INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN SENADO (SEGUNDA VUELTA) AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 14 DE 2011 SENADO – 094 de 2011 CÁMARA

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

Bogotá, D.C., 11 de Junio de 2012

H. Senador:
JUAN MANUEL CORZO
Presidente
Senado de la República
Ciudad

Asunto: ***Ponencia 2do Debate - Senado (Segunda vuelta) Proyecto de Acto Legislativo No. 14 de 2011 - Senado - 94 de 2011 - Cámara***

Señor Presidente,

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

Esta iniciativa constitucional ya fue aprobada en primera vuelta, y en tres debates en su segunda vuelta. El objetivo de este proyecto es dar coherencia a los mecanismos de justicia transicional en Colombia, abriendo un espacio constitucional para el desarrollo de una estrategia integral que permita al mismo tiempo la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas y el logro de la transición hacia la paz.

1. EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

La justicia transicional ha sido entendida por la doctrina internacional como el conjunto de medidas, de diversa naturaleza, que pone en práctica una Nación para hacer frente a un legado de violaciones a los derechos humanos. Su finalidad, sin embargo, más allá del resultado específico de una u otra medida, se encuentra en el fortalecimiento del Estado de derecho como consecuencia de la aplicación integral de las distintas medidas. La investigación y sanción de los responsables de las más graves violaciones a los DDHH, la creación de comisiones de la verdad, la reparación administrativa de las víctimas y las reformas institucionales, son instrumentos de justicia transicional, entre muchos otros, cuyo fin último no es el número de desmovilizados condenados, o de informes de la verdad publicados o de víctimas indemnizadas; sino la contribución colectiva de todas las medidas para reconocer que hubo gravísimas violaciones a los DDHH durante el conflicto armado, reafirmar que lo que nos pasó como sociedad es condenable, y ratificar que no es admisible que se vuelva a repetir. Es precisamente a través de reconocer que esas violaciones tuvieron lugar, que son condenables y que no se pueden volver a repetir que se reafirma la vigencia de las normas y del Estado de derecho en general. En este sentido el reconocimiento de los derechos de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad y la implementación de reformas institucionales, son herramientas que además de garantizar los derechos específicos de las víctimas, contribuyen a promover la confianza cívica y a demostrar la vigencia de las normas de derecho.

El objetivo último es romper el círculo vicioso del recurso a la violencia organizada como herramienta para tramitar las diferencias en la sociedad, para así lograr que las violaciones no se vuelvan a repetir. Desarticular los grupos armados y sus redes de apoyo es el primer paso, pero la garantía de la autoridad legítima en el territorio es la medida necesaria para asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos y el reconocimiento por parte de todos de las reglas del juego democrático.

Existen al menos dos entendimientos de las garantías de no repetición. Está por una parte su orientación en favor de lograr la cesación de las violaciones continuadas, el esclarecimiento de la verdad, la búsqueda de personas desaparecidas, los ofrecimientos públicos de perdón y las reformas institucionales necesarias, como elemento del derecho de las víctimas a la reparación integral. De otro lado, la no repetición puede también ser entendida como la capacidad de protección efectiva de la población para que no se repita el conflicto armado y se elimine el recurso ilegítimo al uso de la fuerza. La efectividad de las medidas de no repetición, en el segundo entendimiento, depende principalmente de la implementación integral y coherente de una serie de esfuerzos dirigidos a restablecer de manera definitiva el Estado de derecho.

En este sentido este proyecto de acto legislativo pretende estabilizar las reglas que regulan los procesos de justicia transicional. A través de la introducción de medidas como los mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción y de esclarecimiento, el acto contribuye a generar un sistema integral para la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas, lo que a su vez fortalece el Estado de derecho. La creación de un sistema reglado de priorización y selección permite garantizar que las razones que llevan a los Fiscales a concentrarse en la judicialización de un caso en vez de otro sean establecidas de manera democrática y sean presentadas de manera transparente a la ciudadanía. Finalmente, la exclusión definitiva de la aplicación de instrumentos de justicia transicional a aquellas organizaciones criminales que no sean grupos armados al margen de la ley (en los términos de la Ley 782 de 2002 y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra), contribuye también a distinguir la excepcionalidad de la normalidad, evitando contaminar el sistema ordinario de administración de justicia.

Estas medidas nutren una relación multidireccional entre la terminación del conflicto, la sostenibilidad de la paz, las garantías de no repetición y el fortalecimiento del Estado de derecho en todo el territorio nacional. De una parte sólo si se termina el conflicto armado es posible iniciar un proceso definitivo de fortalecimiento del Estado de derecho que contribuya de manera irreversible a la sostenibilidad de la paz y la no repetición. De otra, es la implementación efectiva e integral de una serie de medidas transicionales lo que permite asegurar que la transición se asiente sobre bases sólidas y que como resultado sea posible lograr el fortalecimiento del Estado de derecho.

En ese sentido, este acto legislativo se enmarca dentro de la tradición de herramientas de justicia transicional cuyo objetivo último es el fortalecimiento del Estado de derecho en todo el territorio nacional. Las medidas que aquí se pretenden incorporar en la Constitución establecen el marco general necesario para que a través de una política integral sea posible garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas y abrir la puerta para procesos de paz futuros que permitan la terminación del conflicto armado interno y la construcción de una paz sostenible.

De ahí que a pesar de las particularidades de la transición colombiana –que se explorarán en el siguiente capítulo– la implementación de medidas de justicia transicional aún antes de la terminación del conflicto constituye una herramienta adicional para contribuir a promover la confianza cívica, demostrar la vigencia de las normas de derecho, reconocer las reglas del juego democrático, y garantizar así la vigencia del Estado de derecho en todo el territorio nacional.

Teniendo en cuenta este marco general, a continuación presentamos las particularidades de la transición en Colombia; los problemas identificados en la implementación de los distintos instrumentos de justicia transicional en el país que justifican la necesidad de este acto legislativo; las tradiciones interpretativas sobre cómo abordar jurídicamente esta transición; las medidas necesarias para reenfocar los mecanismos de justicia transicional hacia la satisfacción de los derechos de las víctimas, el logro de la paz estable y duradera y la no repetición; y finalmente, algunas aclaraciones sobre las diferencias entre las amnistías y la selección.

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

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

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

Una transición de esta naturaleza supone unos niveles mucho más grandes de complejidad. Primero, porque como el conflicto se ha prolongado en el tiempo, los instrumentos de justicia transicional deben hacer frente a cientos de miles de violaciones producto de décadas de confrontación armada. Al igual que otras sociedades en transición, Colombia enfrenta el legado de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, pero en este caso se trata de más de cuatro décadas de conflicto, y de un conflicto que con el tiempo se ha degenerado y entremezclado con la criminalidad. Esto supone un reto particular porque los instrumentos que dejó la Asamblea Constituyente de 1991 para el logro de la paz (es decir el tratamiento preferencial de los delitos políticos), han sido sobrepasados por el nivel de hostilidad y atrocidad del conflicto armado colombiano. Hoy la realidad del conflicto rebasa las figuras jurídicas existentes. No es posible hacer uso de estas herramientas para dar un tratamiento adecuado a un legado de violaciones con estas características, ni por lo mismo es posible asegurar una adecuada satisfacción de los derechos de las víctimas. Por otro lado resulta imposible e incluso contraproducente tratar un volumen de violaciones e infracciones de esa magnitud dentro del marco de la justicia ordinaria.

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

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

Y cuarto, por todo lo anterior, la transición en Colombia supone un entendimiento más amplio de los fines de la justicia transicional, que pondere tanto la necesidad de hacer frente al legado de graves violaciones, como de lograr la transición, dentro de un objetivo general de fortalecimiento del Estado de derecho y de la materialización de los fines de la Constitución de 1991. Tradicionalmente, la justicia transicional ha sido entendida como el conjunto de mecanismos que entran a operar con posterioridad a la terminación de un conflicto armado o de un régimen autoritario. En esos contextos, la justicia transicional no contribuye al logro de la paz, porque se entiende que la violencia ya ha cesado, y que se trata precisamente de hacer frente a hechos ocurridos en el pasado.

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

Por ello los riesgos y dificultades de la transición en Colombia son especialmente agudos. Los instrumentos de justicia transicional deben contribuir al mismo tiempo a la superación del conflicto, la materialización de la

Constitución, el fortalecimiento del Estado de derecho y la satisfacción de los derechos de las víctimas. Como lo ha señalado la Corte Constitucional:

> *"[La justicia transicional] aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social."*[1]

En efecto, este tipo de transición, y las finalidades propias de la justicia transicional en tales contextos, exigen tener en cuenta para la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, otras consideraciones particulares como son la reintegración eficaz de los excombatientes, la prevalencia de condiciones de seguridad en el territorio y en general la satisfacción de las garantías de no repetición. No repetición de las violaciones sufridas por las víctimas y no repetición de nuevas violaciones en contra de nuevas víctimas. Como lo ha señalado la ONU, el diseño de instrumentos de justicia transicional hace necesario "optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho."[2]

Si bien la Corte Constitucional ha establecido que es necesario hacer una ponderación entre la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia como derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas a la verdad, la reparación y la no repetición, la misma Corte también ha advertido que la paz no puede convertirse en una razón de Estado que lo justifique todo. De ahí que sea necesario en cada caso en concreto ponderar si una serie de medidas de justicia transicional se justifican dado los beneficios para la satisfacción integral de los derechos de las víctimas y el logro de la no repetición. En palabras de la Corte este tipo de medidas podría autorizarse cuando constituyan "un medio para realizar los derechos de las víctimas a la no repetición -en la medida en que cesa el conflicto armado-, a la verdad -si quienes se desmovilizan revelan las conductas delictivas cometidas-, a la reparación -si en el proceso de desmovilización se consagran reglas que llevan a los desmovilizados a satisfacer ese derecho de las víctimas-."[3]

En este sentido, no porque la transición tenga unas características especiales, ni porque los fines de las justicia transicional sean más amplios, puede alegarse que el Estado no tiene la obligación de satisfacer los derechos de las víctimas. Tanto las normas incorporadas en la Ley de Víctimas, como aquellas que se proponen en el proyecto de acto legislativo apuntan hacia el esclarecimiento pleno de la verdad –al abrir la posibilidad de crear mecanismos complementarios de carácter judicial y extra-judicial que permitan el esclarecimiento pleno de patrones y sistemas de macro-criminalidad–; la efectiva reparación de las víctimas –a través de los mecanismos administrativos de restitución, reparación, rehabilitación y satisfacción–; la garantía de no repetición –porque sin paz no hay garantía del derecho a la vida y a la integridad física, y sin estos derechos no existe la base para gozar de los demás–; y la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad a la justicia –a través de todas estas medidas entendidas de manera integral, más la persecución penal de los máximos responsables y la investigación y sanción extra-judicial de quienes no sean perseguidos penalmente–.

