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, admitir penas alternativas y combinar esto con mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas y garantía de derechos. Nuestra tesis es que la selección parece inevitable en procesos de paz que pretenden superar un conflicto armado de la magnitud y duración del colombiano y, por esta razón, la mejor manera para garantizar los derechos de las víctimas no es negando la selección, sino definiendo los criterios para su aplicación de tal manera que se satisfagan en el máximo nivel posible las expectativas de verdad, justicia y reparación. La implementación efectiva de un esquema cuidadoso de selección y de penas alternativas sería compatible con los estándares internacionales de no impunidad.

Este estudio teórico de la primera parte culmina con una propuesta específica de una justicia para la paz negociada en Colombia, en donde intentamos ofrecer criterios de selección que creemos que razonablemente equilibran los imperativos de la justicia con las restricciones políticas propias del proceso de paz con las guerrillas. Igualmente, debatimos el tema de las penas alternativas no privativas de la libertad y defendemos la idea de que si bien en el derecho internacional el tema es controvertido, las particularidades del caso colombiano sugieren que los máximos responsables de los crímenes más graves y re-

presentativos deberían tener una dosis de castigo que implique una privación efectiva de la libertad. Este mínimo de castigo para los máximos responsables proporciona un mayor blindaje al proceso de paz, no solo en términos de su aceptabilidad internacional, sino también, y especialmente, en el contexto interno. Además, desde el punto de vista filosófico, específicamente en lo que respecta a las reflexiones sobre los fines de la pena, resulta necesario un mínimo de retribución como reconocimiento al sufrimiento de las víctimas y la afirmación de los valores negados con las graves violaciones de los derechos humanos.

La segunda parte está integrada por tres textos más cortos que son análisis coyunturales de este mismo tema y que fueron escritos para revistas o como intervenciones ante la Corte Constitucional. Estos escritos se basaron en el estudio teórico contenido en la primera parte de este libro, pero a su vez lo alimentaron.

El primer texto fue un artículo para la revista *Foro*, que busca explicar el marco jurídico para la paz; el texto defiende la orientación general de esta reforma constitucional, aunque cuestiona algunas de sus regulaciones.

El segundo texto es la intervención que Dejusticia hizo ante la Corte Constitucional en el proceso derivado de la demanda de inconstitucionalidad contra ciertos apartes del marco jurídico para la paz, presentada por los colegas de la Comisión Colombiana de Juristas, quienes consideraban que la posibilidad de selección implicaba una sustitución de la Constitución en la medida en que anulaba la obligación del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, que es un pilar de la Constitución de 1991. Nuestra intervención comparte el punto de partida de la Comisión Colombiana de Juristas pues consideramos, al igual que ellos, que ese deber existe y es un pilar de la Constitución; pero nos apartamos de la conclusión a la que llegan pues consideramos que la posibilidad de selección en procesos de paz negociados es compatible con los alcances de ese deber en un contexto transicional.

El tercer texto es una transcripción de la intervención oral que desde Dejusticia hicimos en la audiencia ante la Corte Constitucional en el mismo proceso derivado de la demanda de la Comisión Colombiana de Juristas.

El libro comprende entonces cuatro textos independientes (el estudio teórico sistemático sobre el contenido y alcance del deber de castigo en contextos de transiciones de la guerra a la paz y los tres textos más coyunturales) sobre un mismo tema. Es natural entonces que algunas tesis y análisis se repitan pero preferimos asumir ese costo, con el fin de mantener la autonomía de cada texto, de suerte que el lector pueda leer en forma independiente cada uno de ellos. Esperamos entonces que esos cuatro trabajos contribuyan a que logremos, usando el título de este libro, una justicia para la paz. Por esta entendemos la búsqueda de una paz que sea justa y sensible a los derechos de las víctimas; pero igualmente, una concepción de la justicia y de los derechos de las víctimas que permita una paz negociada, que es éticamente superior a aquella que sea conseguida a través de la victoria militar. Así como no es viable ni jurídica ni políticamente un proceso de paz que arrase con los derechos de las víctimas, tampoco es viable jurídicamente una conceptualización de los derechos de las víctimas que imposibilite un proceso de paz, pues no solo la paz es un presupuesto material para el goce efectivo de nuestros derechos humanos, sino que, en la Constitución de 1991, es un derecho de obligatorio cumplimiento.

## PARTE I

### Estudio teórico

#### Alcances y limitaciones del deber de castigar en las transiciones hacia la paz

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la lucha contra la impunidad de los crímenes atroces pasó a convertirse en un asunto de primer orden en el derecho internacional. El primer paso hacia la instauración de un orden internacional fundado en la proscripción de estos crímenes se da con el establecimiento del Tribunal Militar de Núremberg en 1945, a cuya jurisdicción se sometieron los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos por quienes resultaron vencidos en la Segunda Guerra Mundial. Con este Tribunal, por primera vez en la historia del derecho internacional, personas naturales fueron llamadas a responder penalmente por la comisión de estos crímenes, un modelo que se repetiría tan solo un año después, con el establecimiento del Tribunal Militar de Tokio (Zolo 2007: 42 y ss.). Fueron estos los antecedentes de la justicia penal internacional que empezó a tomar forma con el Tribunal de La Haya para la antigua Yugoslavia en 1993 y el Tribunal de Arusha para Ruanda en 1994, y que adquirió su versión más acabada y global con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998. Paralelamente, en el derecho internacional de los derechos humanos de la época de la segunda posguerra, alcanza un considerable grado de aceptación la idea de que los Estados, como parte de su obligación general de garantizar los derechos humanos, tienen el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de estos; aunque, como se

mostrará adelante, aún persisten discusiones y claroscuros sobre el alcance exacto de este deber.

Al día de hoy, casi setenta años después de haber sido trazada la primera línea de este nuevo entramado jurídico internacional, el reconocimiento de dicho deber en cabeza de los Estados que se han sometido voluntariamente a estar bajo su égida es cada vez más fuerte. Esto por supuesto ha implicado un vuelco en la comprensión de la soberanía estatal, pues las actuaciones internas en materia de derechos humanos están abiertas al escrutinio internacional. Para el caso del Estado colombiano, que ha adoptado todos los instrumentos internacionales de los cuales se deriva el mandato de no impunidad, el cumplimiento de este deber es un asunto de primer orden. La existencia de un conflicto armado interno de larga duración, la presencia de distintos grupos armados ilegales a lo largo del territorio, y los abusos y las transgresiones cometidas por las propias fuerzas estatales en este contexto de violencia son factores que explican por sí solos el que Colombia haya sido objeto de monitoreo por distintas instancias del sistema internacional de derechos humanos durante los últimos treinta años. Asimismo, explica que sea uno de los nueve países que actualmente está bajo el examen preliminar de la Corte Penal Internacional (2012: párrafo 22).<sup>1</sup>

1 En noviembre de 2012, la CPI hizo público su primer informe sobre la situación de Colombia, en el cual indicó que, a partir de ese momento, el examen preliminar se concentraría en los siguientes puntos: “i) seguimiento al Marco Jurídico para la Paz y otros desarrollos legislativos relevantes, así como aspectos jurisdiccionales relacionados con el surgimiento de ‘nuevos grupos armados ilegales’; ii) procesos relacionados con la promoción y la expansión de grupos paramilitares; iii) procesos relacionados con el desplazamiento forzado; iv) procesos relacionados con crímenes sexuales; y v) casos de falsos positivos” (traducción libre). Texto original: “(i) follow-up on the Legal Framework for Peace and other relevant legislative developments, as well as jurisdictional aspects relating to the emergence of ‘new illegal armed groups’; (ii) proceedings relating to the promotion and expansion of paramilitary groups; (iii) proceedings relating to forced displacement; (iv) proceedings relating to sexual crimes; and, (v) false positive cases”.

Esta especial situación de Colombia en un orden internacional de soberanías estatales relativas implica que discusiones actuales como la de qué hacer, de cara a un eventual proceso de paz, respecto a la larga lista de crímenes cometidos en el conflicto armado, no pueden ser dadas de espaldas a ese marco internacional. Una actitud contraria no solo sería reprochable jurídicamente, sino inconveniente políticamente, pues podría poner a tambalear la estabilidad y permanencia de un acuerdo de paz por cuenta de la intervención jurídica internacional.

Ahora bien, aunque el Estado colombiano está en la obligación de responder internacionalmente por el incumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos, persisten aún algunas dudas en torno a su alcance, en particular cuando se trata afrontar situaciones masivas de violaciones de derechos humanos en el marco de un proceso de transición de la guerra hacia a la paz. ¿Implica este deber que todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado deben ser investigados en un proceso penal? ¿Que todos aquellos que participaron en la comisión de estos crímenes deben ser castigados? ¿Resulta admisible el uso de criterios de priorización y selectividad que permitan centrar los esfuerzos del aparato judicial en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos? ¿Es legítimo el uso de penas alternativas o reducidas para crímenes atroces? ¿Existe una única fórmula que resultaría compatible con los estándares internacionales o, por el contrario, existe un abanico de alternativas que podrían satisfacer los parámetros de legitimidad del marco internacional? Y en definitiva, ¿cuál podría ser una fórmula adecuada para el caso colombiano, teniendo en cuenta las distintas expectativas jurídicas, políticas y éticas que están en juego?

El presente documento pretende ofrecer una respuesta a estas cuestiones a partir de una revisión del estado actual del marco internacional relativo al deber de castigo y de una reflexión acerca de cuál sería la fórmula más adecuada para una paz negociada en Colombia. En los dos capítulos que compo-

nen este texto el lector encontrará desarrolladas las siguientes tesis generales. La primera es que, a partir de reconocer que existen planteamientos en disputa en relación con el alcance y el contenido del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar, este deber existe para todas las graves violaciones de los derechos humanos, y que en virtud de él el Estado colombiano está en la obligación de judicializar e imponer una pena proporcionada a los responsables de tales violaciones. Por la gravedad de las conductas y en virtud del criterio de proporcionalidad, la pena debería ser la privación efectiva de la libertad por un tiempo significativo según los máximos posibles en el ordenamiento penal. Sin embargo —y con esto planteamos la segunda tesis— se trata de un deber *prima facie* o, en la terminología de la teoría jurídica contemporánea, de un principio cuyo alcance puede por tanto ser modulado cuando entra en tensión con otros deberes y finalidades del Estado. De conformidad con este criterio, concluimos que en contextos en los que está en juego una transición negociada de la guerra a la paz, las amnistías generales e incondicionadas son incompatibles con el marco internacional, pero que una fórmula que admite seleccionar algunos crímenes y responsables en función de criterios de gravedad y grados de responsabilidad, y que prevea beneficios punitivos en aras de lograr un acuerdo de paz, puede resultar compatible con el marco internacional, si favorece un adecuado balance entre la expectativa de alcanzar la paz y la garantía de los derechos de las víctimas.

La tercera tesis general, que el lector encontrará desarrollada en el segundo capítulo, es que el enfoque holístico en justicia transicional constituye la mejor alternativa para pensar una fórmula jurídica adecuada a las negociaciones de paz en Colombia. Según este enfoque, los juicios penales constituyen un componente necesario, aunque insuficiente, de cara a los fines de una transición hacia la paz, por lo cual deben estar articulados a otros mecanismos transicionales como los instrumentos extrajudiciales de verdad y las medidas de clemencia punitiva.

La cuarta tesis es que aunque el enfoque holístico proporciona una orientación general para el diseño de una fórmula de transición, no existe una única alternativa posible y, por tanto, la definición de una fórmula apropiada dependerá de las condiciones particulares del contexto en el cual tiene lugar la transición. Por esta razón, en lo que concierne al caso colombiano, estimamos que es preciso pensar en una alternativa que sea viable en términos de permitir el logro de un acuerdo de paz que tenga en consideración los derechos de las víctimas y que además permita garantizar la estabilidad de los acuerdos a lo largo del tiempo.

La quinta tesis, implícita en todo el documento, es que por las anteriores razones es necesario enfatizar que la justicia transicional es siempre contextual, por más de que se funde en valores universales.<sup>2</sup> Y por ello, el hecho de que un país asuma una determinada fórmula para cumplir con su obligación de sancionar graves violaciones de los derechos humanos y esta sea considerada admisible por la comunidad internacional, no debe nunca ser entendido como un precedente rígido, de suerte que todos los otros países que enfrentan transiciones deban usar la misma fórmula, por la sencilla razón de que los contextos son diversos. Y por ejemplo, una determinada fórmula de selección y penas alternativas puede ser admisible para lograr la salida de un tipo de conflicto en el país A pero esa misma fórmula puede ser considerada violatoria de las obligaciones internacionales del Estado B por la sencilla razón de que el contexto y las tensiones que enfrenta ese Estado B son diversas a aquellas que enfrenta A.

Lo anterior nos conduce a nuestra sexta tesis, según la cual un modelo de transición adecuado para el caso colombiano debe permitir que los esfuerzos de judicialización se concentren en quienes tuvieron un mayor grado de responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves, y debe contemplar

<sup>2</sup> Sobre la tensión entre universalismo y contextualismo en la justicia transicional ver Iván Orozco (2009).

además una pena privativa de la libertad para quienes por su posición de jerarquía en la organización y capacidad de dominio del hecho pueden ser considerados como los máximos responsables. Esta alternativa tiene como punto de partida la idea de que en contextos de transición a la paz existe un mandato *prima facie* de imponer una pena privativa de la libertad a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, y que solo razones muy poderosas podrían justificar prescindir de este componente retributivo. Para el caso colombiano, estimamos que existen razones éticas y políticas que aconsejan incluir un componente de castigo reducido de pena privativa de la libertad para los máximos responsables de los crímenes más graves.

La séptima tesis es que la selección judicial de los casos más graves y representativos no puede realizarse de espaldas a los derechos de las víctimas. Por esta razón, es necesario que tanto el procedimiento para la definición de los criterios de selección, como su aplicación en los casos concretos, tengan en consideración a las víctimas. En particular, es preciso que los criterios sean definidos en una discusión pública en la que tengan participación las víctimas, y que además estas dispongan de un recurso judicial efectivo para controvertir las decisiones relativas a la selección de los casos. Igualmente, el esquema de judicialización debería tener como punto de partida una investigación macro en la que se articulen mecanismos judiciales y extrajudiciales. La investigación macro que se realice en este primer nivel debería conducir a la identificación de los crímenes que por su gravedad y representatividad tendrían que ser objeto de selección judicial.

La octava tesis tiene que ver con la posibilidad de aplicar mecanismos de justicia transicional a agentes de Estado, que está prevista en el marco jurídico para la paz. Consideramos que esa aplicación es posible en una negociación global de paz, pero tiene que estar cuidadosamente diseñada para que no se convierta en una autoamnistía frente a crímenes graves, prohibida por el derecho internacional, ni desconozca los de-

beres especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos. En particular, si los agentes estatales van a recibir beneficios penales equivalentes a aquellos que recibirían los guerrilleros desmovilizados, deberían igualmente estar sometidos a exigencias equivalentes, en especial en relación con la imposición de penas privativas de la libertad a los máximos responsables y la necesidad de que quienes se benefician de esos mecanismos hagan contribuciones muy claras a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición. Por ello consideramos que no sería admisible aplicar mecanismos de justicia a agentes del Estado si el gobierno mantiene la tesis de que el involucramiento de agentes estatales ha sido únicamente la obra esporádica de algunas manzanas podridas. La justicia transicional no existe para esos casos aislados sino para violaciones masivas de los derechos humanos. Para esos casos aislados bastan y sobran los mecanismos ordinarios del sistema penal para quienes colaboran con la justicia.

## Capítulo 1

### Selectividad y penas alternativas en transiciones de la guerra a la paz: una lectura a partir del derecho internacional

**El presente capítulo expone** el marco jurídico internacional relevante sobre el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos, y de los avances, las discusiones y las dudas que persisten en torno a su contenido y alcance. Para tal efecto, en la primera parte se exponen las consideraciones sobre el fundamento del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar, así como sobre su alcance y contenido. Pese a que en el contexto internacional existen diversas tesis en relación con estas cuestiones, y no hay un consenso pleno en la materia, se argumenta que, para el caso del Estado colombiano, el deber se extiende a todas las graves violaciones de los derechos humanos e implica la realización de juicios penales y la imposición efectiva de las penas más graves posibles de conformidad con el orden jurídico interno.

Sin embargo, lo anterior no excluye la posibilidad de que en contextos de justicia transicional, en los que dicho deber entra en disputa con el de alcanzar la paz e incluso con el deber de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, el Estado pueda legítimamente conceder amnistías parciales, indultos y otros beneficios penales, siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones. Este argumento se desarrolla en la segunda parte del capítulo, en la cual se aborda el tema del alcance particular de este deber en transiciones de la guerra a la paz. Para tal efecto, en primer lugar se presentan los claroscuros que aún persisten en el derecho internacional sobre la admisibilidad de la concesión de beneficios punitivos y del uso de criterios de selección en la persecución penal que

implican la concesión de amnistías parciales y condicionadas. En vista del carácter no concluyente del debate, en la segunda sección se expone un argumento a favor de tal admisibilidad, a partir de la caracterización del deber de investigar y sancionar como un principio que, por tanto, admite ponderación con otros deberes en juego. De acuerdo con este argumento se concluye que, según el marco internacional, está prohibida la concesión de amnistías generales e incondicionadas, pero que una fórmula general como la prevista en el Marco para la Paz, que admite el uso de criterios de selección y la aplicación de penas alternativas, es compatible con los estándares internacionales. En todo caso, quedaría aún por definir qué tipo de política de selección y aplicación de penas alternativas podría resultar más ajustada al marco internacional, teniendo en cuenta las particularidades del caso colombiano, asunto del cual nos ocuparemos en el segundo capítulo.

### **El fundamento del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos**

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un crecimiento exponencial. Luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a lo largo del mundo un gran número de Estados han suscrito múltiples tratados en virtud de los cuales se han comprometido a respetar y garantizar los derechos humanos, y ha surgido además toda una institucionalidad internacional encargada de vigilar el cumplimiento de estos compromisos estatales. En la región latinoamericana, azotada por regímenes represivos y conflictos armados, todo este andamiaje jurídico ha tenido una particular relevancia. El trágico legado de masivas violaciones de los derechos humanos que comparten muchos países de la región ha impulsado a su vez la consolidación de un acervo común de lucha por los derechos. Uno de los elementos destacados de este patrimonio jurídico compartido es la idea de que los Estados

tienen el deber de enfrentar esas violaciones masivas de los derechos y que un componente ineludible de este deber es el esclarecimiento de la verdad, la atribución de responsabilidades individuales y la imposición de sanciones.<sup>1</sup> En virtud de las convenciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, variados instrumentos de *soft law*, las decisiones de algunos tribunales locales de la región, la producción de la academia jurídica y el trabajo de los activistas de los derechos humanos, la idea de que los Estados tienen el deber de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de los derechos humanos ha adquirido prácticamente el estatus de axioma en el ámbito latinoamericano.

Sin embargo, el punto dista de ser objeto de consenso en el derecho internacional, en el cual existen al menos tres visiones en cuanto al objeto del deber de investigar, juzgar y sancionar. Según la primera, que es la más restrictiva, el deber solo existe frente a algunas graves violaciones de los derechos humanos, a saber: el genocidio, la tortura, el *apartheid*, las desapariciones forzadas, las graves infracciones al DIH —pero solo si fueron cometidas en conflictos armados internacionales— y los actos de violencia contra la mujer —aunque el deber respecto a estos actos solo operarían en el ámbito interamericano—. La segunda es una visión intermedia de acuerdo con la cual el deber incluye, además de las violaciones referidas, todas las graves violaciones de los derechos humanos que constituyan crímenes internacionales, esto es, los crímenes de guerra cometidos en cualquier tipo de conflicto armado y los crímenes de lesa humanidad. Finalmente, la tercera es la visión amplia, según la cual el deber recae sobre todas las graves violaciones de los derechos humanos, incluso si no constituyen crímenes internacionales, como podría ser un caso aislado de ejecución

1 Entre los trabajos de recopilación de estándares normativos de derechos humanos y de reflexión jurídica sobre los desafíos que estos estándares enfrentan en la práctica de judicialización de violaciones de derechos humanos se destacan los trabajos de Federico Andreu-Guzmán (2006 a y b, 2008).

extrajudicial cometido por fuera de un conflicto armado. A continuación nos referiremos a cada una de estas tesis.

### La formulación restrictiva del deber de investigar, juzgar y sancionar

El deber de investigar, juzgar y sancionar está incluido de manera explícita en los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.<sup>2</sup> Igualmente, en el ámbito interamericano, el deber está reconocido de manera explícita en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Así, los artículos comunes 49 y 50 de los convenios I y II de Ginebra de 1949, 129 del convenio III y 146 del convenio IV obligan a las Altas Partes Contratantes a “tomar todas las medidas legislativas oportunas para determinar las sanciones penales adecuadas que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente convenio” y a “bus-

2 La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial contiene una formulación más débil de este deber, en tanto no se refiere a la persecución y sanción, sino solo al deber de declarar “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación” (art. 4). Este deber de definir como punible es sin duda un componente central del deber de investigar, juzgar y sancionar, pero en todo caso es una formulación menos contundente que la de los otros tratados, que se refieren específicamente a la investigación, el juzgamiento y la sanción.

car a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales”. Las infracciones graves son:

las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

Sin embargo, estas disposiciones únicamente se refieren a infracciones cometidas en conflictos armados internacionales.

Por su parte, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece que este “es un delito de derecho internacional” que las partes “se comprometen a prevenir y a sancionar” (art. I); dispone que las personas que cometen genocidio o diversos actos conexos “serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (art. IV) y que “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción” (art. VI). La Convención contra la Tortura en su artículo 4 establece que “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura” y “castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”; disposiciones similares se encuentran en la Convención Interamericana sobre este mismo delito, en la cual se indica que “los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura [así como otros tratos crueles, inhumanos y degradantes] en el ámbito de su jurisdicción” y “se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos

constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (art. 6). La Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* dispone que los Estados deben “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas” de este crimen (art. 4.b). La Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas requiere que los Estados partes tomen “las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a toda persona que cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma” (art. 6.1), así como a la persona que sea penalmente responsable de una desaparición forzada de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad superior; y en sentido similar, la Convención Interamericana contra este mismo crimen dispone que “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa” (art. IV). Finalmente, la Convención de Belem do Pará establece que los Estados partes deben “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7), que es definida como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1).

Los anteriores son los únicos tratados internacionales que consagran de manera expresa dentro de su articulado el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar. Los tratados generales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o la Convención Americana de Derechos Humanos no formulan una obligación explícita en este sentido. Por su parte, el Estatuto de Roma contiene en su Preámbulo varias alusiones relativas a este deber, pues se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para

la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”, que es voluntad de los Estados “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”, y que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Sin embargo, a diferencia de los otros tratados citados, el tratado multilateral de Roma no consagra una obligación expresa en su articulado.

Quienes defienden la tesis restrictiva sostienen que en el derecho internacional solo se pueden imponer a los Estados deberes que hayan sido establecidos de forma expresa y aceptados por aquellos, y por eso ni siquiera reconocen la fuerza jurídica vinculante de las declaraciones contenidas en el Preámbulo del Estatuto de Roma.<sup>3</sup> De otro lado, también desconocen la otra posible fuente de una obligación más amplia que comprendería todos los crímenes internacionales, que sería la costumbre internacional.

En los términos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre es una fuente del derecho internacional público que consiste en “una práctica generalmente aceptada como derecho” (art. 38 b). Para reconocer la existencia de una costumbre internacional deben concurrir dos elementos: la práctica estatal y la *opinio juris*. Quienes niegan la existencia de una costumbre internacional en materia de persecución de crímenes internacionales sostienen que no hay evidencia de que exista una práctica estatal consolidada al respecto sino que, por el contrario, lo que existe aún es una práctica extendida de conceder amnistías y asilo en casos que involucran la comisión de crímenes internacionales.<sup>4</sup> Como puede advertirse,

3 Por ejemplo, Christian Tomuschat (2002, citado en Wouters) subraya que uno no puede desprender de un preámbulo la obligación de perseguir, porque en el derecho internacional no se imponen obligaciones a los Estados que no sean explícitamente escritas y aceptadas por ellos.

4 Louise Mallinder (2007: 209), quien ha recopilado una base de datos sobre el uso de amnistías desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, indica que en este periodo se han concedido alre-

a esta tesis subyace una concepción restringida y tradicional de lo que se entiende por práctica estatal, según la cual ha de tenerse en cuenta lo que efectivamente hagan los Estados, no simplemente lo que digan (Scharf 2006: 632-365).

#### La formulación intermedia del deber de investigar, juzgar y sancionar

Esta versión del deber se sustenta precisamente en aquello que es controvertido por la fórmula restringida: el reconocimiento del Estatuto de Roma como fuente convencional en la materia, así como de la existencia de una costumbre internacional que obligaría a los Estados a investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de los derechos humanos que constituyan crímenes internacionales.

Como se indicó, el Preámbulo del Estatuto contiene varias alusiones al deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI, a saber: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos o internacionales. Aunque es cierto que dentro del articulado no se estableció una obligación expresa en este sentido, y que en este aspecto el Tratado contiene, como lo indica Sharf, una “creativa ambigüedad” pues las contundentes alusiones al deber de investigar y sancionar en el Preámbulo contrastan con la parte operativa del Estatuto, concretamente con los artículos 17 y 53 que podrían potencialmente admitir una amnistía como una excepción a la jurisdicción CPI (2006: 367-368), también es cierto que una interpretación armónica del Estatuto sugiere que de este sí surge para los Estados firmantes el deber en cuestión.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los tér-

\_\_\_\_\_  
 redor de 420 amnistías, de las cuales un porcentaje considerable se otorgó después del establecimiento de los tribunales internacionales *ad hoc*. En efecto, según la autora, entre enero de 2001 y diciembre de 2005 fueron concedidas 66 amnistías.

minos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31). La fuerza de las declaraciones del Preámbulo en materia de no impunidad indican que el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI tiene sentido precisamente bajo la idea de que los Estados se comprometen a perseguir los crímenes incluidos en el Estatuto, pues la competencia de la CPI únicamente se activará en caso de que los Estados no estén en condiciones de cumplir este deber, bien por falta de capacidad o de voluntad. Tal como lo indica Kai Ambos, “el principio fundamental de complementariedad del Estatuto de Roma está diseñado para dejar la responsabilidad primaria de la persecución de los crímenes internacionales a las cortes nacionales” (Ambos 2009). En este sentido, una interpretación adecuada del principio de complementariedad consagrado en el artículo 1 del Estatuto, a la luz del objeto y propósito del Tratado de conformidad con lo establecido en el Preámbulo, conduce a la conclusión de la existencia del deber en cuestión en cabeza de los Estados firmantes. De otro lado, la eventual admisibilidad de las amnistías como excepción a la jurisdicción de la CPI no niega tampoco la obligación de investigar, juzgar y sancionar bajo el Estatuto, pues tal admisibilidad no depende de la inexistencia del deber, sino del reconocimiento de que no se trata de un deber absoluto. En este sentido, contrario a lo que plantea la tesis restrictiva del deber de investigar, juzgar y sancionar, existen buenas razones para justificar que los Estados que suscribieron el Estatuto de Roma, como es el caso del Estado colombiano, tienen que cumplir dicho deber respecto de los crímenes internacionales sobre los cuales la CPI tiene una competencia subsidiaria.

En lo que respecta a la existencia de una costumbre internacional que obligaría a todos los Estados a investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI, el argumento central es la existencia de múltiples manifestaciones de voluntad de los Estados de cumplir con este deber. Así, se cuenta con las propias declaraciones del Preámbulo del Estatuto de Roma, junto con la declaración 3074 de 1973 de la Asamblea

General de las Naciones Unidas,<sup>5</sup> el Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996<sup>6</sup> y la Resolución 1674 de 2006 del Consejo de Seguridad sobre la Responsabilidad de Proteger.<sup>7</sup> Asimismo, se resalta el gran número de Estados que han ratificado el Estatuto de Roma (121), lo cual encontraría además respaldo en el establecimiento de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda que, en tanto fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, reflejarían también la voluntad de la comunidad internacional en su conjunto de perseguir tales crímenes.<sup>8</sup> Respecto al argumento de la ausencia de una práctica estatal extendida que dé cuenta del cumplimiento de este deber, se alega que la doctrina internacional sobre la costumbre ha ido evolucionando

5 En su artículo 1 establece que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido serán objeto de una investigación, y las personas contras las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”. Naciones Unidas, Asamblea General (1973). Resolución 3074 (XXVIII). Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

6 Al respecto ver: International Court of Justice, 2009, document CR.2009/08, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15119.pdf>, pp. 23-25. En este documento se recoge la presentación de Eric David en representación del gobierno de Bélgica en el caso Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal). En particular, respecto al preámbulo del Estatuto, se indica en este texto que “está claro que, por la redacción solemne y formal empleada, que los Estados están expresando lo que consideran es la *opinio juris* de la comunidad internacional, es decir, la obligación de procesar a los presuntos los autores de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes de genocidio” (p. 24).

7 Resolución 1674 de 2006 en la que el Consejo de Seguridad “destaca la responsabilidad de los Estados [que están en conflicto o que están saliendo de él] de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y procesar a los responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario” (párr. 8).

8 Otros autores como Bassioni sustentan la existencia del deber en la tesis de que los crímenes internacionales constituyen normas de *ius cogens*. A su juicio, “el reconocimiento de ciertos crímenes como de *ius cogens* conlleva la obligación de perseguir y extraditar” (1996: 65).

para tener las declaraciones de los Estados como una práctica, argumento que por demás adquiere una relevancia particular en materia de derechos humanos en donde puede ser difícil identificar prácticas generalizadas.<sup>9</sup>

Sin embargo, la cuestión no es pacífica y de hecho es aún objeto de debate en la Asamblea General de la ONU. Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional, establecida por la dicha Asamblea para promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional, en su reporte del 2011 sobre el deber de extraditar y perseguir, insistió en que uno de los problemas de los cuales debían ocuparse era el de las bases legales de este deber. En este informe se indica además que la cuestión de la existencia de una costumbre internacional como fuente de este deber fue objeto de una detallada discusión durante la reunión de la Asamblea General de la ONU de 2009, en donde las delegaciones de los Estados presentaron opiniones discordantes sobre la existencia del mismo (International Law Commission 2011: párr. 78). En todo caso, pese a que se trata de una cuestión aún debatida, es innegable que en las últimas décadas se han dado pasos importantes en la cristalización de esta costumbre, lo cual supone en sí mismo un avance que no puede ser desdeñado.

Dos argumentos ayudan a explicar esta tendencia. Para empezar, la interpretación propuesta podría llevar a la implementación de regímenes insostenibles o muy contradictorios, dado que no reconocer la obligación de investigar y juzgar como un deber internacional a cargo de los Estados podría llevar a admitir, por ejemplo, regímenes en los cuales un Estado podría decir que no tiene la obligación internacional de perseguir ejecuciones extrajudiciales cometidas de manera masiva, pero no podría dejar de perseguir un solo hecho de tortura. Por derivación, aquel Estado estaría posibilitado para conceder amnistías amplias para el primero de los casos, es decir, para amnistiar de manera amplia e incondicional ejecuciones

9 Ver van Steenberghe (2011: 1089-1116).

extrajudiciales masivas, pero no podría hacerlo por casos de tortura, incluso si son incidentes aislados.

Ahora bien, podría argumentarse que esta interpretación, aun cuando parezca contradictoria, es válida en derecho internacional y, por tanto, una consecuencia aceptable. No obstante, también resulta discutible desde el punto de vista del derecho internacional, particularmente desde la búsqueda de coherencia de las cláusulas de este derecho. Al respecto, una de las preocupaciones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) han sido precisamente las consecuencias de la expansión y fragmentación del derecho internacional en la falta de coherencia del derecho general. Para evitar este problema, la CDI ha enfatizado en la necesidad de usar herramientas de interpretación que promuevan la coherencia entre regímenes específicos del derecho internacional, lo cual incluye no solamente herramientas de interpretación ya establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como en este caso sería el principio del efecto útil, sino además, herramientas de solución de conflictos normativos entre reglas y principios.<sup>10</sup> De esta manera, una interpretación que no promueva la coherencia normativa incluso entre el mismo régimen específico de derecho pareciera que no sigue los principios de derecho internacional y, por tanto, no podría ser sostenida como interpretación válida de la norma.

#### **La formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar**

De conformidad con esta tesis, el deber en cuestión no solo comprende la persecución y sanción de los responsables de los crímenes internacionales, sino de todas las graves violaciones de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, incluso cuando no se hayan cometido como parte de un ataque generalizado o

<sup>10</sup> Al respecto ver Organización de las Naciones Unidas, International Law Commission (2006: párr. 34).

sistemático o en el marco de un conflicto armado. Esta fórmula encuentra respaldo en la jurisprudencia y la doctrina sentada por distintos órganos internacionales en el cumplimiento de sus funciones como intérpretes autorizados de los tratados generales de derechos humanos, especialmente la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como de varios documentos de *soft law*, especialmente el “Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (conocidos como Principios Orentlicher), los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Aunque ni el PIDCP, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen una mención explícita de la obligación de investigar, juzgar y sancionar, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte IDH han establecido que dicho deber se desprende del texto de estos Tratados. Así, al interpretar el artículo 2 (3)(a) del Pacto que establece que los Estados deben garantizar que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”, el Comité ha señalado que “el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones”.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. *Arhuacos vs. Colombia*, párr. 8.8, 19 de agosto, 1997, CCPR/C/60/D/612/1995; y Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. *Bautista vs. Colombia*, párr. 8.6, 13 de noviembre, 1995, CCPR/C/55/D/563/1993.

Por su parte, la Corte IDH ha inferido la existencia de este deber del derecho de las víctimas de contar con un recurso judicial efectivo,<sup>12</sup> así como de la obligación general de garantizar los derechos humanos.<sup>13</sup>

La Corte IDH ha indicado que el derecho a un recurso judicial, interpretado en conjunto con la obligación general de garantía, “obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones [...] sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido”.<sup>14</sup>

Por su parte, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH determinó que en virtud de la obligación de garantizar los derechos humanos, corresponde a los Estados investigar, juzgar y sancionar las violaciones de estos. En el caso fundacional de esta jurisprudencia, la Corte indicó que esta obligación

implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la

12 El artículo 25 de la Convención dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

13 El artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados Parte deben “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella [y] garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

14 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 42, párr. 169; Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párr. 91; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 2, párr. 90; Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 3, párr. 93.

reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.<sup>15</sup>

Ahora bien, aunque en este primer pronunciamiento sobre el tema la Corte se refiere al deber de investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos convencionales, en fallos posteriores ha afinado este criterio en la dirección de exigir su cumplimiento estricto solo respecto a las graves violaciones.<sup>16</sup> Así por ejemplo, en algunos casos en los que según la jurisprudencia de la Corte no se traspasó este umbral de gravedad, no ha ordenado la investigación penal dentro de sus medidas de reparación<sup>17</sup> y ha abierto la posibilidad de que el derecho de la víctima a conocer la verdad sea satisfecho mediante mecanismos distintos del proceso penal.<sup>18</sup>

En lo que respecta a los documentos de *soft law*, en los Principios Orentlicher se indica que “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” (principio 19). En sentido similar, los Principios sobre los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y graves violaciones al DIH disponen que los Estados “tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas pre-

15 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.

16 Al respecto ver Parra (2012).

17 Ver Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171. Este caso se refiere a la muerte de una persona en virtud de una falla en el servicio médico.

18 Ver Corte IDH, Caso Vera Vera y otros *vs.* Ecuador. Excepción, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226. Este caso se refiere al fallecimiento de una persona a causa de un disparo mientras se encontraba bajo la custodia del Estado en un establecimiento de reclusión. En él, la Corte ordenó al Estado satisfacer el “derecho de la madre y de los familiares de conocer completamente lo sucedido al señor Vera Vera”.

suntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas” (art. III, 4).

Pese a que en el derecho internacional, la jurisprudencia que interpreta el alcance de los tratados de derechos humanos es usualmente considerada como una fuente auxiliar que por sí misma no crea derecho, y que los principios citados tienen carácter de *soft law*, resulta difícil desconocer el valor de todos estos pronunciamientos en su conjunto, en la medida en que constituyen pautas válidas para determinar el contenido y alcance del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, y máxime en lo que respecta al Estado colombiano que ha reconocido la competencia de la Corte IDH como órgano autorizado para interpretar el alcance de la Convención Americana, existen razones de peso para reconocer la formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar.

A partir de la anterior revisión, y en lo que interesa para la definición de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, es posible concluir entonces que este tiene el deber de perseguir las graves violaciones de los derechos humanos y los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales. Las fuentes de este deber son múltiples. Para el caso de los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada y actos de violencia contra las mujeres, la fuente son las obligaciones expresas contenidas en el articulado de las convenciones relativas a cada uno de estos crímenes. Para el caso de los crímenes de competencia de la CPI, la fuente es el artículo 1 del Estatuto de Roma interpretado de conformidad con las declaraciones contenidas en el Preámbulo. Y respecto a las restantes graves violaciones que no encajen en estas categorías en los términos definidos en las respectivas convenciones, la fuente vinculante es la interpretación autorizada que de la Convención Americana ha realizado la Corte IDH, a la cual se suman los documentos de *soft law* citados.

La concepción amplia de la obligación se sustenta, además, en que es esta la que de manera más coherente articula las distintas fuentes de derecho internacional aplicables.

Como se indicó, la postura que defiende la obligación como un componente solamente derivable de normas de derechos humanos que explícitamente se refieren a la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar podría llevar a posiciones incoherentes en las que graves violaciones de derechos humanos, incluso masivas, pudieran llegar a ser objeto de beneficios penales como amnistías, mientras que violaciones aisladas de las conductas incluidas en estos tratados implicarían que los Estados tienen frente a esos casos una inflexible obligación de punición. Al mismo tiempo, como se explicará con detalle en las secciones que siguen, no es necesariamente contradictorio defender una visión amplia del fundamento del deber de investigar, juzgar y sancionar y, al mismo tiempo, proponer fórmulas en procesos transicionales que no signifiquen irreductiblemente la sanción extrema para todos los casos.

### **El alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar**

La fijación del alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar involucra dos niveles generales de análisis. El primero se refiere al objeto del deber, esto es, a las conductas que son cubiertas por él. El segundo atañe a su contenido, es decir, a las obligaciones específicas que lo constituyen. Según se puede deducir del apartado anterior, la definición del objeto del deber depende en primera medida de la tesis que se acepte respecto a sus fundamentos normativos. Como se indicó, el punto de partida de este texto es el reconocimiento de la formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar y, en consecuencia, de la existencia de múltiples fuentes normativas que definen distintas conductas sobre las cuales dicho deber opera. El propósito de este apartado es entonces precisar en qué consisten esas conductas, de conformidad con los instrumentos y pronunciamientos que a ellas se refieren. Por su parte, en lo que atañe al contenido, se abordarán las discusiones en torno tanto a su naturaleza, como a lo que se espera que hagan los Estados en aras de su cumplimiento.