---

[1] C.Const, C-771/2011, N. Pinilla.
[2] Consejo de Seguridad, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedad que sufren o han sufrido conflictos" S/2004/616
[3] Ídem.

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

El proyecto de acto legislativo pretende entonces:

- Retomar la paz y la no repetición como centro de todos los instrumentos de justicia transicional;
- Elevar por primera vez a nivel constitucional los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación;
- Autorizar la creación de instrumentos de justicia transicional extra-judiciales de investigación y sanción que permitan la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas;
- Garantizar la aplicación de mecanismos complementarios de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas;
- Autorizar la creación de una comisión de la verdad;
- Establecer que tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional;
- Facultar al legislador para que determine, mediante ley estatutaria, criterios de selección en materia de investigación penal que permitan concentrar los esfuerzos de judicialización en la persecución de los máximos responsables de los crímenes más graves y lograr el esclarecimiento pleno de patrones y contextos de macro-criminalidad;
- Delimitar el ámbito de aplicación de los instrumentos de justicia transicional;
- Autorizar la creación de instrumentos específicos de justicia transicional que puedan ser aplicados a agentes del Estado a la terminación del conflicto, garantizando así la contribución de todas las partes al esclarecimiento de la verdad;
- Permitir un trato diferenciado, asegurando que el tratamiento de los agentes del Estado responda a la función constitucional que les ha sido encomendada;
- Restringir la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, cuando se trate de miembros de grupos armados al margen de la ley, a la desmovilización colectiva en el marco de la firma de un acuerdo de paz o a su desmovilización individual en el marco de los procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional;
- Reiterar el carácter excepcional de los instrumentos de justicia transicional y su limitación a los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado; y
- Establecer que la suscripción de todo acuerdo de paz requiere la liberación previa de los secuestrados.

En últimas, en el caso de Colombia tanto las exigencias de la transición, como el necesario reconocimiento de las víctimas y de la satisfacción de sus derechos apuntan hacia un objetivo común: el fortalecimiento del Estado de derecho. Esto sólo será posible lograrlo si se pone en marcha una verdadera estrategia integral que permita combinar una serie de medidas de diversa naturaleza, que contribuyan de manera articulada al esclarecimiento y la rendición de cuentas, pongan fin al ciclo histórico de violencia, y permitan la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.

Teniendo en cuenta estos objetivos, a continuación presentaremos los problemas identificados en la implementación de los distintos instrumentos de justicia transicional en el país que justifican la necesidad de este acto legislativo.

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

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

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

a. Mapa de los instrumentos de justicia transicional en Colombia

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

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

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

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

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

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

b. Debilidades de los instrumentos de justicia transicional

Un balance de los instrumentos de justicia transicional aplicados hasta la fecha en el país permite advertir al menos tres graves riesgos que comprometen la garantía efectiva de los derechos de las víctimas: i) riesgo de impunidad; ii) no esclarecimiento de la verdad; y iii) imposibilidad de garantizar la no repetición.

i. Riesgo de impunidad

Más allá de cuál ha sido el objetivo inicial de cada uno de los instrumentos de justicia transicional, y del mayor o menor éxito que hayan tenido, el país ha carecido de una verdadera estrategia de justicia transicional que *oriente* la aplicación de los diferentes instrumentos de justicia transicional y de los esfuerzos complementarios a los que haya lugar; *diferencie* este "sistema transicional" de la administración de justicia ordinaria; *facilite el cierre* de los diferentes capítulos del conflicto armado interno en Colombia; y *potencie* la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas. En efecto, la aplicación de estos instrumentos nos ha dejado lecciones aprendidas importantes, y ha logrado evidenciar a través de sus debilidades las necesidades que tiene nuestro país en materia de justicia transicional. Partiendo de una pretensión común de verdad, justicia y reparación en relación con las atrocidades ocurridas, podemos decir que hoy estos fines sólo se han logrado parcialmente y que el logro de la transición a la paz y de la garantía efectiva de no repetición, es aún lejano.

Para empezar, algunos podrían considerar que hasta el momento los instrumentos de justicia transicional aplicados nos acercan a un escenario de impunidad. La justicia como valor hace referencia al esclarecimiento judicial efectivo de los patrones y sistemas para la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, lo

que representa una estrategia clave en la lucha contra la impunidad y en el papel que tiene la justicia transicional de hacer frente a las atrocidades cometidas. No obstante, hasta el momento la estrategia ha sido distinta. En esencia ha consistido en pretender investigar uno por uno los hechos denunciados por los desmovilizados, y los resultados así lo reflejan. Seis años después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz y luego de la desmovilización de 35,299 miembros de grupos paramilitares, se han producido apenas siete sentencias de las cuales sólo dos están en firme. Y así las cosas, en la medida en la que las investigaciones se hacen "hecho a hecho", "caso a caso", la simple imputación de los hechos denunciados –cerca de 340,000 hasta la fecha– podría tardar cerca de 100 años. Pero adicionalmente, un proceso de estas características no es sostenible a futuro, pues tiene el agravante de que cada vez más y más postulados están considerando la posibilidad de renunciar al proceso de Justicia y Paz y no confesar los hechos en los que participaron por la inseguridad jurídica en la que se encuentra actualmente el proceso. De los 4,643 desmovilizados postulados a Justicia y Paz, la mayoría cumplirá 8 años de detención preventiva en diciembre de 2014, sin expectativa clara de que su caso sea resuelto. Pero lo más grave es que esta situación no contribuye a la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.

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

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

Ésta es tal vez la lección aprendida más importante que nos ha dejado la aplicación de estos instrumentos en un caso como el de Colombia: que es imposible humana y técnicamente investigar a todos los autores y todas las conductas, y que la satisfacción de los derechos de las víctimas no se logra a través de medidas netamente judiciales y aisladas. Tanto así que una pretensión de este tipo podría incluso generar

"desestabilización política y división social"[4] y no contribuir de manera efectiva al fortalecimiento del Estado social de derecho. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado que "cuando han sido miles de personas las que han participado en la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados."[5]

Actualmente, aún si se autorizara a los fiscales a priorizar los casos, estos conservarían la responsabilidad por Ley de investigar todos y cada uno de los hechos y todo el universo de los menos responsables, para quienes los términos y preclusiones correrían de forma paralela. Sólo si hubiere cesación de la acción penal para quienes no han sido señalados como los más responsables mediante un proceso de selección positiva (a través de criterios objetivos y subjetivos), los fiscales podrían seguir una lógica estratégica de concentrarse en los más responsables y en los hechos más atroces, lo que permitiría garantizar de manera más efectiva los derechos de las víctimas. Por otra parte, la priorización sin selección generaría una falsa tranquilidad acerca de la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas pues se asumiría que la posición de no renunciar nunca a la acción penal es más garantista. Sin embargo, en la práctica, esa falsa tranquilidad se convierte en impunidad *de facto*, pues los casos quedan pendientes de manera indefinida y las víctimas, en vez de poder acudir al proceso penal del máximo responsable y/o a mecanismos extra-judiciales de esclarecimiento, se quedan esperando eternamente a que su caso, al final de la lista de priorización, nunca sea escuchado. Adicionalmente, de no existir la posibilidad de cesar la acción penal en los casos no priorizados, los desmovilizados permanecen en absoluta inseguridad jurídica, lo que compromete su posibilidad de reintegración efectiva a la sociedad. La posibilidad de acceder a un trabajo digno y por lo tanto de dejar las armas de manera definitiva se verá seriamente afectada si el desmovilizado permanece de manera indeterminada en situación de inseguridad jurídica.

Esta debilidad evidente de los instrumentos de justicia transicional actuales nos deja una importante lección aprendida y es que para alcanzar la justicia como valor y el fortalecimiento del Estado de derecho, ni el camino ni el enfoque pueden ser los mismos de la justicia ordinaria. Como lo demuestran las experiencias internacionales es necesario hacer una selección positiva de aquellos casos de los más responsables y contar con mecanismos extra-judiciales que permitan esclarecer el contexto general de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado; de lo contrario estaríamos cada vez más cerca a la impunidad y más lejos de las satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.

ii. Riesgo de no esclarecimiento de la verdad

La aplicación de los instrumentos de justicia transicional hasta la fecha enfrenta graves debilidades en materia de esclarecimiento de la verdad. Los seis años de implementación del proceso de Justicia y Paz no han llevado a la construcción de una verdad completa o satisfactoria ni siquiera en materia judicial. La verdad ha estado limitada y condicionada a las confesiones de los desmovilizados, y las investigaciones no han permitido esclarecer los patrones de macro-criminalidad. El enfoque de las investigaciones "hecho a hecho", la falta de selección positiva y priorización frente a los casos, y la imposibilidad de involucrar a todos los actores del conflicto armado interno en este proceso, han sido factores determinantes de las deficiencias en el

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

[5] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, "Iniciativas de enjuiciamiento", 2006, p. 7

proceso de esclarecimiento de la verdad. Por otra parte, lo cierto es que el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad no se vería satisfecho de ningún modo sólo con una verdad judicial. Sin otros mecanismos extra-judiciales que contribuyan al esclarecimiento de los contextos, no será posible reconstruir los escenarios de lo ocurrido.

La Ley 1424 de 2011, por ejemplo, constituye el único marco jurídico vigente para el tratamiento integral de los desmovilizados rasos de los grupos paramilitares que incorpora un mecanismo extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, y debido al marco constitucional vigente que no permite una herramienta distinta, esta norma implica la investigación penal hecho por hecho, por lo que si bien representa una oportunidad para abrir el camino hacia la garantía del derecho a la verdad, si el enfoque investigativo no se transforma, nos tomaría más de 500 años formular cargos contra los cerca de 24.000 beneficiarios de esta Ley. Adicionalmente, esta Ley restringe sus beneficios jurídicos a los desmovilizados que hayan incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichas agrupaciones. Si bien la Ley contempla un mecanismo extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad, y para ello ofrece como incentivo la no autoincriminación al momento de relatar los hechos; no está claro si se limita a hechos relacionados únicamente con estos delitos o se extiende a otros delitos cometidos por la organización. De limitarse a los delitos relacionados con la pertenencia, la información que recogería el Centro de Memoria Histórica se reduciría considerablemente pues los desmovilizados no tendrían incentivos para contar toda la verdad.