### El objeto del deber de investigar, juzgar y sancionar

De acuerdo con las múltiples fuentes del deber, el Estado colombiano está en la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de genocidio, tortura, desaparición forzada, actos de violencia contra la mujer, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y las demás graves violaciones de los derechos humanos.

Según la definición de la Convención contra el Genocidio —que es retomada por el Estatuto de Roma—, este crimen comprende actos “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. Estos actos están incluidos en la Convención y son, a saber: la matanza de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la lesión grave de su integridad física o mental; su sometimiento intencional a condiciones que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; la implementación de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo o el traslado forzoso de niños de un grupo a otro (art. II). Esta definición contiene dos elementos que acotan de manera significativa el crimen de genocidio. El primero es que los actos deben cometerse con la intención de destruir un grupo de las características citadas. En este sentido, no basta solo la comisión del atentado contra el grupo, sino que debe probarse la intención de eliminarlo (Scharf 1996: 45). El segundo es que esta definición no incluye el genocidio político, opción que deliberadamente fue descartada por los redactores de la Convención.<sup>19</sup>

19 Al respecto, Scharf (1996: 45) explica que el rechazo de la inclusión de los grupos políticos dentro de la definición de genocidio se debe a que la Convención se discutió en el contexto de la Guerra Fría y, por tanto, las grandes potencias quisieron resguardarse de la posible intervención internacional en casos de persecución política. Según el mismo autor, en general los Convenios de Ginebra y las Convenciones contra el genocidio y la tortura se aplican a un conjunto muy restringido de situaciones, precisamente porque todas fueron discutidas bajo el marco de la Guerra Fría y, por tanto, las restricciones resultaban necesarias para favorecer su amplia adopción (Scharf 2006: 351).

La Convención contra la Tortura establece en su artículo 1.1 que:

Se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención contra la desaparición forzada establece que:

se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.<sup>20</sup>

A diferencia del crimen internacional de genocidio, que según la Convención debe ser perseguido con independencia de que haya sido cometido por gobernantes, funcionarios o particulares (art. IV), los crímenes de tortura y desaparición tienen un sujeto activo calificado, por lo cual, de conformidad con los respectivos tratados, la obligación se concreta únicamente respecto de aquellas conductas en cuya comisión hayan participado funcionarios públicos, bien sea directamente o con su aquiescencia a la acción de otros. Sin embargo, si estos crímenes se cometen como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, es decir, si constituyen crímenes de lesa humanidad en los términos del Estatuto de Roma, o si la tortura se comete en el marco de un conflicto ar-

20 Ver también el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

mado, no se requiere que el sujeto activo calificado sea un funcionario, por lo cual el deber implica también la persecución de los particulares que hubieran participado en su comisión y con independencia de que medie aquiescencia o consentimiento por parte de un Estado.

De conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma, un crimen de lesa humanidad debe satisfacer los siguientes requisitos: i) que sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático, ii) contra la población civil, y iii) con conocimiento de dicho ataque. Además, los Elementos de los Crímenes indican que el ataque debe corresponder a la política de un Estado o de una organización. Adicionalmente, el artículo 7 incluye la lista de conductas que, al cumplir estos requisitos, constituirían crímenes de lesa humanidad y que son, a saber: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definidos en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de *apartheid*;<sup>21</sup> y k) otros

21 Según la Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de *Apartheid*, incluido en esta lista implica “los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente: a) la denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona [...] // b) la imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; // c) cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a

actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Por su parte, el artículo 8 contiene la lista de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados que no sean internacionales, sobre los cuales recae la competencia de la CPI. Por un lado, incluye las violaciones graves al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que comprenden los siguientes actos cuando se cometan contra personas que no participen directamente en las hostilidades:

- i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; iii) la toma de rehenes; iv) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. (art. 8.c)

Adicionalmente, incluye la siguiente lista de otras graves violaciones al DIH:

- i. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.
- ii. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los

uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos [...] // d) cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos; // e) la explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso; // f) la persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales”.

- Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.
- iii. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados.
  - iv. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares.
  - v. Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto.
  - vi. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.
  - vii. Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.
  - viii. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.
  - ix. Matar o herir a traición a un combatiente enemigo.
  - x. Declarar que no se dará cuartel.
  - xi. Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados

en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.

- xii. Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo (art. 8.e).

En lo que respecta a los actos de violencia contra la mujer, cuya persecución y sanción se dispone en la Convención de Belem do Pará que opera en el ámbito interamericano, estos son definidos en este tratado como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1). Igualmente, estas conductas no precisan un sujeto activo calificado, pues se advierte que pueden tener lugar dentro de la familia, o ser perpetradas por cualquier persona de una comunidad o cometidas o toleradas por el Estado o sus agentes (art. 2). El Estatuto de Roma incluye dentro de las listas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra los actos de violencia sexual que típicamente son cometidos en contra de las mujeres. Sin embargo, de conformidad con la Convención de Belem, el deber de persecución opera también con respecto a aquellos actos de violencia que no hacen parte de un ataque generalizado o sistemático, así como de los que se cometen sin conexión con un conflicto armado. A modo de ejemplo, la Convención indica que estos actos comprenden, entre otros, “violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar” (art. 2.b).

Finalmente, el deber de investigar, juzgar y sancionar opera respecto de las otras graves violaciones de los derechos humanos distintas de las conductas ya descritas. La categoría de graves violaciones ha sido recurrente en la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque es difícil rastrear en ella un concepto general. Más bien, la Corte ha ido delimitando la categoría

a partir de sus pronunciamientos caso por caso. Así, por un lado, la Corte ha indicado de manera reiterada que la tortura, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias constituyen graves violaciones de los derechos humanos,<sup>22</sup> sin importar que hayan sido cometidas en contextos de violaciones sistemáticas o de conflicto armado internacional. En efecto, en algunos casos la Corte ha señalado la gravedad de estas conductas cuando han ocurrido en un contexto de violaciones sistemáticas, como lo hizo, por solo poner un ejemplo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, relativo a una desaparición forzada ocurrida en el marco de la Operación Cóndor llevada a cabo por los regímenes dictatoriales del Cono Sur durante las décadas de los setenta y ochenta. En contraste, en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte calificó como grave violación una tortura que no ocurrió en el marco de un patrón de violaciones sistemáticas.<sup>23</sup> En este sentido, se puede inferir que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, la gravedad de esas tres conductas no depende de su sistematicidad. De otro lado, la Corte ha descartado dar el tratamiento de grave a ciertas violaciones de los derechos humanos, como ocurrió por ejemplo en el caso *Albán Cornejo vs. Ecuador* relativo a la muerte de una persona por una falla en el servicio médico,<sup>24</sup> o en el caso *Vera Vera y otros vs. Ecuador* relacionado con la muerte de un recluso a causa de un disparo mientras

22 Ver: Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41. *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171, párr. 111. *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, núm. 219, párr. 171. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párr. 225. *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226, párr. 117.

23 Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, núm. 164.

24 Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171.

permanecía bajo custodia estatal.<sup>25</sup> No obstante, en ausencia de un concepto general, la vía de la exclusión caso a caso no resulta la más segura para determinar el alcance de la categoría. De conformidad con el estado actual de la jurisprudencia interamericana no resulta claro si otras conductas además de la tortura, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, y que no respondan a patrones generalizados o sistemáticos de ocurrencia, podrían ser catalogadas como graves violaciones.

### El contenido del deber de investigar, juzgar y sancionar

Los tratados internacionales que consagran el deber de investigar, juzgar y sancionar lo hacen en términos de un enjuiciamiento penal de los responsables de los crímenes a los que se refieren. Así, la Convención para el genocidio habla de juzgamiento por un tribunal competente; la Convención contra la tortura se refiere a castigar con penas adecuadas lo cual, en virtud de las garantías del debido proceso, presupone la realización de un juicio; la Convención Internacional contra la desaparición forzada habla de procesar a los responsables, y el Estatuto de Roma se refiere en su Preámbulo al deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal. En este sentido, y en lo que respecta a los crímenes objeto de estos tratados, el deber en cuestión implica la realización de juicios penales.

Las decisiones de los órganos del sistema interamericano también apuntan en esta dirección. Aunque en los primeros pronunciamientos de la Comisión IDH podía advertirse cierta ambigüedad respecto al contenido de este deber, en la medida en que no era totalmente claro si implicaba necesariamente la realización de juicios penales, las decisiones posteriores, tanto de la Comisión como de la Corte IDH, no dejan lugar a dudas de que el deber implica llevar a cabo procesos penales.

25 Corte IDH, *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226.

En los primeros informes sobre leyes de amnistía en casos de graves violaciones de los derechos humanos, a saber, los relativos a los casos de Argentina<sup>26</sup> y Uruguay,<sup>27</sup> la Comisión IDH indicó que tales leyes eran incompatibles con el deber de investigar, juzgar y sancionar. Pese a esto, la Comisión no incluyó entre sus recomendaciones la judicialización y el castigo de los responsables, sino que solo requirió que se adoptaran las medidas necesarias para esclarecer los hechos e identificar a los responsables de las violaciones, así como reparar a las víctimas. Al referirse más a los propósitos que a los mecanismos para alcanzarlos, la Comisión parecía dejar la puerta abierta para considerar otros instrumentos distintos a los enjuiciamientos penales, y de ahí la ambigüedad de los informes en este punto.<sup>28</sup> Sin embargo, en su informe posterior sobre la ley de autoamnistía chilena de 1978, la Comisión precisó su posición al concluir que las medidas adoptadas por el Estado, que incluían el reconocimiento de responsabilidad, el establecimiento de una Comisión de la Verdad y el pago de compensaciones a las víctimas, no eran suficientes para satisfacer sus obligaciones convencionales.<sup>29</sup> Posteriormente, en relación con la amnistía de El Salvador, la Comisión sí incluyó en sus recomendaciones la revocación de la amnistía adoptada en 1993 a fin de investigar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.<sup>30</sup>

La Corte IDH también ha sostenido reiteradamente que la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de graves

26 CIDH, *Informe Anual 1992-93*, Informe núm. 28/92, Casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), 2 de octubre de 1992.

27 CIDH, *Informe Anual 1992-93*, Informe 29/92, Casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 y 10375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992.

28 Sobre la ambigüedad de estas decisiones en este punto ver: Guariglia (2001: 201-230), Sharf (1996: 51, 52).

29 CIDH, *Garay Hermosilla y otros*, Caso núm. 10843, Informe núm. 36/96, 1997.

30 CIDH, 1994. *Informe Anual*, OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9 rev. 17 febrero 1995, p. 181.

violaciones requiere que el Estado lleve a cabo investigaciones penales para determinar las correspondientes responsabilidades y que esta obligación no puede ser sustituida por medidas como el establecimiento de comisiones de la verdad.<sup>31</sup> En sentido similar, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad establece que:

el hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo. La revelación solo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad. (Principio 28)

Y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha dicho que:

Si bien en algunos casos la revelación completa de la verdad acerca de las violaciones puede justificar una reducción de la sentencia de una persona, las medidas de la justicia de transición, como el estable-

31 Ha dicho la Corte IDH que “en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. No obstante, esto no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales, por lo cual era una obligación del Estado iniciar investigaciones penales para determinar las correspondientes responsabilidades”. Caso Contreras y otros *vs.* El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, núm. 232, párr. 135. Ver también: Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párr. 297; Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 150; Caso Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212, párr. 234, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs.* Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217, párr. 158; Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 150; Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párr. 179; Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C, núm. 202, párr. 180; Caso De la Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 211, párr. 232 y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 298.

cimiento y el funcionamiento de comisiones de la verdad, no deben exonerar a los autores de un juicio penal a cambio de su testimonio. (OACDH 2009: 33)

La jurisprudencia de la Corte IDH también es muy clara en la idea de que los juicios penales son un componente insustituible del deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos. Si bien en la sentencia hito sobre este deber, que es la adoptada por la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez relativo a la desaparición forzada del señor Manfredo Velásquez, la Corte no ordenó al Estado de Honduras adelantar procesos penales contra los posibles responsables del crimen, razón por la cual autores como Scharf llegaron a sugerir que el fallo no limitaba el contenido del deber a la realización de juicios penales (1996: 50, 51), lo cierto es que las decisiones subsiguientes han despejado completamente el punto.

Así, en su última sentencia relativa a la concesión de amnistías frente a graves violaciones de los derechos humanos, que es la del caso de la Masacre de El Mozote, la Corte IDH determinó que la Ley de Amnistía General dictada por el Estado de El Salvador carecía de efectos en tanto, al impedir la investigación y juzgamiento de las personas que habían participado en la comisión de graves crímenes durante el conflicto armado, había conducido a “la instauración y perpetuación de una situación de impunidad”. La Corte recordó que la impunidad consiste precisamente en “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”<sup>32</sup> y por esta razón determinó que el Estado debía asegurar que la Ley de Amnistía no constituyera

32 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, nota al pie 292. Ver también: Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996, Serie C, núm. 23, párr. 173, y Caso Contreras y otros *vs.* El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, núm. 232, nota al pie 193.

“un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador”.<sup>33</sup> Cabe destacar, sin embargo, que en esta sentencia la Corte IDH cualificó su posición en lo que respecta al alcance de este deber en el contexto de una transición negociada hacia la paz, aspecto del cual nos ocuparemos en detalle en el siguiente apartado.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha especificado además los estándares que deben regir las investigaciones penales en casos de graves violaciones de los derechos humanos. Según la Corte, los Estados deben adelantar “investigaciones *ex officio*, sin dilación, serias, imparciales y efectivas”.<sup>34</sup> De conformidad con este criterio, la Corte ha recurrido la figura de la “cosa juzgada fraudulenta”, la cual tiene aplicación en aquellos casos en los cuales la decisión de no procesar o condenar obedece al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el proceso no es instruido de manera imparcial e independiente, o cuando no hay intención real de someter a la persona a la justicia.<sup>35</sup> Pero además del estándar de no fraudulencia, los procesos penales deben orientarse de conformidad con el estándar de debida diligencia, que impone “la remoción de todo obstáculo de jure y de facto que impida la investigación y juzgamiento de los hechos”,<sup>36</sup> e implica conducir con

33 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 318.

34 Ver Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 110; Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 117; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 247.

35 Ver: Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154. Para una referencia a la jurisprudencia de la Corte al respecto ver: Parra (2012).

36 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.*

celeridad los procesos<sup>37</sup> y procurar la identificación de todos los autores intelectuales y materiales del hecho.<sup>38</sup> Para tal fin, los Estados deben

asegurar que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación, entre ellas las víctimas o sus representantes, testigos y operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad.<sup>39</sup>

Adicionalmente, tratándose de violaciones que ocurren en el marco de un ataque masivo o sistemático, el estándar de debida diligencia adquiere una cualificación especial. Según la Corte IDH, en estos casos “la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no solo descubrir, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los perpetradores inmediatos”.<sup>40</sup> En tales casos, la debida diligencia implica adoptar una perspectiva sistemática que permita advertir patrones y determinar cadenas de mando, pues se entiende que este es un paso necesario para desmontar efectivamente las estructuras de poder detrás de una violación masiva de derechos y evitar que estas se repitan.

El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 249.

37 La debida diligencia demanda, entre otras cosas, resolver las solicitudes y recursos en plazos razonables. Ver Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 211. En este caso la Corte se refirió al uso abusivo de recursos de amparo por parte de los imputados en la masacre de las Dos Erres, los cuales tuvieron un efecto dilatorio dada su falta de resolución en un plazo razonable.

38 Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250, párr. 257, literal c.

39 Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250, párr. 257, literal e.

40 Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 118.

Ahora bien, esta obligación de enjuiciar y, en su caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, es una obligación de medios y no de resultado, como la misma Corte IDH lo ha advertido. De acuerdo con la Corte, se trata de una obligación

que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.<sup>41</sup>

Sin embargo, la obligación se satisface en la medida en que el Estado aplique el estándar de debida diligencia en los términos señalados, con independencia de que efectivamente se llegue al resultado, es decir, que se logre llevar a juicio a los responsables e imponerles una sanción. Tal como lo destacó la Comisión IDH en su informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia, el cumplimiento de esta obligación de conformidad con el estándar de debida diligencia implica que los Estados organicen “el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración” (Comisión IDH 2004: párr. 35).

Ahora, considerando que la sentencia condenatoria es la consecuencia lógica de un juicio penal en el que se logre probar la responsabilidad penal del acusado, la pregunta que surge es si el deber de persecución y sanción exige la imposición efectiva de un castigo y, de ser así, si este debe consistir necesariamente en privación de la libertad en prisión o es posible

41 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, párr. 177; Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párr. 148; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 248; Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, núm. 241, párr. 129.

considerar la aplicación de penas alternativas. Las convenciones que consagran este deber se refieren expresamente a la obligación de castigar, aunque no especifican estrictamente la pena que debe ser impuesta. Así, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio dispone que “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas” (art. IV), y que los Estados deben adoptar “las medidas legislativas necesarias para [...] establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables” (art. V), mientras que las distintas convenciones contra la tortura y la desaparición forzada establecen que los Estados deben castigar estas conductas con penas adecuadas a la gravedad de los delitos.<sup>42</sup> Igualmente, el Estatuto de Roma indica en su Preámbulo que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”.

El estado de la cuestión es menos concluyente en lo que respecta a las restantes graves violaciones de los derechos humanos. Por un lado, ya en el fallo fundacional en el caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH indicó que los Estados están en la obligación de imponer a los responsables de las violaciones las “sanciones pertinentes”.<sup>43</sup> Asimismo, en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas se indica que los Estados tienen el deber de castigar a las personas que hayan sido declaradas culpables de tales violaciones (principio 4) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, al referirse al tema de las amnistías en caso de graves violaciones, ha reconocido la admisibilidad de beneficios de reducción de las penas a cambio de la ple-

42 Ver Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, art. 4.2; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7.1; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 3;

43 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 174.

na revelación de la verdad sobre los hechos, pero siempre y cuando “la sentencia siga siendo proporcional a la gravedad del crimen” (OACDH, 2009: 34), con lo cual se advierte como necesaria cierta dosis de castigo. Pero por otro lado, el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (2005) se refiere al deber de los Estados de condenar, mas no al de castigar (principio 19).

En todo caso, distintas fuentes internacionales respaldan la idea de que no basta únicamente con llevar a cabo un juicio penal y actuar con la debida diligencia para identificar a los responsables de las violaciones, sino que también es preciso imponer un castigo a quien sea declarado culpable. La pregunta que surge entonces es ¿qué tipo de castigo se debe imponer? Algunos autores han sugerido que el castigo “puede adoptar varias modalidades no criminales, como la imposición de multas, la remoción del cargo, la reducción del rango, el decomiso de pensiones gubernamentales o militares o de otros activos” (Scharf 1999: 527). Otros, por el contrario, han señalado que los castigos deben ser proporcionales a la gravedad del crimen y han concluido entonces que el castigo debe ser criminal. Así, autores que participaron en la redacción de la Convención contra la tortura han señalado que resulta razonable considerar que la obligación de castigo frente a este crimen requiere que los Estados apliquen las penas más graves que contemplan sus propios sistemas legales (Burgers y Danelius 1988, citado en Orentlicher 1991: 2605). En sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso X and Y vs. Netherlands, determinó que el castigo criminal es el único medio adecuado de disuasión frente a graves violaciones de los derechos humanos.<sup>44</sup>

En ausencia de una disposición expresa en los tratados internacionales sobre el tipo de castigo que debe imponerse, la

44 Corte Europea de Derechos Humanos (1985). Case of X and Y vs. The Netherlands, Judgment, párr. 27.

tesis de que debe tratarse de un castigo criminal encuentra justificación en la doctrina de la prevención general negativa que atribuye a la pena la función de disuadir la comisión de graves violaciones en el futuro. En la medida en que la investigación y el juzgamiento de estas graves violaciones tienen como fin primordial asegurar la garantía de los derechos humanos, la doctrina de la prevención general negativa adquiere gran significación pues ofrece la mejor alternativa para interpretar el alcance de la noción de castigo. En efecto, si de lo que se trata es de que la pena cumpla su función disuasoria, es razonable que se imponga una pena proporcional a la gravedad del crimen. Dado que en la mayoría de los Estados modernos la pena más grave es la privación efectiva de la libertad por el tiempo máximo permitido por el ordenamiento penal, esta sería entonces la que correspondería imponer tratándose de graves violaciones de los derechos humanos.

A pesar de que los tratados no son explícitos en la materia existen, pues, argumentos fuertes a favor de la tesis de que el deber de investigar y juzgar implica también el de imponer una pena proporcional a la gravedad del crimen. En el caso colombiano, el deber implicaría la imposición de una pena efectiva de privación de la libertad por el máximo tiempo admitido en el ordenamiento penal. Sin embargo, como argumentaremos en el siguiente apartado, se trata de un deber *prima facie* que admitiría ser relativizado en contextos de justicia transicional, en los cuales la doctrina de la prevención general negativa no parece conferir un sustento tan fuerte a la necesidad de imponer la pena privativa de la libertad y existen, por el contrario, razones fuertes a favor del uso de medidas alternativas.

### **El alcance particular del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de la guerra a la paz: la admisibilidad de ciertas formas de amnistía y de otros beneficios penales**

De conformidad con lo expuesto en el anterior apartado, el Estado colombiano está obligado a cumplir el deber de inves-

tigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio, lo cual implica actuar con la debida diligencia para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables a través de juicios penales, e imponer a quienes resulten condenados las penas más graves y asegurar su cumplimiento efectivo. La satisfacción plena de este deber en contextos transicionales plantea, no obstante, varios retos.

Las transiciones de una dictadura a un gobierno democrático, o la terminación de un conflicto armado en virtud de un acuerdo de paz, plantean a las sociedades la compleja tarea de superar un pasado de graves y extendidas violaciones de los derechos humanos y sentar las bases necesarias para evitar que las atrocidades se repitan en el futuro. Antes de la década de los ochenta el enfoque dominante en contextos de transición fue el del perdón y olvido; sus instrumentos por antonomasia fueron las leyes generales e incondicionales de amnistía. A partir de esta década, el enfoque de las amnistías totales empezó a ser severamente impugnado pues no solo implicaba desconocer el dolor y sufrimiento de las víctimas sino que, además, parecía que dar la espalda a la cadena de abusos cometidos en el pasado fuera la mejor manera de sentar las bases sólidas para una transición hacia una sociedad verdaderamente democrática y respetuosa de los derechos humanos.

Sin embargo, así como el modelo de amnistías totales resulta jurídicamente inaceptable, un modelo de judicialización total y cárcel para todos los responsables de las violaciones no parece viable, tanto por limitaciones fácticas, como por razones normativas. La pretensión de judicializar todas las conductas constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos y todos los combatientes eventualmente responsables de su comisión en el marco de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones se enfrenta a dificultades insalvables.

La experiencia comparada demuestra que la complejidad de algunos conflictos armados hace que sea materialmente

imposible investigar y juzgar todos y cada uno de los delitos y combatientes (Brown 1999; y Wedgwood 1994). Así por ejemplo, los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, tras siete años de trabajo y gastos por 400 millones de dólares solo habían logrado culminar 15 juicios en el año 1999 (Medina 2010). En el caso nacional —tal vez el único en el mundo en el que se ha intentado judicializar a todos los combatientes desmovilizados—, la propia experiencia del proceso de justicia y paz con los paramilitares es prueba de ello: en ocho años solo se han dictado 14 sentencias respecto de un total de 35.000 desmovilizados, es decir, solo han sido sentenciados el 0,04% de estos (Comisión Colombiana de Juristas 2012). Estas cifras demuestran que tratándose de conflictos armados que involucran a millares de combatientes, si no se hace priorización y selectividad en forma explícita, esta se da en forma encubierta pues las posibilidades de investigar y juzgar todas las conductas y todos los combatientes rebasa la capacidad real de cualquier sistema judicial, incluso cuando, como lo muestran los casos de los tribunales internacionales para Ruanda y Yugoslavia, se hacen los mayores esfuerzos presupuestales y logísticos posibles.

En su influyente artículo sobre el deber de perseguir graves crímenes en contextos de transición, Diane Orentlicher —quien se encargaría después de actualizar los principios de lucha contra la impunidad de la ONU— destacó hace más de dos décadas que incluso un sistema judicial que funcione bien sería incapaz de procesar a cada persona que pudiera ser penalmente responsable de crímenes atroces en un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos (1991: 2596). Las experiencias internacional e interna acabadas de mencionar confirman, en efecto, la percepción de Orentlicher.

Pero además, el cumplimiento pleno del deber en cuestión entra en tensión con otros fines y deberes que el Estado también está en la obligación de alcanzar y cumplir. Los procesos de justicia transicional orientados a la terminación de un conflicto armado interno están atravesados por una tensión

inmanente entre justicia y paz. En este contexto, simplemente no es realista pensar que un proceso de negociación podrá culminar en un acuerdo si lo que se ofrece a los combatientes que decidan dejar las armas es una prisión en la que estarán encerrados por décadas. Por esta razón parece inevitable reducir el imperativo de castigo total en beneficio de la paz.

Sin embargo, pese a que resulta clara la imposibilidad de cumplir plenamente el deber de investigar, juzgar y sancionar en la situación excepcional de un contexto de transición, la cuestión acerca de que lo que sería admisible bajo el derecho internacional es aún objeto de discusión: ¿satisfaría las obligaciones internacionales un modelo que solo lleve a juicio a los máximos responsables de los crímenes atroces? ¿O solo resulta admisible un modelo que incluya rebaja de penas, pero siempre y cuando todos los crímenes y todos los responsables sean sometidos a un proceso judicial? ¿O en definitiva no es posible, bajo ninguna circunstancia, introducir excepciones o morigerar las exigencias del deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones?

En lo que sigue a continuación procuraremos ofrecer respuestas a estos interrogantes. Para tal efecto, en primer lugar nos referiremos a los claroscuros que aún existen en el derecho internacional en relación con el alcance del deber de investigar y sancionar en contextos de transición, específicamente en lo que respecta a la concesión de amnistías y a la imposición de penas alternativas. En segundo lugar, plantearemos un argumento a favor de la admisibilidad en el derecho internacional del uso de criterios de selección y de penas alternativas en transiciones de la guerra a la paz.

#### Claroscuros sobre la admisibilidad de las amnistías y las penas alternativas bajo el derecho internacional

En el derecho internacional, la única regla convencional relativa a las amnistías es la que se encuentra incorporada en el Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados

sin carácter internacional. Este instrumento establece que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” (art. 6.5).

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha indicado, sin embargo, que este llamado a la concesión de amnistías no abarca los crímenes de guerra, ni otros crímenes cobijados por el deber internacional de perseguir, y ha especificado que de acuerdo con el derecho internacional humanitario consuetudinario,

cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello. (Henckaerts y Doswald-Beck 2007: 159)

La Corte IDH retomó esta formulación en su más reciente sentencia sobre la amnistía en el proceso de transición de El Salvador e indicó que la norma del Protocolo “no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”<sup>45</sup> y que,

por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que [...] cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad.<sup>46</sup>

Teniendo en cuenta las excepciones señaladas, no existe duda de que las amnistías son entonces admisibles respecto

45 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 286.

46 *Ibid.*

a infracciones al DIH que no constituyan crímenes de guerra, así como frente a delitos como la rebelión y el porte de armas. También está fuera de discusión que las amnistías generales que impidan la investigación de todas las graves violaciones de los derechos humanos y al DIH, y el juzgamiento de todos los responsables de estas ofensas, son contrarias al derecho internacional.<sup>47</sup> Y esto no solo por la existencia clara de un deber de investigación, sanción y juicio en estos casos, sino porque tales amnistías serían incompatibles con los propósitos perseguidos por las transiciones de superar el pasado de abusos y atrocidades. Tal como lo ha indicado Orentlicher, “la ausencia total de castigo frente a las violaciones del pasado frustraría la finalidad disuasiva que sustenta el deber general de castigo” (Orentlicher 1991: 2601).

Sin embargo, aún no es del todo claro si la concesión de amnistías condicionales y parciales —como serían aquellas que operarían en caso de que se adoptara una política de selección de crímenes y responsables— iría en contra del marco jurídico internacional. Como se mostrará a continuación, no parece posible que una fórmula transicional diseñada de buena fe, que incluya la selección de casos y responsables active la competencia de la CPI. De otro lado, la Corte IDH ha planteado de manera consistente que las amnistías son incompatibles con la Convención Americana. Sin embargo, sus pronunciamientos sobre la materia se han referido a casos de autoamnistías, como en Chile y Perú, o de amnistías generales e incondicionales, como en Brasil y Uruguay, pero nunca se ha abordado la cuestión de la compatibilidad de amnistías parciales y condicionales, en especial cuando estas ocurren en

47 Sobre el particular, Naciones Unidas señaló en un informe del 2004 que “los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos” (ONU, Consejo de Seguridad 2004: párr. 10). En sentido similar, en su informe del 2011 alentó al Consejo de Seguridad a rechazar toda concesión de amnistía por estos crímenes (ONU, Consejo de Seguridad 2011: párr. 67).

el contexto de transiciones negociadas. Asimismo, en su último fallo sobre la materia, en el que por primera vez la Corte IDH se refiere al tema de la amnistía en la terminación de un conflicto armado y no de una dictadura, se incluyen algunos matices que sugieren que no existe una fórmula única para satisfacer el deber de persecución y sanción en el marco de procesos transicionales y que, eventualmente, la Corte podría en un futuro estar abierta a afinar sus precedentes de cara a fórmulas de transición distintas de aquellas frente a las cuales hasta ahora se ha pronunciado.<sup>48</sup>

#### *Las amnistías y penas alternativas frente al Estatuto de Roma*

No es del todo claro cuál es el estatus de las amnistías frente al Estatuto de Roma. Como indica Sharf, en este punto “las disposiciones adoptadas reflejan una ‘creativa ambigüedad’ que podría potencialmente autorizar al fiscal y a los jueces de la CPI a interpretar que el Estatuto de Roma permite el reconocimiento de una amnistía o la concesión de asilo como excepciones a la jurisdicción de la Corte” (2006: 367).

Por un lado, el Estatuto de Roma admite que, bajo ciertas condiciones, los Estados renuncien a la acción penal frente a crímenes de competencia de la CPI. Así se desprende del artículo 17 (1)(b) que define como uno de los criterios de inadmisibilidad de un asunto el que este “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este

48 El jurista Zalaquett señaló hace apenas un par de años que aún quedan aspectos pendientes por dilucidar en el marco interamericano, entre los que se cuentan: “a) ¿La obligación de enjuiciar y castigar supone necesariamente imponer penas privativas de libertad y llevar a cabo procesos criminales como los reconocidos en la mayor parte de los países? ¿O bien puede contemplar procedimientos alternativos consuetudinarios o, como en el caso de Sudáfrica, el otorgamiento de amnistías (con excepción de los crímenes que no puedan ser calificados de políticamente motivados) sujetas a la condición de una revelación pública y completa de lo ocurrido y de la participación del declarante? b) Si una persona ha sido condenada por crimen de guerra o crimen contra la humanidad, ¿es legítimo que se beneficie de medidas ulteriores de clemencia, en la medida en que estas no sean, de hecho, un modo de evadir los efectos de la justicia?” (2007: 194).

haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. De otro lado, el artículo 53 (1)(c) establece que el fiscal de la CPI podrá dejar de iniciar una investigación si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

La Fiscalía de la CPI ha indicado que el concepto de interés de la justicia debe interpretarse a la luz del objeto del Estatuto y que, en este sentido, factores como la prevención de graves crímenes o el respeto duradero por la justicia internacional pueden ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 53 (Fiscalía de la Corte Penal Internacional 2007). Ha señalado además que los intereses de la justicia son distintos de los intereses de la paz, lo cual explica, por ejemplo, que en el caso de Uganda, en el cual está en vilo la solución del conflicto armado entre el Estado y el LRA, la Fiscalía haya mantenido su decisión de investigar y perseguir a los dirigentes del grupo insurgente que habían iniciado negociaciones con el gobierno ugandés.<sup>49</sup>

49 En 1998 el gobierno ugandés y la organización insurgente Lord’s Resistance Army (LRA) iniciaron conversaciones para intentar una salida negociada al conflicto. En el año 2000 se aprobó una ley de amnistía que cobijaba todo acto criminal cometido bajo la actividad insurgente del LRA, y cuya única condición era no incurrir en nuevos actos de violencia. Sin embargo, en diciembre de 2003, en medio de los altibajos del proceso y seguramente como una forma de presión política, el presidente ugandés Yoweri Museveni, refirió formalmente la situación a la CPI. En octubre de 2005, la CPI presentó una acusación contra cinco altos mandos del LRA por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y autorizó su arresto y extradición a La Haya para iniciar el juicio. En el año 2006 se abrió una nueva ronda de negociaciones entre el gobierno y el LRA y el presidente Museveni ofreció varias garantías al líder del LRA, entre ellas la de no someterlo a un proceso judicial y protegerlo de cualquier posible persecución internacional. A partir del 2008 el proceso de negociaciones se paralizó y hubo un retorno a las hostilidades. Entre tanto, el proceso ante la CPI ha continuado su marcha. El presidente ugandés ha pretendido que la CPI reverse las decisiones adoptadas, pero en varias ocasiones el fiscal de la CPI ha afirmado que Uganda tiene la obligación de ejecutar las órdenes de arresto y que la comunidad internacional tiene el deber de asistir los esfuerzos de la Corte (Sánchez 2011).

Sin embargo, aunque la mera existencia de un proceso de paz o la decisión de un Estado de conceder una amnistía para facilitar la terminación de un conflicto armado no conduciría necesariamente a la Fiscalía de la CPI a abstenerse de llevar adelante una investigación, también es cierto que algunas fórmulas transicionales sí podrían eventualmente ser tenidas en cuenta por aquella al decidir sobre el uso de su facultad discrecional. Por un lado, es claro que la política de la Fiscalía de la CPI se sustenta en la persecución de los máximos responsables. En este sentido, una fórmula transicional que se concentre en perseguir penalmente a los máximos responsables de las graves violaciones de los derechos humanos podría constituir un factor que desalentaría la activación de la competencia de la CPI. Esto por supuesto no implica asimilar las obligaciones de los Estados con las de esta Corte. Los criterios para la definición de la competencia de la CPI, así como la política de investigación de la Fiscalía no son equiparables a los de los Estados, ni tampoco constituyen un modelo que deba ser emulado por estos.

De otro lado, la Fiscalía de la CPI también se ha mostrado favorable a los enfoques integrales de justicia transicional que combinan distintos instrumentos para enfrentar la impunidad. Según la Fiscalía, las medidas adicionales a los procesos penales pueden jugar un papel importante para enfrentar la brecha de impunidad en aquellos casos en los cuales existe una cantidad enorme de posibles responsables (Fiscalía de la Corte Penal Internacional 2007). Esta perspectiva refuerza la idea de que, frente a un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos, un esquema que integre estrategias de selección en la persecución penal con mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas podría ser aceptado por la CPI como una razón para no ejercer su competencia complementaria. Igualmente, la imposición de penas alternativas a la prisión no parece ser un factor que activaría la competencia de la CPI. Dado que estas se imponen una vez ha concluido el proceso de investigación y juzgamiento, y una vez existe una sentencia condenatoria, los casos indultados quedan, *prima facie*, por fue-

ra del ámbito de aplicación del principio de complementariedad en virtud de la figura de la cosa juzgada (art. 20, núm. 3º, ER). En tales eventos, únicamente se activaría la competencia de la CPI si el proceso adelantado en contra de quien posteriormente es beneficiado con una medida punitiva benigna se hizo con el propósito de sustraerlo de su responsabilidad penal o no fue instruido en forma independiente, imparcial o compatible con la intención de someterlo a la acción de la justicia.

Ahora bien, aunque no existe aún una decisión de la CPI que aborde este tipo de cuestiones, cabe mencionar que durante el trámite del proceso de constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz, la fiscal de la CPI envió a la Corte Constitucional dos cartas en las cuales expresaba algunas opiniones en relación con la política de selección de casos y responsables y con la posibilidad de suspender penas a los máximos responsables de crímenes atroces. Respecto al primer punto, la fiscal se limitó a aclarar que la estrategia procesal de centrar los esfuerzos de judicialización en los máximos responsables no debía interpretarse como un precedente que autorizara a los Estados a adoptar una estrategia similar. Sin embargo, la fiscal no hizo ninguna advertencia en términos de que tal adopción podría activar la competencia de la CPI. Por el contrario, respecto a los beneficios punitivos, el planteamiento de la fiscal fue más enfático pues señaló que la suspensión de la pena privativa de la libertad a los máximos responsables de los crímenes internacionales era incompatible con las obligaciones estatales frente al derecho internacional en general y frente al Estatuto de Roma en particular. La fiscal, sin embargo, no desarrolló el planteamiento en su carta por lo cual, aunque se trata de un documento importante, es difícil derivar de él una posición decantada de la Fiscalía de la CPI.

#### *La jurisprudencia de la Corte IDH frente a las amnistías*

En el caso fundacional de Barrios Altos *vs.* Perú, la Corte IDH indicó por primera vez la incompatibilidad de las leyes de am-

nistías con la Convención Americana. En palabras de la Corte, “son inadmisibles las disposiciones de amnistías, 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”.<sup>50</sup>

Este párrafo ha sido retomado de manera consistente en los fallos subsiguientes de la Corte relativo a leyes de amnistías. Sin embargo, es necesario destacar las circunstancias particulares que enmarcan el pronunciamiento de la Corte en el fallo de Barrios Altos para así poner en contexto el precedente y facilitar la comprensión del alcance de las decisiones posteriores, muy especialmente de la adoptada en el caso de la Masacre de El Mozote.<sup>51</sup>

En dicha oportunidad, la Corte se refirió a la ley de amnistía dictada por el Congreso peruano en la cual se exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que habían participado en violaciones de los derechos humanos entre 1980 y 1995. La Ley fue presentada y aprobada en un mismo día, sin ningún tipo de debate. La jueza que instruía el caso en contra de los miembros de la Fuerza Pública implicados en la masacre de Barrios Altos, en la cual fueron asesinadas quince personas que se encontraban departiendo en una fiesta, decidió no aplicar la amnistía y continuar el proceso. Ante esta situación, el Congreso expidió una nueva ley que estableció que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era obligatorio aplicarla. En tanto resultaba claro que estas leyes estaban orientadas a asegurar la impunidad de los miembros de las Fuerzas Armadas involucrados en la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, la Corte las calificó

50 Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41.

51 Para una reflexión sobre el caso Barrios Altos, ver Guariglia (2001).

como leyes de autoamnistía y determinó que carecían de efectos jurídicos.<sup>52</sup>

Aunque en el fallo no se definió el concepto de ley de autoamnistía, el juez García Ramírez en su voto concurrente indicó que se trata de leyes “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos”,<sup>53</sup> y las distinguió de las amnistías “que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados”. En otro voto concurrente de este fallo, el juez Cançado Trindade negó el carácter de leyes a tales disposiciones de amnistías pues se trataba de “meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea esta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados”.<sup>54</sup>

El precedente establecido en Barrios Altos operó pues respecto a una ley de autoamnistía que fue aprobada sin mayor discusión por el Congreso constituido luego de que el propio Fujimori cerrara el anterior. Aunque la Corte IDH no enfatizó estas circunstancias en su sentencia, se trata de hechos muy relevantes para comprender el contexto en el cual esta fue dictada. Sin embargo, en los fallos posteriores que también conciernen a leyes de autoamnistía, la Corte advirtió que más que el hecho de que se trate de disposiciones dictadas por regímenes de facto para evitar la investigación y el juicio de sus propios crímenes, lo que fundamentalmente marca la

52 Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia del 14/03/2001, Serie C, núm. 75, párr. 44.