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

El acto legislativo incorpora la posibilidad de crear mecanismos extra-judiciales que permitan complementar el proceso penal. Estas estrategias complementarán el proceso de identificación de los patrones y sistemas de criminalidad que facilitaron el desarrollo de las graves violaciones a los DDHH en el conflicto armado. Así mismo, al autorizar la renuncia a la persecución penal de los casos que no sean seleccionados, el acto permite concentrar esfuerzos y recursos de judicialización en los máximos responsables, contribuyendo de manera definitiva al esclarecimiento de los hechos cometidos por estos grupos. La visión del acto es lograr la integralidad de las medidas de justicia transicional, para que el derecho de la sociedad y de las víctimas al esclarecimiento de lo ocurrido en el conflicto armado no sea entendido como el resultado de un proceso penal hoy o en 100 años, sino como la sumatoria de una serie medidas judiciales y extra-judiciales que nos conlleven a entender qué nos pasó como sociedad.

iii. Riesgo de repetición de los hechos violentos

Hasta el momento se han evidenciado dos debilidades claras de los instrumentos de justicia transicional aplicados en Colombia: un enfoque de investigación que nos acerca más a la impunidad que a la justicia y posibilidades altamente limitadas de lograr el esclarecimiento de la verdad. Pero además, si la investigación no es efectiva y no se esclarece la verdad de lo ocurrido, no será posible evitar la repetición de los hechos violentos ocurridos en el conflicto armado interno.

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

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

4. DOS TRADICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

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

a. La tradición “maximalista”

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

A nivel internacional, dentro de esta tradición se inscriben algunas decisiones judiciales e informes de los órganos del sistema interamericano de DDHH que afirman que existe una obligación del Estado (inscrita en el deber de garantía[6]) de investigar y sancionar penalmente *todas* las graves violaciones de derechos humanos[7] y procurar, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.[8]

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

Esta tradición ha existido en distintos fallos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que han optado, por ejemplo, por dar un tratamiento de delito ordinario a los crímenes ocurridos en el marco del conflicto armado interno. En 1997 la Corte Constitucional consideró que incluso las lesiones y los homicidios en combate tenían que ser sancionados como delitos ordinarios[10]. En 2003, la Corte Suprema de Justicia consideró que no había lugar a considerar el delito de rebelión si la organización no tiene ideología solidaria orientada al bien común, sus comportamientos delictivos no tenían fines altruistas y no combatían contra el Estado[11]; tesis que fue reiterada en pronunciamientos posteriores de esa misma corporación[12]. En 2005, la Corte Suprema reiteró que la pertenencia a grupos armados al margen de la ley cuyas finalidades fueran cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, extorsión, desaparición forzada, graves

---

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

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

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

[9] C.Const, C-936/2010, LE. Vargas.

[10] C.Const, C-456/1997, J. Arango.

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

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

infracciones al derecho internacional humanitario o la conformación de escuadrones de la muerte o sicarios para la comisión de homicidios selectivos, entre otras conductas, configuraban siempre el delito de concierto para delinquir[13]. Ese mismo año, la Corte Suprema estableció que la conducta paramilitar correspondía a una situación de criminalidad común al concluir que los miembros de estos grupos no podrían ser beneficiarios de indultos o amnistías.[14]

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

Más allá de los problemas jurídicos particulares en cada uno de los casos que sirven para ilustrar la tradición "maximalista", el elemento común es que a pesar de tratarse de casos enmarcados en el contexto del conflicto armado interno, la paz y la no repetición, como finalidades de los instrumentos de justicia transicional, no son incorporados dentro la ponderación. El resultado de esta tradición es un enfoque de investigación ordinario, caso a caso, hecho a hecho, en donde todos los miembros de los grupos armados al margen de la ley son tratados como criminales de lesa humanidad, y todos los crímenes se inscriben también en esta categoría, sin importar su generalidad o sistematicidad. Los riesgos de impunidad, no esclarecimiento de la verdad y repetición cobran especial relevancia en un contexto de violencia masiva, cuyo legado de violaciones es enfrentado bajo esta tradición.

b. La tradición de "justicia transicional"

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

[13] CSJ Penal, 18/10/2005, r24312, Y. Ramírez.
[14] CSJ Penal, 11/07/2005, r26945, Y. Ramírez. "quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía [o] indulto."
[15] CSJ Penal, 10/04/2008, r29472, Y. Ramírez.
[16] CSJ Penal, 01/04/2009, r31421, Y. Ramírez.

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

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

En el mismo sentido lo reiteró recientemente la Corte en la sentencia C-771 de 2011, según la cual

> *"el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, (…) podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales. Se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. En este sentido, la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia. El propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en*

[17] C.Const, C-370/2006, MJ, Cepeda.

contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes."[18]

La teoría según la cual las conductas delictivas relacionadas con el conflicto armado no pueden ser tratadas como conductas ocurridas en situaciones de normalidad viene siendo expuesta desde la década de los noventa por varios Magistrados. Así, por ejemplo, en 1994 los Magistrados Carbonell, Cifuentes, Martínez y Gaviria suscribieron una aclaración de voto en la que advirtieron que "en determinadas circunstancias históricas sólo el legislador por expresa disposición Constitucional, podrá determinar qué comportamientos socialmente reprochables merecen ser considerados como delitos políticos atendiendo al interés general y en búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. En tales circunstancias, si los motivos de conveniencia pública lo hacen necesario, podrá establecer que el secuestro es conexo con el delito político para asegurar la paz entre los colombianos."[19] Similarmente, en 1997 los Magistrados Martínez y Gaviria salvaron el voto, para advertir que el delito político debe implicar la absorción de los delitos comunes cometidos en combate, porque separarlos hace inviable el privilegio punitivo del rebelde. Según ellos, "los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión, (…) pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas."[20] Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en el 2006 estableció que se debía dar tratamiento de delito político a aquellas conductas relacionados con la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley que ejerza operaciones militares en una parte del territorio dirigidas contra las fuerzas regulares o contra otros grupos armados cuando atentando contra el régimen constitucional estas conductas están vinculadas a los objetivos perseguidos por dicho grupo ilegal.[21]

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

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

Al igual que en el caso de la tradición "maximalista", los ejemplos jurisprudenciales que aquí se exponen responden a problemas jurídicos de diversa índole, pero tienen en común la referencia al caso concreto de la

[18] C.Const, C-771/2011, N. Pinilla.
[19] C.Const. C-069/1994, SV A. Carbonell, E. Cifuentes, A. Martínez y C. Gaviria
[20] C.Const, C-456/1997, SV A. Martínez y C. Gaviria.
[21] CSJ Penal, 18/04/2006, r25317, M. Pulido.
[22] C.Const, C-578/2002, MJ. Cepeda.
[23] CSJ Penal, 31/07/2009, r31539, A. Ibanez.

existencia de un conflicto armado, y la consecuente inclusión de la paz y la no repetición como elementos esenciales en la ponderación.

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

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

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

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

Por eso la interpretación constitucional apropiada para la transición en Colombia es aquella de la justicia transicional, que permite al mismo tiempo hacer frente a las violaciones ocurridas en el conflicto armado a través de la satisfacción de los derechos de las víctimas, facilitar la terminación efectiva del conflicto, y fortalecer el Estado de social de derecho.

5. MEDIDAS NECESARIAS PARA EL RE-ENFOQUE

A lo largo de esta ponencia se ha evidenciado la necesidad de un re-enfoque en la aplicación de los diferentes instrumentos de justicia transicional. Estas medidas suponen reformar la Constitución por distintas razones. En primer lugar es necesario garantizar, desde el nivel constitucional, que las herramientas jurídicas que se desarrollen para el logro de la paz estén bajo el paraguas de la justicia transicional. Así, sólo la constitucionalización de la justicia transicional permite darle herramientas a los poderes públicos para diseñar e implementar una estrategia coherente que articule los distintos instrumentos y autorice un tratamiento excepcional y temporal a las violaciones masivas producto del conflicto armado interno. En particular, sólo la

constitucionalización del conflicto armado interno, como marco para definir el espacio transicional, permite definir de qué transición estamos hablando, y quiénes podrán participar en los instrumentos de justicia transicional que se diseñen. Así mismo, sólo desde el nivel constitucional es posible autorizar la creación de mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción y establecer que en contextos de justicia transicional sea posible no procesar penalmente todos y cada uno de los hechos y juzgar a todos y cada uno de los responsables. Finalmente, sólo desde el nivel constitucional es posible resolver la tensión existente en la jurisprudencia. Este proyecto de acto legislativo presenta cuatro medidas necesarias para lograr estos fines.

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

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

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

Si bien hoy existe un consenso respecto de la posibilidad de aplicar instrumentos de justicia transicional a los miembros de las guerrillas y de los grupos paramilitares, la posible aplicación de estos instrumentos a agentes estatales ha generado controversia. Sin embargo, la participación de los agentes estatales en mecanismos de justicia transicional, a la terminación del conflicto, permitirá garantizar el derecho a la verdad y a la reparación de *todas* las víctimas y de la sociedad en general. Por su naturaleza, los instrumentos de justicia transicional permiten generar incentivos importantes para que quienes participen de éstos contribuyan a la construcción de una verdad completa. Sin la versión de los agentes estatales, la narración se quedará incompleta, lo que no permitirá que se garantice el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad. En este sentido la implementación efectiva de la Ley de Víctimas depende que los agentes estatales sean incluidos como sujetos de algunas medidas de justicia transicional.

Pero quizás una de las cuestiones más importantes es que la participación de agentes estatales en los instrumentos de justicia transicional es indispensable para garantizar la no-repetición de la violencia y que la paz sea sostenible: excluirlos supone un desbalance que podría dificultar la reconciliación y generar situaciones de desestabilización política. En este sentido la participación de los agentes contribuiría al logro de los distintos fines de la justicia transicional.

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

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

- En Ruanda se estableció un sistema de reducción de sentencia y subrogado por trabajo comunitario (por la mitad de la pena), para la segunda y tercera categorías de perpetradores[24] en las g*acaca courts* (incluyendo las Fuerzas Militares).
- La Misión de Naciones Unidas en Bosnia estableció sanciones extra-judiciales para los servidores públicos involucrados en las atrocidades.
- Varias disposiciones de amnistías condicionales tales como las de Suráfrica, Burundi y Algeria han incluido a las Fuerzas Militares.
- En el Perú una de las labores más importantes de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación fue analizar la responsabilidad de la Fuerza Pública en las violaciones a los derechos humanos. Por ello, dentro de las recomendaciones más importantes de la Comisión se incluyó la del "afianzamiento de la autoridad democrática y de instituciones democráticas, incluidas la reforma de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, y los servicios de inteligencia para asegurar un liderazgo civil y democrático de las tareas de defensa nacional y seguridad interna".
- En Timor Oriental las personas consideradas "menos responsables" de las violaciones, incluidas las FFMM, podían participar de mecanismos extra-judiciales.
- Una comisión *ad hoc* en El Salvador, en el marco del proceso de paz, revisó los documentos relativos a violaciones a derechos humanos por parte de las Fuerzas Miliares y por medio de un documento confidencial dirigido al Presidente y al Secretario General de las Naciones Unidas recomendó la remoción de más de 100 miembros de las Fuerzas Militares por su involucramiento en abusos en el pasado.[25]
- En República Checa, Lituania, Alemania, Francia, Italia, Grecia, y Bosnia, las purgas administrativas han removido de sus cargos y posiciones del sector público e incluso del sector privado, a miles de agentes del Estado que estaban asociadas con los crímenes del pasado después de procesos llevados a cabo a través de mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción en marcos de justicia transicional.

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

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

b. El tratamiento *diferenciado* garantizará el debido balance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia

Tal como lo afirma el proyecto de acto legislativo, el tratamiento que se debe dar a los distintos grupos armados al margen de la ley y a los agentes del Estado, en el marco de los instrumentos de justicia transicional, debe ser *diferenciado.* Este tratamiento diferenciado se justifica en las distintas obligaciones internacionales que tiene Colombia respecto de cada uno.

Autorizar constitucionalmente que ese tratamiento sea *diferenciado* permite garantizar que en diversos momentos socio-políticos, y atendiendo a los diferentes tipos de obligaciones del Estado colombiano, la solución jurídica para los agentes del Estado y para los distintos grupos armados al margen de la Ley, sea distinta. Por ejemplo, las leyes de *auto-amnistía* son contrarias al derecho internacional[26]. El proyecto de acto legislativo no otorga beneficios inmediatos ni pretende que a futuro se otorgue una auto-amnistía a los agentes estatales. Por el contrario, el tratamiento diferenciado para las partes en el conflicto no sólo permite sino que exige (en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad), proscribir la posibilidad de estas *auto-amnistías*. Sin embargo, no existe una prohibición internacional de dar otros beneficios jurídicos a los agentes estatales en marcos de justicia transicional. Es a estos *otros* beneficios, los cuales serán discutidos en su momento y definidos por el legislador, a los que estaría apuntando el acto legislativo.

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

> *"Es que lo que en verdad diferencia los estatutos disciplinarios de las fuerzas militares y de la policía nacional frente a los demás regímenes de esta clase, es la descripción de las faltas en que pueden incurrir sus miembros y las sanciones que se les pueden imponer, precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal.[27]"* (Subrayas fuera de texto)
>
> *"tratándose de los miembros de la fuerza (…) en razón a las especiales funciones que le han sido asignadas, relacionadas con la defensa de la soberanía y el orden constitucional, el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica, los artículos 217 y 218 Superiores facultan al legislador para establecer un régimen disciplinario especial (…) … se justifica por la particular actividad que les compete desarrollar en favor de la conservación del Estado de Derecho y que en ningún caso se identifican con las asignadas a las otras entidades del Estado (…)*[28]
>
> *"Estos dos elementos adicionales –que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública y que este relacionado con la prestación del servicio- ponen de presente que la conducta regulada no es igual [a la contenida en la legislación ordinaria], y que por ello bien puede merecer una represión más severa. En efecto, ¿quién duda que es más reprochable introducirse en una*

[26] Ver por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Caso Barrios Altos Vs Perú; Caso De la Masacre de las Dos Erres; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha concluido en casos relativos a Argentina[26], Chile[26], El Salvador[26], Haití[26], Perú[26] y Uruguay[26] la contrariedad de las leyes de *auto-amnistía* con el derecho internacional.
[27] Sentencia C-796 DE 2004, Corte Constitucional. (Cita sentencias C-310 de 1997 y C-088 de 1997)
[28] Ídem.

habitación ajena vistiendo el uniforme militar y estando en servicio activo, que hacerlo por fuera de esas circunstancias? ¿O causar lesiones personales en tales condiciones? Evidentemente la violación del principio de igualdad, que se produce cuando el legislador determina distintas consecuencias jurídicas para un mismo comportamiento, no se da en el presente caso, pues no existe en realidad un mismo supuesto de hecho al cual se le asignen consecuencias jurídicas dispares, sino diferentes comportamientos sancionados de manera distinta ***y más gravosa para aquellos casos en los que se exige una mayor responsabilidad en razón de la calidad del sujeto activo y del servicio que presta*** *(…) Sobre estas diferencias en el comportamiento tipificado en cada uno de los estatutos penales, el concepto del Procurador General es elocuente cuando afirma: "Por esta razón existen dos elementos adicionales en cada uno de los delitos demandados, esto es, el sujeto activo y la relación funcional, que no sólo inciden en la competencia, sino que aumentan el reproche que merece la conducta, toda vez que existe una relación de sujeción especialísima entre el Estado y los militares* ***que justifica una mayor exigencia en el desempeño de la actividad militar****."*[29]

"Con respecto a la diferencia entre actuaciones de militares y actuaciones de civiles (…) El propio Congreso, en ejercicio de sus funciones constituyentes, reconoció esta realidad que establece ***diferencias apreciables entre las responsabilidades y deberes que se predican de un ciudadano y las de un miembro de la Fuerza Pública****, circunstancia que tiene claras consecuencias en materia penal. Así, al proponer algunas reformas al texto original del artículo 221 de la Constitución Política –contenidas en el Acto Legislativo No. 2 de 1995- el Congreso señaló que la legislación sustantiva militar "contempla una serie de delitos especiales muy característicos de la naturaleza de la institución militar", pues sólo un militar, "sabe las grandes consecuencias que tiene para sus compañeros y para el servicio el incumplimiento de sus deberes (…) El fin que persiguen dichas disposiciones es legítimo en la medida en que propenden la creación de un proceso célere encaminado a determinar la responsabilidad de servidores del Estado a quienes se les encomiendan actividades esenciales relacionadas con la defensa de la soberanía, la integridad del territorio y del orden constitucional (…) del tipo de servicio que prestan, el cual se rige por altos criterios de integridad, orden y disciplina."*[30]

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

Por último, el marco jurídico diseñado por el acto legislativo garantiza que no se iguale a los agentes estatales con los grupos armados organizados al margen de la ley. Se trata de abrir la puerta para que sea posible diseñar mecanismos propios para los distintos grupos armados al margen de la Ley y para los agentes de Estado, que respeten las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia.

[29] Corte Constitucional. Sentencia C-361 de 2001
[30] Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 2002

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

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

Como ya se expuso en esta ponencia, actualmente existe consenso entre los doctrinantes internacionales sobre que en contextos de justicia transicional no es posible investigar y juzgar todos y cada uno de los hechos que ocurrieron en un conflicto armado, ni sancionar a todas y cada una de las personas que participaron en éste. La investigación caso por caso, antes que garantizar justicia, genera una situación de impunidad y no permite satisfacer los derechos de las víctimas. Pero más grave aún, la *atomización* de las investigaciones que resulta del esfuerzo caso por caso, conlleva un mayor y más grave tipo de impunidad: la de los principales responsables.

El enfoque investigativo actual, caso por caso y de hechos aislados, no permite a la Fiscalía General de la Nación esclarecer patrones y contextos regionales de la operación de los distintos actores del conflicto, lo que resulta necesario para garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en las investigaciones de justicia transicional. Para cambiar ese enfoque es necesario concentrar esfuerzos y recursos en los casos de los "máximos responsables" y esclarecer el sistema de macro-criminalidad en el que ocurrieron –como es la práctica internacional–. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos tales como el de *Manuel Cepeda c. Colombia* ha afirmado que las violaciones sistemáticas deben ser investigadas tomando en cuenta el contexto y con una estrategia que permita develar las estructurales criminales detrás de los crímenes[31].

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

Como lo ha afirmado el Secretario General de Naciones Unidas "[a] la postre, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción."[32]

El esclarecimiento de los patrones y sistemas de violaciones masivas permitirá a su vez mejorar de manera significativa la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad: se sabrá quiénes fueron los verdaderos responsables. Como lo afirma la "Estrategia de Persecución de la Corte Penal Internacional", la

[31] Ver Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 101.
[32] Consejo de Seguridad, Naciones Unidad, "El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe al Secretario General." S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

selección de casos "proporciona una muestra que es un reflejo de los incidentes más graves y de los principales tipos de victimización"[33]. En el mismo sentido el ICTJ ha afirmado que una "cuidadosa selección de algunos casos puede ayudar a generar el impulso necesario al alimentar el debate público y el conocimiento de cómo estos espacios se conectan y la dirección que deben tomar las reformas"[34]. Es el legislativo (a través de una ley estatutaria) el que determinará cuáles son los criterios de selección, pero será la Fiscalía la que en ejercicio de la acción penal decidirá sobre la aplicación o no de los criterios de selección positiva a un caso en concreto, y por lo tanto sobre la posibilidad de renunciar a la acción penal en los casos no seleccionados.