53 Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, 14 de marzo de 2001, párr. 10.

54 Voto concurrente del juez Cançado Trindade a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, párr. 7.

incompatibilidad de estos fallos con la Convención es su *ratio legis*, esto es, la amnistía de “graves hechos delictivos contra el derecho internacional”.<sup>55</sup>

En el caso *Gomes Lund*, relativo a la amnistía general dictada durante la dictadura militar en Brasil y que abarcaba tanto actos cometidos por el Estado como por las fuerzas opositoras, la Corte destacó que “la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo a las denominadas ‘autoamnistías’”.<sup>56</sup> Posteriormente, en el caso *Gelman*, la Corte reiteró la idea, esta vez en relación con la amnistía dictada en Uruguay que comprendía los delitos cometidos por funcionarios militares y policiales bajo el amparo de la dictadura. A diferencia de los casos anteriores, esta amnistía no solo fue dictada por el primer gobierno democrático conformado después de la dictadura, sino que además su derogatoria fue sometida en dos ocasiones a la decisión de la ciudadanía mediante mecanismos de democracia directa, sin que se obtuviera la mayoría necesaria para hacerlo. Pese a estas particularidades en cuanto al proceso de adopción y las condiciones de vigencia de esta amnistía, la Corte determinó que esta carecía de efectos en cuanto era incompatible con la Convención y resaltó que el hecho de que “haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”.<sup>57</sup>

Sin embargo, en el último pronunciamiento de la Corte se puede avizorar un punto de inflexión en el tratamiento del

55 Ver Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 120.

56 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, núm. 219, párr. 175.

57 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C núm. 221, párr. 238.

tema de las amnistías. En el caso de la Masacre de El Mozote *vs. El Salvador*, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre la compatibilidad de una ley de amnistía dictada en el marco de un acuerdo de paz para la terminación de un conflicto armado. Aunque en este fallo la Corte retomó su jurisprudencia precedente sobre la materia y declaró que la amnistía general dictada en El Salvador carecía de efectos jurídicos, también existen diferencias en la manera de enfocar el asunto y se sugieren ciertas particularidades en lo que respecta al alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en el marco de un proceso de justicia transicional orientado a la superación de un conflicto armado interno.

En lo que concierne al enfoque, la Corte resalta la especificidad del caso sometido a su consideración en tanto “se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno”.<sup>58</sup> Esta particularidad introduce dos novedades en la sentencia: la primera es que la Corte opta por analizar el caso también a la luz del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y del propio acuerdo de paz que puso fin al conflicto en El Salvador, el cual impuso al Estado la obligación de investigar y sancionar “al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”.<sup>59</sup>

Este marco de análisis fija una diferencia importante respecto a los análisis precedentes de la Corte IDH en materia de amnistías, pues no solo advierte la especificidad de las que han sido el resultado de un proceso de paz para darle fin a un conflicto armado, sino que además tiene en cuenta los acuerdos a los que lleguen las partes para lograr este propósito. En efecto, entre las consideraciones de la Corte para declarar la

58 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 284.

59 *Ibid.*, párr. 288.

incompatibilidad de la Ley de Amnistía con la Convención, resaltó que aquella “contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades”.<sup>60</sup> Esta referencia a los acuerdos de paz dentro del marco para el análisis de la legitimidad de una amnistía constituye un punto destacable en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues reconoce implícitamente el valor de la paz, y sugiere además la existencia de cierto margen de maniobra a los Estados en la definición de los instrumentos necesarios para asegurarla.

Pero adicionalmente, del fallo de El Mozote podría entenderse que en tal contexto de transición hacia la paz, el cumplimiento del deber no implica de manera necesaria investigar y juzgar a todos los responsables, y que eventualmente podría resultar admisible una estrategia de selección o priorización de casos. La Corte no advierte esto explícitamente en su fallo, pero queda sugerido por la inclusión del Acuerdo de Paz como uno de los parámetros de análisis sobre la legitimidad de la Ley de Amnistía. En el proceso de El Salvador, las partes llegaron a un primer acuerdo que llevó al establecimiento de una Comisión de la Verdad a la que se le encomendó el mandato de investigar los graves hechos de violencia y elaborar un informe final. La Comisión se concentró en investigar casos graves, así como aquellos que revelaran un patrón sistemático de violencia. Después de rendido el informe, se suscribieron los Acuerdos de Paz de Chapultepec y se expidió la Ley de Reconciliación Nacional en la cual se concedió una amnistía a quienes hubieran participado en la comisión de delitos políticos y conexos, pero se excluía a las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieran participado en graves hechos de violencia. Sin embargo, cinco días después de la presentación del informe de la Comisión, se aprobó la ley de amnistía general que cubría también a las personas señaladas en este como responsables de graves violaciones.

60 *Ibid.*, párr. 292.

Uno de los aspectos que destaca la Corte en su análisis es que

la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en El Salvador, imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de “la actuación ejemplarizante” de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición.<sup>61</sup>

Acto seguido la Corte advirtió que la ley de amnistía había dejado sin efecto lo que las propias partes habían acordado. Así, aunque la Corte no se detuvo a analizar si el modelo de juicios ejemplarizantes previsto en el Acuerdo de Paz sería compatible con la Convención, sí llama la atención que la Corte no contravirtiera su contenido en lo que respecta al tema de la investigación y juzgamiento de las graves violaciones, sino que antes bien lo tomara como referencia al sustentar la violación de la Convención.

Por su parte, en el importante voto concurrente planteado por el juez Diego García Sayán al fallo de El Mozote, al cual se adhirieron formalmente otros cuatro integrantes de la Corte IDH, hay un desarrollo importante en relación con la admisibilidad de penas alternativas en el marco de procesos de paz. En consonancia con la orientación del fallo, el voto concurrente comienza por señalar que “la situación anómala y excepcional de un conflicto armado no internacional genera que pueden contarse por millares los nombres de los victimarios y, especialmente, de las víctimas. Esa situación excepcional suele demandar mecanismos de respuesta también excepcionales”.<sup>62</sup> El voto reconoce que en esta situación se plantean altas exigencias “en la búsqueda de la armonización entre justicia pe-

61 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 284.

62 Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, párr. 22.

nal y paz negociada”,<sup>63</sup> lo cual solo puede hacerse a través de un juicio de ponderación. Según el voto,

en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz.<sup>64</sup>

La admisión de estándares diferenciados en materia de sanciones penales en procesos de paz se justifica porque con ellas se busca satisfacer un interés valioso y legítimo que es precisamente el logro de la paz. Según se indica en el voto, la “paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”.<sup>65</sup>

Este voto aclara además que la jurisprudencia sobre el deber diligente de investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos empezó en relación con contextos específicos de autoamnistías por dictaduras militares, y que por ello no puede ser aplicada de manera directa y mecánica a otros contextos. El voto concurrente matiza entonces la tesis, que se desprendería de una lectura literal y aislada del célebre párrafo de la sentencia de Barrios Altos, de que sería indefectiblemente contrario a la Convención cualquier dispositivo que llevara a que el Estado no castigara de manera proporcionada

63 *Ibid.*, párr. 26.

64 *Ibid.*, párr. 38.

65 *Ibid.*, párr. 37.

toda grave violación de los derechos humanos. El voto concurrente muestra que la situación es más compleja y requiere un análisis holístico, pues la obligación de investigar y sancionar violaciones graves de los derechos humanos no puede ser absolutizada ya que es no solo una obligación de medio sino que, además, en especial después de conflictos armados en donde han ocurrido masivamente violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario, ese deber del Estado puede competir con otras obligaciones del mismo Estado, como el deber de lograr la verdad, o de reparar a las víctimas, o de lograr la paz.

De modo más específico, el juez García Sayán advierte que el deber de investigar, juzgar y sancionar se compone de tres elementos, a saber: la investigación y esclarecimiento de los hechos, la identificación de las responsabilidades individuales y la aplicación de un castigo proporcional, y advierte que “aún cuando la aspiración de la justicia penal debe ser efectivizar satisfactoriamente estos tres ámbitos, si se dificulta la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos”.<sup>66</sup> De acuerdo con el voto concurrente, en contextos de transición a la paz, es posible pensar en estrategias de priorización de los casos más graves, así como en el uso de penas alternativas o suspendidas.<sup>67</sup>

La última jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia revela pues que las cuestiones relativas al alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar, así como de las condiciones de legitimidad de las amnistías y de la admisibilidad de criterios de selección y penas alternativas en contextos de transición de la guerra a la paz no están clausuradas y que pueden preverse desarrollos ulteriores sobre la materia.

66 *Ibid.*, párr. 28.

67 *Ibid.*, párrs. 29 y 30.

### Un argumento a favor de la admisibilidad de los criterios de selección y penas alternativas en el derecho internacional

Algunos autores sustentan la admisibilidad de las amnistías en procesos de transición de la guerra a la paz en la falta de certeza sobre la existencia de un deber internacional de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de los derechos humanos. Según esta perspectiva, como este deber solo existiría más allá de toda duda, respecto a los crímenes de genocidio, desaparición forzada y crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales, en los casos restantes no habría un límite internacional concluyente frente a la concesión de amnistías. Por ejemplo, Louis Mallinder señala que:

el deber de perseguir no parece por tanto proscribir las amnistías para todos los graves abusos de los derechos humanos, en tanto el derecho de los tratados no es lo suficientemente amplio como para cubrir todas las situaciones, y el deber de perseguir crímenes en contra de la humanidad bajo la costumbre internacional aún no está claramente establecido. (2007: 214)

En sentido similar, Michael Scharf ha planteado que

cuando las atrocidades ocurren durante un conflicto armado internacional, los Convenios de Ginebra imponen el deber de perseguir; cuando una violencia masiva es dirigida contra un grupo étnico, nacional, racial o religioso se impone el deber de perseguir; y cuando personas investidas de autoridad legal cometen actos de tortura en un país que es parte de la Convención contra la Tortura, la Convención impone el deber de perseguir. Cualquier amnistía conferida en estas *limitadas* circunstancias constituiría una violación al derecho de los tratados y sería controvertida en una variedad de foros nacionales e internacionales. (1996) (énfasis agregado)<sup>68</sup>

De este modo Scharf sugiere que por fuera de las hipótesis mencionadas, la concesión de amnistía podría resultar legítima. Sin embargo, tal como se argumentó en el primer aparta-

<sup>68</sup> Cabe anotar que el texto no se refiere a la Convención contra las Desapariciones Forzadas, pues fue publicado varios años antes de su adopción.

do, existen buenas razones para defender la formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar y, por tanto, se entiende que para el Estado colombiano, el deber en cuestión existe respecto de todas las graves violaciones de los derechos humanos. Pero esto no significa que en el marco de un proceso de justicia transicional en el que existen limitaciones fácticas y deberes en tensión, el Estado esté en la obligación de judicializar e imponer un castigo proporcional a todos los partícipes en la comisión de todas las graves violaciones de los derechos humanos, so pena de comprometer su responsabilidad internacional.

En su lugar, en este apartado final se argumentará que, especialmente en el marco de una transición negociada hacia la paz, una fórmula transicional que combine estrategias de persecución penal de algunos casos y algunos responsables, con mecanismos extrajudiciales para el esclarecimiento de la verdad y la reparación, así como distintas formas de castigo —desde penas de prisión reducidas hasta penas alternativas o suspendidas bajo el cumplimiento de ciertas condiciones— no comportaría un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

La base de este argumento es el reconocimiento de que en transiciones de la guerra a la paz existen deberes estatales que entran en tensión y que, en estos casos, la mejor alternativa es tratar de armonizarlos, en lugar de optar por el cumplimiento pleno de uno de los deberes en detrimento de los otros. En este sentido, la distinción conceptual entre reglas y principios, y el método de la ponderación, resultan ser piezas adecuadas para afrontar los dilemas y las complejidades que plantea una transición.

Siguiendo el planteamiento de Robert Alexy, “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas ‘mandatos definitivos’”

(1994: 75). El autor ha precisado además que “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese medida, pueden siempre ser solo incumplidas o cumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (Alexy 1988: 143). Por el contrario, los principios son entendidos como mandatos de optimización “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy 1993: 86).<sup>69</sup> De conformidad con dichos conceptos, resulta más acertado considerar la norma que establece el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos como un principio, no como una regla.

A grandes rasgos, es posible identificar al menos dos criterios para determinar si una norma jurídica es una regla o un principio. Se trata de criterios que pueden resultar complementarios, pero que no son acumulativos puesto que más bien reflejan distintas aproximaciones teóricas. Por un lado, se ha indicado que la diferencia radica en la estructura lógica o la formulación lingüística de las normas, concretamente en el nivel de indeterminación de sus condiciones de aplicación (Atienza y Ruiz 1991: 108) o en la posibilidad del cumplimiento gradual de la conducta prescrita (Lopera 2004: 230 y ss). Así, una norma jurídica será una regla si sus condiciones de aplicación son cerradas o la conducta prescrita no admite un cumplimiento gradual, mientras que será un principio si sus condiciones de aplicación son abiertas o la conducta prescrita admite un cumplimiento gradual.

De otro lado, es posible entender que la formulación lingüística de las normas jurídicas puede ser indicativa de su carácter como principio o regla, pero que la diferencia no radica finalmente en una propiedad intrínseca de aquellas, sino que está mediada por las circunstancias particulares en las cuales deben ser aplicadas. Según esta perspectiva,

<sup>69</sup> Ver también al respecto las sentencias C-713 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-1287 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino solo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo. (Lopera 2004: 235)

De modo más específico, se advierte que esta calificación

respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, cierto tipo de decisiones jurídicas, los así llamados “casos difíciles”, requieren que las normas que suministran razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un “deber ser definitivo o real”, esto es, como reglas, sino como portadoras de un “deber ser ideal o *prima facie*”, es decir, como principios. (Lopera 2004: 234)

En el caso del deber de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos y al DIH, tanto la estructura lingüística de la norma, como las circunstancias concretas de su aplicación determinan que estamos ante un principio y no ante una regla. En primer lugar, el deber en cuestión es un deber de medio, y no una obligación de resultado. En efecto, el cumplimiento del deber se determina en función de la debida diligencia del Estado en investigar las graves violaciones de los derechos, incluso si pese a haber realizado los mayores esfuerzos posibles no logra finalmente esclarecer los hechos, identificar a todos los responsables y sancionarlos. En este sentido, el deber de investigar, juzgar y sancionar no es una norma del tipo todo o nada, como lo son las reglas, sino que admite un cumplimiento gradual, que se mide en virtud de las acciones que despliegue el Estado para lograr el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Como argumentaremos en la segunda parte del texto, bajo las condiciones especiales de un proceso de transición hacia la paz, el estándar de debida diligencia puede incluso justificar la renuncia a la acción penal en ciertos casos, con miras a lograr los mejores resultados posibles en términos de esclarecimiento e identificación de los responsables.

En segundo lugar, el contexto particular en el que se inscribe la discusión sobre el alcance del deber de investigar y

juzgar está definido por un marco de tensiones normativas, las cuales determinan que inevitablemente nos encontremos ante un caso difícil. En efecto, al contexto excepcional de la justicia transicional le es inmanente la colisión entre intereses y expectativas igualmente valiosas en una sociedad: por un lado, el deber de investigar y juzgar las graves violaciones cometidas en el marco del conflicto que se pretende superar, y por el otro lado, el deber de alcanzar la paz y asegurar la estabilidad democrática. Si se interpreta el primero de estos deberes al margen de las condiciones específicas de la justicia transicional y se asume que se trata de un mandato definitivo, en últimas se está optando *prima facie* por la prevalencia del primer deber sobre el segundo, sin haber sometido la decisión a un necesario ejercicio de ponderación. Es importante resaltar además que el deber de investigar y juzgar no solo debe ser ponderado frente al deber de asegurar la paz, sino también frente a los propios derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, pues si el primero se asume como un deber absoluto, se corre el riesgo de que el Estado desatienda el cumplimiento de los deberes en materia de reparación y verdad.

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional ha señalado que el método de ponderación es el apropiado para afrontar las tensiones particulares de la justicia transicional, “por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber: la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas”.<sup>70</sup> Según la Corte,

el logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable.<sup>71</sup>

70 Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, y Clara Inés Vargas Hernández.

71 *Ibid.*

Resulta entonces claro que la propia jurisprudencia de la Corte respalda que el deber de investigar y juzgar tiene la naturaleza de principio cuando opera en el contexto de la justicia transicional.

Lo anterior se refuerza además con la jurisprudencia de la Corte que reconoce que la mayoría de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen la naturaleza de principios y no de reglas pues

los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.<sup>72</sup>

Según la Corte, solo en casos excepcionales la Constitución definió derechos fundamentales bajo la forma de reglas, por ejemplo, al establecer la prohibición de la pena de muerte (CP, art. 11), la proscripción de la tortura (CP, art. 12) o el principio de legalidad de la pena (CP, art. 29).<sup>73</sup> Pero en la mayoría de casos, “los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones”,<sup>74</sup> pues “más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro”.<sup>75</sup> Esta jurisprudencia sobre derechos fundamentales resulta relevante en este caso en tanto el deber de investigación y juzgamiento se sustenta básicamente en un derecho fundamental que es el derecho de las víctimas a acce-

72 Corte Constitucional, sentencia C- 578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

73 Ver Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*

der a un recurso efectivo que, como tal, es un principio que admite ser ponderado y que tendrá por tanto una dimensión de peso distinta de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Una crítica que se hace de esta propuesta es que confunde herramientas y debates propios del derecho constitucional (como el debate sobre la diferencia entre reglas y principios, o el de ponderación) con la aplicación de normas de derecho internacional. Es decir, la crítica aduce que la metodología de la ponderación usada en derecho doméstico no es de recibo en la interpretación del derecho internacional. Esta postura, sin embargo, no parece estar sustentada normativamente, así como tampoco en el entendimiento y la práctica actuales del derecho internacional. Así lo demuestra, por ejemplo, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre el tema de la expansión y fragmentación del derecho internacional general. En su informe final, redactado por el Relator Martti Koskeniemi, expresamente se reconoce la importancia para la solución de conflictos normativos en derecho internacional de la distinción entre reglas y principios, así como llama al uso de mecanismos de armonización en caso de controversias entre principios (ONU, International Law Commission 2006: párrs. 25 y ss).<sup>76</sup> Siguiendo la misma lógica, tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado metodologías de decisión judicial basadas en la ponderación, cercanas a las utilizadas por tribunales constitucionales en casos de conflictos entre principios, como puede ser constatado en el caso *Kimel vs. Argentina* y, más recientemente, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.<sup>77</sup>

76 Ver nota 24.

77 Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177; Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C, núm. 257.

De conformidad con lo anterior, la consecuencia inmediata que se deriva de que una norma jurídica tenga la naturaleza de principio es que la definición de su alcance se determina en cada caso concreto en función de las posibilidades tanto fácticas como jurídicas, lo cual solo puede determinarse a partir de un ejercicio de ponderación.<sup>78</sup> Ahora, como se trata de hacer un balance entre los distintos deberes y valores en juego, de tal modo que se llegue a la satisfacción óptima de cada uno, es posible concluir que los modelos extremos tendrían que ser descartados pues estos necesariamente se sustentan en la absolutización de alguno de los principios por ponderar. En este sentido, un modelo de judicialización y castigo pleno resulta tan impropio como uno de amnistías totales e incondicionales.<sup>79</sup>

Entre esos dos extremos es posible concebir múltiples modelos, todos los cuales podrían tener cabida bajo la fórmula general prevista en el Marco Jurídico para la Paz. El modelo límite que resultaría admisible según este Marco, contemplaría la realización de juicios penales solo contra los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y podría culminar con la imposición de una pena alternativa a la prisión o con una suspensión de la pena. Para los casos restantes, el modelo admitiría la renuncia condicionada a la acción penal. En ambos casos —el de los máximos responsables de los crímenes seleccionados y el de los responsables de crímenes no seleccionados o de partícipes en graves crímenes pero con menor grado de responsabilidad—, la concesión de beneficios —penas alternativas o suspendidas en un caso, amnistías en

78 Para una perspectiva similar sobre la caracterización del deber de investigar, juzgar y sancionar como principio sujeto a ponderación, ver Ambos (2009).

79 Se trata de las denominadas amnistías amnésicas, según la útil tipología planteada por Robert Slye (2002). De acuerdo con el autor, estas se caracterizan porque no hay restricciones a las conductas que cobija y, si las hay, son mínimas; los beneficiarios usualmente no son individualizados y los motivos de sus acciones no son considerados; no se impone ningún tipo de exigencia a los beneficiarios y no contemplan ninguna medida a favor de las víctimas.

el otro— estaría sujeta al cumplimiento de condiciones como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente.

Pero el acabado de describir sería solo uno de los modelos posibles. También podría concebirse una fórmula que amplíe el rango de los crímenes, de tal modo que incluya todas las graves violaciones de los derechos humanos, aunque se concentre solo en los máximos responsables, y en la que los procesos penales culminen con la imposición de una pena privativa de la libertad reducida. O podría implementarse un modelo que implique someter a un proceso penal a todos los partícipes en la comisión de ciertos crímenes graves y representativos, pero que al final no se imponga un castigo efectivo de prisión.

Aparte de las fórmulas sugeridas, múltiples variaciones resultarían posibles. Resulta sin embargo difícil anticipar, con pretensiones generales, cuál sería la fórmula concreta que satisfaría los estándares internacionales, máxime si se tienen en cuenta los claroscuros que aún persisten al respecto. De hecho, es incluso difícil plantear la existencia de una única fórmula válida, pues esto implicaría descontextualizar la cuestión, cuando precisamente la ponderación entre los distintos deberes en juego y de cara a las limitaciones fácticas exige ubicarla en un contexto particular. Y por ello, el hecho de que un país asuma una determinada fórmula para cumplir con su obligación de sancionar graves violaciones de los derechos humanos, y que esta sea considerada admisible por la comunidad internacional no debe ser entendido como un precedente rígido, de suerte que todos los otros países que enfrentan transiciones deban usar la misma fórmula, por la sencilla razón de que los contextos son diversos. Y una determinada fórmula de selección y penas alternativas puede ser admisible para lograr la salida de un tipo de conflicto en el país A pero para el contexto del país B esa misma fórmula puede ser considerada violatoria de las obligaciones internacionales de ese Estado B.

De este modo, surge una nueva pregunta: a partir de la base de la admisibilidad de una política de selección y aplicación de penas alternativas en un proceso transicional orientado a la terminación de un conflicto armado de larga duración, ¿qué fórmula de selección y de uso de mecanismos de punición podría resultar más ajustada a los estándares internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso colombiano? En el siguiente capítulo se intentará ofrecer una reflexión alrededor de esta pregunta.

## Capítulo 2

### Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros

**Ante un problema complejo** que plantea varios dilemas es difícil encontrar soluciones perfectas. No queda entonces sino buscar alternativas que procuren satisfacer, en la mayor medida posible, las expectativas jurídicas, políticas y éticas que están en juego en un proceso orientado a la superación de un conflicto armado prolongado. El objetivo de este capítulo es proponer una fórmula jurídica para enfrentar las tensiones y los dilemas que genera la pregunta acerca de qué hacer con los crímenes cometidos en el marco del conflicto. Para tal efecto, en primer lugar se expondrá la perspectiva teórica a partir de la cual se hará la propuesta que corresponde al enfoque holístico de justicia transicional. En segundo lugar, se presentará una reflexión sobre el papel de los juicios penales y el castigo en la transición colombiana de la guerra a la paz. Finalmente, se propondrá una fórmula para la selección judicial de crímenes y responsables, y el uso del componente retributivo en el caso colombiano.

**El punto de partida: un enfoque holístico de justicia transicional**

Los dilemas que enfrenta la justicia transicional están en gran medida relacionados con la paradójica relación que experimentan las sociedades en procesos de transición con el pasado y el futuro. Por un lado, es necesario facilitar el momento de la transición y asegurar su estabilidad en el tiempo, es decir, empezar a desprenderse del pasado; por el otro, es preciso procurar el remedio de aquellos que padecieron el horror y

reedificar una sociedad sobre bases más sólidas de respeto a los derechos, lo cual no parece posible sin hurgar en ese pasado que pretende dejarse atrás. Tratándose de transiciones como la colombiana, en la que el objetivo es la superación del conflicto armado y la consolidación de una sociedad en la que impere el respeto de los derechos humanos, una de las formas en las que este dilema se concreta es en la necesidad de buscar un equilibrio entre las condiciones reclamadas por los actores armados para entregar las armas y reincorporarse a la vida civil y las exigencias de las víctimas de estos actores por el respeto a sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Dependiendo de la manera en que las sociedades responden a tal dilema es posible identificar distintos tipos de transiciones. En un estudio previo, uno de los autores de este texto (Uprimny 2006: 21 y ss.) propuso una tipología ideal para clasificarlas en función del peso que se otorgaba al castigo de los victimarios y la garantía de los derechos de las víctimas.<sup>1</sup> Se identificaron así cuatro modelos: el de perdones amnésicos, el de transiciones punitivas, el de perdones compensadores y el de perdones responsabilizantes. Los dos primeros son modelos extremos: el de perdones amnésicos define la balanza en favor de la concesión de beneficios a los victimarios sin ningún tipo de consideración por los derechos de las víctimas, siendo entonces su instrumento típico la amnistía general; por su parte, el de transiciones punitivas pone el énfasis en el castigo de los victimarios, por lo cual su instrumento por excelencia es el de los juicios penales. En medio de estos dos se ubican el modelo de perdones compensadores que combina la concesión de amnistías generales con algunas medidas extrajudiciales para la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas; y el modelo de perdones responsabilizantes que incluye también este tipo de medidas extrajudiciales, pero contempla amnistías parciales y condicionadas, es decir, pre-

1 La tipología propuesta en esa oportunidad guarda importantes semejanzas con las propuestas por otros autores como Slye (2002) y Simon (2003).

vé juicios penales para algunos crímenes. Como puede advertirse, los dos primeros modelos resuelven el dilema de la transición a favor de uno de los valores en juego —la paz en el primero, la justicia en el segundo—, mientras que los otros dos procuran proponer fórmulas de equilibrio entre estos.

Estos tipos ideales de transición pueden a su vez ser relacionados con distintos enfoques de justicia transicional. Siguiendo a Olsen, Payne y Reiter (2010), es posible identificar cuatro grandes aproximaciones teóricas en este campo, las cuales se definen en atención al tipo de mecanismo que privilegian para avanzar hacia la consolidación de la democracia y los derechos humanos en un contexto transicional. El primero es un enfoque maximalista que reivindica la justicia retributiva y, por tanto, los juicios penales como el instrumento por excelencia para una transición exitosa. De acuerdo con esta aproximación, la realización de juicios penales no solo es un imperativo legal, sino que es necesaria para disuadir la comisión de futuras violaciones, afianzar la vigencia del derecho y evitar la justicia privada. En contraste, el segundo, el enfoque minimalista, privilegia la concesión de amnistías como un mecanismo para garantizar la estabilidad necesaria a fin de avanzar en la consecución de los fines de las transiciones. El tercero, el enfoque moderado, cuya piedra angular es la justicia restaurativa, exalta el papel de mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas como las comisiones de la verdad, pues reconoce que la justicia retributiva puede obstaculizar la transición, pero al mismo tiempo advierte la necesidad de que exista algún tipo de atribución de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que pretenden ser superadas. Finalmente, el cuarto es un enfoque holístico que promueve la articulación de los distintos mecanismos judiciales —juicios penales y amnistías— y no judiciales —comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación—, bajo la consideración de que ningún instrumento es suficiente por sí mismo para satisfacer las complejas demandas que se plantean en un proceso de transición.

En la última década el enfoque holístico ha alcanzado un considerable nivel de aceptación. En su informe del 2004 sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición, Naciones Unidas advirtió que “cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores” (ONU, Consejo de Seguridad 2004: párr. 26). En la misma línea, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición abogó en su primer informe por un enfoque global como la mejor alternativa para satisfacer las distintas dimensiones de la justicia transicional. Según el Relator,

La práctica ha demostrado que las iniciativas aisladas y fragmentarias de enjuiciamiento no acallan la demanda de otras formas de justicia distintas del mero enjuiciamiento. No es algo que ocurra solo con la justicia penal. Lo mismo puede decirse de todas las demás áreas de acción del mandato. Si se desarrollan en forma aislada, ni siquiera los procesos más rigurosos de búsqueda de la verdad son equiparados a justicia, ya que la revelación de la verdad no satisface plenamente la necesidad de una reparación adecuada. La justicia no solo obliga a conocer los hechos sino que también requiere actuar sobre la verdad descubierta. Del mismo modo, las reparaciones sin enjuiciamiento, la búsqueda de la verdad o la reforma institucional son fácilmente interpretables como intentos de comprar la aquiescencia de las víctimas. Por último, las medidas de reforma de las instituciones, como la investigación de antecedentes y depuración del personal también resultarán insuficientes a falta de los demás mecanismos, tanto para hacer frente a las violaciones como para garantizar que no se repitan. (ONU, Asamblea General 2012: párr. 23)

Y en el ámbito nacional, la Comisión Asesora de Política Criminal también se ha alineado con este enfoque al recomendar que

en el caso colombiano, habida cuenta de la magnitud y complejidad del problema por resolver después de casi cincuenta años de conflicto armado interno, así como de la ponderación necesaria entre los

valores de la justicia y la paz, [...] el modelo de justicia posconflicto que deberá acompañar eventuales negociaciones futuras entre el Estado y las guerrillas, deberá ser un modelo holístico que integre, entre otros, dispositivos de castigo, verdad y memoria, reparación integral y aun, reformas institucionales. (Comisión Asesora de Política Criminal 2012: párr. 231)

La fortaleza del enfoque holístico o integral se debe a que reconoce tanto las bondades como las limitaciones de cada uno de los instrumentos de justicia transicional, y a partir de esto procura la búsqueda de fórmulas que permitan aprovechar sus ventajas, así como reducir sus riesgos y suplir sus limitaciones. De hecho, la necesidad de combinar distintos instrumentos viene dada por la misma multiplicidad de fines a los que apunta la justicia transicional, así como por el campo de tensiones en el cual está inserta.

Los juicios penales y el castigo de los perpetradores de las graves violaciones juegan un papel definitivo en el reproche social de conductas inaceptables y, por tanto, en la afirmación del respeto de los derechos humanos sobre el cual pretende asentarse una sociedad en transición. Tal como lo dijo Martha Minow, “la labor de los tribunales ofrece rituales de responsabilidad y de reconocimiento público al desafiar el olvido forzado y la impunidad” (2011: 95). Igualmente, una de las funciones generales de la justicia retributiva, que es la de evitar la justicia por mano propia, adquiere un lugar destacado en contextos transicionales de la guerra a la paz pues contribuye a la estabilidad de la transición al desalentar eventuales ciclos de venganza y reducir el campo de juego de posibles saboteadores de los acuerdos.

Sin embargo, los juicios penales y el castigo también ponen obstáculos a las transiciones y tienen limitaciones frente al cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional. De un lado, una visión maximalista de justicia retributiva desincentiva las posibilidades de terminar un conflicto armado por la vía negociada, con lo cual puede terminar evitando la propia transición. De otro lado, aunque los juicios penales no solo

aportan a la satisfacción del derecho a la justicia, sino que contribuyen en términos de reparación, verdad y garantías de no repetición, lo cierto es que su alcance en estos últimos aspectos es más limitado que el que proporcionan otros mecanismos. En efecto, el castigo de los victimarios tiene en sí mismo una dimensión reparadora como medida de satisfacción para las víctimas, juega un papel disuasivo frente a la comisión de violaciones futuras en razón de la función de prevención general que se atribuye a las penas, y además los juicios penales aportan a la verdad en tanto contribuyen a esclarecer crímenes y a identificar los responsables. Pese a esto, se trata de un mecanismo muy incompleto, menos expedito y costoso para la garantía de los derechos de las víctimas, por lo cual necesariamente no solo tiene que ser complementado con otros, sino que, en un contexto de recursos escasos, debe determinarse cuál debe ser su justo alcance de cara a otros mecanismos.

En materia de reparación, el castigo solo aporta a uno de sus componentes, que es la satisfacción, pero en términos de compensación, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición los procesos penales aportan muy poco, pues en realidad se trata de instrumentos cuyo foco de atención es la conducta que causó el daño a la víctima, más que el daño, y la atribución de responsabilidad al victimario, más que la atención integral de la víctima. En este sentido, para una reparación efectiva son necesarios mecanismos cuyo foco de atención sean las víctimas, y en esto los programas integrales de reparación resultan claramente superiores a los procesos penales. Igualmente, en términos de garantías de no repetición, el poder disuasivo de la pena es muy inferior respecto a las posibilidades que ofrecen las medidas de depuración institucional, los programas de reincorporación de excombatientes y los mecanismos de seguimiento al cumplimiento de los acuerdos de terminación del conflicto. Y en términos de verdad, la que surge de los procesos judiciales corre el riesgo de ser fragmentaria e insensible a las expectativas de las víctimas, pues como se señaló, aquellos se centran en la determinación

de la responsabilidad penal de los culpables por la vía de un procedimiento que puede llegar a ser técnicamente engorroso y costoso en relación con sus resultados.<sup>2</sup> Por esta razón, mecanismos como las comisiones de la verdad, que pueden ser más expeditas y aportar a la construcción de una verdad más comprensiva y estructural, resultan aconsejables.

Pero así como un enfoque centrado en los juicios penales y el castigo es insuficiente, un proceso transicional que prescindiera de este componente también lo es. De hecho, la evidencia empírica disponible muestra que los resultados más exitosos en términos del mejoramiento de la situación de derechos humanos y la democracia en países que han atravesado por transiciones de la dictadura a la democracia se ha dado en aquellos que han incluido juicios penales, en combinación con medidas de amnistías e indultos. Así lo muestra el estudio reciente de Olsen, Payne y Reiter, basado en la información sobre el uso de cinco mecanismos de justicia transicional —juicios penales, comisiones de la verdad, amnistías, reparaciones e instrumentos de depuración— en todos los países del mundo que experimentaron transiciones de regímenes autoritarios a democracias en el periodo comprendido entre 1970 y 2007. Estos datos fueron contrastados con la información de índices internacionales sobre derechos humanos y democracia para identificar cambios en los resultados de los puntajes asignados a los países entre el momento de la transición y la década posterior a esta. Los autores concluyeron que las medidas de justicia transicional tienen en general un efecto positivo en el mejoramiento de los resultados de los Estados en materia de derechos humanos y democracia, pero que ninguno de los mecanismos por sí mismos tiene tal efecto, sino que es el producto de las siguientes combinaciones: i) juicios y amnistías, y ii) juicios, amnistías y comisiones de la verdad (Olsen, Payne

<sup>2</sup> Sobre las limitaciones y potencialidades de la verdad judicial y de las comisiones de la verdad en procesos transicionales ver Uprimny y Saffon (2006: 155 y ss.).

y Reiter 2010: 991 y ss.). Aunque esta evidencia no se refiere a transiciones del conflicto armado a la paz, en todo caso sugiere que en contextos de violaciones masivas de los derechos humanos que caracterizan tanto a regímenes represivos como a conflictos armados degradados, un nivel de reproche penal frente a los responsables de tales violaciones es un componente necesario para reedificar una sociedad democrática fundada realmente en el respeto de los derechos humanos.

Existen pues razones para defender un enfoque holístico en materia de justicia transicional. Sin embargo, pese a que es claro que el principio de este enfoque es el uso articulado de distintos instrumentos, no existe una fórmula única respecto a cómo debe ser esta articulación, pues esta depende en gran medida de las condiciones particulares del contexto en el cual se pretende implementar. En todo caso, sí es posible advertir algunos pilares básicos del enfoque holístico que constituyen, por tanto, un punto de partida para la definición de fórmulas específicas.

Alexander Boraine (2006), uno de los promotores de este enfoque, ha indicado cinco pilares de este. El primero es que los responsables de las violaciones de los derechos humanos deben ser sancionados tanto como sea posible en atención a las limitaciones fácticas y políticas. El segundo es la recuperación de la verdad a través de la documentación y el análisis de las estructuras y los métodos utilizados por los perpetradores de las violaciones teniendo en cuenta el contexto social, político y económico en el cual ocurrieron. Esta reconstrucción debería tener en cuenta las distintas dimensiones de la verdad: en primer lugar, la determinación de los hechos a través de evidencia empírica y objetivamente verificable (verdad factual, objetiva o forense); en segundo lugar, los relatos de las víctimas y perpetradores (verdad personal o narrativa); en tercer lugar, la verdad construida a partir del diálogo y el debate público entre distintos actores de la sociedad (verdad social o dialógica), y en cuarto lugar, la verdad como experiencia específica de reparación, que no solo implica esclarecimiento,

sino reconocimiento de la responsabilidad (verdad sanadora y restaurativa). El tercer pilar es la reconciliación que, en el caso de la transición de un conflicto armado a la paz, involucra principalmente la reintegración de los excombatientes a la vida civil. No se trata en este caso de olvidar y esconder, tampoco de perdonar, sino más bien de reconocer y admitir la existencia del otro como constitutiva de la comunidad política. El cuarto pilar es la reforma institucional que extiende los mecanismos de rendición de cuentas de los individuos a las instituciones. Por supuesto, estos mecanismos deben conducir a la reestructuración de estas, pues de otro modo no resulta posible reconstituir las sociedades sobre una base creíble de respeto por los derechos. Finalmente, el quinto pilar son las reparaciones, las cuales constituyen “la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado para remediar los daños que [las víctimas] han sufrido” (p. 24).

Los anteriores criterios generales no delimitan una fórmula definitiva, pero sí arrojan luces respecto a la orientación que debe tener el balance entre los distintos fines e instrumentos que están en juego en un proceso de transición. Tomando como punto de partida este enfoque holístico, es decir, al reconocer que el papel y el alcance de cada instrumento transicional debe definirse de cara a su mejor articulación con los otros mecanismos, la cuestión a la que intentaremos dar respuesta en las siguientes páginas es cuál debería ser la dimensión de los juicios penales y del castigo punitivo en un proceso como el colombiano que apunta a la superación del conflicto armado por la vía de la negociación.

### **El papel de los juicios penales y el castigo en la transición colombiana de la guerra a la paz**

Tal como se indicó en el primer capítulo de este documento, la concesión de amnistías generales e incondicionadas está proscrita por el marco jurídico internacional. Adicionalmente, como se planteó en el anterior apartado, ni el enfoque mini-

malista ni el moderado —bajo los cuales resultaría plausible la concesión de tal tipo de amnistías— constituyen modelos adecuados para enfrentar los desafíos propios de un contexto transicional. No debe perderse de vista que la terminación del conflicto armado es un fin a corto plazo, pero que en una perspectiva temporal más amplia es también un medio para el logro de un fin aún mayor, que es asegurar la convivencia pacífica en el marco de una sociedad democrática que se funde en el respeto de los derechos humanos. Por las razones ya esbozadas, un grado de reproche penal es conveniente para asegurar los fines que en el mediano y largo plazo se persiguen con la justicia transicional. Así, reconociendo también la inconveniencia e impracticabilidad de un enfoque maximalista, la cuestión no es entonces si juzgar o no hacerlo, o si castigar o no, sino en qué medida hacerlo.

La respuesta a esta cuestión implica abordar dos asuntos distintos, pero interconectados. El primero es acerca de lo que se puede hacer y el segundo acerca de lo que se debe hacer. El primero se refiere a las condiciones fácticas de posibilidad —¿qué tanto se puede razonablemente juzgar y castigar?— e implica por tanto analizar las restricciones que el mundo de la vida impone a esta alternativa; mientras que el segundo interroga por el horizonte normativo que, de cara a las limitaciones fácticas y en diálogo con ellas, define qué sería lo aconsejable en el marco de un modelo holístico de justicia transicional —¿cuál debería ser el alcance de los juicios y del castigo y, en contraste, de los beneficios penales y las amnistías?—. Este segundo asunto implica entonces ahondar en lo que razonablemente cabe esperar de los juicios penales en un contexto de transición y en el mejor modo en el que pueden articularse con las otras dimensiones de la justicia transicional. De estos dos asuntos nos ocuparemos a continuación. A partir de estas consideraciones generales sobre el papel de los juicios penales y del castigo en un contexto de transición, en la última parte del texto procederemos a proponer algunos criterios para el tratamiento judicial de los actores armados que eventualmen-

te opten por hacer parte de mecanismos de transición como resultado de un acuerdo de paz.

### ¿Qué tanto se puede razonablemente juzgar y castigar?

En un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos ocurridas en un conflicto armado de larga duración, cuya terminación se busca por la vía del acuerdo, la justicia retributiva se enfrenta a dos obstáculos fácticos: de un lado, la negativa de los combatientes a dejar las armas a cambio de la cárcel y, del otro, la incapacidad del sistema judicial de investigar y juzgar todas las violaciones y todos los responsables en un plazo razonable.

La judicialización total y el castigo proporcionado resultan impensables de cara a una negociación de paz en la cual la lógica es que las partes hagan concesiones mutuas. La entrega de las armas y el compromiso de reintegrarse a la vida civil no es una concesión de poca monta, así que, en respuesta, el Estado se ve compelido a asegurar las condiciones para que tal concesión sea posible, y eso necesariamente pasa por el otorgamiento de beneficios penales y de garantías de seguridad jurídica para los desmovilizados. La alternativa del juzgamiento y el castigo pleno solo resulta posible en el escenario de la guerra y de cara a la derrota militar. Sin embargo, en un conflicto armado en el que la violencia es el estruendoso síntoma de un problema social y político no resuelto, la terminación del conflicto por la vía de la negociación es, como lo dijo el juez García Sayán de la Corte IDH, “una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario”.<sup>3</sup>

No es, sin embargo, posible establecer *a priori* el alcance de la restricción que el campo de la negociación política impone al deber jurídico de investigar, juzgar y sancionar, pues esta

3 Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, voto concurrente, párr. 37.

depende no solo de la disposición de las partes que están en la mesa de negociación, sino del clima político que ambienta el proceso, que entre otras cosas incluye también los reclamos que, desde el horizonte normativo, plantean distintos actores como las víctimas, las organizaciones de derechos humanos, la academia y otros. Es decir, aunque es claro que el mundo de la política impone una restricción fáctica al deber en cuestión, no lo gobierna por entero.

La otra restricción tiene que ver con la capacidad del sistema judicial para investigar y juzgar todas las violaciones de los derechos humanos y todos los responsables. Es una idea extendida que ningún sistema judicial, dotado de recursos razonables, puede tramitar millares de violaciones. Incluso Naciones Unidas, en su informe del 2004 sobre el Estado de derecho y la justicia de transición, reconoció que:

a la postre, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social. (ONU, Consejo de Seguridad 2004: párr. 46)

En el caso colombiano, como lo muestra el reciente informe del Grupo de Memoria Histórica “¡Basta ya!”, la complejidad y magnitud de las violaciones de los derechos humanos en el marco del conflicto armado han desbordado la capacidad de respuesta de las instituciones judiciales, débiles y asediadas. Muchas de las fórmulas ensayadas en la década de los ochenta para enfrentar la situación fracasaron estruendosamente, como sucedió con la jurisdicción de orden público y con la justicia sin rostro, que se concentraron en los delitos de muy bajo impacto —los más fáciles de procesar— y que además lo hicieron al costo de desmejorar las garantías procesales. Como lo indica el informe, ha habido avances, sobre todo a partir de la creación de la Fiscalía General de la Nación y de su Unidad de Derechos Humanos. Sin embargo, pese a los intentos de modernización del aparato judicial criminal,

la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos sigue siendo un problema estructural en Colombia (Grupo de Memoria Histórica 2013).

Las dificultades del aparato judicial para enfrentar la enorme cantidad de las violaciones de los derechos humanos se ha puesto de manifiesto con la implementación de la Ley de Justicia y Paz. A la fecha de publicación de este texto, luego de ocho años de vigencia de la Ley 975, solo se habían dictado 14 sentencias condenatorias frente a un total de 4400 postulados (Grupo de Memoria Histórica 2013: 246). De acuerdo con el Grupo de Memoria Histórica,

en las actuales condiciones es imposible judicializar adecuadamente a los postulados por el gobierno nacional a ser beneficiarios de la pena alternativa. Los cálculos más optimistas [...] hablan de varias décadas de trabajo para lograr cumplir con el objetivo de una completa judicialización. Los menos optimistas hablan de una tarea de varios siglos. (p. 246)

La Fiscalía igualmente ha reconocido que de las 14 sentencias proferidas, ninguna ha sido contra “quien ostentara la doble condición de máximos responsables y miembros representantes”, y que

no atienden con suficiencia hechos criminales que reflejen patrones de macro-criminalidad y macrovictimización, que permitan consolidar aspectos esenciales de reconstrucción histórica de los hechos cometidos en el orden geográfico, político, económico y social, incluyendo la descripción de estrategias de la organización delictiva, sus dinámicas locales, regionales, nacionales, aspectos logísticos, *modus operandi*, actores públicos y privados, entre otros. (Unidad Nacional de Fiscales 2012)

Como mostraremos en la última parte de este texto, esta situación condujo a la Unidad de Justicia y Paz a definir un plan de priorización de casos que permitiera focalizar estratégicamente las investigaciones criminales. Como lo muestra la experiencia reciente, y como lo reconocen incluso organismos internacionales como Naciones Unidas, la pretensión de juzgar todos los crímenes cometidos en el marco del conflicto desbordaría la capacidad del sistema judicial.

### ¿Qué tanto se debería juzgar y castigar?

En un horizonte holístico de justicia transicional, la cuestión normativa sobre el nivel de persecución penal y castigo implica determinar, por un lado, cuáles son los aportes específicos que la justicia retributiva puede hacer para satisfacer los fines de una transición y que no pueden ser satisfechos por otros mecanismos, y por otro lado, cuál podría ser el grado óptimo de judicialización y castigo para potenciar y no entorpecer los otros mecanismos transicionales. Para atender estas cuestiones resulta conveniente separar dos niveles de análisis que comúnmente se suelen englobar cuando se habla de justicia retributiva: el proceso penal y el castigo. Aunque usualmente estas dos dimensiones están unidas, un juicio que culmina en una sentencia condenatoria no conduce de manera indefectible a la imposición de la pena, pues se puede considerar, por ejemplo, que esta es innecesaria. En este sentido, es importante distinguir las funciones que cumple un proceso penal de aquellas que cumple el castigo. En el contexto de la posible transición en Colombia, la distinción se justifica aún más porque el propio Marco Jurídico para la Paz admite que no se haga efectivo el castigo una vez concluido el juicio, o que se impongan penas alternativas a la prisión. Es preciso entonces preguntarse por el sentido de un juicio sin castigo.

Empecemos entonces con el tema de los juicios. Más allá de allanar el camino hacia la eventual imposición de un castigo, ¿qué puede aportar un proceso penal en un contexto de transición que no pueda ser alcanzado mediante otros mecanismos? Es posible identificar al menos dos contribuciones destacadas: la primera es que los juicios penales proporcionan certeza, más allá de la duda razonable, sobre la ocurrencia de un hecho y permiten individualizar a sus responsables. La segunda es su aptitud particular para poner en escena la atrocidad masiva (Restrepo 2013: 14).

En la medida en que los juicios penales se componen de una serie de etapas y procedimientos para la verificación de la verdad y tienen unos estándares probatorios más exigen-

tes que los de mecanismos como las comisiones de la verdad, resultan más idóneos y claramente más garantistas para determinar responsabilidades individuales. Tal como se señaló en un estudio previo de dos investigadores de Dejusticia, “al darse al interior de un proceso judicial con plenas garantías del debido proceso y con la exigencia de la plenitud de la prueba, la verdad judicial puede resultar mucho menos digna de cuestionamientos o dudas” (Uprimny y Saffon 2006: 157). De este modo, los juicios penales permiten determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de actos específicos de violencia con lo cual aportan un grado de detalle necesario para la construcción de la denominada verdad factual. Pero además, la determinación de responsabilidades individuales frente a hechos concretos es importante en un proceso transicional pues abre el paso para que los actos de reconocimiento del daño superen la simple afirmación de una responsabilidad genérica por la violencia o la atrocidad. Y es precisamente en este nivel de concreción del reconocimiento en el que las víctimas pueden obtener un grado de satisfacción que contribuya a la reparación del daño inmaterial por ellas padecido. Como es obvio, para que esta satisfacción realmente tenga lugar, es necesario garantizar la adecuada participación de las víctimas en los procesos penales.

Este reconocimiento de la responsabilidad por un daño concreto también tiene un significado especial en relación con la posición del victimario de cara a los propósitos de la transición. La individualización de hechos permite darle un rostro a la atrocidad y, al hacerlo, abre la posibilidad de que los victimarios se enfrenten cara a cara con el dolor causado. Esta individualización del mal que ofrecen los juicios penales puede entonces constituir un antídoto contra el cinismo de los perpetradores y, en este sentido, puede jugar un papel importante en el proceso de reincorporación de los desmovilizados a la vida civil y política, esto es, en la reconciliación. Igualmente, la sentencia condenatoria —que es el resultado lógico de los juicios en los cuales se logra determinar la ocurrencia del he-

cho e identificar a los responsables— comporta un juicio de reproche que, como lo ha advertido la Corte IDH, constituye en sí misma una medida de satisfacción para las víctimas.

La particularización de hechos y responsables está relacionada también con la segunda contribución específica que pueden hacer los procesos penales. Esteban Restrepo ha señalado que “la fascinación con el derecho y los juicios penales en contextos de transición surge de las imágenes que produce la representación de la atrocidad masiva a través de las categorías e instituciones jurídicas mediante las cuales se determina la responsabilidad penal individual de uno a varios perpetradores de actos atroces” (2013: 17). Siguiendo a Hanna Arendt, Restrepo destaca que “los juicios penales contra responsables de atrocidades masivas parecerían tener un peculiar efecto ordenador de una realidad que, de otro modo, sería incomprensible e insoportable” (p. 23). Los crímenes atroces son eventos tan desconcertantes que suelen empujar al mutismo o a la repetición de un infinito *¿por qué?* Los juicios penales, con todo su ritualismo jurídico, ayudan a romper esos ciclos de silencios y preguntas sin responder. Al atribuir responsabilidades concretas por las violaciones de los derechos humanos se logra, en efecto, dar un poco de orden a ese conjunto revuelto de eventos desconcertantes y, al hacerlo, se marca, con una fuerza simbólica que es difícil encontrar en otros mecanismos transicionales, el paso desde la barbarie hacia el respeto de los derechos. Esta potencia como factor de ordenación es por supuesto limitada; como dijo Lawrence Langer, “la lógica del derecho jamás le dará sentido a la falta de lógica del genocidio” (1995, citado en Minow 2011: 84). Sin embargo, como acertadamente respondió Martha Minow al realismo escéptico de Langer, “es peor no hacer nada” (2011: 84).

Los juicios penales, incluso cuando no conducen a la imposición efectiva de un castigo proporcional, cumplen un papel tanto en lo que respecta a la satisfacción de las víctimas, como al esclarecimiento de la verdad y la reconciliación. Ahora bien, tratándose de crímenes que hacen parte de un contexto de vio-

laciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, la Corte IDH ha indicado que “la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no solo descubrir, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los perpetradores inmediatos”.<sup>4</sup> Según la Corte,

las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. No basta el conocimiento de la escena y las circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen.<sup>5</sup>

De acuerdo con la perspectiva de la Corte IDH, tratándose de casos de macrocriminalidad, los procesos penales no deben limitarse a identificar las responsabilidades penales individuales, sino que la debida diligencia en la investigación debe tener un horizonte más amplio que permita develar patrones y estructuras. Estas dos dimensiones de los procesos penales no están desconectadas, pues la determinación de los aspectos estructurales y sistémicos puede resultar necesaria para imputar responsabilidades individuales. Igualmente, en un contexto de justicia transicional en el que las autoridades se enfrentan al juzgamiento de violaciones masivas, es necesario que las investigaciones judiciales se orienten de conformidad con una perspectiva sistémica, pues de este modo la verdad que surja de los procesos judiciales puede contribuir a la construcción de una verdad más comprehensiva. Sin embargo, desde un enfoque holístico, es importante no sobrecargar el sistema judicial con el cumplimiento de funciones que pueden

4 Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 118.

5 *Ibid.*, párr. 119.

ser satisfechas de manera más efectiva a través de mecanismos como una comisión de la verdad. En este sentido, algunos de los aspectos que enfatiza la Corte IDH como parte del deber de debida diligencia, tales como la identificación de las causas y de los beneficiarios de los crímenes, bien pueden ser satisfechos de mejor manera por vías extrajudiciales, aunque sin negar por supuesto que los juicios penales pueden realizar importantes aportes en estos sentidos.

A partir de un enfoque integral de justicia transicional, la pregunta por el alcance de los juicios penales implica determinar hacia dónde deberían dirigirse los esfuerzos para lograr la maximización de las funciones específicas que pueden desempeñar tales juicios, esto es, el esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación de los responsables, la representación de la atrocidad masiva y, en esa medida, el reconocimiento judicial del dolor y sufrimiento de las víctimas. Una determinación que en todo caso debe orientarse por un criterio de racionalización de recursos escasos en atención a las limitaciones del sistema judicial.

De otro lado, de conformidad con lo expuesto en el capítulo anterior, la interpretación más razonable del marco internacional sugiere que la obligación de investigar, juzgar y sancionar incluye un deber de castigo que sea proporcional al crimen. En este sentido, tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, el deber implica la imposición de la más grave sanción prevista en el ordenamiento, es decir, la privación de la libertad por el máximo tiempo posible. Ahora bien, tal como lo sugerimos en el primer capítulo, el argumento de la prevención general negativa, sobre el cual se asienta la tesis del castigo proporcional, resulta discutible en contextos de transición.

En la doctrina de derecho penal y, especialmente, en los estudios sobre el papel del derecho penal en las transiciones políticas, es común encontrar discusiones que separan los impactos del juicio penal en general y de la pena en particular. Desde la teoría general de la función de la pena, autores como

Carlos Santiago Nino y Diane Orentlicher han debatido intensamente sobre el papel de las cuatro funciones de la pena en procesos de transición: la prevención general negativa o disuasión, la prevención general positiva o afirmación de valores, la prevención especial positiva o resocialización, y la prevención especial negativa o incapacitación.<sup>6</sup>

Las cuatro funciones de la pena podrían tener un impacto positivo en procesos de transición. Así, con la imposición de una pena —especialmente la privativa de la libertad— se impediría la recurrencia de los delitos más graves tanto de quienes los cometieron en primer lugar (prevención especial negativa), como la repetición de conductas similares por otros en el futuro, especialmente si se garantiza una real desarticulación de los grupos al margen de la ley y de sus actividades ilícitas (prevención general negativa). Al mismo tiempo, la pena puede contribuir con el proceso de resocialización de quienes han cometido los crímenes para que participen luego del proceso general de reconciliación (prevención especial positiva) y además permitiría el restablecimiento de la confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico a través del fortalecimiento del Estado de derecho, de la democracia y del desmantelamiento de organizaciones criminales (prevención general positiva). A todo lo cual podría uno agregar una función expresiva de la pena asociada a su función de prevención general positiva, que tiene que ver con la capacidad de los procesos penales de reconocer el dolor y sufrimiento de las víctimas al

<sup>6</sup> La teoría de la prevención general negativa argumenta que la coerción propia de la pena tiene el fin último de disuadir a los individuos de que ejecuten un comportamiento legalmente prohibido, pues cada persona, al conocer las consecuencias negativas que supondría una determinada actitud, se abstendría de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La teoría de la prevención general positiva, por su parte, afirma que la imposición de la pena envía un mensaje social que reafirma las expectativas de cumplimiento de las normas jurídicas que cualquier persona tiene, y que se ven quebrantadas cuando otros cometen un delito. Las teorías de la prevención especial se concentran en quienes han cometido los delitos y no en el conglomerado social. Para estas, el principal objetivo de la pena es evitar la reincidencia del infractor través de su castigo y resocialización.

sancionar a los responsables de dicho sufrimiento, con lo cual podría evitarse la perpetuación de ciclos de venganza.

Por su parte, las visiones más críticas dudan de la real contribución de las penas en procesos de transición para promover estos objetivos. Contrario a promover escenarios de pacificación distintos autores, entre ellos Jon Elster (2006), argumentan que el objetivo de la prevención general negativa, por ejemplo, es discutible pues la amenaza de pena podría ser disuasiva antes de empezar una guerra, pero duda que lo sea una vez ya el conflicto ha iniciado y se ha intensificado y degradado. En esa instancia, por el contrario, la amenaza de juicio puede perpetuar el conflicto, siendo un incentivo para victimizar.

El debate mayormente se concentra en diferencias de importancia entre el enfoque retributivo y expresivo de la pena. Con el retributivo se asocian sobre todo las teorías de prevención negativa, y con el carácter expresivo de la pena los enfoques de prevención positiva. Nino (2006) defiende, por ejemplo, la idea de repensar la pena en tiempos de transición pues los enfoques meramente retributivos de la sanción pueden resultar no solo contraproducentes para desarticular el conflicto, sino además moralmente reprochables si la sanción solamente se concentra en un fin individual de castigo y no representa en el ideario social algo más que la retribución. Por esto defiende el carácter expresivo de la sanción como el elemento central de la pena en escenarios de transición política, en donde la representación del discurso jurídico resulta más relevante que el carácter retributivo de la sanción.

Esta discusión es relevante a la hora de diseñar un modelo de persecución judicial en un escenario de transición negociada hacia la paz. En tales escenarios es significativo el llamado de Nino y Elster a no absolutizar la función retributiva de la pena y de prevención general negativa, pero tampoco a descartar el papel expresivo que esta puede tener para alcanzar determinados objetivos de la transición. De tal manera, reservar un cierto grado de retribución dentro del sistema general

de transición se justificaría siempre y cuando este grado de retribución alcance unos fines adicionales de expresión y reafirmación de normas, como lo expresa Pablo de Greiff (2009). Al mismo tiempo, esa naturaleza simbólica de la combinación de retribución y expresión es una medida que tendría el propósito de prevenir no solo la violencia de quienes ya perpetraron violaciones, sino de aquellos afectados que podrían entrar en ciclos de violencia vengativa, como señala Minow (1998). Un modelo de diseño institucional que podría orientarse hacia este doble objetivo, sin absolutizar el carácter retributivo de la pena, puede estar orientado a la fijación de sanciones para aquellos más responsables, en donde el grado expresivo de la sanción es mayor.

Por esta razón, en los contextos de transición, las medidas de clemencia punitiva en los casos en que ya existe una condena constituyen una de las principales concesiones que un Estado puede otorgar para lograr una negociación exitosa. Aunque todas disminuyen el rigor de la pena, algunas son más severas que otras. Así, las rebajas de penas, al preservar el cumplimiento efectivo de una dosis de privación de la libertad, son más rigurosas que medidas que prescinden por completo de esta, tales como la suspensión condicionada de la pena o las penas alternativas a la prisión.

Puede considerarse entonces que, en contextos de transición a la paz, existe un mandato *prima facie* de imponer una pena privativa de la libertad a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, por lo cual tendría que haber razones muy fuertes que justificaran la necesidad de adoptar medidas que prescindan de este componente retributivo. Para el caso colombiano, estimamos que existen razones éticas y políticas que justifican un modelo que contemple distintas medidas de clemencia en función de la gravedad de los crímenes y de los grados de responsabilidad en la comisión de los crímenes atroces, pero que en todo caso debe incluir un componente de castigo reducido de pena privativa de la libertad para los máximos responsables de los crímenes más gra-

ves. Si bien los juicios sin castigo efectivo pueden hacer contribuciones importantes en un proceso de transición, una dosis de pena privativa de la libertad para ciertos casos es necesaria a fin de satisfacer ciertos propósitos de la transición que no pueden ser garantizados a través de otras medidas. De hecho, la existencia de juicios penales es un factor que en sí mismo plantea la necesidad de un grado de castigo efectivo. En efecto, al cumplir la función de darle un rostro concreto a la atrocidad y a sus responsables, los juicios incentivan los reclamos de la sociedad en general y de las víctimas en particular por la inclusión de un componente de reproche material que vaya más allá del reproche simbólico que constituye un fallo condenatorio. Este reclamo resulta apenas natural al advertir que el hecho de tener una dimensión concreta del horror incrementa los sentimientos de repudio frente a las acciones de perpetradores y, en este sentido, aumenta también la expectativa de que, luego de constatar la comisión del delito e identificar a los responsables, suceda algo más que indique con claridad el rechazo a tales acciones.

Hace unos años, cuando se lanzó la propuesta de una ley de alternatividad penal que prescindía de todo componente retributivo para afrontar la desmovilización colectiva de los paramilitares, un estudio de dos investigadores de Dejusticia apuntaló las razones generales que justificaban la inclusión de un componente retributivo en dicho proceso (Uprimny y Saffon 2006). Al día de hoy, pese a las diferencias en la naturaleza de los actores que están negociando con el Estado, tales razones conservan plena vigencia respecto al actual proceso de paz. Así, siguiendo lo planteado en dicha oportunidad, cabe resaltar que aunque la sentencia condenatoria constituye en sí misma un juicio de reproche, es la restricción de un bien jurídico valioso como lo es la libertad, la que expresa tal reproche con mayor contundencia. Si bien los juicios penales tienen una aptitud especial para representar la atrocidad masiva, la sentencia condenatoria no parece tener en sí misma la suficiente fuerza expresiva para manifestar el rechazo a tal atrocidad.

En razón de las funciones que desde la filosofía se atribuyen a la pena, en un contexto transicional, la condena efectiva de ciertos responsables adquiere una relevancia particular de cara al propósito de lograr una paz estable y de promover la reconciliación. Tal es así por cuanto —según lo plantea la doctrina de la prevención general positiva sobre los fines de la pena— el reproche punitivo reafirma la adhesión social a los valores sociales que son negados con el crimen, lo cual tiene un significado especial en un proceso de transición cuyo propósito es reconstituir la sociedad sobre la base del respeto de los derechos. Según se advirtió en el estudio previo de los investigadores de Dejusticia, “el mensaje enviado con el castigo es, justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones” (Uprimny y Saffon 2006: 129), con lo cual se busca fomentar una cultura contra la impunidad que soporte además la garantía de no repetición. Adicionalmente, la pena también tiene un efecto de prevención de las venganzas particulares, pues la reacción del Estado al crimen a través del castigo desincentiva los posibles deseos de hacer justicia por mano propia. Asimismo, como se indicó también en el estudio citado,

es bien posible que la reconciliación nacional tenga un carácter más verdadero y durable si se encuentra precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aun cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente —en razón de las exigencias políticas de los actores armados para aceptar la transición— algunas formas de amnistía o de rebaja de penas”. (Uprimny y Saffon 2006: 128)

En efecto, si se entiende la reconciliación como la aceptación y el respeto como conciudadanos de los otrora adversarios armados, esta resultará más factible si existe una dosis de castigo. Pero incluso bajo un entendimiento más modesto de la reconciliación como simple coexistencia pacífica entre los adversarios, un cierto nivel de castigo será necesario también para desincentivar la reproducción de ciclos de venganza.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Sobre los distintos sentidos de la reconciliación ver Crocker (2011: 130).

Por las razones anteriores, la inclusión de un componente de castigo puede incentivar una mayor aceptación de los eventuales acuerdos de paz y, en este sentido, puede contribuir a garantizar la estabilidad de la paz negociada. Este punto es particularmente importante en el contexto político actual en el cual, por un lado, las élites colombianas están divididas en torno a la vía de la salida negociada al conflicto y existen actores poderosos que no dudarán en instrumentalizar el discurso de no impunidad con la intención real de impedir la paz negociada, y por el otro lado, existe un rechazo extendido a los grupos guerrilleros y la sociedad está hoy menos dispuesta a aceptar fórmulas transicionales que no incluyan un componente de justicia retributiva.<sup>8</sup>

Es cierto que en relación con las guerrillas el tema del castigo constituye un obstáculo enorme a las posibilidades de lograr la terminación del conflicto por la vía de la negociación. Como lo plantea Iván Orozco,

nuestras guerrillas supérstites [...] tienen articulada su identidad en torno a una narrativa jurídico-penal que los representa como combatientes y como delincuentes políticos en rebeldía y en guerra contra el Estado, y que les promete, siguiendo la fórmula constitucional correspondiente, un tratamiento privilegiado en un horizonte de preferencia por la amnistía y el indulto, y en general, por las salidas políticas negociadas. Bajo ese supuesto, no va a resultar fácil convencer a la dirigencia guerrillera de que en el marco de la nueva conciencia humanitaria, de la cruzada global contra el terrorismo, y del nuevo punitivismo, deberán ir a la cárcel, en pie de igualdad con los paramilitares, como delincuentes a secas, por cuenta de sus crímenes de sistema, de guerra y de lesa humanidad. (2012: 9)

8 Según los datos de la encuesta sobre las percepciones de los colombianos frente a la ley de justicia y paz, “cuando se exploraron las preferencias referidas a un escenario concreto de desmovilización voluntaria (sin distinción de grupos armados al margen de la ley), la opción que más adhesiones recibió entre la población general (48%) fue la de enviar a los exintegrantes de los grupos armados ilegales a la cárcel”. Se indica además que “un porcentaje menor, pero bastante numeroso, se mostró de acuerdo con otorgarles rebajas de penas a cambio de verdad y reparación a sus víctimas” (39%) y que “solo una minoría (12%) está de acuerdo con la posibilidad de dejarlos en libertad, bajo la condición de que digan la verdad y reparen a sus víctimas” (Encuesta Nacional 2012: 61).

En el caso de las guerrillas, la insistencia en recibir un trato distinto al otorgado a los paramilitares en el modelo de justicia y paz constituye un punto de honor en el actual proceso de paz. En efecto, existen diferencias tanto en lo que respecta a la naturaleza de estos actores armados, como en lo que atañe al tratamiento jurídico que históricamente han recibido por parte del Estado, las cuales podrían justificar un trato diferenciado. De un lado, el trato punitivo benigno está más justificado respecto a un actor contrasistémico como lo es la guerrilla, que frente a un actor pro sistémico como los paramilitares pues en el contexto de una transición, la concesión de beneficios al enemigo histórico es menos sospechosa que aquella que opera respecto a aquel con el que el Estado ha tejido alianzas subrepticias. De otro lado, en lo que atañe al tratamiento judicial que se le ha dado históricamente a cada grupo, cabe destacar que los crímenes de las guerrillas han sido más investigados y que, precisamente por su carácter contrasistémico, se ha utilizado —en algunos periodos con más intensidad que otros— en contra de las guerrillas un derecho penal de enemigo con limitación o desconocimiento de garantías procesales, mientras que en el caso de los paramilitares ha habido una mayor tendencia a la impunidad.<sup>9</sup>

Tales diferencias obligan a considerar que ciertos tratos diferenciados podrían ser legítimos, por ejemplo en materia de participación política. Igualmente, puede también conducir a mecanismos de revisión de las condenas dictadas en contra de la guerrilla para depurar aquellos fallos dictados con una perspectiva de derecho penal del enemigo. Sin embargo, en lo que atañe a la comisión de crímenes atroces, es difícil justificar un trato diferenciado. De hecho, en virtud de las ya mencionadas circunstancias sociales y políticas del contexto actual, un componente de castigo parece incluso más necesario para garantizar la estabilidad de la paz negociada con la guerrilla,

9 Ver al respecto Grupo de Memoria Histórica (2013).

que lo que podría haber sido en el contexto de la pasada negociación con los paramilitares.

### **Criterios para el diseño de una fórmula de investigación y sanción de crímenes para la transición en Colombia**

De conformidad con lo expuesto en el anterior apartado, los juicios y el castigo penal constituyen un componente necesario de un modelo transicional. Sin embargo, en virtud de las limitaciones fácticas —relativas tanto a la capacidad del aparato judicial, como a las condiciones políticas propias de una negociación de paz—, la restricción del alcance de los juicios penales y del componente retributivo resulta inevitable.

Precisamente a partir del reconocimiento de estas limitaciones, el Marco Jurídico para la Paz admite la posibilidad tanto de restringir el alcance de los juicios, así como del castigo. Por un lado, el Marco facultó al legislador para establecer criterios de selección en virtud de los cuales el Estado podría renunciar a investigar a todos los responsables de todos los crímenes graves, a fin de concentrarse en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, siempre y cuando esa renuncia a la acción penal sea necesaria para la paz y los beneficiarios cumplan con ciertas condiciones. De otro lado, abrió la posibilidad de que incluso los máximos responsables puedan recibir una pena alternativa o una suspensión de pena que implique que no tengan siquiera un día de pena privativa de la libertad.

El Marco no impone ninguna fórmula de transición, sino que abre el escenario a ciertas alternativas. En este sentido, teniendo en cuenta las vías que admite, es posible advertir cuatro posiciones en el debate sobre las fórmulas de transición, según se admita o no, por un lado, la selección y, por el otro, la suspensión total de la pena privativa de la libertad, incluso para los máximos responsables. Estas posiciones se ilustran en el cuadro 1.

**CUADRO I.**

**Posiciones en el debate sobre las fórmulas de transición**

	<b>Sí a la selección</b>	<b>No a la selección</b>
Sí a la suspensión total de la pena	I	II
No a la suspensión total de pena privativa de la libertad	III	IV

En algunas intervenciones el fiscal general Montealegre ha admitido la posición I, esto es, que si realmente hay un proceso de paz genuino, puede haber selección y suspensión total de pena para los máximos responsables. Otros, en el otro extremo, como el expresidente Uribe, el procurador Ordóñez o Human Rights Watch, han defendido la posición IV, esto es, que no puede haber ni selección ni suspensión total de la pena para los máximos responsables. Algunos parecen sostener la posición II, esto es, no admiten la selección pero sí la suspensión de la pena incluso para los máximos responsables. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la posición defendida en este texto es la III, esto es, la admisión de la selección en algunos casos, pero la preservación de un componente retributivo para aquellos que ostenten la máxima responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves. Esta posición concuerda con lo sugerido por la Corte Constitucional en el comunicado de prensa en el cual anunció la declaratoria de exequibilidad del Marco. En este, la Corte indicó que la selección de ciertos crímenes en un contexto transicional no implicaba una sustitución de la Constitución, pero señaló como uno de los “parámetros de interpretación para que fueran observados por el Congreso al expedir la Ley Estatutaria que desarrolle el Marco Jurídico para la Paz”, que “el mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.<sup>10</sup> Sin embargo, aclaramos que tenemos una dife-

<sup>10</sup> Corte Constitucional, comunicado núm. 34, agosto 28 de 2013.

rencia profunda con el planteamiento de la Corte en este comunicado; nosotros no creemos que el derecho internacional obligue en todos los casos y en todas las transiciones a que los máximos responsables deban cumplir un mínimo de pena privativa de la libertad. Nuestra posición es que por ahora el derecho internacional ha dejado ese punto relativamente abierto. Sin embargo, consideramos que dadas las particularidades del caso colombiano, un mínimo de pena privativa de la libertad para los máximos responsables de la guerrilla y de los otros actores armados (Estado y paramilitares) es deseable desde el punto de vista ético-político, pues permite una paz más sólida y duradera y toma más en serio los derechos de las víctimas.

En lo que sigue plantearemos algunos criterios para el diseño de una fórmula para la selección de casos y la definición de penas en un contexto de transición. Para tal efecto, en primer lugar indicaremos los principios generales sobre los cuales se debería asentar dicha fórmula. En segundo lugar, ahondaremos en las bases conceptuales de la propuesta, para lo cual sintetizaremos los desarrollos tanto a nivel internacional como nacional de las nociones de máximo responsable y gravedad del crimen, que son las categorías en torno a las cuales gravitan los criterios para la selección y la definición del alcance de las penas. En la tercera parte propondremos una fórmula para la selección judicial y el alcance del componente retributivo. Finalmente, en la última parte plantearemos unas reflexiones generales sobre la posibilidad de incluir a agentes estatales en mecanismos de justicia transicional.

#### **Principios generales para el diseño de una fórmula para la selección judicial y el uso de penas alternativas**

Tal como lo dispone el Marco para la Paz, la eventual renuncia a la acción penal en ciertos casos, o la consideración de dispositivos punitivos benignos como la suspensión o la re-

---

(A la fecha de redacción de este documento aún no había sido publicado el texto del fallo de la Corte).

baja de la pena, son medidas que solo pueden operar bajo el cumplimiento de unas condiciones mínimas. Algunas de estas condiciones apuntan a que las medidas únicamente operen si hay pruebas claras de la voluntad de terminar el conflicto. En este sentido constituyen exigencias mínimas la dejación de las armas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente. El otro conjunto de condiciones está orientado a que la concesión de las medidas, en lugar de constituir un obstáculo a los derechos de las víctimas, contribuya a satisfacerlos. Por esta razón, la procedencia de las medidas está también sujeta al reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas.

No puede desconocerse, sin embargo, que la selección plantea en todo caso un problema de igualdad pues implica un trato diferenciado en el acceso a la justicia de las víctimas de crímenes cometidos en el marco del conflicto armado. En efecto, la selección implica que ciertos delitos no serán judicializados y, por tanto, que algunos delitos no serán esclarecidos por la vía del proceso penal, ni habrá un juicio de reproche penal contra los responsables. Por esta razón, los criterios de selección deben ajustarse a parámetros de razonabilidad que justifiquen el trato distinto. Como lo plantean Bergsmo y Saffon, el establecimiento de tales criterios “es intrínsecamente importante como una cuestión de justicia distributiva, ya que requiere decidir la forma en que un beneficio escaso (rápido acceso a la justicia penal) debe ser repartido entre personas con reclamos similares (ser víctimas de un crimen internacional central)” (2011: 26). La razonabilidad de estos criterios dependerá entonces de dos factores interconectados. El primero es que debe preverse un mínimo de garantías para las víctimas. El segundo es que las medidas de renuncia a la acción penal y al castigo deben estar integradas en una fórmula holística de justicia transicional que permita maximizar las potencialidades de los distintos mecanismos de transición.

En primer lugar, es preciso que tanto el procedimiento para la definición de los criterios de selección, como su aplicación en los casos concretos, tengan en consideración los derechos de las víctimas. En lo que respecta al procedimiento para establecer los criterios, es importante que exista una discusión pública en la cual las víctimas tengan garantizado su derecho a participar. Por su parte, para la aplicación de los criterios, la Corte Constitucional especificó en su comunicado las siguientes garantías mínimas para las víctimas: “transparencia del proceso de selección y priorización”, “existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso” y “asesoría especializada”.<sup>11</sup> Con este tipo de garantías se busca asegurar que no solo la definición, sino también la aplicación de los criterios de selección se realicen de conformidad con parámetros de razonabilidad.

Además de las anteriores garantías procesales, los derechos de todas las víctimas a la verdad y a la reparación deben ser asegurados. Así lo indicó también la Corte en el referido comunicado, al señalar como parte de las garantías mínimas para las víctimas las siguientes: “una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación”, “el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se garantice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales”, “el derecho a la reparación integral”, y “el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares”.

Estas garantías sustantivas para las víctimas, en especial aquellas relativas a la verdad, conducen al segundo factor que debe tenerse en cuenta para que los criterios de selección y retribución sean razonables. ¿Cómo asegurar que la selección y los beneficios punitivos favorezcan la satisfacción de estas garantías sustantivas? ¿Es esto posible considerando que la selección implica precisamente que en algunos casos no se

11 *Ibid.*

determinarán responsabilidades individuales o que algunos responsables no serán judicializados?

Hay quienes consideran que en razón de los retos específicos que plantea la satisfacción del deber de debida diligencia en la judicialización de casos complejos, esto es, de aquellos que se encuentran insertos en un contexto de violación masiva y sistemática de los derechos humanos, la acción penal debería dirigirse contra todos los posibles responsables de los delitos. Así por ejemplo, Oscar Parra, refiriéndose al modelo inicial de justicia y paz que solo sometió a juicio a quienes ya tuvieran investigaciones abiertas por graves violaciones de los derechos, señaló que la

devida diligencia estricta exige que, con independencia del delito que haya cometido cada miembro de una organización que participa de un crimen de sistema, todo miembro deba ser objeto de una investigación judicial exhaustiva que permita verificar la información que tiene sobre patrones de actuación y funcionamiento del grupo, así como de los delitos cometidos en el marco del delito de “concierto para delinquir”. (2012: 20)

Según el autor, el uso de medidas que implican la renuncia a la persecución penal “puede resultar poco compatible con el deber de debida diligencia en la investigación de ciertos hechos” (Parra 2012: 19).

La preocupación principal de autores como el citado radica en la consideración de que medidas de renuncia a la acción penal pueden constituir un obstáculo para investigar con la debida diligencia los crímenes cometidos por una estructura armada organizada. Se trata de una preocupación legítima pues, en efecto, si de lo que se trata es de esclarecer crímenes del sistema en un contexto transicional, no debería renunciarse sin más a investigar judicialmente a todas las personas que hicieron parte de la organización armada. Sin embargo, la satisfacción del deber de debida diligencia no debería llevar a someter a todas las personas a un proceso penal pues esto, en lugar de facilitar el esclarecimiento de los hechos, puede terminar entorpeciendo.

Como se indicó, en Colombia no es realista pensar en someter a procesos penales a todas las personas que se desmovilicen luego de una transición negociada de la paz. Dadas las limitaciones fácticas y políticas a tal alternativa, si se insistiera en esta posibilidad, dos escenarios resultarían probables: el primero, que el proceso de esclarecimiento judicial tardaría un tiempo exagerado y finalmente no conduciría a resultados contundentes; el segundo, que se establecerían procedimientos judiciales aparentes para juzgar a todos los eventuales responsables en los cuales, por las mismas limitaciones fácticas, no se llevaría en realidad una investigación judicial exhaustiva.