A su vez, las estrategias de selección pretenden contribuir de manera efectiva a la protección de la justicia como valor, en tanto se de paso al esclarecimiento judicial efectivo de quienes ostentan la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos. Así, las medidas incorporadas en este acto legislativo, como ya se ha afirmado, son estrategias de lucha contra la impunidad. Las lecciones aprendidas del proceso de Justicia y Paz, y de los distintos marcos jurídicos utilizados para resolver la situación jurídica de los menos responsables, nos permiten concluir que si no implementamos medidas para priorizar y seleccionar los casos de los más responsables y creamos mecanismos extra-judiciales que permitan esclarecer el contexto general de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado, estaremos cada vez más cerca a la impunidad. El esclarecimiento de los casos de los más responsables contribuye a satisfacer de manera más efectiva los derechos de todas las víctimas. Es cierto que un gran número de víctimas no conocerán quién perpetuó directamente el crimen en contra de su familiar, pero podrán entender por qué sucedió, quién lo planeó, cuál fue la estructura detrás de esos crímenes, y en el marco de qué contexto y patrón de victimización. En cualquier caso, independientemente de qué casos sean priorizados y seleccionados, serán satisfechos los derechos de todas las víctimas a través de estrategias integrales como el programa administrativo de reparación integral que crea la Ley 1448 de 2011 y los mecanismos extra-judiciales de esclarecimiento de la verdad, como el Centro de Memoria Histórica.

Ahora bien, aunque la reforma a la Ley de Justicia y Paz que cursa en el Congreso de la República contempla la posibilidad de priorización de casos; esta priorización – sin selección (es decir sin aplicar la cesación de la acción penal) - no es suficiente para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas. Como ya se expuso en el tercer capítulo de esta ponencia, sin cesación de la acción penal de los casos no priorizados, las víctimas de los casos no priorizados se aferrarán a que su caso individual sea resuelto y se establezca el directo responsable, en vez de hacerse parte en el proceso del más responsable, donde aunque no se esclarecerá quién cometió el crimen en particular, sí se determinará por qué y bajo las órdenes de quién. A su vez, estas mismas víctimas no tendrán la posibilidad de participar en mecanismos extra-judiciales en donde los no seleccionados cuenten con incentivos suficientes para esclarecer la verdad en el mayor grado posible. Si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad.

Por otra parte, la priorización sin selección implica que algunas víctimas tendrán el papel de *testigos perpetuos* en la medida en que los juicios no podrán ser adelantados en plazos razonables. Como lo afirman

[33] International Criminal Court, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Office of the Prosecutor, Febrero de 2010. En: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf Traducción libre.

[34] Transitional Justice and Development: making connections. Editado por Pablo de Greiff y Roger Duthie. http://www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/%7B1ed88247-585f-de11-bd80-001cc477ec70%7D.pdf

algunos autores "la multiplicación de juicios conlleva una re-victimización de las personas que sufrieron los hechos y que ahora son convocadas como testigos. En cada uno de estos juicios, aún en los pequeños, hay que probar no sólo el hecho puntual que se juzga, sino el sistema de represión y la actuación del acusado dentro de él. La principal prueba en estos juicios es el testimonio de los sobrevivientes. Muchas de estas personas ya fueron convocadas a declarar en múltiples ocasiones y no es posible condenarlas a ese papel de testigos perpetuos, en el que tienen que narrar una y otra vez sus traumáticas experiencias"[35].

Así, los criterios de selección deben ser usados para concentrarse en la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, permitiendo en consecuencia renunciar a la persecución penal de los casos no seleccionados. Por eso el texto que se propone para discusión establece que los criterios de selección son para "centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o genocidio" y que sólo es posible "autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal de los casos no seleccionados." Es decir que con base en los criterios que defina el legislador, la Fiscalía podría renunciar a la persecución penal de todos los casos que no sean seleccionados. El resultado de esa renuncia es que no sería posible proceder penalmente, ni en el sistema de justicia transicional ni en el sistema ordinario, contra las personas frente a las cuales opera la renuncia a la acción penal, salvo que dicha medida sea revocada. Ahora bien, resulta importante garantizar que sea el legislador el que determine quiénes serán considerados los "máximos responsables", ya que no sólo no es un concepto que esté definido con claridad por el derecho internacional, sino que incluso puede variar de grupo a grupo, de acuerdo con la manera como se organizaron y planearon los crímenes. Como lo sugieren algunos autores, los máximos responsables pueden ser incluso mandos medios (no fácilmente reemplazables) que, además de recibir órdenes de sus comandantes, tenían poderes para dar ciertas órdenes a sus propios subordinados.[36]

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

- El Gobierno de Guatemala suscribió en 2006 el "Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG)". Una de las estrategias centrales de este acuerdo fue la selección de casos para la persecución penal. Esta política se concentró en "la selección de casos complejos y paradigmáticos, capaces de ser modelos ejemplificativos del potencial y capacidad del sistema de justicia guatemalteco, que sin duda se encuentra bloqueado y sobrecargado por los elevados y crecientes índices de criminalidad que no generan ningún efecto disuasorio y que contribuyen a la pérdida de confianza de la población guatemalteca en sus instituciones en un círculo vicioso de impunidad"[37].
- En el acuerdo suscrito entre Naciones Unidas y Sierra Leona para la creación de una jurisdicción mixta, nacional e internacional se estableció con claridad un criterio de selección. Así, las investigaciones se concentraron en aquellos más responsables de graves violaciones al derecho

[35] Pablo F. Parenti e Iván Polanco, Argentina, En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág. 170
[36] Kai Ambos "The Fujimori Judgment, Journal of International Criminal Justice (2011), pág. 151
[37] Carlos Castresana Fernández, Renata Delgado-Schenk, María José Ortiz y Thomas Pastor, La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala; En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág, 188

internacional humanitario y a la ley de Sierra Leona. Este criterio de selección se estableció por recomendación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[38].

- En Bosnia, como lo afirma la doctrina más autorizada "los análisis preliminares sugieren que en resumidas cuentas los casos de crímenes internacionales centrales que tienen que ser tramitados (…) involucran entre 10.000 y 13.000 sospechosos. Frente a tal escenario la necesidad de criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales se ha convertido en una de las principales preocupaciones"[39]. Esta experiencia "es relevante no sólo porque ByH es quizás la primera jurisdicción territorial donde el tema de la selección y asignación de prioridad de casos ha sido explícitamente afrontado, sino también porque se ha avanzado sustancialmente en la formulación y justificación de los criterios, de manera tal que constituye un precedente de gran importancia para otras jurisdicciones territoriales"[40].

d. El diseño y la implementación de mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción

El proyecto de acto legislativo autoriza al legislador a diseñar instrumentos tanto judiciales como extra-judiciales de investigación y sanción para el logro de los fines de la justicia transicional. Esta posibilidad ya ha sido contemplada de manera expresa por el legislador en Colombia. En efecto, tal como lo afirma el artículo 8 de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas-:

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

Los mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción en contextos de justicia transicional resultan sumamente útiles para la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas; atienden las obligaciones internacionales de Colombia; y ya han sido utilizados en experiencias internacionales de justicia transicional y evaluados como instrumentos útiles en estos procesos. Por ello, la autorización constitucional al legislador para el diseño de estos mecanismos permitirá que la estrategia de justicia transicional sea completa e integral.

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

En primer lugar, estos mecanismos apuntan hacia el esclarecimiento pleno de la verdad – especialmente el esclarecimiento pleno de patrones y contextos–. En efecto, la creación de mecanismos extra-judiciales

[38] Así lo recomendó la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
[39] Morten Bergsmo y María Paula Saffón, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En Kai Ambos (coord.), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Giz-Profis: Bogotá: 2011, pág, 35
[40] Ibid, pág. 37

permitirá que quienes participen de estos mecanismos tengan un incentivo para contribuir efectivamente a la verdad. En contextos de violencia masiva, los grandes contextos de verdad responden típicamente a procesos extra-judiciales; que en vez de probar cada hecho, esclarecen contextos amplios y buscan explicar las causas mismas del conflicto armado interno.

En segundo lugar, estos mecanismos contribuyen a la reparación de las víctimas, tomando en consideración que el derecho a la verdad y a la justicia como valor, hacen parte de un concepto más amplio de reparación. Tal como lo afirma el Secretario General de las Naciones Unidas, es preciso incorporar otro tipo de mecanismos complementarios "a fin de superar las limitaciones inherentes a la justicia penal, es decir, hacer lo que los tribunales no pueden hacer o no hacen bien, en especial ayudar a satisfacer la natural necesidad de los familiares de las víctimas de averiguar el paradero de sus seres queridos y aclarar la suerte que han corrido; asegurar que las víctimas y sus familiares sean resarcidos por el daño que han sufrido; atender la necesidad de elaborar un documento histórico exhaustivo que explique lo sucedido durante el periodo del conflicto y los motivos; promover la reconciliación nacional y fomentar el surgimiento de fuerzas moderadas; y velar por que se elimine de los sectores de la justicia y la seguridad a los que puedan haber consentido tácitamente en las violaciones de los derechos humanos o que hubiesen instigado y coadyuvado a la represión"[41]. Así, todos estos componentes que hacen parte en conjunto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, pueden complementariamente satisfacerse a través de mecanismos extra-judiciales.

Por último, los mecanismos extra-judiciales pueden contribuir a las garantías de no repetición. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose a la Ley 1424 de 2010 "el propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes."[42] Así mismo, como lo han afirmado varios autores, la satisfacción del derecho a la verdad puede contribuir a la prevención general de la comisión de crímenes internacionales.[43]

Ahora bien, la doctrina internacional ya ha confirmado que "el Derecho Internacional no requiere la persecución de *todos* los individuos involucrados en las atrocidades"[44] en marcos de justicia transicional. Así, correlativamente puede afirmarse que el Derecho Internacional no prohíbe que los deberes de investigar y sancionar se garanticen por medio de instrumentos extra-judiciales.

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

---

[41] Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o hayan sufrido conflictos. Informe del Secretario General, 3 de agosto de 2004. S/2004/616. Párr. 47.
[42] Corte Constitucional. Comunicado No. 41. Octubre 14 de 2011.
[43] DeGuzman, Margaret McAuliffe, The Road from Rome: The developing Law of Crimes Against Humanity, Human Rights Quarterly, Volume 22, Numer 2, May 2000, Pág. 341
[44] Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996.

Segundo, que en un caso como el de Colombia es imposible investigar a todos los autores y todas las conductas. Esta posición de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha sido apoyada por varios autores quienes afirman que en Colombia es "imposible humana y técnicamente investigar todos los autores y todas las conductas"[45]. Finalmente, la persecución penal de todos y cada uno de los individuos que hayan participado en las atrocidades generaría una "desestabilización política y división social"[46] y no permitiría la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.