Si a lo que deberían apuntar los procesos penales en el marco de una transición es a permitir la representación de la atrocidad cometida durante el conflicto y elevar un contundente juicio de reproche en su contra, es preciso entonces diseñar una fórmula que conduzca efectivamente a esclarecer los crímenes más graves que se hayan cometido en el marco del conflicto e individualizar a sus responsables, especialmente a aquellos que tuvieron el mayor grado de responsabilidad.

¿Cómo llegar entonces a esa identificación de los crímenes más graves y de los mayores responsables? Desde una perspectiva holística de justicia transicional, una estrategia adecuada podría estar dividida en dos grandes niveles. El primero es un nivel macro en el cual el Estado debería desplegar sus recursos para identificar patrones en las violaciones de los derechos humanos por casos, por actores y por regiones. Esta investigación de patrones debería estar liderada por la Fiscalía, pero sería conveniente pensar en una articulación con mecanismos extrajudiciales de esclarecimiento, específicamente con la Comisión de la Verdad que según el Marco para la Paz tendría que establecerse. En esta primera etapa de identificación de patrones los aportes de los desmovilizados al esclarecimiento de la verdad pueden jugar un papel importante y, en esta medida, la selección de casos y responsables, y las medidas de clemencia punitiva pueden constituir incentivos importantes para facilitar este primer nivel de investigación

macro. En efecto, en términos de la satisfacción del deber de debida diligencia, resulta conveniente que quienes estuvieron involucrados en la estructura armada y aspiren a reincorporarse a la vida civil contribuyan a garantizar que los crímenes más graves sean juzgados, pero esto puede lograrse de manera más efectiva y expedita a través de mecanismos que incentiven el aporte de información relevante y, en este sentido, medidas como las renunciaciones condicionadas a la acción penal podrían jugar un papel importante.

La investigación macro que se realice en este primer nivel debería conducir a la identificación de los crímenes que por su gravedad y representatividad tendrían que ser judicializados. En otras palabras, la investigación de patrones debería llevar a determinar los crímenes y personas que serían objeto de selección judicial. En este sentido, el primer nivel permitiría satisfacer el derecho de las víctimas a una investigación seria y efectiva, así como el derecho a la verdad. Igualmente, este nivel debería facilitar la activación de medidas de reparación para las víctimas, con el concurso de todos los desmovilizados, incluyendo aquellos que finalmente gozarían de las medidas de renuncia a la acción penal.

El segundo nivel correspondería entonces a la judicialización de los crímenes determinados en la primera fase. El objetivo de este nivel sería llegar a una imputación judicial por tales crímenes, a la individualización de los responsables y, según el grado de responsabilidad, a la imposición de una pena privativa de la libertad. Dependiendo de la naturaleza del crimen, esta judicialización bien puede operar a través de procesos judiciales que se enfoquen en una sola conducta, pero también puede acudir a la figura de los “macroprocesos” en los cuales podrían agruparse crímenes, por ejemplo, por regiones. Especialmente, este tipo de procesos podría ser particularmente útil en el juzgamiento de crímenes sistemáticos.<sup>12</sup>

12 La Corte Constitucional se refirió a la plausibilidad de la figura de los macroprocesos al indicar a través de los criterios de selección

De este modo quedan dos cuestiones por resolver. La primera es la de los criterios con los cuales debería operar esa selección judicial de casos. Ya se ha advertido que la selección debe operar de conformidad con los criterios de gravedad y mayor responsabilidad pero, ¿cómo pueden identificarse la gravedad de un crimen y los niveles de responsabilidad de quienes participaron en su comisión? La segunda es cuál debería ser entonces la fórmula concreta para la selección y las distintas alternativas jurídicas que deberían ser consideradas para quienes opten por ser partícipes de los mecanismos transicionales. A cada una de estas cuestiones nos referiremos, respectivamente, en los siguientes dos apartados.

#### Base conceptual para la definición de criterios de selección y el uso de penas alternativas

##### *La noción de máximo responsable*

La categoría de máximo responsable ha tenido un lugar relevante en el derecho penal internacional pues los tribunales internacionales *ad hoc* históricamente limitaron la persecución penal a aquellos que encuadran en esta noción.<sup>13</sup> Así, aunque los Estatutos que establecieron los Tribunales penales especiales para ex Yugoslavia y Ruanda no restringieron su competencia a la persecución de los máximos responsables, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en una resolución del 2004, los instó a que “se aseguren de concentrar su labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospecha que les cabe la mayor responsabilidad”.<sup>14</sup> Entretanto, los Estatutos de los tribunales de creación posterior —la Corte

y priorización que “es posible modificar la estrategia de juzgamiento ‘caso por caso’, tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en ‘macroprocesos’, e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez, permite cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto”. Corte Constitucional, comunicado núm. 34, agosto 28 de 2013.

13 Al respecto ver Agirre (2009).

14 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2004). Resolución 1534, 5, UN Doc. S/RES/1534 (marzo 26).

Especial para Sierra Leona y las Salas Especiales del Tribunal de Camboya — sí delimitaron la competencia a dicha categoría de responsables.

Pero además, la idea de enfocar los procesos penales en los máximos responsables no es privativa de los tribunales internacionales. Ya en Argentina, tras la caída de la dictadura militar, el primer gobierno democrático optó por aplicar una política de selección penal sustentada en el grado de responsabilidad en la comisión de los crímenes (Parenti y Polaco 2011). Igualmente, las autoridades judiciales de Bosnia y Herzegovina han incluido el criterio del grado de responsabilidad en su política de priorización de los casos cuyo conocimiento no es avocado por el Tribunal para la ex Yugoslavia (Bergsmo y Saffon 2011).

El uso de la categoría de máximo responsable en contextos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos no es gratuito, sino que responde principalmente a la intención de poner el foco de los juicios penales en las estructuras que hicieron posible la comisión de las atrocidades masivas —más que en cada crimen cometido en este marco—, así como en aquellas personas y crímenes sobre los cuales debe recaer un mayor reproche. El juez norteamericano del Tribunal Internacional de Nuremberg ilustró este punto al indicar que “el caso en contra de los principales acusados se ocupa[ba] del plan rector nazi, no de las barbaridades individuales y perversiones que se produjeron independientemente de cualquier plan central”.<sup>15</sup> Igualmente, el presidente Alfonsín, que impulsó el programa de persecuciones penales selectivas en Argentina, resaltó que este esquema obedecía al propósito de lograr un “castigo ejemplificador”.<sup>16</sup>

15 “Our case against the major defendants is concerned with the Nazi master plan, not with individual barbarities and perversions which occurred independently of any central plan”. Justice Jackson’s Report to the President on Atrocities and War Crimes, June 7, 1945, disponible en [http://avalon.law.yale.edu/imt/imt\\_jack01.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp).

16 *Ibid.*, p. 14.

En este sentido, la noción de máximos responsables está primariamente orientada a allanar el camino para juzgar a los artífices de la criminalidad sistemática. Sin embargo, los tribunales internacionales y nacionales que se han valido de esta categoría han coincidido en resaltar que esta no comprende únicamente a los máximos líderes de las organizaciones bajo las cuales se cometieron los crímenes, sino que abarca un espectro más amplio. Así, la Fiscalía del Tribunal para la ex Yugoslavia delimitó la noción de máximo responsable a partir de los siguientes elementos generales: i) el nivel de liderazgo y la posición en las estructuras militares y jerárquicas, y ii) el grado de responsabilidad de acuerdo con su nivel y modo de participación, su contribución al crimen y la importancia de su rol (Del Ponte 2006).<sup>17</sup> En la aplicación de esta categoría a los casos concretos, el Tribunal advirtió que esta no se restringía a los arquitectos de las políticas que condujeron a las graves violaciones pues de este modo se corría el riesgo de pasar por alto las responsabilidades de aquellos comandantes que no pertenecían a la cúpula de las organizaciones. De acuerdo con esto, el Tribunal precisó que una persona tendría la calidad de máximo responsable si “en razón de su posición y función en la estructura de la organización, tanto *de jure* como *de facto*, ha ejercido tal grado de autoridad que es apropiado describirlo como uno de los de ‘rango más alto’, en lugar de considerarlo como de ‘rango intermedio’” (Del Ponte 2006). Siguiendo este criterio, en el caso *Prosecutor vs. Milosevic*, la Sección de Remisión del Tribunal se negó a enviar un caso de un comandante de rango medio a las autoridades de Bosnia y Herzegovina bajo el argumento de que pese a que no hacía parte de la cúpula militar, sí podía considerarse como un máximo responsable.<sup>18</sup> Para tomar esta determinación, el Tribunal tuvo

17 La autora de este artículo fue fiscal jefe del Tribunal para la ex Yugoslavia.

18 Sección de Remisión, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Prosecutor vs. Milosevic*, Caso núm. IT-98-29/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis, párr. 14 (julio 8, 2005),

en cuenta los siguientes elementos: i) que el acusado fue un comandante permanente de una unidad militar por un periodo superior a un año, ii) que estaba solo un rango por debajo de la cúpula militar y iii) que negoció e implementó los planes militares y ejerció su dominio en ciertos territorios.<sup>19</sup>

Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona también ha planteado que la noción de máximo responsable no se reduce a aquellas personas que ocupaban las más altas posiciones en la organización. En el caso *Prosecutor vs. Brima*, el Tribunal determinó que este concepto no se refería exclusivamente a los líderes políticos y militares, sino que abarcaba “un rango mayor de individuos”.<sup>20</sup> En consonancia con este planteamiento, en decisiones posteriores el Tribunal sometió a juicio a personas que estaban por fuera de las cúpulas militares y políticas. Por ejemplo, el Tribunal juzgó a miembros de las Fuerzas de Defensa Civil, un grupo paramilitar que apoyó la lucha del gobierno en contra de los insurgentes.<sup>21</sup> Pero además, en el referido caso, el Tribunal destacó que de los acusados se podía predicar esa mayor responsabilidad, no solo porque fueron dirigentes del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas —la disidencia del Ejército que se tomó el poder en 1997— sino porque todos estaban implicados en la comisión de graves crímenes. De la decisión del Tribunal se infiere entonces que no basta con ser miembro de la cúpula de la organización para adquirir la calidad de máximo responsable, sino que es preciso haber participado de alguna manera en los crímenes objeto de juzgamiento. En este caso, además, el Tribunal no descartó que incluso personas menores de

disponible en [http://www.icty.org/x/cases/dragomir\\_milosevic/tdec/en/050708.htm](http://www.icty.org/x/cases/dragomir_milosevic/tdec/en/050708.htm)

19 *Ibid.*, párrs. 19-24.

20 *Prosecutor vs. Brima*, Caso núm. SCSL-04-16-T, Decision on Defense Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, párr. 38 (marzo 31, 2006), disponible en [http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/SCSL/SCSL-04-16\\_Files/SCSL-04-16-T-469.htm](http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/SCSL/SCSL-04-16_Files/SCSL-04-16-T-469.htm), párr. 32 a 35.

21 Ver *Prosecutor vs. Fofana*, Caso núm. SCSL-04-14-T, Judgment (agosto 2, 2007); Morrison (2009).

edad, susceptibles de ser procesadas y de las cuales es presumible pensar que estaban en el nivel más bajo de la estructura jerárquica, podrían eventualmente llegar a tener la categoría de máximos responsables.<sup>22</sup>

Esta idea de que incluso las personas que hacen parte del rango bajo de una organización pueden llegar a ser consideradas como máximos responsables guarda cierta relación con el planteamiento según el cual el grado de responsabilidad depende también del nivel de involucramiento en la comisión de los crímenes más graves. Este criterio se puede rastrear en el informe del grupo de expertos convocado por el Secretario General de las Naciones Unidas para que explorara las opciones para llevar a la justicia a los líderes de los Jemeres Rojos, la guerrilla camboyana que se tomó el poder en 1975 y permaneció en él durante cuatro años. En su informe, este grupo recomendó que los juicios se concentraran en “los máximos líderes con responsabilidad por los abusos, así como en aquellas personas de rango inferior que estuvieron directamente implicadas en las mayores atrocidades”.<sup>23</sup> Bajo esta idea, la gravedad de ciertos crímenes sería también un factor determinante para definir el grado de responsabilidad.

Por su parte, la CPI ha preferido no plantear criterios inflexibles, aunque también ha advertido que la noción no debe restringirse a los máximos líderes. Así, la Sala de Apelaciones revocó una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares por haber establecido una formulación muy rígida acerca de quién podía considerarse como máximo responsable.<sup>24</sup> Se trata del

22 Ver *Prosecutor vs. Brima*, Caso núm. SCSL-04-16-T, Decision on Defense Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, párr. 36-7 (marzo 31, 2006), disponible en [http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SCSL/SCSL-04-16\\_Files/SCSL-04-16-T-469.htm](http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SCSL/SCSL-04-16_Files/SCSL-04-16-T-469.htm).

23 Kofi Annan. Identical letters, 15 de marzo de 1999, Anexo “Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135”, párr. 110.

24 Ver *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Judgment on the Prosecutor’s Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled Decision on The Prosecutor’s Application for Warrants Of Arrest Article 58, ICC 01/04-169-US-Exp, 13 de julio de 2006.

caso de Lubanga y Ntaganda, en el cual la Sala de Cuestiones Preliminares acudió a la noción de “los mayores líderes sospechosos de ser los máximos responsables de los crímenes” para determinar si los acusados debían o no ser procesados, y finalmente decidió no hacerlo respecto de uno de ellos, bajo la idea de que no era “un actor central en la toma de decisiones” en su grupo. Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó esta insistencia en que el acusado tuviera cierto rango. En su lugar, advirtió que es preferible que “ninguna categoría de perpetradores sea *per se* excluida de ser potencialmente llevada ante la Corte” y resaltó que “la imposición de estándares rígidos fundados primariamente en el rango superior puede conducir a que ni la retribución ni la prevención sean alcanzadas”.<sup>25</sup>

El Tribunal de Camboya, por su parte, ha avanzado más en la especificación de los criterios para evaluar a quién se le puede asignar la categoría de máximo responsable. En una decisión del 2012, este Tribunal indicó los siguientes elementos para valorar el grado de responsabilidad: i) la posición en la estructura jerárquica; ii) el procedimiento seguido para su nombramiento en dicha posición; iii) su permanencia en el cargo; iv) el número de sus subordinados; v) su capacidad para dictar órdenes; vi) si las órdenes eran en efecto seguidas por sus subordinados; vii) el conocimiento efectivo de que sus subordinados estaban cometiendo crímenes, incluido el conocimiento específico sobre el número, el tipo y el alcance de los mismos, el tiempo y el lugar en el que fueron cometidos, así como su eventual carácter masivo; viii) la autoridad para negociar, celebrar o ejecutar planes; ix) el alcance temporal de su control; x) su capacidad de controlar el acceso al territorio; xi) su rol efectivo en la comisión de los crímenes, y xii) si sus superiores habían sido ya condenados.<sup>26</sup> En estricto sentido, el

25 *Ibid.*, párrs. 73-75.

26 Office of the Co-Investigating Judges, Decision on Personal Jurisdiction and Investigative Policy Regarding Suspect, párr. 21 (mayo 2, 2012), disponible en [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D49\\_EN.PDF](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D49_EN.PDF)

último no es un criterio para determinar el grado de responsabilidad, sino más bien para definir la relevancia de perseguir dada la existencia de condenas previas. Respecto a los puntos restantes, más que añadir nuevos criterios para la identificación de los máximos responsables, lo que hacen es facilitar la aplicación del criterio planteado en su momento por el Tribunal para la ex Yugoslavia que incluye, por un lado, la posición de la persona en la organización y, por otro lado, su nivel de participación en el crimen. Así, los factores i a vi, y viii a x están orientados a determinar la autoridad *de jure* y *de facto* que tenía la persona en la organización, mientras que los factores vii y xi apuntan más a esclarecer su implicación en los crímenes.

El sistema de priorización de Bosnia y Herzegovina también se ha valido de estos elementos generales para distinguir grados de responsabilidad. Uno de los criterios utilizados por la Fiscalía ha sido el de la “capacidad y rol del autor”, que se evalúa a partir de factores como los deberes cumplidos en la estructura o el ejercicio de una “posición de dirección en los campos y centros de detención”, pero además distingue las “formas y grados de participación más graves en la comisión de un crimen”, entre los que se cuenta el “tomar parte en la planificación y en la dación de la orden del crimen”, y se resalta que “el grado de intención debía ser tomado en cuenta” (Bergsmo y Saffon 2011: 46). Adicionalmente, la Fiscalía ha diferenciado tres clases de perpetradores, que ayudan a identificar también los grados de participación en los crímenes: i) los “organizadores”, entre los que se pueden distinguir a su vez tres categorías: “quienes organizaron, planearon y ordenaron las operaciones”, “quienes se encontraban en posición de prevenirlos [los crímenes] y conscientemente eligieron no hacerlo” y “quienes, en posición de autoridad o influencia, participaron directamente en los acontecimientos y cometieron actos por sí mismos”; (ii) los “ejecutores”, que fueron los encargados de poner en marcha las instrucciones; y (iii) los “soldados rasos”, que son quienes “cometieron actos de crueldad individuales” (p. 62).

Esta clasificación guarda cierta semejanza con la dispuesta en la política de selección de casos adoptada en Argentina tras la caída de la dictadura. En efecto, el plan de persecución penal distinguía tres niveles de responsabilidad: el primero se refería a quienes habían diseñado el plan de represión y dado las órdenes para ponerlo en marcha; el segundo correspondía a quienes habían ejecutado las órdenes, y el tercero incluía a quienes habían actuado con exceso frente a las órdenes recibidas “sin justificación alguna salvo sus propios motivos, su crueldad o su apetencia de poder” (Alfonsín 2006: 3, citado en Parenti y Polaco: 2011). Sin embargo, los órdenes de prevalencia difieren en cada caso, pues aunque en ambos se asigna prioridad a la persecución de los perpetradores del primer nivel, en Bosnia el segundo nivel de prioridad se reconoció para los ejecutores, mientras que en Argentina estos fueron los que resultaron excluidos de la persecución penal. Así, en el caso de Argentina se optó por juzgar a los autores intelectuales de los crímenes sistemáticos y a los ejecutores directos de los delitos que se cometieron más allá del plan criminal, mientras que en Bosnia se optó por perseguir en primer lugar a los organizadores, luego a los ejecutores y por último a los que cometieron crímenes por fuera del plan criminal.

De los avances en el ámbito internacional y en otras jurisdicciones nacionales frente a la noción de máximo responsable se pueden extraer al menos dos lecciones importantes. La primera es que tener en cuenta tanto la posición de la persona en la organización, como su nivel de involucramiento en la comisión de los crímenes es un criterio apropiado pues, como lo indican Saffon y Bergsmo, “cuanto más alto es el rango del sospechoso y más directamente esta persona es responsable de los crímenes en cuestión, más alto es su nivel de responsabilidad” (2011: 110). La segunda, que es un corolario de la anterior, es la de no identificar máximo responsable con miembro de la cúpula de la organización. Tratándose de violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por personas que actúan en el marco de un aparato militar, es predicable un ma-

yor grado de responsabilidad respecto de quienes ejercían una posición de dominio en el aparato, en tanto estaban en condiciones de determinar o impedir la comisión de tales crímenes. Sin embargo, este juicio sobre la posición de dominio no se puede inferir únicamente del cargo que ocupaba la persona en la organización, sino que es preciso complementarlo con el análisis de su capacidad de dominio efectivo. Por ejemplo, tratándose de una organización criminal con una estructura jerárquica débil puede suceder que tenga mayor responsabilidad en la comisión de los crímenes una persona que ocupaba un cargo medio que aquella que hacía parte de la cúpula.

En Colombia, la Fiscalía General de la Nación, en su política de priorización de casos adoptada en 2012, se ha alineado con esta orientación al plantear como criterio en cuanto a la responsabilidad de los autores el de enfocar la persecución penal en aquellas personas que “dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía[n] o podía[n] prevenir razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de planes operativos”.<sup>27</sup> Según la Fiscalía, en consonancia con lo que han planteado los tribunales internacionales al respecto, estas personas no necesariamente coinciden con quienes ocupaban las posiciones más altas dentro de la organización armada pues el criterio fundamental para identificarlas es el del dominio del hecho, el cual puede incluir también a los mandos medios del aparato. Este criterio resulta adecuado pues, por un lado, es más garantista en tanto evita caer en modalidades de responsabilidad objetiva como sería el caso si se dedujera la responsabilidad penal simplemente del cargo que ocupaba una persona en el aparato de poder; pero al mismo tiempo, tiene mayor alcance en términos de protección de los derechos de las víctimas pues al no limitarse a las

27 Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación” (p. 3).

cúpulas amplía el espectro de quienes serán efectivamente sometidos a un proceso penal.

La cuestión que suscita mayores dudas y sobre la que existen menores desarrollos en la jurisprudencia internacional y menos puntos de coincidencia es la que tiene que ver con la extensión de la categoría de máximo responsable a aquellos que no ejercían ningún tipo de posición de dominio pero fueron responsables de crímenes particularmente graves. El asunto no es del todo claro pues este criterio podría referirse al menos a dos tipos distintos de perpetradores: por un lado, a aquellos que participaron en la comisión de ciertos crímenes atroces en calidad de ejecutores de las directrices definidas por sus superiores, caso en el cual la gravedad de la conducta determinaría el criterio subjetivo relativo al nivel de responsabilidad; por otro lado, a aquellos que cometieron crímenes por su cuenta aunque prevalidos de su pertenencia a la estructura armada, caso en el cual la responsabilidad dependería del dominio del hecho.

En Colombia, la Fiscalía también ha incluido este criterio ampliado de máximo responsable en su política de priorización al indicar que la noción también se refiere a “aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”.<sup>28</sup> No obstante, la Fiscalía advierte que se trata de un criterio de aplicación excepcional, de tal modo que, en términos generales, la posición de mando continúa siendo un factor determinante.

El criterio de la Fiscalía no es, sin embargo, del todo claro pues adolece de la ambigüedad ya señalada. En efecto, podría referirse a ejecutores del plan sistemático o a perpetradores que actuaron por su cuenta. La Fiscalía no especifica si el criterio abarca ambos tipos de responsables o solo uno de ellos. No obstante, para efectos de una política de selección, tiene más sentido acotar este factor a los perpetradores que cometieron

28 *Ibid.*

por su cuenta actos particularmente graves, pues en este caso serían ellos, en efecto, los máximos responsables, mientras que en el caso de los crímenes sistemáticos el mayor nivel de responsabilidad recae en quienes, dada su posición de mando, dominaron la ejecución del plan criminal. Como puede advertirse, este asunto remite necesariamente a las nociones de gravedad y representatividad de los crímenes, de las cuales nos ocuparemos a continuación.

#### *Las nociones de gravedad y representatividad de los crímenes*

Si el criterio del máximo responsable atiende fundamentalmente a la posición del victimario frente al crimen, los criterios de gravedad y representatividad se refieren tanto a las características del crimen, como a la condición y grado de afectación de las víctimas.

En lo que respecta a la gravedad, es posible advertir cuatro tipos de factores que han sido utilizados como parámetros para la selección o priorización de casos por parte de los tribunales internacionales y otras jurisdicciones nacionales. El primero atiende a la naturaleza intrínseca de ciertas conductas, el segundo a la escala, el tercero a la modalidad de ejecución y el cuarto al impacto del crimen.

En relación con el primer factor, se ha considerado que ciertos crímenes en sí mismos, sin necesidad de cualificaciones adicionales, superan el umbral de gravedad requerido para justificar su inclusión en cualquier esquema de selección o priorización. Por ejemplo, en Bosnia y Herzegovina se priorizaron el genocidio y los crímenes de lesa humanidad (Bergsmo y Saffon 2011: 46). La razón de esta priorización puede explicarse en tanto a estas dos conductas les son intrínsecas algunas de las características que se utilizan como criterios adicionales para determinar la gravedad de otros crímenes. En efecto, por definición, los crímenes de genocidio y lesa humanidad son conductas que producen un alto impacto, que suelen caracterizarse también por afectar a un número considerable de víctimas y por comportar crueldad en su ejecución.

Por esta razón, no es extraño que dentro de los criterios de selección y priorización se opte por incluir estas conductas.

La Fiscalía de la CPI, al plantear los parámetros para definir los criterios de admisibilidad de un caso de conformidad con su gravedad, también se ha referido de manera especial a conductas como los asesinatos, los crímenes sexuales o que implican violencia basada en género, los cometidos contra los niños y los orientados deliberadamente a la destrucción de una comunidad (OF-CPI 2010: 13). Al respecto es importante aclarar que uno de los criterios para definir la admisibilidad de un caso ante la CPI es la gravedad. Sin embargo, esta noción de gravedad va más allá de aquella que está implícita en los crímenes de su competencia, pues la admisibilidad de un caso se define luego de que la CPI haya determinado que tiene jurisdicción, es decir, luego de verificar que la conducta encaja en las definiciones típicas del Estatuto. Como ha indicado la Oficina de la Fiscalía de la CPI, “aunque todos los crímenes de competencia de la CPI son graves, el artículo 17(1) (d) requiere que la Corte evalúe, como umbral de admisibilidad, si el caso tiene la gravedad suficiente como para justificar una acción ulterior de la Corte” (p. 13, párr. 70, a). En este sentido, debe entenderse que los asesinatos, crímenes sexuales, los crímenes contra los menores y los orientados a la destrucción de una comunidad, a los que se refiere la Fiscalía de la CPI, constituyen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o modalidades de genocidio a los cuales se les reconoce un plus de gravedad.

El factor de gravedad como una cualidad intrínseca de ciertas conductas puede rastrearse también en la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, la Corte ha acuñado la noción de graves violaciones de los derechos humanos para referirse a crímenes como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas,<sup>29</sup> con in-

29 Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41.

dependencia de que hayan sido cometidas en un contexto de violaciones sistemáticas.<sup>30</sup>

El segundo factor es el de la escala que, en los términos planteados por la Fiscalía de la CPI, incluye la valoración de factores como “el número de víctimas directas e indirectas, la extensión de los daños causados por los crímenes, en especial las afectaciones físicas y psicológicas causadas a las víctimas y a sus familias, y su extensión temporal y geográfica” (OF-CPI 2010: 13, párr. 70, c).. En el caso de Bosnia y Herzegovina también se incluyó el criterio del “número significativo de víctimas” como uno para tener en cuenta para valorar la gravedad del crimen y se priorizaron ciertos crímenes específicos que tuvieran esta cualificación adicional, como los homicidios en masa y las detenciones ilegales y desapariciones forzadas cometidas a gran escala (Bergsmo y Saffon 2011: 46).

El tercero es el de la modalidad de la comisión del crimen, que involucra principalmente tres elementos: el de la sistematicidad, el de la crueldad y el de la afectación de víctimas particularmente vulnerables o por motivos discriminatorios. Según la Fiscalía de la CPI, la evaluación de este criterio implica considerar factores como:

los medios empleados en la ejecución del crimen, el grado de participación y determinación en su comisión, el grado en el que los crímenes fueron sistemáticos o producto de un plan o política o de alguna forma el resultado de un abuso de poder de una posición oficial, y elementos de particular crueldad, que incluyen la vulnerabilidad de las víctimas, cualquier motivación que implique discriminación, o el uso de violaciones o violencia sexual como un medio de destruir a las comunidades. (2010: 13, párr. 70, c)

Este criterio también ha sido incluido en la política de persecución penal de Bosnia y Herzegovina, en la cual se definió como prioritario el juzgamiento de conductas cometidas como parte de un programa criminal, así como de ciertos

30 Ver Corte IDH, Caso Vera Vera y otros *vs.* Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226, párr. 117.

crímenes caracterizados por su nivel de crueldad, tales como “formas graves de violación (violación múltiple y sistemática, establecimiento de centros de detención con fines de esclavitud sexual)”, “formas graves de tortura (teniendo en cuenta la intensidad y el grado de las lesiones mentales y físicas)”, “formas graves de detención ilegal (teniendo en cuenta [...] las condiciones particularmente graves durante la detención)” y “formas graves de infligir sufrimientos a la población civil (hambre, bombardeos de construcciones civiles, destrucción de monumentos religiosos, culturales e históricos)” (Bergsmo y Saffon 2011: 46).

Finalmente, el último criterio se refiere al impacto que implica el análisis de los efectos del crimen en las comunidades. Según la política de persecución de la Fiscalía de la CPI, el impacto entraña evaluar elementos como “el daño social, económico y ambiental de largo plazo”, “el incremento de la vulnerabilidad de los civiles” y dar especial consideración a aquellos “actos cuyo propósito primario sea la extensión del terror en la población civil” (2010: 13, párr. 70, d).

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, es posible graduar la gravedad de una conducta en función de la concurrencia de los distintos factores. No se trata, por supuesto, de hacer un cálculo matemático a partir de la suma de todos los elementos, pero sí es posible pensar en una escala de gravedad para efectos de definir políticas de selección y priorización de casos, en la cual el nivel más alto estaría ocupado por aquellos crímenes que causaron gran número de víctimas con afectaciones físicas y psicológicas profundas o atacaron a poblaciones particularmente vulnerables, fueron cometidos como parte de un plan sistemático e involucraron dosis considerables de crueldad en su comisión. Es de esperarse que crímenes de esta naturaleza produzcan un alto impacto negativo en las comunidades, por lo cual en este caso, más que operar como un factor independiente, el impacto es el resultado previsible de la concurrencia de los otros elementos. Esto no quiere decir que solo los crímenes que reúnan todas esas condiciones su-

peran el umbral de gravedad. Puede suceder que un crimen que no fue cometido como parte de un plan sistemático, y que en comparación con otros no afectó a un número extenso de personas, supere aún el umbral de gravedad en razón de la intensidad del daño producido y su impacto en la comunidad. La misma situación se puede dar, por ejemplo, en el caso de un crimen ejecutado por motivos discriminatorios y con un nivel particular de crueldad. Lo que sí parece necesario es que al menos el crimen tenga alguno de los elementos de gravedad, bien sea por su escala, su modo de comisión o su impacto.

En el caso colombiano, en el proceso de Justicia y Paz, la Fiscalía inicialmente identificó algunos delitos como graves para efectos de su priorización, bien en razón de su naturaleza, como fue el caso de las masacres, el apoderamiento de tierras, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, el secuestro, el homicidio, el reclutamiento de menores; o bien en razón de la calidad de las víctimas, como fue el caso de los delitos de género y los atentados contra indígenas, menores,<sup>31</sup> periodistas, sindicalistas, miembros de la UP, defensores de derechos humanos, integrantes de ONG, afrodescendientes y servidores públicos.<sup>32</sup> Sin embargo, en la política de priorización de casos definida por la Fiscalía General en 2012, no se incluyó el criterio de la gravedad intrínseca de ciertos crímenes y no se definió por tanto ninguna lista de crímenes que se priorizaran *per se*. En su lugar, se optó por referir la gravedad a la condición de la víctima, el impacto y la modalidad de la ejecución y a la noción de representatividad.

Respecto a la calidad de la víctima, la Fiscalía definió los siguientes criterios de priorización: la pertenencia a un grupo étnico, el haber sido atacada en razón de su género o minoría de edad o por defender los derechos de una comunidad o por

31 Ver Fiscalía General de la Nación, Memorando 008, mayo 22 de 2006.

32 Ver Fiscalía General de la Nación, Circular de septiembre 16 de 2008 y Memorando 48 de 10 de julio de 2009, citados en: Forer y López (2011: 243).

tratarse de funcionarios que investigaban la comisión de crímenes internacionales.<sup>33</sup> Entre tanto, la Fiscalía parece rechazar un criterio como el del número de víctimas al indicar que si bien “un elevado número de aquellas puede ser importante al momento de determinar el carácter masivo de un ataque contra la población civil, en tanto que elemento material (*actus reus*) de los crímenes de lesa humanidad... un acto de violencia realizado contra una única víctima puede igualmente evidenciar la existencia de un plan y carácter sistémico de un ataque”.<sup>34</sup>

Adicionalmente, la Fiscalía también incluyó el criterio de impacto del crimen que implica evaluar “el grado de afectación que en el disfrute de sus derechos fundamentales sufrió una determinada víctima, una comunidad o un bien jurídicamente amparado”,<sup>35</sup> así como el criterio de “la modalidad de la ejecución”,<sup>36</sup> aunque respecto a este último punto solo especifica que no se deben descartar las conductas que tengan una sola víctima. Finalmente, en lo que respecta a la representatividad, la Fiscalía advierte que la persecución penal debe dar cuenta de los “rituales y escenarios de horror”<sup>37</sup> e “ilustrar la barbarie”<sup>38</sup> propia de contextos de violaciones masivas de derechos.

El criterio de la representatividad, al que la Fiscalía le da un lugar especial en su política de priorización, apunta a que los casos seleccionados ofrezcan la perspectiva más comprensiva posible de las atrocidades cometidas. Como lo indican Bergsmo y Saffon, “la cartera de casos acumulada debería re-

33 Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación” (p. 29).

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, p. 30.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, p. 29.

38 *Ibid.*

flejar —o ser representativa de— la victimización global causada por los crímenes en el conflicto o situación en cuestión” (Bergsmo y Saffon 2011: 111). En este sentido la representatividad, más que un criterio independiente para evaluar la selección de un crimen, debería ser el resultado de la aplicación adecuada de los criterios relativos tanto a los niveles de responsabilidad, como a la gravedad de las conductas. Una política de selección y priorización que satisfaga el factor de la representatividad conduciría entonces a que:

los crímenes más graves y los líderes de mayor jerarquía que son sospechosos de ser los mayormente responsables de ellos deberían haber sido perseguidos al final del proceso de persecuciones. Las áreas y comunidades más afectadas por los crímenes deberían haber visto más crímenes perseguidos que las comunidades menos afectadas. Los grupos de víctimas más afectados deberían haber visto perseguidos más crímenes que causaron su victimización que otros grupos. Las organizaciones o estructuras que causaron los crímenes más graves deberían tener perseguidos más miembros responsables —o más crímenes causados por ellas— que otras organizaciones o estructuras. (Bergsmo y Saffon 2011: 111)

Bajo esta perspectiva, la representatividad podría funcionar entonces como un criterio global de verificación de la fórmula de selección y priorización que se adopte con base en la gravedad de los crímenes y los niveles de responsabilidad. Como resultado de esta evaluación podría llegarse a la conclusión de que la fórmula no permite lograr un cuadro lo suficientemente comprensivo de las atrocidades, por lo cual resultaría necesario incluir otros casos o situaciones.

Sin embargo, existe otro posible entendimiento del concepto de representatividad que aplicaría respecto a un crimen en particular, más que como criterio global de verificación. De acuerdo con este sentido, el crimen representativo correspondería al crimen paradigmático, esto es, al que por tener y exhibir con contundencia características comunes a otros crímenes estaría en condiciones de “representarlos”. En este sentido, la noción encontraría especial aplicación en relación con crímenes cometidos a gran escala, de manera sistemática y siguien-

do ciertos patrones. La imagen de un crimen que encontraría múltiples réplicas, como si estuviera expuesto en un salón de espejos, puede ayudar a captar esta noción. De hecho, resulta ilustrativo pensar en el crimen representativo como una suerte de “crimen espejo”.

Como criterio de selección, esta noción del crimen espejo puede resultar insatisfactoria para la víctima del delito “reflejado”, pues quien ha vivido en carne propia el crimen seguramente experimentará su dolor como único y, por esta razón, como irrepitible e irrepresentable. Sin embargo, el criterio de representatividad puede resultar útil de cara al juzgamiento de las violaciones masivas de los derechos humanos en un contexto de transición. Por ejemplo, lamentablemente, tal vez no sea posible investigar, juzgar y sancionar todos los casos de violencia sexual cometidos a lo largo de varias décadas de conflicto armado. Pero tratándose de una práctica masiva y extendida como lo ha sido en el caso colombiano,<sup>39</sup> el criterio de representatividad permitiría que al menos algunos de estos casos sí fueran juzgados y, de esta manera, las víctimas de los “crímenes reflejo” podrían encontrar algo de alivio, pues a pesar de la irrepitibilidad de la experiencia de lo atroz, existe también cierta solidaridad y comunión entre quienes han padecido horrores semejantes, por lo cual no resulta del todo irrazonable pensar en los efectos irradiadores que puede tener el juzgamiento de algunos crímenes representativos en términos de la satisfacción de los derechos de las víctimas de los delitos que finalmente no sean perseguidos.

39 Al respecto ver Naciones Unidas (2002) y CIDH (2006). Igualmente, según Oxfam Internacional, “en el curso de los más de 50 años del conflicto colombiano, todos los grupos armados —fuerzas militares del estado, paramilitares y grupos guerrilleros— han abusado o explotado sexualmente a las mujeres, tanto a las civiles como a sus propias combatientes” y “[I]lejos de ser esporádico, el uso de la violencia sexual es una práctica habitual que ha pasado a formar parte integral del conflicto armado” (2009: 11 y 12).

### Componentes de una posible fórmula de selección y uso de penas alternativas

Teniendo en cuenta los elementos conceptuales desarrollados en el punto anterior, en este apartado final sugeriremos un esquema para la judicialización de crímenes de acuerdo con su gravedad y la condena de los victimarios de conformidad con sus niveles de responsabilidad. Para el diseño de este esquema existe al menos un abanico de siete alternativas. La primera de ellas constituye el mecanismo judicial más grave, que es el proceso penal que culmina con la imposición de una pena ordinaria. A partir de este se va abriendo paso a mecanismos más flexibles, hasta llegar a la medida más benigna, que es la amnistía general e incondicionada (cuadro 2).

**CUADRO 2.**

#### Alternativas para la judicialización de crímenes

1	Proceso penal + condena + pena ordinaria
2	Proceso penal + condena + pena reducida con condiciones
3	Proceso penal + condena + pena alternativa
4	Proceso penal + condena + suspensión condicionada de toda la pena
5	Renuncia condicionada a la acción penal
6	Amnistía con condiciones
7	Amnistía general e incondicionada

Las medidas que se ubican en los extremos, esto es, el proceso penal con imposición de pena ordinaria y la amnistía general e incondicionada resultan incompatibles con la visión holística de justicia transicional que se ha expuesto y defendido en este texto. La primera, por cuanto es inconciliable con la posibilidad de alcanzar una paz negociada; y la segunda, por cuanto impide una articulación complementaria entre distintos mecanismos de transición y además contradice plenamente el deber de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos. Por esta razón, tales medidas extremas no pueden tener cabida en una fórmula de justicia para la paz. Esto no obsta, por supuesto, para que el mecanismo penal

ordinario se aplique frente a aquellos actores que, habiendo sido responsables de los crímenes cometidos en el marco del conflicto, no tomen parte en el proceso de transición. Tal sería el caso de quienes decidan, por ejemplo, continuar alzados en armas después de haberse logrado un acuerdo de paz. Igualmente, el mecanismo ordinario debería aplicarse a quienes habiendo sido en un principio partícipes del proceso de transición, incumplen luego las condiciones y obligaciones para el goce de los beneficios.

En función de la gravedad y de los grados de responsabilidad de los implicados, una fórmula para el caso colombiano podría incorporar los siguientes niveles (cuadro 3):

**CUADRO 3.**

#### Propuesta de niveles de judicialización

Mecanismo procesal	Delitos	Destinatarios
Procesos penales con imposición de pena privativa de la libertad reducida.	Genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Quienes por su posición en la organización y dominio del hecho tienen la mayor responsabilidad.
	Genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra.	Integrantes de bajo rango que cometieron el crimen por su cuenta.
Procesos penales con imposición de penas alternativas a la prisión o suspensión condicional de la pena.	Genocidio, crímenes de lesa humanidad, los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Quienes tenían dominio del hecho, aunque por su posición en la organización no fueron quienes decidieron en primer lugar la comisión del crimen (mandos medios).
Renuncia condicionada a la acción penal.	Genocidio, crímenes de lesa humanidad, los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Los ejecutores que no tenían dominio del hecho.
	Otros crímenes que no encajan en las categorías anteriores (crímenes de mediana y baja gravedad).	Integrantes de bajo rango que tenían dominio del hecho.
Amnistía	Delitos políticos y conexos.	Todos los integrantes de las guerrillas que se desmovilicen.

El primer nivel del cuadro 3 corresponde a los máximos responsables de los crímenes que pueden considerarse más

graves y los cuales, conforme a lo desarrollado a lo largo de este capítulo, deberían ser no solo judicializados, sino que sobre ellos debería recaer el mayor juicio de reproche penal que resulta posible en un proceso transicional, que es la imposición de una pena mínima de privación de la libertad. Este nivel incluye a su vez dos categorías de crímenes y perpetradores.

En primer lugar, abarca a los máximos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. En este caso se trata de aquellas personas que, en virtud de su rango y capacidad de dominio en la organización determinaron la comisión de los crímenes o, pudiendo hacerlo, no la evitaron. Se incluye específicamente el genocidio y los crímenes de lesa humanidad pues son aquellos en los que intrínsecamente concurren los factores que determinan la mayor gravedad de un crimen, tal como se explicó previamente. No sucede lo mismo con los crímenes de guerra, respecto a los cuales es posible distinguir niveles de gravedad. En esta categoría se mencionan los más graves que, conforme a lo expuesto en el anterior apartado, serían aquellos que causaron gran número de víctimas con afectaciones físicas y psicológicas profundas o se dirigieron contra poblaciones particularmente vulnerables e involucraron dosis considerables de crueldad en su comisión, pero además se requiere que hayan sido cometidos de manera sistemática. Como lo han indicado los tribunales internacionales, un crimen es sistemático cuando obedece a un patrón o plan metodológico,<sup>40</sup> es decir, cuando se ejecuta de conformidad con un plan o política preexistente.<sup>41</sup> Por esta razón, en este subnivel del esquema aparecen como destinatarios aque-

40 Ver International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (1997). Sentencing Judgment. *The Prosecutor vs. Dusko Tadic*.

41 Ver International Criminal Tribunal for Rwanda (1998). *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu. Judgment*. Caso ICTR-96-4-T, disponible en: <http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>

llos perpetradores que tengan un rango de poder dentro de la estructura jerárquica, pues son estos quienes, precisamente en virtud de su posición, pueden efectivamente definir y disponer la ejecución de estos ataques sistemáticos.

Este primer nivel abarca también a los perpetradores de bajo rango que no tenían una posición de poder dentro de la estructura jerárquica y que cometieron por su cuenta crímenes de genocidio, lesa humanidad o graves crímenes de guerra. En este caso se entiende que los crímenes carecen del elemento de la sistematicidad, es decir, no se cometieron en virtud de una política de la estructura jerárquica, sino que se trata más bien de hechos aislados. Por esta razón, los perpetradores no son simples ejecutores de un crimen cometido en virtud de las directrices de la organización de poder, sino personas que determinaron por sí mismas el hecho al margen de los planes de la organización. En este caso, los crímenes reunirían los mismos parámetros de gravedad de aquellos incluidos en el primer subnivel, salvo en lo que respecta al componente de la sistematicidad.

El segundo nivel incluye a quienes sin ser parte de las más altas jerarquías de la organización tenían en todo caso un nivel de poder intermedio (mandos medios) que les permitió participar, con cierto dominio sobre el hecho, en la comisión de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra sistemáticos. Por tratarse de personas cuya responsabilidad se compromete en el plano de la ejecución y no en la definición y determinación de los ataques sistemáticos merecen un reproche penal menor, y por esta razón se contempla la posibilidad de imponer penas alternativas a la prisión o de suspender la pena. Sin embargo, en tanto tienen responsabilidad importante en la comisión de los crímenes que por su escala, impacto y forma de ejecución se ubican en el peldaño superior de la escala de gravedad, es importante que sean individualizados y que recaiga sobre ellos algún tipo de reproche penal.

Los dos anteriores niveles delimitan el alcance de los casos que deberían ser seleccionados en una política de persecución

penal para la transición. Como puede advertirse, se trata de una selección que opera en razón de la gravedad de los crímenes y de los grados de responsabilidad de los perpetradores. De acuerdo con el esquema propuesto, aquellos que tuvieron dominio del hecho en la comisión de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra de mayor gravedad serían sometidos a un proceso penal, y la diferencia en cuanto a los niveles de responsabilidad solo se vería reflejada en el tratamiento punitivo.

El tercer nivel corresponde a los casos en los que sería procedente la renuncia condicionada a la acción penal. De un lado, incluye a quienes participaron en la ejecución de los crímenes más graves, pero que no tenían dominio del hecho. A pesar de que estas personas tienen un nivel de responsabilidad en la comisión de estos crímenes —piénsese por ejemplo en quien se encargaba de impedir la fuga de un secuestrado—, en virtud de las restricciones inevitables de una estrategia de judicialización, y considerando que por tales crímenes en todo caso se aseguraría el reproche penal de los mayores responsables, resulta adecuado contemplar la renuncia a la acción penal. De otro lado, incluye también a los responsables de los crímenes de menor de gravedad que, de acuerdo con los lineamientos conceptuales del anterior apartado, serían aquellos en los cuales no concurren los factores de sistematicidad, impacto y crueldad.

Finalmente, el último nivel comprende los delitos políticos y conexos frente a los cuales la concesión de amnistías no solo es admisible a la luz de la Constitución y de la normatividad internacional, sino que resulta aconsejable de cara a una eventual desmovilización de las guerrillas. Históricamente la jurisprudencia y la doctrina nacional han identificado la rebelión, la sedición y la asonada como los delitos políticos por excelencia. Entre tanto, los delitos conexos abarcan las conductas que se cometen en razón de tales delitos políticos. La doctrina liberal del derecho penal ha justificado el tratamiento benévolo tanto para el delito político como para el conexo. Sin em-

bargo, la creciente condena del uso de medios violentos para fines políticos condujo a que a lo largo del siglo XX el alcance de la noción de delito conexo fuera limitada. En la actualidad se niega el estatus de delito conexo a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y a los actos de terrorismo. Pero por fuera de estas excepciones, la concesión de amnistías por delitos conexos al político resulta admisible. En este sentido, podría concederse amnistía por delitos como el homicidio y las lesiones causadas a soldados en el curso de un combate, así como por infracciones menores al DIH cometidas en el curso de las confrontaciones.

### *El problema de la justicia transicional y los agentes de Estado*

Un tema que no hemos abordado sistemáticamente en este estudio y que es de enorme dificultad jurídica y de gran sensibilidad ética y política es el relativo a la posibilidad de aplicar o no mecanismos de justicia transicional para los agentes estatales que hayan estado involucrados en violaciones graves de los derechos humanos, como torturas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas. A pesar de su sensibilidad y dificultad, la discusión de este tema es sin embargo ineludible, no solo por cuanto el Marco Jurídico para la Paz prevé esa posibilidad, sino también porque varios actores importantes han planteado esa eventualidad en los actuales debates políticos sobre las negociaciones de paz con las FARC. Por ejemplo, en una entrevista en *El Tiempo* el 28 de abril de 2013, el fiscal general, Eduardo Montealegre, defendió esa hipótesis,<sup>42</sup> y lo mismo propuso en otra entrevista en el mismo diario el 2 de junio de 2013 el entonces comandante de las Fuerzas Militares, general Alejandro Navas.<sup>43</sup>

42 Ver *El Tiempo*, disponible en [http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12768007.html](http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12768007.html)

43 Ver *El Tiempo*, disponible en [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12841743.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12841743.html)

En los párrafos finales de este estudio teórico desarrollamos unas reflexiones iniciales y aún tentativas sobre este difícil tema.

Algunos se oponen a la aplicación de mecanismos de justicia transicional a agentes de Estado, en especial de aquellos que implican la posibilidad de limitar el deber de investigar y castigar graves violaciones de los derechos humanos, esencialmente con dos argumentos: i) que eso equivaldría a una autoamnistía por esos crímenes, que está prohibida por el derecho internacional; ii) la prohibición de esas autoamnistías tiene una clara justificación en los deberes especiales que tienen los agentes estatales frente a los derechos humanos, pues la sociedad deposita el monopolio de la fuerza en el Estado, pero a cambio de que este no solo respete los derechos de las personas, sino que asegure su vigencia. Por ello la comisión de una atrocidad por un agente estatal es particularmente grave y el deber del Estado de sancionarla es aún mayor que cuando es cometida por el integrante de un grupo armado ilegal.

Compartimos las premisas de esa objeción, pero consideramos que ellas no conducen a la imposibilidad de prever beneficios penales a agentes estatales dentro del marco de una forma de justicia transicional para servidores públicos, sino que tiene otra consecuencia: la justicia transicional para agentes estatales solo es posible en el marco de una negociación global de paz y tiene que estar cuidadosamente diseñada para que no se convierta en una autoamnistía frente a crímenes graves, ni desconozca los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos. Procedemos pues a justificar esa idea.

Una forma de justicia transicional que prevea beneficios penales para agentes estatales y sea llevada a cabo unilateralmente por un Estado es, en general, una autoamnistía, que es problemática frente al derecho internacional precisamente por los deberes especiales de los agentes estatales en materia de derechos humanos. Pero si esos beneficios son otorgados en forma cuidadosa y como consecuencia de unas negociaciones

globales de paz con grupos insurgentes, la situación es distinta pues no habría una autoamnistía unilateral del Estado, sino la previsión de beneficios para los agentes estatales que son semejantes a aquellos previstos para los guerrilleros, a fin de hacer posible la paz. Por eso, aunque la amnistía condicionada otorgada en Sudáfrica para agentes estatales ha sido a veces criticada por cubrir crímenes de lesa humanidad, nunca lo ha sido por ser una forma de autoamnistía como las establecidas en Chile o Argentina por los gobiernos militares, pues en Sudáfrica esa amnistía individual y condicionada hacía parte de las negociaciones de paz entre el Congreso Nacional Africano liderado por Mandela y el gobierno del *apartheid*, a fin de lograr la paz y la transición a la democracia. Por ello no creemos que exista una objeción de principio al uso de mecanismos de justicia transicional para agentes de Estado dentro del marco de un proceso global de paz.

Sin embargo, eso no significa que sean posibles cualquier tipo de beneficios penales. Es necesario tener en cuenta no solo los deberes especiales de los agentes estatales, sino también cuál es el propósito y el marco legítimo de actuación de la justicia transicional. En especial, es necesario recordar que los beneficios punitivos que son otorgados a los integrantes de grupos armados en un proceso de justicia transicional tienen como base no solo la contribución de esas personas a la verdad y a la reparación, sino también la desmovilización colectiva de la organización armada y las garantías de no repetición que están asociadas a esa desmovilización. Por consiguiente, la concesión de los beneficios se justifica porque el desmonte de la estructura armada permite avanzar hacia la paz y es una de las garantías para que las atrocidades no se vuelvan a cometer.

En ese contexto, es posible pensar en mecanismos de justicia transicional para agentes estatales, pero siempre y cuando se admita que su propósito es desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, pues solo de este modo es posible asegurar las garantías de

no repetición. Y el primer paso para remover tales factores estructurales es reconocer que esta participación de agentes estatales no ha sido un simple fenómeno de manzanas podridas. En este sentido, existe una contradicción profunda en ciertas declaraciones de militares y altos funcionarios del Estado que defienden al mismo tiempo dos tesis que son incompatibles: i) que debe preverse una forma de justicia transicional para agentes de Estado, pero ii) que las violaciones de los derechos humanos por el Estado son una obra aislada de algunos individuos que cometieron excesos. Sin embargo, la justicia transicional no existe para esos casos aislados, sino para violaciones masivas de los derechos humanos. Para esos casos aislados bastan y sobran los mecanismos ordinarios del sistema penal para quienes colaboran con la justicia.

La aplicación de justicia transicional a agentes estatales implica entonces reconocer que han existido factores estructurales que han posibilitado violaciones masivas de los derechos humanos por estos agentes, como los más de 2000 “falsos positivos” que han sido documentados. Eso no implica obligatoriamente aceptar que haya existido una política estatal abierta de violación de los derechos humanos, pero el Estado tendría que reconocer que existen diseños institucionales, como la extensión del fuero militar o la autorización para la existencia de grupos de autodefensa o ciertos manuales de operaciones militares o la previsión de incentivos por bajas en combate, que hicieron posibles esas violaciones masivas de los derechos humanos. Y que, por consiguiente, la inclusión de agentes estatales en mecanismos de justicia transicional debería tener como contrapartida, en nombre de las garantías de no repetición, un esfuerzo serio por desmontar esos factores estructurales que, dentro del Estado, han posibilitado atrocidades que no han sido obra de algunos agentes estatales.

En esas condiciones, si el Estado acepta la existencia de esos factores estructurales y adopta mecanismos tendentes a desmontarlos, creemos que es posible una forma de justicia transicional para agentes estatales que sea equivalente a

aquella que hemos desarrollado en estas páginas teniendo en mente esencialmente a los integrantes de los grupos guerrilleros. Esa aplicación tendría entonces como presupuesto el reconocimiento de que existen factores institucionales que han permitido el desarrollo de atrocidades por agentes estatales y el desmonte de todos esos factores; igualmente, deberían aplicarse a los agentes estatales unos requerimientos semejantes a los que hemos desarrollado en las páginas precedentes frente a los insurgentes, en especial en relación con la imposición de penas privativas de la libertad a los máximos responsables y la necesidad de que quienes se benefician de esos mecanismos hagan contribuciones muy claras a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición.

### Consideraciones finales

En las páginas precedentes hemos intentado justificar algunas recomendaciones para lo que podría ser el componente penal de una fórmula de justicia transicional para Colombia, que acompañe el proceso de paz con las guerrillas. Hemos enfatizado el estudio jurídico del derecho internacional, pero hemos recurrido igualmente a argumentaciones más filosóficas sobre los fines que puede cumplir la pena en un contexto transicional de la guerra a la paz, como el colombiano. Y hemos llegado a algunas tesis y recomendaciones que creemos que no solo armonizan la búsqueda de la paz negociada con los derechos de las víctimas y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, sino que podrían permitir la construcción de una paz justa y duradera.

Tenemos claro, sin embargo, que esas tesis son polémicas y además limitadas. Son polémicas pues las decisiones en el campo de la justicia transicional tienen siempre una cierta dimensión trágica pues, en especial en las transiciones negociadas de la guerra a la paz, buscan armonizar las exigencias de paz y justicia que en el largo plazo tienden a coincidir, pues la justicia permite una paz más estable y duradera, pero que en el corto plazo están en tensión, pues los actores armados tien-

den a eludir la rendición de cuentas a sus víctimas. La justicia transicional implica entonces, en todos los casos, el sacrificio al menos parcial de una de ellas en pro de la realización de la otra. Uno debe esforzarse por lograr la máxima realización de esos valores en pugna pero debe reconocer las tensiones que subsisten. Una paz con justicia es más duradera pero es más difícil de acordar entre las partes enfrentadas.

Nosotros ofrecemos unas fórmulas de armonización que nos parecen jurídica y éticamente sustentadas pero que, obviamente, muchos no compartirán. Algunos podrán considerar que nuestra propuesta reduce demasiado la búsqueda de justicia penal contra los victimarios y otros, por el contrario, pensarán que esta hace demasiado difícil lograr un acuerdo de paz.

Entendemos esas objeciones y por ello nuestras propuestas no son más que eso: propuestas para la discusión, que hemos defendido con vigor pues creemos que son las más adecuadas, pero que sabemos que son controversiales. Pero alguna forma de justicia transicional tendremos que adoptar los colombianos si queremos realmente lograr una paz negociada estable y duradera.

Y esto tiene que ver con los límites de nuestro análisis. Nuestro estudio se ha centrado en justificar el contenido sustantivo que debería tener la dimensión penal de la justicia transicional en Colombia pero solo hemos abordado tangencialmente los mecanismos procesales para concretar esas fórmulas sustantivas. Y ese debate procedimental es tan importante como el sustantivo pues desde hace rato es claro que, dados esos dilemas trágicos que hemos mencionado, la viabilidad política y la legitimidad jurídica de las distintas fórmulas de justicia transicional dependen, en buena medida, de la forma como las mismas sean diseñadas y aprobadas. Y por ello, por ejemplo, la manera como se concreten los criterios de selección y de otorgamiento de penas alternativas es tan importante como los criterios mismos que se adopten.

Esos procedimientos decisorios para aprobar e implementar la justicia transicional son esenciales pero son difíciles de

estructurar pues deben permitir la participación de las víctimas y la deliberación democrática para dotarlos de legitimidad jurídica y política, pero igualmente deben otorgar una cierta seguridad jurídica a los actores armados, y en especial a sus cúpulas, sobre cuál será el tratamiento jurídico penal que recibirán.

Los desafíos que subsisten son entonces grandes pero esperamos que estas propuestas permitan avanzar en el diseño sustantivo y procedimental de fórmulas de justicia transicional apropiadas para Colombia.

## Referencias bibliográficas

### Doctrina

Agirre, Xabier. 2009. Prosecuting the most Responsible for International Crimes: Dilemmas of Definition and Prosecutorial Discretion. En Joaquín González (ed.). *Protección internacional de derechos humanos y Estado de derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Recuperado de: [http://academia.edu/2571646/Prosecuting\\_the\\_most\\_Responsable\\_for\\_International\\_Crimes\\_Dilemmas\\_of\\_Definition\\_and\\_Prosecutorial\\_Discretion](http://academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsable_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion)

Aguilera, Mario. 2001. Amnistías e indultos, siglos XIX y XX. *Revista Credencial Historia* (137).

Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. 1994. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, S.A.

Alexy, Robert. 1998. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (5).

Alfonsín, Raúl. 2006. Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática. En Carlos Nino. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel.

Ambos, Kai. 2009. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. En Kai Ambos et al. (eds.). *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*. Berlin: Heidelberg.

Andreu-Guzmán, Federico. 2006a. Memorando jurídico. En *Derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos. Guía para profesionales*. Ginebra: International Commission of Jurists.

Andreu-Guzmán, Federico. 2006b. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la Ley penal:*

*un falso dilema internacional*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Andreu-Guzmán, Federico. 2008. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos. Guía para profesionales No. 3*. Ginebra: International Commission of Jurists.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz. 1991. Sobre principios y reglas. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10.

Bassiouni, M. Cherif. 1996. International Crimes: 'Jus Cogens' and 'Obligatio Erga Omnes'. *Law and Contemporary Problems*, 59 (4).

Bergsmo, Morten y María Paula Saffon. 2011. Enfrentando una fila de atrocidades pasadas. ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En Kai Ambos (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Bogotá: ProFis.

Boraine, Alexander. 2006. Transitional justice: a holistic interpretation. *Journal of International Affairs*, 60(1).

Brown, Daniel. 1999. The International Criminal Court and Trial in Absentia. *24 Brooklyn Journal of International Law*, 3: 763-796.

Comisión Asesora de Política Criminal. 2012. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Comisión Asesora de Política Criminal.

Comisión Colombiana de Juristas (2005). Sin paz y sin justicia. Aprobada ley de impunidad en Colombia. Boletín núm. 6.

Comisión Colombiana de Juristas. 2012. *Actualización del Informe de seguimiento a las recomendaciones 9, 14 y 16 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

CIDH. 2004. *Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia*. Washington: OEA.

Crocker, David. 2011. Comisiones de la Verdad, Justicia Transicional y Sociedad Civil. En *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

De Greiff, Pablo. 2009. Una concepción normativa de la justicia transicional. En A. Rangel (ed). *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio.

Del Ponte, Carla. 2006. Investigation and prosecution of large-scale crimes at the international level: The experience of the ICTY. *4 J. Int'l Crim. Just.*

Elster, Jon. 2006. *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Encuesta Nacional. 2012. ¿Qué piensan los colombianos después de siete años de justicia y paz? Bogotá: Centro de Memoria Histórica, Fundación Social, OIM, Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, Universidad de los Andes.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. 2007. *Policy Paper on the Interests of Justice*. Recuperado de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>.

Forer, Andreas y Claudia López. 2011. Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia. En Kai Ambos (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Bogotá: ProFis.

Grupo de Memoria Histórica. 2013. ¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-memorias-guerra-dignidad-new.pdf>

Guariglia, Fabricio. 2001. Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. En *Nueva Doctrina Penal*.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. 2007. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen I: Reglas. Bogotá: CICR, Norma.

International Law Commission. 2011. *Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare) by Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur*. Ginebra: International Law Commission.

Lair, Eric. 2000. Colombia: una guerra contra los civiles. *Revista Colombia Internacional*.

Lopera, Gloria. 2004. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27.

Mallinder, Louis. 2007. Can amnesties and international justice be reconciled? *The International Journal of Transitional Justice*, 1, 208-230.

Medina, Diego. 2010. Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. *16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 45-80.

Minow, Martha. 1998. *Between vengeance and forgiveness*. Boston: Beacon Press.

Minow, Martha. 2011. Memoria y odio: ¿se pueden encontrar lecciones por el mundo? En *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

Morrison, Sean. 2009. Extraordinary Language in the Courts of Cambodia: Interpreting the Limiting Language and Personal Jurisdiction of the Cambodian Tribunal. *U. L. Rev.*, 583.

Nino, Carlos Santiago. 2006. *Juicio al mal absoluto*. Ariel. Buenos Aires.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2009. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

OF-CPI (2010). Policy Paper on Preliminary Examinations, Draft, La Hagué. Disponible en [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf)

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2009. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. 2012. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad. 2004. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad. 2004. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), International Law Commission. 2006. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskeniemi. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2002. *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective. Violence Against Women. Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, Mission to Colombia*. Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with commission on human rights resolution 2001/49. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Olsen, Tricia, Leigh Payne y Andrew Reiter. 2010. The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy. *Human Rights Quarterly*, 32 (4), pp. 980-1007.

Orentlicher, Diane. 1991. Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. *The Yale Law Journal*, 100 (8).

Orozco, Iván. 2012. Lineamientos de política para la paz negociada y la justicia post-conflicto, Fundación Ideas para la Paz. Working Paper, 9.

Orozco, Iván. 2009. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis.

Oxfam Internacional. 2009. *Sexual Violence in Colombia: Instrument of War*. Londres: Oxfam Internacional.

Parenti, Pablo e Iván Polaco. 2011. Argentina. Kai Ambos (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Bogotá: ProFis.

Parra, Oscar. 2012. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad. Algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13 (1).

Restrepo, Esteban. 2013. *Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva*. Recuperado de:

[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Restrepo\\_CV\\_Sp\\_20130427.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Restrepo_CV_Sp_20130427.pdf).

Sánchez, Luz María. 2011. *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz*. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8161/1/06697341.2011.pdf>.

Scharf, Michael. 1996. The letter of the law: the scope of the International legal obligation to prosecute human rights crimes. *Law & Contemp. Probs.*, 59, 41-61.

Scharf, Michael. 1999. The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court. *Cornell International Law Journal*, 32.

Scharf, Michael. 2006. From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace. 63 *Wash. & Lee L. Rev.* 339. Disponible en: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol63/iss1/8>.

Simon, J-M. 2003. *Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador*. México: Freiburg - Instituto Max Planck.

Slye, Ronald C. 2002. The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? 43 *Va.J. Int'l L.*, 173.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. 2012. Plan de Acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Recuperado de: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>

Uprimny, Rodrigo. 2006. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. 2006. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. 2006. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y

complementariedades. En *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

van Steenberghe, Raphaël. 2011. The obligation to extradite or prosecute. *Journal of International Criminal Justice*, 9 (5).

Wedgwood, Ruth. 1994. War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal. 34 *Virginia Journal of International Law*, 2, 277-281.

Wouters, Jan. s.f. The Obligation to Prosecute International Law Crimes. Recuperado de: <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/obligationtoprosecute.pdf>.

Zalaquett, José. 2007. El caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad. En *Anuario de Derechos Humanos*. Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

Zolo, Danilo. 2007. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta.

## Jurisprudencia nacional e internacional

CIDH. Garay Hermosilla y otros, caso 10843, informe 36/96, 1997.

CIDH. Informe Anual 1992-93, informe 29/92, casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 y 10375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992.

CIDH. Informe Anual 1992-93, informe 28/92, casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), 2 de octubre de 1992.

Comité de Derechos Humanos. Arhuacos *vs.* Colombia, 19 de agosto, 1997, CCPR/C/60/D/612/1995.

Comité de Derechos Humanos. Bautista *vs.* Colombia, párr. 8.6, 13 de noviembre, 1995, CCPR/C/55/D/563/1993.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-713 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1287 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-475 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Europea de Derechos Humanos, 1985. Case of X and Y v. The Netherlands, Judgment, párr. 27.

Corte IDH, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 42.

Corte IDH. Caso Albán Cornejo vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C, No. 202.

Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.

Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 164.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, No. 212.

Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, No. 232.

Corte IDH. Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C, No. 23.

Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C, No. 211.

Corte IDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 2.

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

Corte IDH. Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 3.

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.

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, No. 217.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, No. 252.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250.

Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C, No. 241.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 4.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, No. 1.

Corte IDH. Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C, No. 226.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.

International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of Congo*. Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled Decision on The Prosecutor's Application for Warrants of Arrest Article 58, ICC 01/04-169-US-Exp, 13 de julio de 2006.

International Criminal Tribunal for Rwanda. 1998. *The Prosecutor vs. Jean- Paul Akayesu*. Judgment. Case ICTR-96-4-T. Recuperado de: <http://liveunictr.altmansolutions.com/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law, Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. 1997. Sentencing Judgment. The Prosecutor v. Dusko Tadic.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Prosecutor v. Milosevic, Case IT-98-

29/1-PT. Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis, par. 14 (July 8, 2005). Recuperado de: [http://www.icty.org/x/cases/dragomir\\_milosevic/tdec/en/050708.htm](http://www.icty.org/x/cases/dragomir_milosevic/tdec/en/050708.htm).

Special Court for Sierra Leone. Prosecutor v. Brima, Case SCSL-04-16-T. Decision on Defense Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, par. 36-7 (Mar. 31, 2006). Recuperado de: [http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SCSL/SCSL-04-16\\_Files/SCSL-04-16-T-469.htm](http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SCSL/SCSL-04-16_Files/SCSL-04-16-T-469.htm).

Special Court for Sierra Leone. Prosecutor v. Fofana, Case SCSL-04-14-T. Judgment (Aug. 2, 2007).

### Informes y documentos oficiales

Annan, Kofi A. Identical letters. 15 de marzo de 1999, Anexo "Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135".

CIDH. 1994. Informe Anual. OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9 rev. 17 febrero 1995.

CIDH. 2004. Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 diciembre 2004, párr. 35.

CIDH. 2006. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 octubre 2006.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). 2003. Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: un análisis espacial. *Archivos de Economía*. Documento 219.

Fiscalía General de la Nación, Memorando 008, mayo 22 de 2006.

Fiscalía General de la Nación. Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, "por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación".

International Court of Justice, 6 April 2009, document CR.2009/08. Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15119.pdf>.

International Law Commission. 2011. Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), by Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur.

Justice Jackson's Report to the President on Atrocities and War Crimes, June 7, 1945. Recuperado de: [http://avalon.law.yale.edu/imt/imt\\_jack01.asp](http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp).

OF-CPI (2010). Policy Paper on Preliminary Examinations, Draft, La Hague. Recuperado de: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf).

Office of the Co-Investigating Judges, Decision on Personal Jurisdiction and Investigative Policy Regarding Suspect, par. 21 (May 2, 2012). Recuperado de: [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D49\\_EN.PDF](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D49_EN.PDF).

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Asamblea General. 1973. Resolución 3074 (XXVIII). Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2002. Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective. Violence Against Women. Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, Mission to Colombia. Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with commission on human rights resolution 2001/49.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Seguridad. 2004. Resolución 1534, 5, UN Doc. S/RES/1534 (marzo 26).

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Seguridad. 2006. Resolución 1674.

## PARTE II

### Artículos e intervenciones

### El marco jurídico para la paz: ¿Cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?<sup>1</sup>

*Nelson Camilo Sánchez*  
*Rodrigo Uprimny Yepes*

Dos años atrás, una propuesta política generó un agitado debate en el Congreso de la República: la discusión de una norma jurídica que facilitara unos posibles acercamientos de paz con las guerrillas. Desde distintas orillas, voces nacionales e internacionales se opusieron fieramente a esta propuesta. Algunos decían que un posible diálogo de paz sería retroceder en los avances de seguridad alcanzados en los últimos años. Otros adujeron que debido a la gravedad de los delitos cometidos por las guerrillas, cualquier negociación debía seguir los estándares normativos fijados por las normas y decisiones internacionales y nacionales, por lo cual nuevas leyes no eran necesarias. Otras voces, desde un punto de vista más político o estratégico, señalaban que jugar a legislar sobre la paz cuando ni siquiera había acercamientos con los grupos armados era un ejercicio hipotético sin sentido. Pese a estas posiciones, la discusión legislativa siguió adelante y ocho debates después la propuesta se convirtió en una nueva y polémica reforma constitucional.

---

<sup>1</sup> Este texto fue publicado originalmente en *Revista Foro por Colombia*, 78, enero de 2013.

El tiempo probó que la discusión no era hipotética o que se basaba simplemente en la esperanza de una solución negociada del conflicto. Estaba motivada por unos acercamientos iniciales entre el gobierno nacional y la guerrilla de las FARC que la opinión pública no conocía. Las mesas de negociación instaladas en Oslo y La Habana avanzan ahora y tendrán que ajustar sus negociaciones a lo que estipula ese marco constitucional renovado por la reforma conocida precisamente como “el marco legal para la paz”.

El presente texto tiene como objetivo discutir cómo afecta dicha reforma constitucional a las posibilidades de negociación y cuáles podrían ser los escenarios posibles de satisfacción de los derechos de las víctimas —particularmente al esclarecimiento y a la justicia— derivadas de una negociación que se genere dentro de este marco constitucional.

Para esto, dividiremos el texto en cuatro partes. En la primera hacemos un recuento de los supuestos y antecedentes del acto legislativo. Es decir, de las motivaciones para su discusión y aprobación. En la segunda parte hacemos una presentación de los contenidos principales de la norma. En la tercera presentamos un balance rápido de sus aciertos, ambigüedades y falencias. Finalmente, a manera de cierre, abordaremos las cuestiones aún no resueltas y que deberán ser objeto de regulación a través de leyes posteriores.

### Los supuestos y antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2012

A la fecha de inicio de debate, la investigación judicial de las personas que se desmovilizaron en el gobierno anterior (principalmente paramilitares) estaba en el ojo de la opinión pública por sus exiguos resultados. Por un lado, la suerte de los denominados postulados a Justicia y Paz estaba en un relativo estancamiento debido a los pocos casos procesados por esta vía. Por otro lado, los distintos giros que había tomado el juzgamiento de los desmovilizados no postulados (a los que se suele llamar como el grupo de los “17.000” o “19.000”, que

correspondería a mandos medios y patrulleros) los había llevado, según algunos sectores, a un sostenido limbo jurídico.

La justicia de transición en Colombia había iniciado con el modelo de Justicia y Paz, el cual había sido creado para la judicialización de los casos de violaciones más graves.<sup>2</sup> Para que el modelo de Justicia y Paz funcionara era necesario que el número de casos no desbordara las posibilidades materiales de tramitarlos mediante este mecanismo de justicia. Así, de los más de 50.000 combatientes que dejaron las armas, el sistema seleccionaría a aquellos que voluntariamente decidieran participar (Agencia Colombiana para la Reintegración 2012). El resto de excombatientes, es decir, aquellos sobre los cuales no existiera información que los incriminara sobre delitos atroces, serían reincorporados a la sociedad a partir de un modelo de amnistía, reconocido por la Constitución Política para delincuentes políticos.

Este mecanismo, sin embargo, se enfrentó a fuertes obstáculos políticos y normativos. En primer lugar, las organizaciones de víctimas señalaron desde el inicio que, en la medida en que el Estado no contaba con prácticamente ningún tipo de información sobre lo ocurrido en el conflicto, el mecanis-

2 Bajo el modelo de Justicia y Paz se estableció que los juicios penales, como mecanismo de transición, solamente se ocuparían de la sanción de los delitos atroces, dejando abierta la posibilidad para la amnistía o el indulto de otros delitos cometidos con ocasión del conflicto. Justicia y Paz también introdujo un mecanismo de selección y dirección del proceso de judicialización a cargo del poder ejecutivo, el cual tenía la llave de ingreso al mecanismo a partir de la presentación de listas de postulados a la Fiscalía General de la Nación. En tercer lugar, el mecanismo asumía un marco de negociación (los excombatientes debían contribuir a la paz, la verdad y la reparación), pero que, en cumplimiento del deber jurídico de investigar a cargo del Estado, no renunciaba al esclarecimiento oficial, pues la declaración de los postulados debía ser complementada con investigación realizada por la Fiscalía. En cuarto lugar, el arreglo transicional, en el balance entre los imperativos de justicia y paz, cedía en el deber de justicia no en la responsabilidad o en el juzgamiento, sino en la proporcionalidad y duración de la pena. Es decir, a diferencia de un modelo de amnistía total —como ocurrió en países que transitaron por modelos de perdones responsabilizantes que admitían la concesión de perdones a crímenes atroces, como Sudáfrica—, el modelo de la Ley de Justicia y Paz era generoso en la reducción de la pena, pero se sustentaba en la idea de que todos los procesados serán sancionados a una pena de privación de la libertad.

mo establecía una especie de amnistía soterrada para aquellos combatientes que no confesaran sus crímenes. A su juicio, el Estado debía investigar antes de conceder cualquier tipo de amnistía o subrogado penal.<sup>3</sup> En segundo lugar, la teoría del delincuente político fue rechazada por las altas cortes de justicia colombiana (la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional), las cuales encontraron que el delito de “sedición” no podía ser imputado a miembros de grupos paramilitares, pues estos habían obrado como actores armados pro régimen y no contra sistémicos, como es el entendimiento general del delincuente político.<sup>4</sup> Además, las organizaciones señalaron que los grupos paramilitares habían carecido del sentimiento altruista inherente a la noción de delincuente político.

Frente a estas decisiones judiciales se intentó entonces el uso del principio de oportunidad que tiene la Fiscalía para no adelantar acción penal en aquellos casos que, por cuestiones de política criminal, considera no son de interés de la justicia.<sup>5</sup> Pero de nuevo, en una decisión dividida, la Corte Constitucional encontró que este mecanismo violaba los derechos de las víctimas.<sup>6</sup> De acuerdo con distintos sectores políticos, esta decisión podía llevar a una crisis del proceso de desmovilización, pues los acuerdos iniciales adelantados por el gobierno con los grupos paramilitares desmovilizados no tenían en perspectiva la judicialización de todos los excombatientes.<sup>7</sup>

3 Sobre este tema ver Comisión Colombiana de Juristas (2005), quienes férreamente se opusieron al entonces procedimiento de dejación de armas autorizado por el Decreto 128 de 2003. Para una explicación de este mecanismo ver CIDH (2004), Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, 13 de diciembre de 2004.

4 Un análisis exhaustivo y crítico de los argumentos de las Cortes puede encontrarse en MAPP/OEA (2011).

5 Para estos efectos fue expedida la Ley 1312 de 2009.

6 Ver Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

7 En realidad, desde la adopción del modelo de Justicia y Paz varios líderes de los grupos desmovilizados habían catalogado como “traición de los diálogos” las medidas de judicialización. Para ellos, los acuerdos adelantados con el gobierno de entonces no habían previsto

El Congreso diseñó entonces un nuevo instrumento normativo con base en esta distinción entre juzgamiento y cumplimiento de la pena. El sistema, que se ha denominado comúnmente como “los acuerdos de contribución a la verdad histórica”, tiene una combinación de procedimientos administrativos y judiciales.<sup>8</sup> Aplica a aquellos excombatientes que “únicamente” hayan cometido los delitos de pertenecer a un grupo armado, y haber usado armas y uniformes restringidos.

La Corte Constitucional encontró que este instrumento no vulneraba la obligación del Estado de proveer un recurso judicial efectivo a las víctimas.<sup>9</sup> Esta decisión, sin embargo, no enfrenta de manera directa el problema fáctico de sobrecarga del sistema judicial para investigar todos los hechos y procesar a todos los excombatientes de un conflicto armado de más de cuatro décadas.<sup>10</sup> Por un lado, el estándar punitivo sigue siendo más alto que el internacional, pues el modelo colombiano implica la investigación y el juzgamiento de los excombatientes (así el cumplimiento de la pena no vaya a ser efectivo), incluso por delitos que normas internacionales consideran

en ninguna instancia un endurecimiento del estándar punitivo en el Congreso (vía Justicia y Paz), y las posteriores reacciones de las Cortes (respecto del delito político). *Diario El Universal*, “Exparamilitar alias ‘El Alemán’, se siente traicionado por Uribe”, 24 de agosto de 2009.

8 Ley 1424 de 29 de diciembre de 2010, “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

9 Según la Corte, esta ley no ofrece a sus destinatarios la impunidad de sus acciones, ni tampoco una reducción en la duración de las penas que les serían imponibles. Además, consideró la Corte que el otorgamiento o no de los beneficios relativos a la libertad siempre tiene lugar dentro de una actuación judicial en donde se ejercita la potestad punitiva del Estado. En otras palabras, la Corte aceptó la tesis de la división entre investigación y sanción, y cumplimiento efectivo de la pena.

10 De acuerdo con cálculos oficiales, con más de 50.000 personas desmovilizadas que han confesado más de 200.000 crímenes (entre estos, más de 45.000 asesinatos), el sistema de Justicia y Paz tardaría aproximadamente 99 años procesando a las personas actualmente sometidas a este procedimiento. Haciendo cálculos similares, la justicia tardaría aproximadamente 526 años para procesar a los excombatientes que se acogieron al procedimiento de la Ley 1424 de 2010 (ACR 2012).

como amnistiabiles. Por otro lado, de acuerdo con la decisión de la Corte, todos los combatientes que hayan cometido delitos atroces deberán ser investigados, juzgados y sancionados, pero no se determina cómo se hará dicha investigación, especialmente cuando el universo de casos actualmente conocidos sobrepasa las capacidades del sistema (como lo denota el proceso penal de Justicia y Paz). Además, la Corte cerró la puerta a que los máximos jefes de los grupos armados puedan acceder a estos beneficios, pues encontró que estos, al haber dirigido estos grupos, cometieron los delitos imputables a los mismos, como autores o partícipes.