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

Algunas de las ventajas de los mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción que han sido señaladas por las doctrinas internacionales, incluyen las siguientes:

- Hacen más plausible el procesamiento de un mayor número de casos[47];
- Pueden generar mayor confianza de los miembros de la sociedad en las instituciones[48];
- La información recogida en los mecanismos extra-judiciales contribuye de manera significativa al esclarecimiento de la verdad[49];
- La participación de la sociedad civil puede ser más efectiva en los mecanismos extra-judiciales, tomando en consideración que tienen metodologías menos formales que los mecanismos judiciales[50]; y
- Los mecanismos extra-judiciales pueden contribuir con mayor facilidad a esclarecer patrones de comportamiento y sugerir reformas institucionales para prevenir futuros crímenes[51].

Aunque será el legislador el que tomará la decisión en un contexto histórico-político particular de diseñar los componentes que permitan garantizar verdaderos estándares de investigación y sanción a través de mecanismos extra-judiciales, es importante aclarar que este tipo de mecanismos ya han sido utilizados en diversas experiencias internacionales. Así por ejemplo:

- En Timor Oriental, el *Community Reconciliation Process* funcionó en la práctica como un mecanismo no judicial de investigación y sanción. Estos procedimientos se llevaban a cabo en las comunidades, mediante la confesión de los victimarios ante la comunidad, la renuncia expresa de estos victimarios

[45] Andreas Forer y Claudia López, en Kai Ambos, Coordinador. Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Profis, Giz, 2011.
[46] Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. Pg. 138-139
[47] Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. pg. 140
[48] Kritz, Neil J. Coming to terms with atrocities: a review of accountability mechanisms for mass violations of human rights. 59 Law & Contemp. Probs. 127, 1996. pg. 140
[49] Simonovic, Ivan. Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses. 2 J. Int´l Crim. Just. 701 2004. Pág. 703
[50] Idem.
[51] Ídem.

a continuar con la violencia y las muestras de humildad y arrepentimiento en audiencias públicas frente a las comunidades. Luego de este proceso, los victimarios a su vez se comprometían a realizar trabajo comunitario, compensar a las víctimas y otras sanciones extra-judiciales que les permitían reintegrarse a las comunidades.

- En Ruanda se establecieron las *Gacaca Courts* como mecanismos no penales, consistentes en sistemas tradicionales de resolución de conflictos. Aunque el resultado en algunas ocasiones sí es la prisión, se conmuta la mitad de la pena por trabajo comunitario y las decisiones se toman en procesos que no tienen un carácter propiamente judicial. La misión de estas Cortes, según las disposiciones que las diseñaron es alcanzar verdad, justicia y reparación a través de procesos menos costosos y más ágiles, con el fin de alcanzar reconciliación comunitaria. Algunas de las sanciones extra-judiciales incluyen las de:
    - Labrar los campos de las víctimas;
    - Donar trabajo comunitario de diversa índole a las comunidades;
    - Obligar a los miembros de la familia de los perpetradores a ayudar a las familias de las víctimas que están sufriendo;
    - Construir carreteras;
    - Renovar casas parcialmente destruidas durante el genocidio;
    - Compensaciones;
    - Indemnizaciones por pérdida de propiedad, y
    - Pérdida de los derechos civiles.
- En República Checa, Lituania, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Bosnia y El Salvador, las purgas administrativas, como medidas complementarias de justicia transicional, han removido de sus cargos y posiciones del sector público e incluso del sector privado, a miles personas que estaban asociadas con los crímenes del pasado después de procesos llevados a cabo a través de mecanismos que en la práctica funcionaron como mecanismos extra-judiciales de investigación y sanción.

6. DIFERENCIA ENTRE LA SELECCIÓN Y LAS FIGURAS DE AMNISTÍAS E INDULTOS

Debido a las dudas que han surgido en los distintos debates en relación con el proyecto de Acto Legislativo, resulta de la mayor importancia diferenciar las figuras de auto-aministías, amnistías, indultos y otras figuras penales que están prohibidas por el derecho internacional[52]; de la figura de la renuncia a la persecución penal que está contemplada como una posibilidad en el proyecto de Acto Legislativo.

El Tribunal Internacional que ha desarrollado de manera más amplia y exigente la prohibición de otorgar beneficios penales que conduzcan a la impunidad, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello en este punto la ponencia se limitará al estudio de su amplia jurisprudencia relativa a este tema, para efectos de mostrar que incluso los estándares más altos desarrollados por este Sistema son completamente compatibles con el proyecto de Acto Legislativo. Así, de la jurisprudencia de este Tribunal se pueden deducir al menos las siguientes dos conclusiones[53]:

---

[52] Ver por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Caso Barrios Altos Vs Perú; Caso De la Masacre de las Dos Erres; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha concluido en casos relativos a Argentina[52], Chile[52], El Salvador[52], Haití[52], Perú[52] y Uruguay[52] la contrariedad de las leyes de *auto-amnistía* con el derecho internacional.

[53] La información que sigue fue obtenida de Acosta-López, Juana Inés, *Los estándares del Sistema Interamericano frente a la Justicia Transicional, working paper.*

1. Hasta el momento, la CorteIDH ha conocido de casos exclusivamente relacionados con *auto-aministías generales e incondicionales*, que no han estado acompañadas de (i) un control judicial, (ii) una estrategia integral de satisfacción de los derechos de las víctimas y (iii) una estrategia integral de lucha contra la impunidad, especialmente de investigaciones que propendan por el esclarecimiento de estructuras criminales complejas y crímenes de sistema. Esto significa que hasta la fecha no existe un solo precedente de la CorteIDH que haya establecido una prohibición a una figura similar a la renuncia a la persecución penal acompañada de una estrategia integral con estas características, como la que se propone en el proyecto de Acto Legislativo.

2. La CorteIDH ha señalado de manera puntual las razones por las cuales están prohibidas figuras tales como las amnistías, la prescripción y otros excluyentes de responsabilidad. Estas razones han sido señaladas en la jurisprudencia así:
    a. Las figuras pretenden dejar impunes las graves violaciones a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas[54].
    b. Las figuras sustraen a las víctimas de la protección judicial y del ejercicio de un recurso sencillo y eficaz[55].
    c. Las figuras no permiten aclarar la verdad sobre los hechos[56], pues se orientan al "olvido" de las graves violaciones a los derechos humanos[57].
    d. Las figuras impiden la participación de las víctimas y conducen a su indefensión[58].
    e. Las figuras pueden socavar el orden democrático[59] y potenciar la repetición de los hechos que han generado las violaciones a los derechos humanos[60].
    f. Las figuras implican la obstrucción del sistema investigativo[61].

No obstante, la figura de una eventual renuncia a la persecución penal, contenida en el proyecto de Acto Legislativo que –como se deduce del propio proyecto y de sus distintas ponencias–, hace parte de una estrategia integral de fortalecimiento del Estado de Derecho a través de la protección de los derechos de las víctimas, de la lucha contra la impunidad y de consecución de la más amplia verdad posible; no pretende ni

---

[54] Ver, entre otras Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108; 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 Versão em Português Serie C No. 219, párr. 175

[55] Ver, entre otras Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43

[56] Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95; Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120

[57] 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 Versão em Português Serie C No. 219

[58] Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

[59] 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 Versão em Português Serie C No. 219

[60] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217

[61] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221

permitirá ninguna de las consecuencias negativas por las cuales están prohibidas este tipo de figuras en el derecho internacional de los derechos humanos.

Al contrario, como se ha venido mostrando a lo largo de esta ponencia, el proyecto (i) pretende que las graves violaciones a los derechos humanos no queden impunes, a través de una estrategia integral de investigación de crímenes de sistema, que permita la identificación, investigación, juzgamiento y sanción de los "máximos responsables" de la comisión de crímenes internacionales; (ii) potencia el derecho de las víctimas a la protección judicial a través de su participación en los procesos penales de investigación de los "máximos responsables" y una amplia participación de las víctimas en los mecanismos extra-judiciales que diseñará en su momento la ley; (iii) pretende esclarecer la verdad y combatir el "olvido" de los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado interno, lo cual no resulta posible sin la existencia de incentivos claros a *todos* los actores para participar en la construcción de esta verdad y sin la existencia de mecanismos complementarios a los judiciales justamente diseñados para esclarecer la verdad histórica que tanto necesitan las víctimas y la sociedad; (iv) pretende fortalecer el orden democrático a través de una discusión amplia sobre el diseño (a través de leyes estatutarias) y la implementación de los instrumentos de justicia transicional que necesita Colombia; (v) tiene como uno de sus objetivos principales la no repetición de los hechos que han generado violaciones a los derechos humanos en el país, pues solo a través de una estrategia integral de "cierre" será esto posible, pensando no sólo en las víctimas del pasado sino también en las víctimas que queremos evitar en el futuro; y (vi) antes que obstruir el sistema investigativo lo potencia con la creación de estrategias integrales de investigación judicial y el diseño e implementación de mecanismos extra-judiciales complementarios que descarguen al sistema judicial de las labores que no solo no le corresponden, sino que no está diseñado para satisfacer.

Por todo lo anterior, el proyecto de Acto Legislativo, antes que desconocer los estándares internacionales que se han desarrollado en relación con este tipo de figuras, pretende el cumplimiento de dichos estándares de una manera más adecuada y efectiva, en el marco de una estrategia integral diseñada especialmente para el contexto colombiano, con las características que de ese contexto han sido señaladas en esta ponencia.

7. RESUMEN DEL PRIMER DEBATE (SEGUNDA VUELTA):

El primer debate de segunda vuelta (séptimo debate) del proyecto de acto legislativo No. 14 de 2011 Senado – 094 de 2011 Cámara se llevó a cabo el pasado 4 de junio en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República.

En primer lugar intervino el Honorable Senador Hernán Andrade, en su calidad de ponente de este proyecto de acto legislativo, y manifestó que este proyecto que se presentaba para ponencia era el resultado de un trabajo previo en donde se habían estudiado todas las posiciones. El Honorable Senador afirmó que este proyecto de acto legislativo estaba dirigido a las partes del conflicto para que en determinado momento puedan favorecerse de un acuerdo de paz. Resaltó que el mensaje debe ser claro, y ese es que sólo aplica a las partes en el conflicto y no beneficia a grupos criminales como las BACRIM. El Senador manifestó que nunca se ha arrepentido de los esfuerzos de gobiernos anteriores en la búsqueda negociada de la paz. Así mismo, señaló que no se puede seguir con el modelo actual de investigar hecho por hecho todo lo ocurrido en 50 años de violencia. Frente al tema de vocería política, el Senador afirmó que se debe aclarar que no tendrán vocería política aquellos que sean los máximos responsables de los crímenes más graves. El Senador señaló que este marco es absolutamente necesario, y que se debe recordar que la Ley de Justicia y

Paz no permite priorizar y seleccionar precisamente por falta de un marco constitucional que lo autorice. Señaló que la Corte Constitucional en oportunidades anteriores ha ponderado los valores de justicia y de paz, dándole prevalencia a la paz, tal como lo dice mediante la sentencia que revisó la constitucionalidad del tratado de la Corte Penal Internacional. El Senador manifestó que se requiere este marco jurídico y que se debe interpretar como una esperanza cierta y real de que por fin los colombianos podemos buscar vivir en paz.