En consecuencia, durante la discusión del acto legislativo, cuatro temas fueron usualmente citados como aquellos a los que se les buscaría una salida legal mediante la reforma constitucional: i) la incertidumbre jurídica sobre la posibilidad del Estado de otorgar beneficios penales a desmovilizados que hubieren cometido crímenes graves; ii) la falta de claridad sobre si la Fiscalía podía avanzar más eficientemente en las investigaciones masivas a través de herramientas de priorización de sus actividades; iii) la incertidumbre sobre la posibilidad de ofrecer reintegración política a grupos desmovilizados para que eventualmente se presenten a cargos públicos de elección popular; y, en relación con estos tres temas, iii) el riesgo de que cualquier compromiso adoptado en una negociación con un grupo armado no pudiera ser honrado tras una decisión judicial que tome una interpretación distinta a aquella promovida por el gobierno.

**Los aspectos sustanciales del Acto Legislativo 01 de 2012:  
la constitucionalización  
de la justicia transicional en Colombia**

El texto final del Acto Legislativo 01 de 2012<sup>11</sup> es muestra de las intensas deliberaciones de las que fue objeto. Su redacción

11 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Polí-

intentó acomodar distintos intereses, lo cual lo hace un texto poco técnico, repetitivo, contradictorio y difícil de entender. Veamos sus contenidos más importantes.

En primer lugar, el nuevo artículo transitorio 66 de la Constitución constitucionalizó la justicia transicional en Colombia. Hasta entonces, los modelos de justicia transicional habían partido de leyes lo cual había dado lugar a que se cuestionara su sustento normativo. Si bien la Corte Constitucional ya había emitido varias decisiones en las que había validado la constitucionalidad del concepto de la justicia transicional,<sup>12</sup> a partir del Acto Legislativo el modelo teórico quedó incluido directamente en el texto constitucional. El concepto de justicia transicional de nuestra constitución aboga entonces por mecanismos excepcionales que tendrán una doble finalidad prevalente. Por un lado, facilitar la terminación del conflicto armado interno para lograr una paz estable que garantice la no repetición de las atrocidades; por otro lado, la garantía “en el mayor nivel posible”, de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En esta última parte radica otra novedad constitucional de este acto: constitucionaliza de manera clara los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que hasta entonces se habían deducido de otras normas constitucionales e internacionales.

En segundo lugar, la reforma constitucional contesta a una pregunta que ha dado lugar a mucha especulación: ¿Es posible negociar con otros grupos armados condiciones distintas a las que se negociaron con los grupos paramilitares? O ¿Es imperativo aplicar los mismos estándares a todos los combatientes que entreguen sus armas y se reintegren? Al respecto, el Acto

tica y se dictan otras disposiciones”. Las distintas versiones del proyecto, así como las exposiciones de motivos que las acompañaron son una buena fuente de profundización de los argumentos expuestos en este texto. Todas pueden ser encontradas en la siguiente recopilación hecha por la organización Congreso Visible: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/6437/#tab=2>

12 Ver Corte Constitucional, sentencia C-052 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Legislativo establece que una ley estatutaria podrá autorizar que “en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno”, lo cual incluye “los agentes del Estado en relación con su participación en el mismo”.

En tercer lugar, el acto legislativo establece que una ley estatutaria (no se especifica si debe ser la misma en la que se establece el tratamiento jurídico a los desmovilizados o no) establecerá instrumentos de justicia transicional judiciales y extrajudiciales para garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. Esto quiere decir que el Acto acepta como constitucional que algunas violaciones de los derechos humanos (que al mismo tiempo son infracciones a la ley penal, es decir, delitos) no sean judicializadas sino tramitadas a partir de instrumentos “extrajudiciales”. El acto no especifica cuáles delitos podrán ser sujetos de estos procesos, ni cuáles serán estos mecanismos: esta regulación la hará el Congreso mediante una ley estatutaria.

En cuarto lugar, y como forma de balance de la medida anteriormente señalada, el Acto legislativo establece dos medidas en favor de la protección de los derechos de las víctimas. Por un lado señala que “[e]n cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Es decir, tanto para los casos en los que se apliquen mecanismos judiciales como extrajudiciales se deberán garantizar mecanismos adicionales de esclarecimiento y reparación. Sin embargo, no es claro si estos serán adicionales a los ya existentes en la legislación colombiana o si bastan las medidas ya establecidas en la Ley 1448 de 2011. Por otro lado, el acto legislativo señala que una ley (no especifica que sea estatutaria, por lo cual puede ser una ley ordinaria) “deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones”. Es notorio el cambio de redacción de este apartado. Mientras que en las demás medidas se usa un lenguaje condicional (podrá, podría) en

este caso se redactó un obligación específica de crear una Comisión de la Verdad. Si bien el acto legislativo no ordena cuál será la composición de la Comisión y cómo serán sus trabajos, sí sugiere (de nuevo lenguaje condicional) que el mandato de la comisión “podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”.

Ahora bien, los párrafos cuarto y quinto del artículo 1 del acto legislativo son los que se concentran en aclarar las cuestiones que se señalaron en la primera parte de este texto. Aquí, por así decirlo, está el corazón del marco legal para la paz, así como sus figuras más polémicas. El texto empieza por constitucionalizar los conceptos de selección y priorización de la acción penal y por denominarlos como “inherentes a los instrumentos de justicia transicional”. Entre uno y otro se señalan ciertas distinciones. Por ejemplo, el acto señala que es competencia del fiscal General de la Nación determinar los criterios de priorización de la acción penal, lo cual quiere decir que no se requiere de una ley adicional que regule esta posibilidad a la Fiscalía. La Constitución le aclara una autonomía e independencia (limitada obviamente por la propia Constitución y las normas internacionales) a la Fiscalía para trabajar más eficientemente a partir de criterios de priorización. Algo que en la actualidad ya viene realizando el actual fiscal Eduardo Montealegre y su equipo de trabajo, y que fue especificado en la reforma a la Ley de Justicia y Paz recientemente aprobada.

Por su parte, en materia de selección la reforma constitucional señala que será el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, el que podrá, a través de una ley estatutaria, determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal “de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. En otras palabras, la ley estatutaria puede establecer que, entre todos los delitos atroces que se han cometido en el conflicto colombiano, se seleccionen

algunos en donde se persiga a los máximos responsables de su comisión, dejando de lado otros delitos también atroces (que deberían ser entonces tramitados a partir de los anteriormente expuestos instrumentos extrajudiciales) y de otros perpetradores de tales delitos que no se consideren como los “máximos responsables”. Asimismo, el acto establece que la ley estatutaria también deberá tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

La inclusión de la iniciativa del gobierno y del proceso de ley estatutaria cumple varios propósitos. En primer lugar, la iniciativa está dada al gobierno que es el encargado de llevar las negociaciones y de transmitir al Congreso los avances y acuerdos a que se lleguen en posibles mesas de negociación. Durante el trámite de la reforma fue claro que la facultad de negociación debía ser exclusiva del Ejecutivo sin necesidad de consulta o intervención de los otros poderes. En segundo lugar, el requerimiento de que la definición de los criterios de selección sea realizada a través de una ley estatutaria tiene un doble alcance. Por un lado busca que el proceso esté sujeto a una mayoría parlamentaria especial, más alta que aquella requerida para la aprobación de leyes ordinarias. Por otro lado, se pretende que la Ley que sea fruto de esta mayoría cualificada sea inmediatamente ratificada o rechazada por la Corte Constitucional (pues el proceso de revisión de la constitucionalidad de estas leyes es previo y no posterior como sucede con las leyes ordinarias). Con esto se pretende evitar lo que sucedió en el pasado con la aplicación de figuras como la sedición y el principio de oportunidad que terminaron siendo declaradas inconstitucionales por la Corte y retro trayendo situaciones y cambiando radicalmente lo que se había negociado con los grupos armados en desmovilización.

Pero el acto legislativo no se limita únicamente en los criterios de priorización y selección: establece otras medidas de exclusión de la acción penal y otras alternativas a la prisión para los desmovilizados. Así las cosas, dicho acto señala que la Ley Estatutaria, además de establecer los criterios de selec-

ción, podrá: i) establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; ii) establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y iii) autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados.

Estas tres alternativas se refieren a supuestos distintos y adicionales a los enfrentados con los criterios de selección y priorización. Por ejemplo, el primero de ellos admite que incluso en casos en los que se juzgue y se condene a una persona —incluyendo el juzgamiento de delitos atroces— se podría relevarla de que cumpla la condena impuesta, al parecer incluso para máximos responsables (como sería el caso de miembros del secretariado de las FARC que han sido ya múltiples veces condenados por la justicia ordinaria). Por su parte, el segundo supuesto acepta que a aquellas personas que incluso se investigue, procese y sancione no necesariamente tengan que cumplir una condena de privación de la libertad en un centro penitenciario. Con ello, las opciones resultan variadas: podría existir investigación y sanción de algunos casos seleccionados bajo el criterio de “los más responsables”, suspensión de la pena para otros, condena para otros pero con sanciones que no requieran pena privativa de la libertad, etc.

En cualquier caso, el acto legislativo reitera que el tratamiento penal especial que se otorgue a través de estos mecanismos estará reservado para quienes efectivamente dejen las armas, reconozcan su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley. Es decir, el proyecto tiene una lógica de negociación y de otorgamiento de beneficios solo si se dan ciertas contribuciones a la paz.

Finalmente, un segundo artículo del acto legislativo —que se convierte en el nuevo artículo 67 transitorio de la Consti-

tución— fue redactado para hacer frente a la cuestión de la participación en política de los desmovilizados. Al respecto nuevamente se señala que una ley estatutaria deberá regular cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. De esta regulación expresamente se excluyen por disposición constitucional los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática. Por tanto, no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y “seleccionados” por estos delitos. Sin embargo, no queda muy claro si una persona no seleccionada podría participar en política.

#### **La orientación general del Acto Legislativo 01 de 2012 y algunas de sus contradicciones, vacíos y problemas**

Sin lugar a dudas, los temas que aborda el Acto Legislativo 01 de 2012 son altamente complejos y, por su naturaleza intrínseca, muy polémicos. Encontrar un consenso social, académico o político sobre medidas de esta naturaleza es prácticamente imposible, sobre todo en las urgencias de la coyuntura. Tal vez en unas décadas, mirando hacia atrás, sea posible una evaluación más sosegada y consensual de esta medida. No obstante el riesgo de una errada evaluación prematura de un tema polémico, en las líneas que siguen intentaremos presentar algunas opiniones con base en argumentos que presentamos a lo largo del proceso de discusión del proyecto de reforma. Estas consideraciones serán divididas en dos partes. En la primera nos concentraremos en la orientación filosófica general del Acto Legislativo 01 y en la segunda en los aspectos concretos del lenguaje de la reforma.

La pregunta inicial que uno debería hacerse sobre la reforma es si esta era realmente necesaria para avanzar en la satisfacción de los derechos de las víctimas y en una posibilidad de terminación negociada del conflicto armado en Colombia. Sobre este aspecto la respuesta creo que es afirmativa.

El marco constitucional redactado en 1991 (como un intento también de acercamiento de paz) era limitado pues estaba construido sobre la base de un Estado que se pretendía “limpio”, que negociaba con unas guerrillas contraestatales que recurrían a la violencia pero que no eran excesivamente atroces. Es por ello que el modelo establecido en la Constitución fue el de la amnistía al delincuente político, con exclusión de los crímenes atroces. No obstante, este esquema tiene grandes fallencias para la realidad del conflicto colombiano.

En primer lugar, el Estado no es tan “limpio” pues un número importante de agentes estatales están involucrados en graves violaciones de los derechos humanos. Incluso algunos de ellos están investigados judicialmente y otros han sido condenados. Por tanto, un asunto pendiente es qué debe hacerse con ellos en el marco de procesos de justicia transicional que busquen el cierre definitivo de los asuntos del conflicto. Si bien no necesariamente su tratamiento debe ser el mismo de la negociación con grupos fuera de la ley, esta discusión resulta ineludible para una situación de posconflicto.

En segundo lugar, en Colombia han existido actores armados irregulares pro estatales, como los paramilitares, que difícilmente caben en la idea de delito político. La pregunta, entonces, es qué hacer con estos grupos, y el marco constitucional de 1991 no era claro pues no parecía admitirles el indulto. Así lo determinó la Corte Constitucional la cual los excluyó también del principio de oportunidad.

En tercer lugar, todos los actores armados (militares, paramilitares y guerrilleros) han cometido masivamente crímenes atroces, que configuran en muchos casos crímenes de guerra y de lesa humanidad, frente a los cuales una interpretación dominante en el continente sugiere que no cabe indulto ni amnistía. Esto nos deja entonces con decenas de miles de responsables de esos crímenes y decenas de miles de hechos que se articulan en esos crímenes de sistema. La amnistía o el indulto no son posibles ni deseables, pero la pregunta que surge es esta: ¿Es posible que todos esos crímenes puedan ser judi-

cializados individualmente? No parece razonable, por lo que habría que pensar en mecanismos de priorización e incluso de selección de los casos más importantes y graves, y de los máximos responsables de los crímenes más graves.

En cuarto lugar, nuevos dispositivos judiciales para establecer responsabilidades penales (como la idea de autor mediato o de responsabilidad del superior) han permitido judicializar crímenes de las cúpulas guerrilleras, paramilitares, e incluso militares. Sin embargo, muchos operadores jurídicos se han restringido en su aplicación aduciendo que no están considerados constitucionalmente.

Es por ello que frente a este contexto, y bajo la idea de que una solución negociada del conflicto es una alternativa que hay que conservar, parece necesario generar un marco constitucional que sea respetuoso de los derechos de las víctimas y de la lucha contra la impunidad de crímenes atroces, pero que enfrente esa situación y permita una solución política del conflicto. En esto es que acierta la orientación general del Acto Legislativo.

Pese a esta orientación, la redacción final del articulado no parece haber sido la más afortunada en varios pasajes muy importantes. Así, para empezar, en cuanto a la exclusión de la acción penal el articulado aparece como demasiado laxo, pues da a entender que como la priorización y selección son inherentes a la justicia transicional, en esos casos el Congreso puede en forma casi totalmente libre seleccionar y priorizar como quiera, siempre y cuando centre sus esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables. Con esto parece sugerir que a estos máximos responsables bastaría con investigarlos, lo cual ha sido fuente de críticas nacionales e internacionales.

Esta situación pudo haber sido evitada modificando la lógica sobre la que se estructura la idea. Es decir, el articulado pudo haber partido por reconocer que hay un principio y mandato general, que es el deber del Estado de investigar y sancionar todas las violaciones graves de los derechos huma-

nos y del derecho internacional humanitario. Esta idea, que además armoniza el texto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, reafirma la obligación del Estado de investigar, pero luego la matiza frente al escenario de transición negociada mediante procesos de paz.

A partir de este reconocimiento, el articulado pudiera haber reconocido que, por imperativos de justicia transicional, pueden preverse excepciones a ese deber general estableciendo mecanismos de priorización y selección de esas violaciones pero con limitaciones. Así, la selección debería 1) ser proporcionada y 2) tener un límite, que es la investigación y sanción de los máximos responsables. Obviamente, teniendo en cuenta que el Estado tiene otros deberes como buscar la paz, y que la sola priorización no es suficiente pues se requieren garantías jurídicas para que haya desmovilización.

Esto es así porque a nivel fáctico es imposible juzgar todos los casos pues los sistemas judiciales salen debilitados y son demasiados los crímenes y los responsables. Y entonces, o uno hace la priorización y selectividad en forma explícita, o esta se da en forma encubierta. Y a nivel normativo, por la siguiente razón: aunque siempre los Estados deben esforzarse por armonizar justicia y paz, o justicia y transición a la democracia, es necesario reconocer que las tensiones entre justicia y paz subsisten, y que las ponderaciones son entonces necesarias, por lo cual es posible que sea indispensable reducir el imperativo de castigo en beneficio de otros valores como la paz o la transición democrática. Y eso obliga a la selectividad (sin que baste la priorización) pues la paz exige brindar unos mínimos de seguridad jurídica a una gran masa de combatientes. En esos contextos, no es realista simplemente priorizar y dejar la posibilidad abierta de que las personas cuya investigación no fue priorizada podrían ser investigadas y sancionadas veinte años después, pues esa perspectiva hace inviable cualquier paz negociada.

Para cumplir con este propósito, en el articulado pudieron haberse incluido de manera expresa algunos criterios que limitaran al Congreso en su labor de establecimiento de crite-

rios de selección. Por ejemplo, los principios de necesidad y proporcionalidad, los cuales determinan que solo en los casos en donde la selección sea el último recurso posible se podrá exceptuar el deber general de investigación y que, aun exceptuado este deber, su aplicación deberá ser proporcionada.

En segundo lugar, el texto se complejizó de tal manera que incluso se volvió contradictorio. Por ejemplo, a pesar de que está escrito en clave de negociación con grupos armados para la cesación del conflicto, las medidas parecen también aplicarse sin este supuesto. Así, en el primer párrafo se señala que esos instrumentos también se aplican a desmovilizaciones individuales, lo cual significa que se pueden aplicar mientras el conflicto continúa. En este sentido, aplicar principios destinados para la negociación de paz a desmovilizaciones individuales implica una tergiversación de la justicia transicional, la cual termina siendo usada como instrumento de guerra (para forzar desmovilizaciones), y no como instrumento de paz. Así, para desmovilizaciones individuales se podrían diseñar instrumentos de sometimiento a la justicia o de beneficios por colaboración, pero no de justicia transicional.

De manera similar, la amplitud de la aplicación de mecanismos pensados para la negociación pero que se aplican residualmente a otras partes hace que sea muy problemática la fórmula de inclusión de los miembros de la Fuerza Pública en el párrafo 1 del artículo 66. Respecto de agentes estatales, inicialmente se planteó la idea de aplicarles beneficios de justicia transicional en forma individual, la cual parece ser la peor forma de enfrentar el problema, pues abre una puerta inmensa a una posible autoamnistía de crímenes atroces. Finalmente, la redacción del artículo excluyó la mención expresa de los casos individuales, y prefirió utilizar la vaga fórmula de que los mecanismos de justicia transicional aplicarán también a “los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”.

Sin embargo, esta fórmula deja muchas dudas pendientes. El acto legislativo no establece ninguna exigencia al Estado o a

la Fuerza Pública de reforma institucional o de garantías de no repetición para concederles a sus agentes beneficios de justicia transicional. Y eso se parece demasiado a una autoamnistía de crímenes atroces. La idea esencial de la justicia transicional es precisamente que un actor armado obtiene beneficios penales porque reconoce sus culpas y se reintegra a la sociedad. Y eso haría la guerrilla o hicieron los paramilitares, que se desmovilizan y entregan sus armas y por ello obtienen beneficios, pues su desmovilización es una especie de garantía de no repetición. Pero eso no sucede con la Fuerza Pública pues siempre se ha dicho que ella, como institución, no está comprometida con violaciones de los derechos humanos. ¿Cuál es entonces la justificación para aplicarles instrumentos de justicia transicional, sin que se plantee seriamente ninguna reforma seria de la Fuerza Pública para evitar la repetición de las violaciones en las que estuvo involucrada? Por eso la fórmula más aceptable en este punto hubiera sido decir claramente que a los militares no se les aplica la justicia transicional, pero que pueden obtener beneficios individuales ordinarios por colaboración con la justicia, que no pueden llegar nunca a la exclusión total de la pena por crímenes atroces.

En consecuencia, el texto hubiera podido mejor establecer un marco con tres tipos de supuestos. Un primer escenario de negociación de paz con grupos armados contendientes, a cuyos miembros se les puede considerar dentro de políticas de selección de la acción penal dada su contribución colectiva a la paz y su compromiso con la no repetición. Un segundo escenario con miembros de grupos armados que individualmente deciden dejar las armas, para quienes se podrían establecer medidas generosas de sometimiento, de acuerdo con su contribución. Y, finalmente, políticas de reducción de penas a miembros de fuerzas militares que decidan participar de políticas de contribución con la justicia, dentro del marco de la justicia ordinaria. No obstante, la aproximación del acto legislativo parece ser distinta y es altamente imprecisa, pues confunde lógicas y sustentos fácticos distintos.

Finalmente, la redacción sobre la “obligatoria” Comisión de la Verdad que deberá establecerse mediante una ley es confusa pues en ella el acto mezcla dos acciones distintas: las de esclarecimiento generalizado de patrones, por un lado, con las medidas de selección de los casos, delitos y perpetradores más importantes y sobre los cuales debería ejercerse la acción penal. Además, al establecer que una de las acciones concretas de la comisión podrá ser el establecimiento de criterios de selección dejaría la puerta abierta a que la selección pudiera hacerse por vía de la Comisión que puede partir de una ley ordinaria, con lo cual contradice el siguiente párrafo del Acto en donde se establece una reserva de ley estatutaria en la que se requiere la participación conjunta del Ejecutivo y el Congreso.

**Las leyes estatutarias:  
aspectos por discutir y definir**

El marco legal para la paz deja muchas opciones y preguntas sin contestar. Y, en parte, esto era lo que se buscaba con su promulgación: una guía de ruta general que deberá ser concretada posteriormente según las negociaciones avancen. Esto definitivamente es un acierto de la iniciativa. Sin embargo, algunas de las cuestiones básicas que debieron haber sido definidas con mayor claridad siguen dando lugar a controversias.

Es pues en este momento imperativo que cualquier medida legislativa que se discuta en el Congreso busque enfrentar estas dudas con base en los principios constitucionales y de bloque de constitucionalidad que pueden ayudar a guiar la interpretación más adecuada de este marco normativo. De hecho, varias de las vaguedades e inconsistencias aquí señaladas podrían dar lugar que las leyes estatutarias que serán expedidas en el futuro (parece que futuro cercano) sienten una posición conforme a los principios antes expuestos. De lo contrario, enfrentarán la revisión de la Corte Constitucional que probablemente terminará devolviendo al escenario del Congreso las fórmulas que, a partir de este marco, terminen siendo tan laxas que vulneren los derechos de las víctimas.

Así, el Congreso tiene al menos tres tareas específicas para hacer que este marco no termine siendo una vía libre a la aceptación de cualquier fórmula de negociación en perjuicio de las víctimas o que, por el contrario, desemboque en una camisa de fuerza a las negociaciones de paz. En primer lugar, el Congreso deberá establecer de manera muy cuidadosa cómo operarán los mecanismos para los tres tipos de desmovilizaciones (colectivas, individuales y de miembros de la Fuerza Pública), en tal forma que garantice que cualquier beneficio que se otorgue sea realizado con base en una actitud recíproca de contribución a la paz y a los derechos de las víctimas. En segundo lugar, debe diseñar con gran filigrana la manera como operarán entre sí los distintos mecanismos posibles de cesación de la acción penal o de subrogados penales (selección, priorización, suspensión de penas, beneficios de excarcelación, etc.). Una combinación de estos mecanismos que lleve a que en la práctica ningún requisito de justicia sea cumplido llevará al proceso al borde una amnistía no permisible ante el derecho internacional lo cual puede poner en serios problemas este marco frente a la Corte Constitucional o cortes internacionales, y podría dar lugar a un interés mayor de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano. Por el contrario, una adecuada distribución de estas opciones podría generar grandes incentivos a los combatientes para la desmovilización y una seguridad mínima de los derechos de las víctimas que blinde el proceso frente a posibles juicios internacionales. En tercer lugar, el Congreso deberá ser muy preciso en la forma en la que regule los criterios propios de selección, especialmente la relación dinámica entre los criterios de “máximo responsable”, gravedad y responsabilidad, frente a los criterios generales de proporcionalidad y reciprocidad.

**Intervención Ciudadana presentada  
por Dejusticia ante la Corte Constitucional  
en el proceso de revisión constitucional  
del marco jurídico para la paz**

*Intervención ciudadana presentada por Dejusticia  
el 4 de marzo de 2013 en el proceso D0009499*

Honorables magistrados y magistrada  
Corte Constitucional  
M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub  
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso D0009499  
Norma revisada: Acto Legislativo 01 de 2012

Respetados magistrado y magistrada:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, director y miembros del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – Dejusticia, y obrando en calidad de ciudadanos, respetuosamente presentamos la siguiente intervención en el proceso de constitucionalidad referenciado.

La demanda frente a la cual nos pronunciamos se dirige contra ciertos apartes del acto legislativo por medio del cual

se establecieron instrumentos jurídicos de justicia transicional orientados a facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable. Específicamente, la demanda pretende que se limite el criterio de selectividad que constitucionalizó la norma demandada, en virtud del cual se abre la posibilidad de que, eventualmente, ciertas conductas criminales cometidas en el marco del conflicto armado y ciertas personas que hayan participado en su comisión no sean investigadas y sancionadas judicialmente. Según la demanda, las expresiones demandadas sustituyen un eje esencial de la Constitución, a saber, “el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, y por consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción”, al permitir que ciertas personas —los que no son máximos responsables— y ciertas conductas —los crímenes de guerra no cometidos de manera sistemática— no sean investigadas y juzgadas.

Compartimos el planteamiento de los demandantes en el sentido de que el deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y al DIH es un pilar esencial de nuestra Constitución. Así lo ratifican las normas constitucionales citadas en la demanda (preámbulo, arts. 2, 12, 29, 228 y 229), así como los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y que también fueron referidos en ella.<sup>1</sup> Sin embargo, consideramos

<sup>1</sup> En la demanda se indica que el deber de investigar y juzgar encuentra sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho de toda persona a acceder a un recurso efectivo en caso de que sus derechos hayan sido violados (art. 2.3), y es además un componente estructural de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues: i) se desprende de la obligación general de garantizar los derechos humanos, ii) guarda relación directa con el derecho de acceso a la justicia y iii) tiene una conexión estrecha con los derechos de las víctimas de violaciones graves a la verdad, la justicia y la reparación. Adicionalmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Sanción y Prevención

que el Acto Legislativo no sustituye este pilar constitucional, sino que lo restringe para el caso excepcional de un proceso de justicia transicional a partir de una ponderación legítima entre los distintos valores y derechos que están en juego en este tipo de procesos. Estimamos que existen al menos cuatro razones que sustentan este punto de vista. La primera es que la norma demandada está prevista para un contexto excepcional que es el de la justicia transicional con miras a la terminación del conflicto armado interno y, por tanto, sus efectos no son generales e incondicionados. Por el contrario, la restricción del alcance del deber de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos opera solo bajo el cumplimiento de ciertos condicionamientos incluidos en el mismo Acto Legislativo. La segunda es que el deber de investigar y sancionar judicialmente crímenes atroces no es una regla, sino que es un principio que, como tal, admite ser ponderado teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas para su realización. La tercera es que este deber está sometido a unas limitaciones fácticas y normativas específicas cuando se trata de aplicarlo a un proceso de justicia transicional orientado a la terminación de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones. De este modo, la incorporación de criterios de selectividad en la persecución penal puede resultar no solo adecuada, sino necesaria. Y la cuarta es que el acto legislativo incorpora medidas de balance entre los derechos de las víctimas y el logro de la paz, y conserva además un núcleo básico del deber de investigación y juzgamiento en tanto no permite que se apliquen criterios de selección frente a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. A continuación desarrollaremos cada uno de estos argumentos.

---

del Delito de Genocidio, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyen la obligación de los Estados de investigar estos hechos, procesar a los responsables y compensar a las víctimas.

**Una precisión necesaria:  
el acto legislativo demandado solo opera  
para el contexto excepcional de justicia transicional  
para la terminación del conflicto armado interno**

De conformidad con la demanda, los apartes del Acto Legislativo cuya inexecutable se solicita sustituyen el deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos por el deber más limitado de investigar y juzgar solo algunas de estas violaciones —los crímenes de lesa humanidad, los genocidios y los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática—, y solo a algunos de sus responsables —los que tengan la categoría de máximos responsables—. A juicio de los demandantes, de este modo el Acto Legislativo autoriza “que las autoridades de la República garanticen solamente los derechos de *algunas* de las personas residentes en Colombia”.

En efecto, el acto legislativo introduce la posibilidad de que el legislador autorice la renuncia a la persecución penal de algunas graves violaciones de derechos humanos y de algunos de sus responsables. Sin embargo, se trata de una posibilidad que únicamente está prevista para el contexto excepcional de un proceso de justicia transicional<sup>2</sup> orientado a la terminación del conflicto armado interno y que está sujeta al cumplimiento de condiciones, algunas de las cuales están enunciadas en el mismo acto legislativo.

Desde el mismo título del acto legislativo se advierte que los mecanismos jurídicos a los que ella se refiere son instru-

---

2 Según la definición adoptada por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas en 2004, la cual se ha convertido en la definición oficial de la organización y en una de las más citadas, la justicia transicional “... abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (ONU 2004: párr. 8).

mentos de justicia transicional. Igualmente, al referirse a la autorización al Congreso para que dicte una ley en la que fije criterios de selección en materia de persecución penal, se establece que está circunscrita al marco de la justicia transicional, cuyos mecanismos son catalogados en el propio acto legislativo como instrumentos “excepcionales”, que “tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos”, y que “garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. En consonancia con esto, el acto legislativo dispone además que la renuncia a la persecución penal —así como los otros beneficios penales previstos en él—,

estará sujet[a] al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

De acuerdo con lo anterior, no puede entenderse que las expresiones demandadas relativizan de manera general e incondicionada el deber de investigar y juzgar, sino que más bien autorizan al legislador para introducir excepciones a este en un contexto que en sí mismo es también excepcional, que es el de la justicia transicional. Por fuera de este marco excepcional, el deber de investigar todas las violaciones y todos los responsables se mantiene incólume.

Adicionalmente, es importante anotar que las expresiones demandadas no establecen que solo serán investigados los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra sistemáticos, sino que autoriza al Congreso para que dicte una ley en la que determine criterios de selección para centrar los esfuerzos en la investigación penal en estos casos. Esta regulación se debe realizar a través de una ley estatutaria que está sujeta a su aprobación

por una mayoría cualificada y al control constitucional previo. De este modo, antes de que los criterios de selección entren a regir, deberán pasar un examen constitucional que garantice un balance adecuado entre los derechos y valores en juego a partir de criterios de necesidad y proporcionalidad.

Es claro entonces que las expresiones demandadas no establecen una renuncia general e incondicionada al deber de investigar y juzgar los crímenes de guerra que no se hayan cometido de manera sistemática, ni tampoco al deber de investigar y juzgar personas involucradas en la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidios y crímenes de guerra, pero que no ostentan la condición de máximos responsables. Lo que debe entonces determinarse es si la autorización para que el Congreso, mediante una ley estatutaria, renuncie en algunos casos a la persecución penal sustituye el pilar constitucional de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos. A continuación desarrollaremos dos planteamientos que consideramos necesarios para abordar esta cuestión: el primero, la naturaleza del deber de investigar juzgar como un principio, no como una regla; y el segundo, las limitaciones fácticas y jurídicas a las que se enfrenta este deber en el contexto específico de un proceso de justicia transicional orientado a la terminación de un conflicto armado interno.

### **El deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos es un principio que admite ser ponderado**

Tal como lo advierten los demandantes, el deber de investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos se deriva de la obligación de garantizar los derechos de todas las personas, la cual constituye un elemento esencial de la Constitución Política y de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, concretamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho deber se funda además en el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al dere-

cho internacional humanitario a acceder a un recurso efectivo, el cual también se encuentra reconocido en dichos tratados. Adicionalmente, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio incluyen expresamente a la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a las que cada uno de estos se refiere.

De acuerdo con la demanda, el deber en cuestión implica que todas las conductas que constituyan violaciones de los derechos humanos y todos los eventuales responsables de estas deben ser investigados y juzgados, y por tanto el Estado no puede “renunciar de antemano a investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”, aunque se admite que sí podría priorizar “siempre y cuando ello implique que las conductas no priorizadas serán también investigadas dentro de un plazo razonable”. En otras palabras, los actores interpretan el deber de investigar y juzgar como una regla, esto es, como un mandato definitivo que exige un cumplimiento pleno.<sup>3</sup>

Sin embargo, estimamos que en el marco de la distinción conceptual entre reglas y principios —ampliamente aceptada por la teoría del derecho y acogida en nuestra jurisprudencia constitucional—, es más acertado entender el deber en cuestión como un principio, es decir, como un mandato de optimización “que ordena que algo se realice en la mayor medida

3 Robert Alexy señala que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas ‘mandatos definitivos’” (1994: 75). Igualmente, el autor germano ha precisado que “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo incumplidas o cumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (Alexy 1998: 143).

posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy 1993: 86).<sup>4</sup>

A grandes rasgos, es posible identificar al menos dos criterios para determinar si una norma jurídica es una regla o un principio. Se trata de criterios que pueden resultar complementarios, pero que no son acumulativos puesto que más bien reflejan distintas aproximaciones teóricas frente a la distinción en cuestión. Por un lado, se ha indicado que la diferencia radica en la estructura lógica o la formulación lingüística de las normas, concretamente en el nivel de indeterminación de sus condiciones de aplicación (Atienza y Ruiz 1991: 108) o en la posibilidad del cumplimiento gradual de la conducta prescrita (Lopera 2004: 230 y ss.). Así, una norma jurídica será una regla si sus condiciones de aplicación son cerradas o la conducta prescrita no admite un cumplimiento gradual, mientras que será un principio si sus condiciones de aplicación son abiertas o la conducta prescrita admite un cumplimiento gradual.

De otro lado, es posible entender que la formulación lingüística de las normas jurídicas puede ser indicativa de su carácter como principio o regla, pero que la diferencia no radica finalmente en una propiedad intrínseca de aquellas, sino que está mediada por las circunstancias particulares en las cuales deben ser aplicadas. Según esta perspectiva,

la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino solo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo. (Lopera 2004: 235)

De modo más específico, se advierte que esta calificación

respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, cierto tipo de decisiones jurídicas, los así llamados “casos difíciles”, requieren que las normas que suministran razones para decidir sean interpretadas no como portadoras

4 Ver también al respecto las sentencias C-713 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-1287 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de un “deber ser definitivo o real”, esto es, como reglas, sino como portadoras de un “deber ser ideal o *prima facie*”, es decir, como principios. (Lopera 2004: 234)

Consideramos que en el caso del deber de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos y del DIH, tanto la estructura lingüística de la norma, como las circunstancias concretas de su aplicación determinan que estamos ante un principio y no ante una regla. En primer lugar, como bien lo advierten los demandantes, el deber en cuestión es un deber de medio y de diligencia, y no una obligación de resultado. En este sentido, la conducta prescrita admite un cumplimiento gradual, de tal modo que para satisfacer la obligación no es preciso que el Estado investigue y juzgue todas las graves violaciones de los derechos humanos y del DIH, sino que aplique la debida diligencia en hacerlo en el mayor número posible de casos.

En segundo lugar, el contexto particular en el que se inscribe en esta oportunidad la discusión sobre el alcance del deber de investigar y juzgar está definido por las tensiones intrínsecas de un proceso de justicia transicional, las cuales determinan que inevitablemente nos encontremos ante un caso difícil. En efecto, la autorización para que el legislador restrinja eventualmente el alcance del deber en cuestión opera en el contexto excepcional de la justicia transicional al cual es inmanente la colisión entre intereses y expectativas igualmente valiosas en una sociedad: por un lado, el deber de investigar y juzgar las graves violaciones cometidas en el marco del conflicto que se pretende superar, y por el otro, el deber de alcanzar la paz y asegurar la estabilidad democrática. Si se interpreta el primero de estos deberes al margen de las condiciones específicas de la justicia transicional y se asume que se trata de un mandato definitivo, en últimas se está optando *prima facie* por la prevalencia del primer deber sobre el segundo, sin haber sometido la decisión a un necesario ejercicio de ponderación. Es importante resaltar además que el deber de investigar y juzgar no solo debe ser ponderado frente al deber

de asegurar la paz, sino también frente a los propios derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, pues si el primero se asume como un deber absoluto, se corre el riesgo de que el Estado desatienda el cumplimiento de los deberes en materia de reparación y verdad.

La propia Corte ha señalado que el método de ponderación es el apropiado para afrontar las tensiones particulares de la justicia transicional, “por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas”.<sup>5</sup> Según la Corte,

el logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable.<sup>6</sup>

Resulta entonces claro que la propia jurisprudencia de la Corte respalda que el deber de investigar y juzgar tiene la naturaleza de principio cuando opera en el contexto de la justicia transicional.

Lo anterior se refuerza además con la jurisprudencia de la Corte que reconoce que la mayoría de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen la naturaleza de principios y no de reglas pues

los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.<sup>7</sup>

5 Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, M. P. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, y Clara Inés Vargas Hernández.

6 *Ibid.*

7 Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Según la Corte, solo en casos excepcionales la Constitución definió derechos fundamentales bajo la forma de reglas, por ejemplo, al establecer la prohibición de la pena de muerte (CP art. 11), la proscripción de la tortura (CP art. 12) o el principio de legalidad de la pena (CP art. 29).<sup>8</sup> Pero en la mayoría de casos, “los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones”,<sup>9</sup> pues “más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro”.<sup>10</sup> Esta jurisprudencia sobre derechos fundamentales resulta relevante en este caso en tanto el deber de investigación y juzgamiento se sustenta básicamente en un derecho fundamental que es el derecho de las víctimas a acceder a un recurso efectivo que, como tal, es un principio que admite ser ponderado y que tendrá por tanto una dimensión de peso distinta de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

De conformidad con lo anterior, la consecuencia inmediata que se deriva de que una norma jurídica tenga la naturaleza de principio es que la definición de su alcance se determina en cada caso concreto en función de las posibilidades tanto fácticas como jurídicas, lo cual solo puede determinarse a partir de un ejercicio de ponderación. Para poder llevar a cabo este ejercicio, es necesario tener entonces en cuenta las circunstancias particulares que enmarcan esta ponderación, aspecto del que nos ocupamos en el siguiente apartado.

8 Ver Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

### Las limitaciones fácticas y normativas al deber de investigar y juzgar en el marco de un proceso de justicia transicional para la terminación de un conflicto armado interno

Como se ha señalado, la autorización para una eventual renuncia a la persecución penal en materia de graves violaciones de los derechos humanos está prevista únicamente para el caso de un proceso de justicia transicional que tenga como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno. Este marco define entonces las circunstancias particulares que delimitan las condiciones para la ponderación del deber de investigar y juzgar. Ahora bien, este contexto específico determina, *prima facie*, una serie de limitaciones tanto fácticas como normativas al cumplimiento de dicho deber.

En lo que respecta a las limitaciones fácticas, es necesario tener en cuenta las dificultades insalvables con las que se enfrenta la pretensión de judicializar todas las conductas constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos y todos los combatientes eventualmente responsables de su comisión en el marco de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones. La experiencia comparada demuestra que la complejidad de algunos conflictos armados hace que sea materialmente imposible investigar y juzgar todos y cada uno de los delitos y combatientes (Brown 1999: 763-796; Wedgwood 1994: 277-281). Así por ejemplo, los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, tras siete años de trabajo y gastos por 400 millones de dólares solo habían logrado culminar 15 juicios en el año 1999 (Medina 2010: 45-80). En el caso nacional —tal vez el único en el mundo en el que se ha intentado judicializar a todos los combatientes desmovilizados—, la propia experiencia del proceso de justicia y paz con los paramilitares es prueba de ello: en ocho años solo se han dictado 14 sentencias respecto de un total de 35.000 desmovilizados, es decir, solo han sido sentenciados el 0,3% de estos (Comisión Colombiana de Juristas 2012). Estas cifras demuestran que tratándose de conflictos armados que invo-

lucran a millares de combatientes, si no se hace priorización y selectividad en forma explícita, esta se da en forma encubierta pues las posibilidades de investigar y juzgar todas las conductas y todos los combatientes rebasa la capacidad real de cualquier sistema judicial.

Es importante recordar que el conflicto armado colombiano es uno de los más antiguos en el mundo,<sup>11</sup> lo cual, sumado a la intensidad de la violencia y la cantidad de actores, también lo convierten en uno de los más complejos. Ahora, si se partiera de la idea de que el deber de investigar y sancionar es absoluto, y si por ejemplo, las actuales negociaciones con las FARC llegaran a buen puerto, estaríamos hablando de que el Estado tendría que judicializar todas las graves violaciones cometidas por este grupo armado en el transcurso de más de medio siglo de existencia —o por lo menos en los últimos treinta años que es el término de prescriptibilidad previsto en la legislación colombiana para algunos de estos crímenes (Ley 599 de 2000, art. 83, inc. 2)—, tiempo durante el cual esta organización ha llegado a tener en sus filas hasta 20.000 combatientes.<sup>12</sup> Igualmente, por lo menos 8000 combatientes tendrían que pasar por el sistema judicial.<sup>13</sup>

De otro lado, existen también limitaciones de carácter normativo. Como se indicó, los procesos de justicia transicional orientados a la terminación de un conflicto armado interno están atravesados por una tensión inmanente entre justicia y paz. Frente a este escenario, es posible que sea necesario reducir el imperativo de castigo total en beneficio de la paz,

11 Ver, por ejemplo, Lair (2000, pp. 136-147).

12 Según datos del Departamento Nacional de Planeación, para el año 1999 las FARC contaban con 20.000 combatientes distribuidos en 70 frentes guerrilleros. Ver Departamento Nacional de Planeación (2003).

13 No están disponibles al público cifras oficiales actualizadas sobre el número de combatientes de las FARC. Sin embargo, en información de prensa se habla de 8000 personas. Ver *El Espectador*, Más de mil guerrilleros fuera de combate desde instalación de diálogos de paz, disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/paz/articulo-405021-mas-de-mil-guerrilleros-fuera-de-combate-instalacion-de-dialogos>.

pues esta exige unos mínimos de seguridad jurídica a una gran masa de combatientes. En esos contextos, no es realista simplemente priorizar y dejar la posibilidad abierta de que las personas cuya investigación no fue priorizada podrían ser investigadas y sancionadas veinte años después, pues esa perspectiva dificulta el logro de la paz. Por tal razón, la selectividad puede resultar un camino adecuado y necesario para enfrentar esta situación. Así lo reconoce incluso la Comisión Asesora de Política Criminal en su informe final presentado en marzo de 2012, en el cual se indica que las ponderaciones que resultan necesarias en el ámbito de la justicia transicional “pueden hacer llegar a una priorización y selectividad concreta que tome en cuenta las particularidades del contexto nacional” (Comisión Asesora de Política Criminal 2012: 116, párr. 226), las cuales serán constitucionalmente admisibles si constituyen “mecanismos necesarios y proporcionales a la búsqueda de la paz” (p. 116, párr. 226) y se sustenten “entre otros, en los principios de gravedad y representatividad de los casos, y deberán asegurar, en todo caso, la investigación y sanción de los máximos responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad” (p. 116, párr. 226).

Es preciso destacar además que la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido las tensiones específicas a las que se enfrenta el deber de investigar y juzgar en procesos orientados a la terminación de un conflicto armado interno. En el fallo sobre la masacre del Mozote,<sup>14</sup> en el cual se refirió a la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz adoptada por la Asamblea Legislativa de El Salvador con posterioridad al Acuerdo de Paz de 1992, la Corte IDH por primera vez analiza el problema de las amnistías en el contexto de transiciones negociadas a la paz y reconoce que estas tienen diferencias re-

14 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.

levantes con otro tipo de amnistías y parecen más admisibles, obviamente dentro de ciertos límites.

La Corte IDH ha señalado en varios pronunciamientos “la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”.<sup>15</sup> Este precedente, que fue sentado en el caso Barrios Altos y luego reiterado en varios casos, es referido también por la Corte IDH en el reciente fallo del Mozote. Sin embargo, en este la Corte IDH resalta la especificidad del caso sometido a su consideración en tanto “se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno”.<sup>16</sup> En atención a esta particularidad, la Corte IDH opta por analizar el caso también a la luz del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que insta a los Estados a “conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” y del propio Acuerdo de Paz que puso fin al conflicto en El Salvador, el cual impuso al Estado la obligación de investigar y sancionar “al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”.<sup>17</sup>

Este marco de análisis señala una diferencia importante respecto a los análisis precedentes de la Corte IDH en materia

15 Cfr. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párrs. 41 a 44; Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrs. 105 a 114; Caso La Cantuta *vs.* Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrs. 152 y 168; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párr. 147, y Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 195.

16 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 284.

17 *Ibid.*, párr. 288.

de amnistías, pues no solo advierte la especificidad de las que han sido el resultado de un proceso de paz para darle fin a un conflicto armado, sino que además reconoce un valor jurídico a los acuerdos a los que lleguen las partes para lograr este fin. En efecto, uno de los argumentos de la Corte para declarar la incompatibilidad de la Ley de Amnistía que se aprobó en El Salvador con posterioridad al cierre del conflicto fue precisamente que esta “contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades”.<sup>18</sup> Según la Corte IDH, la aprobación de la Ley de Amnistía General y su aplicación en el proceso penal por la masacre del Mozote “es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz, lo cual leído a la luz de la Convención Americana se refleja en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños”.<sup>19</sup> Este reconocimiento del valor jurídico de los acuerdos de paz como marco para el análisis de la legitimidad de una amnistía constituye un punto muy importante en la jurisprudencia actual de este Alto Tribunal, pues al hacerlo reconoce implícitamente el valor de la paz, así como un margen de maniobra a los Estados en la definición de los instrumentos necesarios para asegurarla.

Este aspecto encuentra un mayor desarrollo en el importante voto concurrente planteado por el juez Diego García Sayán, al cual se adhirieron formalmente otros cuatro integrantes de la Corte IDH, en el cual se ahonda en detalle sobre la cuestión de la admisibilidad de las amnistías en el marco de procesos de paz. Desde el punto de vista jurídico formal, este voto concurrente tiene una fuerza particular, que lo diferencia de otros votos concurrentes en otras sentencias, pues fue suscrito por cinco de los siete integrantes de la Corte IDH y además no plantea una discrepancia con el análisis que realiza

18 *Ibid.*, párr. 292.

19 *Ibid.*, párr. 295.

la sentencia sobre las amnistías, sino que es un complemento más profundo a él. En ese sentido, uno puede decir que la *ratio decidendi* de esa sentencia como precedente en materia de amnistías es lo que la Corte dice en los párrafos 283 y ss., complementado por las consideraciones de este voto concurrente. Esa sería hoy la doctrina de la Corte IDH sobre las posibilidades y límites de las amnistías en contextos de transiciones negociadas de la guerra a la paz.

En consonancia con la orientación del fallo, el voto concurrente comienza por señalar que “la situación anómala y excepcional de un conflicto armado no internacional genera que pueden contarse por millares los nombres de los victimarios y, especialmente, de las víctimas. Esa situación excepcional suele demandar mecanismos de respuesta también excepcionales”.<sup>20</sup> El voto reconoce que en esta situación se plantean altas exigencias “en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada”,<sup>21</sup> lo cual solo puede hacerse a través de un juicio de ponderación. De este modo, se reconoce que el deber de investigar y juzgar tiene el carácter de principio y se resalta además que la ponderación debe operar en función de las exigencias y circunstancias particulares de un proceso de paz. Según el voto,

en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino

20 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 22.

21 *Ibid.*, párr. 26.

parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz.<sup>22</sup>

La admisión de unos estándares diferenciados en materia de amnistías en procesos de paz se justifica porque con ellas se busca satisfacer un interés valioso y legítimo que es precisamente el logro de la paz. Según se indica en el voto, “La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”.<sup>23</sup>

Este voto aclara además —y con razón— que la jurisprudencia sobre el deber diligente de investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos empezó en relación con contextos específicos de autoamnistías por dictaduras militares y que por ello no puede ser aplicada de manera directa y mecánica a otros contextos, como pueden ser indultos o penas alternativas en contextos de esfuerzos de salida de conflictos armados derivados de acuerdos de paz, al menos sin tomar en consideración las exigencias que tales contextos plantean en materia de derechos humanos. En ese sentido, este voto define con mayor claridad el alcance del estándar establecido en el caso Barrios Altos y sienta las bases para su aplicación diferenciada según contextos. Puede decirse entonces que en su más reciente jurisprudencia sobre el tema de las amnistías, la Corte IDH avanza en la cualificación del deber de debida diligencia de los Estados en cuanto a su obligación de investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos, de tal manera que una medida de exclusión debe evaluarse de modo distinto en función de los diferentes contextos (por ejemplo, transición de dictadura a democra-

22 *Ibid.*, párr. 38.

23 *Ibid.*, párr. 37.

cia, o de conflicto a paz, transiciones lejanas, negociaciones de paz actuales, etc.).

El fallo de la Corte, y en especial el voto concurrente matiza entonces la tesis, que se desprendería de una lectura literal y aislada del célebre párrafo de la sentencia de Barrios Altos, de que sería indefectiblemente contrario a la Convención cualquier dispositivo que llevara a que el Estado no hiciera todo lo posible por lograr un castigo proporcionado en una violación grave de los derechos humanos. El voto concurrente muestra que la situación es más compleja y requiere un análisis más holístico, pues la obligación de investigar y sancionar violaciones graves de los derechos humanos no puede ser absolutizada ya que es no solo una obligación de medio sino que, además, en especial después de conflictos armados en donde han ocurrido masivamente violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario, ese deber del Estado puede competir con otras obligaciones del mismo Estado, como el deber de lograr la verdad, o de reparar a las víctimas, o de lograr la paz.

De conformidad con lo expuesto en este apartado, resulta claro que las transiciones de la guerra a la paz tienen unas particularidades frente a otro tipo de transiciones, las cuales han sido reconocidas por la propia Corte y también recientemente por la Corte IDH. Estas particularidades fijan unos límites específicos, tanto fácticos como jurídicos, al deber de investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos que, al ser debidamente considerados en un ejercicio de ponderación que tenga en cuenta todos los fines y derechos en juego, pueden llegar a justificar la adopción de criterios de selectividad como el que autoriza el Acto demandado.

#### **El Acto Legislativo 01 incorpora medidas de balance entre los derechos de las víctimas y el logro de la paz**

Tal como lo indicamos en el primer apartado, el Acto Legislativo 01 define algunas condiciones que se deben satisfacer

para hacer efectivos los beneficios penales previstos en él, incluyendo el de la renuncia a la persecución penal en los casos autorizados por el Congreso. Entre estas condiciones se incluyen algunas que tienen relación directa con los derechos de las víctimas, a saber, “el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas”. Adicionalmente, el Acto demandado constitucionaliza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y establece que estos deben garantizarse “en el mayor nivel posible”. De manera más específica, señala que “[e]n cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Es decir, tanto para los casos en los que se apliquen mecanismos judiciales como extrajudiciales se deberán garantizar mecanismos adicionales de esclarecimiento y reparación. Por otro lado, señala que una ley “deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones”.

La eventual restricción al deber de investigar y juzgar no operaría, pues, en un escenario de desconsideración de los derechos de las víctimas. Es importante resaltar que además del reconocimiento expreso de estos derechos y de los condicionamientos impuestos para la concesión de los beneficios penales, el acto legislativo mantiene un contenido esencial del deber en cuestión consistente en la obligación de investigar y juzgar los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Como lo indicamos, esto no quiere decir que solo estos casos podrán ser investigados, sino que estos constituyen un límite infranqueable al legislador en la definición de criterios de selección, de tal modo que se mantiene incólume un núcleo esencial del derecho a la justicia.

Estimamos que la restricción al deber de investigar y juzgar autorizada por el acto legislativo no puede ser analizada al margen del conjunto de disposiciones que este contiene en materia de verdad y reparación. Es necesario entender la

justicia transicional como un modelo holístico en el que resulta admisible la adopción de una lógica de compensación entre sus distintas dimensiones y en virtud de la cual se puede justificar, por ejemplo, un menor castigo pero con fuertes componentes de verdad y reparación.<sup>24</sup> Este modelo holístico debe permitir además que el alcance y tratamiento que se le otorgue a cada una de las dimensiones de la justicia transicional contribuya del mejor modo a la satisfacción de los otros componentes. Desde esta perspectiva, considerando las limitaciones fácticas y normativas a las que se enfrenta el deber de investigar y juzgar, resulta incluso razonable considerar que la determinación de criterios claros de selección judicial que permita concentrar los esfuerzos del aparato judicial en los casos más graves y en los máximos responsables puede ser una mejor manera de garantizar los derechos de las víctimas, que apostarle a un sistema en el que en todo caso operaría una selectividad encubierta. La utilización de criterios claros de selectividad que se enfoquen en las graves violaciones de los derechos humanos cometidas de manera sistemática, combinada con la aplicación de mecanismos extrajudiciales para el esclarecimiento de la verdad, puede llegar a ofrecer mejores resultados en términos de justicia y verdad que una estrategia de judicialización dirigida a investigar todos los responsables caso por caso. Tal como lo indica la Comisión Asesora de Política Criminal,

En un horizonte axiológico de sopesamiento entre los valores de la justicia y de la paz, la selectividad, además de estar soportada en una

24 Al respecto, la Comisión Asesora de Política Criminal advirtió en su informe final: “Después de que en el proceso de construcción de la institucionalidad de la justicia transicional se hubo ensayado el uso individualizado y sustitutivo de mecanismos, durante los últimos años ha venido madurando la idea de que si bien puede haber entre los distintos dispositivos desarrollados compensaciones parciales, así por ejemplo, importantes concesiones en materia penal a cambio de mayor compromiso con la verdad y con la reparación, el ideal, para efectos de garantizar un mayor éxito en términos de estabilización de la paz y de consolidación de la democracia, es en cualquier caso, que se establezcan modelos holísticos, que integren múltiples mecanismos, de manera que se favorezcan sinergias entre ellos” (2012: 118).

visión y en una utilización holística de los mecanismos de la justicia transicional que garantice que las concesiones que se hagan en materia de castigo se compensen adecuadamente en los ámbitos de la verdad y la reparación, debe estar orientada, en último término, hacia la realización de la garantía de no repetición. En ese sentido, por ejemplo, los casos seleccionados para su juzgamiento deben ser tales que permitan el desvelamiento y el desmonte de grandes estructuras criminales capaces de reproducir la violencia.<sup>25</sup>

### Conclusión: las expresiones demandadas no sustituyen un pilar esencial de la Constitución

Según la jurisprudencia constitucional, “el método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto”.<sup>26</sup> A partir de la sentencia C-588 de 2009, en la que también se examinó la constitucionalidad de un acto legislativo, la Corte incorporó a la doctrina sobre el juicio de sustitución la noción de quebrantamiento de la Carta. Según la Corte, el quebrantamiento se produce cuando se introducen excepciones a una disposición constitucional. La Corte reconoce que es aceptable, en un principio, la inclusión de tales excepciones por medio de una reforma constitucional. Sin embargo, advierte que el quebrantamiento de la Carta puede implicar su sustitución parcial o total, caso en el cual el quebrantamiento resulta inválido.

Aunque en dicho fallo la Corte introdujo un nuevo elemento en el juicio de sustitución, en todo caso la estructura de este se mantiene, de tal modo que debe comprobarse que la excepción incluida implica que la Constitución ha sido reemplazada en su integridad o en parte por otra totalmente opuesta. Así lo indicó la Corte al destacar que:

25 *Ibid.*

26 Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas.

para que se produzca la sustitución no basta “limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución” puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, “una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma”.<sup>27</sup>

Según lo hemos indicado en esta intervención, los apartes demandados no implican una sustitución general e incondicionada del deber de investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos, sino que autorizan al legislador a introducir excepciones a él, pero únicamente en el marco de la justicia transicional orientada a la terminación del conflicto armado. El presente caso se debería entonces analizar a partir del criterio de quebrantamiento de la Carta.

Sin embargo, de conformidad con los argumentos desarrollados en este escrito estimamos que la modificación introducida por las expresiones acusadas no implica una sustitución total o parcial de la Constitución pues solo se trata de una autorización al legislador para que, cumplidas ciertas condiciones y con el previo aval constitucional de la Corte, introduzca criterios de selección en el marco de la justicia transicional, los cuales en todo caso deben respetar un núcleo esencial del deber de investigar y juzgar, y deben operar además en conjunción con mecanismos para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. Consideramos entonces que las expresiones demandadas no deberían ser declaradas inexecutable.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-558 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

## Intervención de Rodrigo Uprimny en la audiencia pública del 25 de julio de 2013 ante la Corte Constitucional<sup>1</sup>

Honorables magistrados y magistrada  
Corte Constitucional de Colombia  
Ciudad

Rodrigo Uprimny Yepes, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, me permito presentar por escrito las ideas expuestas en mi intervención en la audiencia pública del 25 de julio del presente año organizada por la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2012. A continuación retomaré mi intervención.

Para empezar, agradezco a la Corte la invitación a la audiencia. Agradezco también a la Corte la realización de la audiencia pues, a mi juicio, en este caso se juega, en parte, la suerte del proceso de paz y de los derechos de las víctimas. Creo que la Corte tiene una labor muy difícil pero de gran nobleza que consiste en enseñarnos a los colombianos y también a la comunidad internacional a visualizar un proceso de paz

<sup>1</sup> La redacción de esta intervención contó con el valioso apoyo de Paula Rangel, investigadora de Dejusticia.

que sea sensible a las exigencias y los derechos de las víctimas; pero igualmente la Corte debe ser capaz de ayudarnos a construir una conceptualización de los derechos de las víctimas que sea sensible a las exigencias y posibilidades de un proceso de paz. Así como no es viable ni jurídica, ni políticamente un proceso de paz que arrase con los derechos de las víctimas, tampoco es viable jurídicamente una conceptualización de los derechos de las víctimas que imposibilite un proceso de paz, pues no solo la paz es un presupuesto material para el goce efectivo de nuestros derechos humanos, sino que, en la Constitución de 1991, es un derecho de obligatorio cumplimiento.

En mi intervención comenzaré por responder con detalle la pregunta que hizo la Corte y después me detendré brevemente en las otras preguntas que nos fueron formuladas a los intervinientes.

La Corte preguntó: ¿Está Colombia obligada a investigar y sancionar todos los delitos del conflicto armado en escenarios de justicia transicional? Mi respuesta es: depende del tipo de delito. Si se trata de delitos políticos y conexos que no sean crímenes atroces, es clarísimo que esos delitos son amnistiables. En ese sentido, si hay amnistía (que es también un instrumento de justicia transicional) y se desarrolla en sus justas proporciones, el Estado no tiene que investigar ni sancionar esos crímenes. Por el contrario, si se trata de crímenes atroces, entendidos como violaciones graves de los derechos humanos y del DIH, esos crímenes atroces no son amnistiables por vía general. En principio, el Estado está obligado a investigarlos y a sancionarlos, incluso en contextos de justicia transicional.

Comparto entonces con la demanda no solo su enfoque general y su filosofía, sino la premisa mayor de su juicio de sustitución. En efecto, como los demandantes, considero que un proceso de paz incompatible con los derechos de las víctimas no solo no es deseable éticamente sino que es inviable jurídica y políticamente. El proceso de paz debe ser entonces compatible con el deber estatal de investigar y sancionar las atrocidades.

Como señala la demanda, el deber de investigar y sancionar está implícito en los artículos 2 y 93 de la Constitución. Coincido con los demandantes además en que ese deber es un pilar de la Constitución y que si es suprimido o es mutado radicalmente, estaríamos ante una sustitución parcial de la Constitución que haría inexecutable la reforma.

Así pues, estoy de acuerdo en un noventa por ciento con la demanda, pero en el diez restante discrepo y llego a conclusiones disímiles. En particular, discrepo porque los demandantes consideran que el deber de investigar y sancionar crímenes atroces es una regla que no es ponderable frente a otras obligaciones del Estado, como sería su deber de satisfacer los otros derechos de las víctimas (a saber, sus derechos a la verdad, a la reparación y a lograr garantías efectivas de no repetición), o su deber de satisfacer los derechos sociales, económicos y culturales de la población pobre no victimizada, o su deber de esforzarse por lograr la paz. Los demandantes consideran que una excepción incluso menor a la obligación de investigar y sancionar implica su anulación y una sustitución de la Constitución. Incluso, llegan a esa conclusión admitiendo que estamos frente a un contexto excepcional, como es la justicia transicional, aunque esa limitación pueda afectar gravemente el cumplimiento de otros deberes del Estado.

La tesis de la demanda sería impecable y acertada si se diera al menos una de las siguientes dos condiciones: una empírica y otra normativa. La empírica es que el deber de investigar y sancionar fuera cumplible y no entrara en contradicción con otros deberes del Estado. La normativa es que, aunque entrara en contradicción con otros deberes del Estado, hubiese una norma según la cual el deber de investigar y sancionar fuese un deber jerárquicamente superior a los otros deberes del Estado y por ello su cumplimiento prevaleciera siempre sobre las demás obligaciones del Estado.

Ahora bien, la condición empírica según la cual es posible cumplir el deber de investigar y sancionar sin que su garantía colisione gravemente con otros deberes estatales se presenta

plenamente en situaciones de normalidad. En estos contextos, esto es, cuando hay violaciones aisladas de los derechos humanos en un Estado de derecho consolidado, es insostenible que un Estado deje de cumplir el deber de investigar y sancionar esas violaciones. Ese deber debe cumplirse, incluso, en transiciones de regímenes dictatoriales a democracias, cuando los regímenes dictatoriales no han provocado violaciones masivas y graves de los derechos humanos.

Sin embargo, esa condición empírica no se presenta en el contexto transicional de Colombia. Como lo demostró el informe del Grupo de Memoria Histórica Basta Ya, luego de un conflicto armado de cincuenta años, los saldos son de más de 220 mil personas asesinadas y miles de colombianos son victimarios. En ese contexto, existen al menos cuatro razones por las que el presupuesto empírico implícito de la demanda no se cumple.

La primera, porque el deber de investigar y sancionar todas las violaciones es en esas condiciones un deber fácticamente irrealizable. No hay ningún país con el nivel de victimización que tiene Colombia que haya podido cumplir con el deber de juzgar y sancionar todas las violaciones graves al DIH cometidas en ese contexto. Esta idea la reconoce el informe del Secretario General de las Naciones Unidas del año 2004 llamado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, que se ha considerado como la gran política de las Naciones Unidas contra las leyes de amnistía. Literalmente, el párrafo 46 del informe señala:

A la postre, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción. (ONU 2004)

En segundo lugar, por una razón de recursos. Se podría argumentar, como lo hacen los demandantes, que se podrían

invertir más recursos para cumplir el deber de investigación. Pero dado que es una realidad que los recursos son limitados, aumentar la inversión en el poder judicial y en la Fiscalía para realizar esas investigaciones implicaría que se destinaría a procesos judiciales, que son extremadamente costosos, unas sumas considerables de dinero que podrían ser usadas en medidas de reparación de las víctimas, o en la puesta en marcha de mecanismos extrajudiciales de verdad más eficaces. Considero que debe otorgarse un margen de libertad a los Estados para que estos decidan qué recursos pueden ser invertidos en programas sociales para población pobre que no tiene satisfechos algunos derechos como los económicos, sociales y culturales o en programas de reparación masiva a las víctimas.

En tercer lugar, un cumplimiento pleno del deber de justicia entra en tensión con el derecho a la verdad. En efecto, este cumplimiento pleno implica que las autoridades están obligadas a investigar, sancionar e imponer penas proporcionadas a todos los responsables de las atrocidades. Pero si dichos elementos deben estar presentes en todos los contextos y casos, entonces no se podrían plantear siquiera reducciones de pena a cambio de verdad, con lo cual se limitarían las posibilidades de obtención de verdad. Pero en realidad es admitido que pueden existir reducciones de pena a cambio de verdad, lo cual muestra que en el fondo se admite que la obligación de investigar y sancionar es ponderable frente a otros deberes del Estado y frente a los otros derechos de las víctimas.

Y finalmente, porque el alcance del deber de investigar y sancionar que plantea la demanda entra en contradicción con la posibilidad de una paz negociada, luego de un conflicto sangriento como el colombiano, en donde todos los actores del conflicto han desconocido en forma grave y masiva los derechos humanos y el DIH. Una negociación donde todos los responsables de crímenes de guerra tengan que cumplir las penas proporcionadas a la gravedad de su crimen hace imposible lograr acuerdos de desmovilización.

Ahora bien, podría sostenerse que, en efecto, es imposible fácticamente cumplir a cabalidad la obligación de investigar y sancionar las atrocidades y que las tensiones señaladas son propias de los contextos transicionales, pero que existe una norma según la cual el deber de investigar y sancionar prevalece y que, según esta norma, hay que esforzarse por cumplir el deber de investigar, aunque ese esfuerzo erosione gravemente la posibilidad de cumplimiento de los otros deberes del Estado.

Sin embargo, esa norma no existe. Ni en la Constitución, ni en ningún tratado de derechos humanos existe una norma según la cual el deber de investigar y sancionar prevalezca sobre los deberes de esclarecer la verdad, de reparar, de buscar la paz o de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicha norma no existe, ni siquiera en los tratados más punitivos como el llamado Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional. Ese tratado implícitamente admite la ponderación del deber de investigar y sancionar frente a la búsqueda de la paz cuando en su artículo 16 permite al Consejo de Seguridad suspender investigaciones por un año renovable indeterminadamente; esta posibilidad obviamente existe en interés de la paz. Además, el ordinal C del artículo 53 establece criterios sobre cuándo la Fiscalía debe investigar y establece una limitación cuando considere que una investigación no va “en interés de la justicia”. Y aunque la noción de interés de la justicia es abierta y no existe un consenso sobre su alcance, es razonable suponer que incluye la búsqueda de la paz o el esfuerzo por satisfacer otros derechos de las víctimas, como su derecho a la verdad o a la reparación. Por tanto, debe tenerse en cuenta que incluso bajo el estatuto de la Corte Penal Internacional se admite la ponderación de la obligación de investigar y sancionar frente a otras obligaciones del Estado.

Si se admite la posibilidad de ponderación, vale preguntarse: ¿ponderar frente a qué? En mi opinión, se pondera frente a todo el conjunto de los elementos que integran la obligación

de investigar y sancionar. Se pondera frente a: i) la investigación judicial del crimen, ii) la determinación de responsabilidades penales e individuales y iii) el cumplimiento efectivo del castigo proporcionado a la gravedad del crimen. No hay justificación para sostener que solo es reducible el castigo y no la posibilidad de investigar y sancionar. No existe ningún tratado de derechos humanos que sostenga algo similar. Por consiguiente, estamos ante la clásica teoría de la ponderación. En ese sentido, una limitación a la investigación y sanción es admisible si se cumplen dos elementos: que esa limitación i) sea proporcionada y ii) no afecte el contenido esencial de esa obligación estatal y de ese derecho. Y dado que la ponderación es inevitable, me permito señalar algunos criterios de ponderación que están presentes en el marco jurídico para la paz y serían desarrollados en la ley estatutaria, sujeta a control de esta Corte.

Los criterios, que no son exhaustivos, serían: i) a mayor responsabilidad del victimario y mayor gravedad del crimen, menos posibilidad de limitar el deber de castigo; ii) a mayor satisfacción de otros derechos, más posibilidades de limitar el deber de investigar y sancionar; iii) a mayor contribución a la paz, mayores posibilidades de limitar este deber; iv) a mayor garantía de no repetición, mayor posibilidad de limitar de este deber; y v) a mayor discusión y legitimación democráticas de los beneficios punitivos, mayor deberá ser la deferencia de los organismos judiciales por las decisiones tomadas en el proceso democrático. Todo lo anterior, sin afectar el contenido esencial del deber de investigar y sancionar.

En este punto es pertinente preguntarse: ¿cuál es el contenido esencial del deber de investigar y sancionar? Aunque la doctrina lo ha debatido, no hay una tesis pacífica, pero según mi criterio es el siguiente: no pueden dejar de ser investigados y sancionados los máximos responsables de haber cometido los crímenes más graves y representativos.

Por consiguiente, mi respuesta a la primera pregunta es la siguiente: existe el deber de investigar y sancionar pero este

deber no es absoluto ni jerárquicamente superior a otras obligaciones del Estado; este deber de investigar y sancionar es entonces ponderable y limitable si colisiona con otros deberes del Estado. Además, es claramente limitable y ponderable en contextos transicionales.

La anterior respuesta me permite contestar otra pregunta hecha por la Corte: ¿concentrarse en los máximos responsables implica un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado? Mi respuesta es: no, es posible hacer esa concentración siempre que no se afecte el contenido esencial del deber de investigar y sancionar a los máximos responsables, y siempre que la selección sea proporcionada al cumplimiento de los otros deberes que tiene el Estado.

Eso me lleva a la siguiente pregunta: ¿es posible la renuncia condicionada a la acción penal? En esta respuesta quisiera detenerme en dos puntos que no se han enfatizado con suficiente fuerza. Primero, el marco jurídico para la paz hace referencia a la renuncia a la acción penal pero no a la obligación de investigar y sancionar las atrocidades. De hecho, en algunos casos la renuncia a la acción penal es un mejor instrumento para focalizar esfuerzos en los casos más graves y representativos y cumplir mejor la obligación de investigar y sancionar las atrocidades. En efecto, muchas veces produce mejores resultados la realización de unos pocos macroprocesos que permitan que las autoridades se concentren en revelar las estructuras macrocriminales y en determinar la responsabilidad de los máximos responsables, que intentar judicializarlos a todos. La renuncia a la acción penal en ciertos casos permite entonces, en contextos de criminalidad masiva, un mejor cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar las atrocidades. Segundo, no se trata de una renuncia gratuita a la acción penal; es una renuncia condicionada y las condiciones tienen que estar definidas en la ley estatutaria que esta Corte tendrá que examinar. Pero obviamente esas condiciones implican al menos que los victimarios beneficiados realicen contribuciones efectivas a la verdad, a la reparación de

las víctimas y a que esos crímenes nunca vuelvan a ocurrir en Colombia; asimismo, que las víctimas cuyos crímenes no sean seleccionados para ser investigados judicialmente cuenten con otros mecanismos extrajudiciales, tanto de verdad como de reparación, para que sean apropiadamente reparadas y puedan saber realmente qué fue lo que ocurrió.

Ahora bien, considero que nada se opone a que la ley estatutaria que debe desarrollar el marco jurídico para la paz pueda hacer partícipes a las víctimas en la implementación de los criterios para la renuncia de la acción penal. Un instrumento idóneo para garantizar su participación podría ser un recurso judicial para que las víctimas cuyo caso no fue seleccionado puedan acudir a la justicia solicitando que se revise si se cumplieron o no las condiciones para que su caso no fuera seleccionado para la investigación y sanción criminal. Así, existiría un control judicial en el trámite de la selección y se respetaría el derecho de las víctimas de crímenes atroces de contar con un mecanismo judicial frente a esa violación protuberante de sus derechos.

Prosigo entonces con otra pregunta: ¿cuáles son los otros mecanismos de justicia transicional que podrían acompañar la ponderación de este deber de investigar y sancionar? Existen varios, como comisiones de la verdad, otros mecanismos extrajudiciales distintos a dichas comisiones de verdad, amnistías acotadas, programas de reparación y garantías de no repetición como la depuración de la fuerza pública. Y la respuesta a esta pregunta me lleva al último punto con el que terminaré mi intervención y es defender una visión —como diría Pablo de Greiff, el Relator de las Naciones Unidas sobre justicia transicional— holística de la justicia transicional.

Esta visión holística asume que la justicia transicional es, como dijo también Pablo de Greiff, una “justicia imperfecta”, a lo cual yo agregaría, para tiempos radicalmente imperfectos; y la justicia transicional es particularmente imperfecta porque se trata de sancionar miles de violaciones de los derechos humanos con miles y millones de víctimas, y miles o incluso mi-

lones de victimarios. En ese contexto es muy difícil, incluso imposible, que todos los crímenes sean sancionados, todos los hechos esclarecidos y todas las víctimas integralmente reparadas. Lo que dice Pablo de Greiff es que para que esa justicia imperfecta no sea tan imperfecta, los distintos mecanismos de justicia transicional se tienen que reforzar entre sí y no avanzar aisladamente, porque si se trata de hacer reparación material, por ejemplo, sin prever sanción a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, eso a muchas víctimas les suena como dinero ensangrentado para comprar su silencio y entonces no tiene efecto reparador. Pero si solo se hace justicia penal sin reparaciones, eso a muchas víctimas les parece que se trata de chivos expiatorios para evitar reparar a las víctimas; si se hacen reparaciones sin esclarecimiento, pues no queda claro a quién repara y por qué, y no se reconstruye la memoria histórica que es un componente esencial de la reparación. Entonces, la visión holística parte de la idea de que debe existir un reforzamiento mutuo de los distintos componentes de la justicia transicional a fin de que esa justicia imperfecta no sea tan imperfecta. Y por ello no podemos permitir que la justicia transicional sea sobredeterminada por el principio de investigación penal, como si justicia transicional fuera un equivalente a justicia penal internacional.

Una visión holística de la justicia transicional está además comprometida globalmente con la defensa de los derechos de las víctimas y es respetuosa del artículo 2 de la Constitución. Esta visión busca la garantía de los derechos de todos los colombianos, pero además la garantía de todos los derechos de los colombianos, no únicamente del derecho a que sean investigadas judicialmente las atrocidades.

La justicia transicional, esa justicia imperfecta para tiempos radicalmente imperfectos, implica entonces decisiones dolorosas y dilemas trágicos. Por eso, invito a esta Corte a que le permita al Congreso y a la sociedad colombiana, dentro del marco jurídico para la paz, que realice la ponderación concreta entre el deber de investigar y sancionar con las posibilidades

de la paz y la garantía de los otros derechos de las víctimas en la ley estatutaria. Y ulteriormente, cuando revise la ley estatutaria, la Corte podrá introducir los ajustes necesarios, luego del ineludible debate democrático que la sociedad colombiana debe hacer sobre este tema.

Y vuelvo al punto de partida de mi intervención: estamos en un momento histórico para pensar la paz. Una paz que sea sensible a los derechos de las víctimas, pero igualmente estamos obligados a pensar también los derechos de las víctimas de forma que permitan una paz negociada, que es una paz éticamente superior a aquella que sea conseguida a través de la victoria militar.

## Referencias bibliográficas

- Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR). 2012. Reintegración en Colombia: Hechos & Datos. Recuperado de: <http://www.reintegracion.gov.co/Es/ACR/Documents/factsheet20120814.pdf>
- Alexy, Robert. 1988. Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (5), 143.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. 1994. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz. 1991. Sobre principios y reglas. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10.
- Brown, Daniel. 1999. The International Criminal Court and Trial in Absentia. *24 Brooklyn Journal of International Law*, 3, 763-796.
- Comisión Asesora de Política Criminal. 2012. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá.
- Comisión Colombiana de Juristas. 2005. Sin paz y sin justicia. Aprobada ley de impunidad en Colombia. *Boletín número 6*. CCJ. Bogotá.
- Comisión Colombiana de Juristas. 2012. *Actualización del Informe de seguimiento a las recomendaciones 9, 14 y 16 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. 13 de diciembre de 2004. *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.120.
- Lair, Eric. 2000. Colombia: una guerra contra los civiles. *Revista Colombia Internacional*. Recuperado de: <http://>

colombiainternacional.uniandes.edu.co/datos/pdf/data/Col\_Int\_No.49-50/07\_Rev\_49-50.pdf.

Lopera, Gloria. 2004. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 230 y ss.

MAPP/OEA. 2011. *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: OEA.

Medina, Diego. 2010. Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. 16 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 45-80.

ONU. 2004. Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. Recuperado de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

Wedgwood, Ruth. 1994. War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal. 34 *Virginia Journal of International Law*, 2, 277-281.

# justicia para la paz

Crímenes atroces,  
derecho a la justicia  
y paz negociada

La forma de hacer la paz ha cambiado. Antes la paz se pactaba políticamente y luego se llamaba a algunos buenos abogados a que hicieran la carpintería jurídica y redactaran las normas necesarias para implementar el acuerdo. Hoy no es así. Debido a los desarrollos del derecho internacional y de nuestro derecho constitucional en las últimas décadas, los procesos de paz tienen límites jurídicos que son esencialmente los derechos humanos y, en especial, los derechos de las víctimas. Es por ello natural que las discusiones actuales sobre la paz en Colombia no sean solo políticas, sino también jurídicas pues desde distintas orillas se debate sobre cómo compatibilizar los imperativos de la justicia y los derechos de las víctimas con las dinámicas propias de una negociación de paz.

Este libro busca contribuir a ese difícil debate. Parte del supuesto de que las medidas que deberán implementar la sociedad y el Estado colombiano para la superación democrática del conflicto armado son múltiples y complejas. Incluyen procesos de transformación democrática sobre el uso y la tenencia de la tierra, apertura de espacios reales de participación política y ciudadana, satisfacción efectiva de los derechos de millones de víctimas y la reintegración de varios miles de combatientes, entre otras medidas. Pero uno de los temas que ha suscitado mayores controversias y dudas es la manera de compatibilizar la búsqueda de la paz con el deber del Estado de sancionar las graves violaciones de los derechos humanos.

Este trabajo intenta ponderar ambos imperativos en lo que hemos denominado como una justicia para la paz. Por esta entendemos la búsqueda de una paz que sea justa y sensible a los derechos de las víctimas; pero igualmente una concepción de la justicia y de los derechos de las víctimas que permita una paz negociada, que es una paz éticamente superior a aquella que sea conseguida a través de la victoria militar. Así como no es viable ni jurídica ni políticamente un proceso de paz que arrase con los derechos de las víctimas, tampoco es viable jurídicamente una conceptualización de los derechos de las víctimas que imposibilite un proceso de paz, pues no solo la paz es un presupuesto material para el goce efectivo de nuestros derechos humanos, sino que, en la Constitución de 1991, es un derecho de obligatorio cumplimiento.

ISBN 978-958-58228-7-0