A continuación intervino el Honorable Senador Juan Manuel Galán, quien en primer lugar exaltó el trabajo serio y juicioso de los ponentes. Manifestó que el proyecto de acto legislativo, tal como está, está difiriendo a la ley estatutaria los criterios de selección, y afirmó que le parece problemático no definir de una vez dichos criterios. Señaló que la experiencia de la Ley de Justicia y Paz ha sido frustrante en materia de justicia, reparación y verdad, pero que esta experiencia nos indica que la confesión es un mecanismo que no se puede obviar, puesto que es necesaria para obtener verdad y reparación a las víctimas, y que si no hay confesión, toda la carga de la verdad estaría en el Estado. El Senador resaltó la importancia de definir en la ley estatutaria el mérito probatorio de todo aquello que entregue el desmovilizado mediante la confesión. Expresó que en casos como el de Suráfrica la confesión fue un mecanismo eficaz. Igualmente, manifestó que se deben generar las condiciones para una comisión de la verdad, la cual debe estar coordinada con los esfuerzos que se hacen en materia de restitución de tierras y de reparación a víctimas. Por último, el Senador expresó que la experiencia de justicia y paz debe servir como una lección aprendida: demuestra que es lo que no se debe hacer.

Luego intervino el Honorable Senador Luis Carlos Avellaneda, quien resaltó que se trata de una iniciativa de gran importancia para el país. El Senador señaló que la Constitución Política de 1991 definió la paz como un derecho y un deber de todos los colombianos y felicitó la iniciativa, manifestando que desde la oposición ha celebrado la actitud del Presidente Santos en materia de paz. Recalcó que al igual que la Ley de Víctimas, se trata de un gesto de paz por parte del Presidente Santos. El Senador le envió un mensaje a la guerrilla, reiterando que si quieren la paz deben hacer más gestos porque no basta con la liberación de los miembros de la Fuerza Pública sino que se deben liberar además todas las personas secuestradas y dejar de sembrar minas quiebrapatas. El Senador expresó que la gran apuesta de un proceso de paz debe ser la no repetición, que se debe buscar la verdad y la memoria justamente para garantizar la no repetición. El Senador señaló que es posible que se deba sacrificar cierto grado de justicia: no investigar ciertos delitos, pero sí investigar patrones de delitos y que puedan existir sanciones simbólicas, pero con altísimas dosis de verdad. El Senador expresó que con su copartidario del Polo Democrático Alternativo votan este proyecto de acto legislativo con una convicción profunda de querer la paz. Igualmente, el Senador señaló que a Colombia le hace falta una oposición fuerte, y que una de las razones por las cuales no ha habido una oposición fuerte es precisamente por la guerrilla, y la relación que muchos le atribuyen a los partidos de izquierda y de oposición con la guerrilla. Así mismo, afirmó que la violencia conduce a mayor injusticia y mayor inequidad porque el conflicto tiene como consecuencia que haya un gasto militar en detrimento del gasto social. El Senador manifestó que para construir paz estable y duradera se debe desarrollar mejor el Estados Social de Derecho. Para una verdadera consolidación de la paz el Estado tiene que llegar con educación y salud a las zonas afectadas por el conflicto.

A continuación intervino el Honorable Senador Juan Carlos Vélez, quien manifestó que los grupos armados al margen de la ley han cometido una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos, y que esta propuesta pretende conceder la suspensión de la acción penal a esos criminales que han sido condenados por esos delitos, y que estos criminales puedan quedar en libertad. El Senador señaló que no se imagina un

responsable de 500 asesinatos tranquilo y orondo por las calles del país como resultado de un proceso de paz. El Senador expresó su clara oposición al proyecto de acto legislativo, señalando que se debe tener en cuenta la fuerza del narcotráfico y la definición de cuáles son los delitos conexos con los delitos políticos. Igualmente afirmó que suspender la pena equivale a otorgar una amnistía y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohíbe las amnistías, por lo que la suspensión de la ejecución de la pena es equivalente a una violación al Estatuto de Roma y al bloque de constitucionalidad. El Senador expresó que Vivanco en una comunicación enviada al gobierno colombiano dijo que el proyecto de acto legislativo deja expuesta a Colombia a una investigación de la Corte Penal Internacional. El Senador afirmó que no es enemigo de la reconciliación y la reincorporación, y que en ese sentido votó afirmativamente leyes como la 1424 y la 1421, pero que estas normas no hablan de que responsables de delitos de lesa humanidad no cumplan cárcel: no es justo que los responsables de estos delitos no paguen ni un sólo día de cárcel. De acuerdo con el Senador, los responsables de estos delitos deben pagar alguna condena porque es la forma de reparar a las víctimas de la guerrilla. El Senador consideró que para Colombia no es justo un tratamiento tan favorable a las FARC y el ELN. Expresó su preocupación por el tratamiento a las Fuerzas Militares como si fueran actores del conflicto, cuando estas sólo han defendido a la institucionalidad, y afirmó que las fuerzas militares en Colombia tienen dignidad, por lo que tienen que tener un tratamiento por fuera del acto legislativo.

Posteriormente el Honorable Senador Roberto Gerlein intervino manifestando que considera que el proyecto es inane y que no va a conseguir la paz en Colombia y tampoco va a hacer que los alzados en armas dejen las armas. Señaló que él no cree en la capacidad mágica de las constituciones, y que difícilmente una constitución podrá hacer la paz, porque un acuerdo jurídico no es suficiente para garantizar la paz. El Senador considera que la violencia en Colombia es de segunda naturaleza y que ha sido una constante en la vida republicana del país. Señaló que este marco jurídico que votará a favor, no conseguirá la paz, y que en Colombia se han hecho múltiples esfuerzos para conseguir la paz que no han funcionado. El Senador manifestó que en Colombia siempre habrá violencia y esta violencia también tiene causas objetivas como la desigualdad social. El Senador señaló que considera que el Presidente Santos está de acuerdo con el proyecto de acto legislativo, pero cree que los asuntos de la paz y de la guerra son un asunto del Presidente y no del Congreso. Señaló que el Presidente había afirmado que había notificado a las Fuerzas Militares que debían combatir con plomo y más plomo, por lo que no entiende qué posición asume el gobierno frente a estos temas si enfrentamiento o negociación.

Seguidamente intervino el Honorable Senador Juan Lozano, quien manifestó que anteriormente no le gustaba la posibilidad de darle vocería pública a los ilegales y se alegró cuando se sacó del proyecto de acto legislativo este tema en la primera vuelta. El Senador afirmó que así como el Presidente Santos había dicho públicamente que Timochenko no tendría vocería política, se debería dar la tranquilidad a los colombianos de decir que los delitos conexos del delito político no pueden ser delitos de lesa humanidad. En relación con las BACRIM, el Senador expresó que se debe tener en cuenta que las BACRIM se parecen cada vez más a los paramilitares y no a una simple pandilla de barrio, y que si bien no es por medio de este proyecto, el desafío para enfrentarlas es enorme, por lo que se debe desarrollar un mecanismo eficaz para enfrentar estas bandas. El Senador manifestó que era esencial que este proyecto de acto legislativo avance para poder resolver los problemas que presenta justicia y paz, y que la ley estatutaria que desarrolle este acto debe ser muy cuidadosa. El Senador afirmó que se debe dejar de manera expresa, para garantizar mayor compresión, que la decisión del gobierno seguirá siendo la ecuación esencial defendida por el ex–presidente Álvaro Uribe en el sentido de que no se puede debilitar el enfrentamiento con las organizaciones terroristas, que se les extiende la mano a quienes quieran desmovilizarse y que se conserva la llave para la paz. El Senador reiteró que no se puede aceptar que Colombia esté siempre ensangrentada.

En este punto el Honorable Senador Roy Barreras intervino para solicitar que fuera declarada la sesión permanente y así poder continuar con la discusión. La sesión permanente fue aprobada y declarada.

Después intervino el Honorable Senador Eduardo Enríquez Maya, quien manifestó que la violencia se ha ensañado en Colombia, pero que este es un país de profunda riqueza. El Senador manifestó que la constituyente estableció que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y 21 años después de esta constituyente nos debemos preguntar cómo vamos con la paz, que es un tema más de conductas que de normas. Sin embargo, expresó, que si es necesaria una norma como ésta con el fin de lograr utilizar los instrumentos de justicia transicional, con el fin de lograr evitar que se siga derramando tanta sangre, votará positivamente el proyecto.

A continuación intervino el Honorable Senador Manuel Enríquez afirmando que es difícil hacer entender a los colombianos la decisión que se debe tomar en el Congreso, sobre todo cuando a diario hay tantos crímenes y no hay manifestaciones por parte de los grupos armados ilegales de que estén interesados en la paz, pero que el gobierno, el Congreso, y todos los colombianos en general deben hacer todos los esfuerzos. El Senador afirmó que se debe apostar por la paz, por el diálogo y por la concertación, y anunció que votará positivamente el proyecto de acto legislativo. Así mismo manifestó que la Fuerza Pública sabe que hemos estado acompañando su accionar y que el país los apoya.

Posteriormente intervino el Honorable Senador Parmenio Cuellar, quien en primer lugar manifestó que su partido, el Polo Democrático Alternativo, no le ha dicho a ninguno de sus miembros que se deba votar negativamente el proyecto, y que él votó negativamente el proyecto en la primera vuelta pero que en este momento y después de los ajustes que se le han hecho al proyecto considera que se debe votar positivamente. El Senador señaló que no se puede pensar que la única forma de acabar con la guerrilla es exacerbando la guerra, porque la violencia genera más violencia. El Senador afirmó que los procesos de paz en este país han sido liderados por los conservadores, y que si bien no se puede desconocer que han fracasado, se debe resaltar que se hayan intentado. El Senador manifestó que considera esencial que este proyecto sea aprobado con el apoyo de todas las bancadas, y que cuando están de por medio los altos intereses de la nación, el Polo Democrático Alternativo está ahí para apoyar. El Senador señaló que está convencido de que la única forma de ponerle un verdadero fin al conflicto es mediante la negociación. El Senador, recordando lo dicho por el Fiscal General de la Nación, afirmó que considera que la justicia puede lograrse mediante instrumentos diferentes a las penas privativas de la libertad.

Luego intervino el Honorable Senador Jorge Londoño, quien manifestó que para encontrar la paz se deben ensayar otros caminos, que desde la Constitución Política del 86 hay un excesivo centralismo y que se ha ensayado la solución al conflicto por medio de la fuerza, y que es hora de ensayar otros caminos. Señaló que desde el primer momento que se reunió con el Senador Roy Barreras para discutir el proyecto, consideró que no era necesario el marco jurídico, porque lo que en él se dispone se encuentra todo en los tratados internacionales, pero que desde la primera vuelta afirmó que si esto era una nueva forma de intentar nuevas propuestas para la paz, lo apoyaba. El Senador expresó que prefiere tener una visión optimista y creer que esto que se propone tendrá alguna utilidad en el logro de la paz, por lo que votará positivamente el proyecto.

Acto seguido, el Honorable Senador Juan Fernando Cristo intervino, quien empezó citando dos textos: el manifiesto de campaña de 2002 del ex –presidente Álvaro Uribe en lo relacionado con los temas de paz, y un documento presentado por la GIZ sobre el conflicto colombiano. El Senador señaló que acá no se está

inventando nada nuevo sino que se está siguiendo una estrategia integral que ojalá tenga éxito para lograr un cierre definitivo del conflicto armado en Colombia mediante una negociación con las FARC y el ELN. El Senador manifestó que se debe garantizar que este marco no se aplique a las BACRIM. El Senador señaló que, al igual que los Senadores Gerlein y Cuéllar, considera que es muy atrevido hablar en nombre de todos los colombianos, y sobre todo en nombre de todas las víctimas, porque cada víctima es distinta y quiere cosas distintas del Estado. Usó el ejemplo del asesinato de su propio padre, afirmando que si le dicen que mediante los instrumentos que se aprueban con este marco jurídico le toca renunciar a conocer los autores materiales de este crimen, pero a cambio se le dará ms verdad, él lo acepta, pero que no puede hablar en nombre de todas las víctimas, porque otras víctimas pueden querer otras cosas. Por lo anterior, consideró que es fundamental pensar en abstracto y no casuísticamente, en frío y no en caliente, como se está haciendo con este maro jurídico. El Senador expresó que el proyecto que hoy se presenta es muy distinto al proyecto de primera vuelta, y que los cambios son muy positivos. Así mismo el Senador manifestó que no se resigna a que estemos condenados a la guerra, y que el país está en condiciones de decir que se está derrotando militarmente a las FARC, pero que hay claridad en que debemos abrir una puerta, y aprovechar este momento para ver si las FARC y el ELN son sensatos, por lo que se debe continuar con la ofensiva militar sin cerrar la negociación del conflicto. El Senador Cristo afirmó que es fundamental que se garantice a los colombianos que los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio serán seleccionados y priorizados y que el texto que hoy tenemos blinda totalmente al Estado colombiano en esa materia puesto que es un texto mucho más preciso. Así mismo, expresó que este proyecto de acto legislativo abre una puerta y manda un mensaje sin que sea un mensaje de debilidad, sin que el ejército baje la guardia. El Senador celebró que el proyecto pase de ser un proyecto de la Unidad Nacional a uno con el apoyo del Polo Democrático Alternativo, por considerar que la participación del Polo le da una legitimidad política enorme y manifestó que espera que todos aquellos que siguen armados entiendan que hay una verdadera voluntad de buscar una salida, de lograr la paz.

Por último, en su calidad de ponente, intervino el Honorable Senador Roy Barreras, quien en primer lugar afirmó que considera que este tema merecía un debate nutrido como el que se dio en esta sesión de la Comisión Primera, y agradeció el trabajo de todos los ponentes y el apoyo de los funcionarios del gobierno. El Senador hizo un recuento de la historia del acto y de la historia de la violencia en el país, y afirmó que en Colombia nos matamos por la ausencia de institucionalidad, y que en este momento existe una clara necesidad de que los miembros de los grupos armados ilegales entren a la institucionalidad, a convivir bajo las reglas del Estado de Derecho. El Senador invitó a los colombianos violentos a que dejen las armas, y dejen de ser violentos, que abandonen el secuestro y las demás prácticas violentas. El Senador afirmó que si mantenemos las condiciones de seguridad podemos construir las condiciones de la paz, y que este marco se necesita porque si bien algunos artículos de la Constitución Política permiten ensayar caminos de paz, la atrocidad del conflicto colombiano rebasó estas posibilidades hace rato. En relación con la vocería política, afirmó que no habrá elegibilidad para los autores de crímenes de lesa humanidad. Por último, el Senador manifestó que se ha hecho la tarea de precisar todos los cerrojos de este marco jurídico (en referencia a que no aplica para BACRIM o para narcotraficantes, y que los responsables de crímenes internacionales no podrán participar en política entre otros) para que Colombia esté tranquila.

Los ponentes radicamos 2 proposiciones sustitutivas y 1 aditiva que fueron votadas de manera integral.

La primera proposición reformaba los siguientes aspectos del artículo 1:

- En el primer inciso se modificó la última frase para aclarar que los integrantes de las BACRIM no estaban incluidos dentro de los instrumentos de justicia transicional y para garantizar que sólo cubriera los actos

cometidos por agentes del Estado con ocasión de su participación en el conflicto armado. Así, la frase propuesta fue: "Una Ley estatutaria podrá autorizar un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo."

- En el segundo inciso se eliminó la referencia a los mecanismos especiales de imputación de sistemas y patrones, dejando simplemente la referencia a los mecanismos especiales de imputación. La lógica fue que la Ley podría desarrollar estos mecanismos sin que fuese necesario desarrollarlos directamente en la Constitución.
- También en el segundo inciso se eliminó la palabra "complementarios", por considerar que los mecanismos extra-judiciales para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas tiene un papel central y principal dentro de la estrategia de justicia transicional, y no simplemente complementario.}
- En el cuarto inciso se incluyó la palabra "todos" con el fin de aclarar que la renuncia a la persecución penal no opera respecto de los crímenes internacionales.
- También en el cuarto inciso se incluyó en la última frase que no son sólo los criterios de selección los que deberán tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos, sino también los de priorización.
- En el quinto inciso se agregó como una de las condiciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, el reconocimiento de responsabilidad, en el entendido de que a estos procesos se acude a confesar la comisión de una serie de hechos de delictivos, y no bajo el principio de presunción de inocencia. Así mismo se incluyó la referencia general a la terminación del conflicto como pre-requisito para la activación de todo el sistema.
- Los incisos sexto y séptimo se convirtieron en parágrafos, y en el segundo parágrafo se aclaró que "en ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno". Esto con el fin de reiterar que las BACRIM no están incluidas en este marco jurídico.

La segunda proposición sustitutiva reformó el artículo 2 con el fin de aclarar que no estaba reformando la Ley quinta sino que el plazo estipulado de 4 años es para proferir "todas" las leyes que regulen "esta" materia.

Finalmente los ponentes radicaron una proposición aditiva, frente a la cual el Señor Ministro del Interior, Federico Rengifo, manifestó el desacuerdo del Gobierno. La proposición buscaba que los recursos del Tesoro Público que se liberen como consecuencia de la reducción de los gastos militares ante eventuales acuerdos de paz, sean destinados a inversión social y económica en las zonas más afectadas por el conflicto armado.

Una vez terminado el debate, se procedió a la votación del proyecto incluyendo las proposiciones. El proyecto de acto legislativo fue aprobado con una votación de 13 votos a 1.

8. PLIEGO MODIFICATORIO PARA SEGUNDO DEBATE (SENADO) DE SEGUNDA VUELTA

Teniendo en cuenta las observaciones presentadas por los distintos Senadores en el debate en la Comisión Primera del Senado y de algunos expertos en la materia, a continuación nos permitimos presentar el siguiente pliego modificatorio al proyecto de acto legislativo:

a. "Garantizarán" los derechos de las víctimas

En el **primer inciso del artículo 1** se propone corregir la redacción cambiando la palabra "garantizar" por la palabra "garantizarán". Tal y como había quedado aprobado en el último debate se generaba una confusión en torno a la finalidad prevalente de la justicia transicional. Como ha venido siendo aprobado desde el primer debate, la finalidad prevalente de la justicia transicional es y debe ser la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera.

b. El marco general de la firma de un acuerdo de paz

También en el **primer inciso del artículo 1** se aclara que la aplicación de los instrumentos de justicia transicional a las distintas partes del conflicto y a los agentes del Estado, sólo podrá darse en el marco de un acuerdo de paz.

c. Eliminación de los mecanismos especiales de imputación

En el **segundo inciso del artículo 1** se propone eliminar la frase "y se podrán crear mecanismos especiales de imputación". Esta frase había sido incorporada por nosotros en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado por considerar que se trata de una herramienta clave para que la Fiscalía General de la Nación pueda diseñar e implementar una estrategia verdaderamente integral que permita el esclarecimiento de los sistemas y patrones de victimización. Sin embargo, luego de consultar con expertos penalistas, la conclusión es que este tipo de sistemas de imputación no requiere reconocimiento constitucional para poder ponerse en práctica, por lo que se consideró adecuado excluirlo del proyecto.

d. Establecer instrumentos de justicia transicional

También en el **segundo inciso del artículo 1** se propone modificar la frase "se podrán establecer" por "se establecerán", con el fin de garantizar que no se trate de una facultad sino de una obligación de crear instrumentos judiciales y extra judiciales de justicia transicional.

e. Comisión de la Verdad

En el **tercer inciso del artículo 1** se proponen cuatro cambios. En primer lugar, se propone que la creación de la Comisión de la Verdad se pueda hacer por Ley ordinaria. En la mayoría de las experiencias internacionales su creación ha sido por decisión del ejecutivo, por lo cual no parece necesario someterla a procedimientos más estricticos. En segundo lugar, se propone excluir la frase "A la terminación del conflicto armado", por considerar que podría tratarse de un momento indeterminado. Si bien entendemos que la terminación del conflicto armado se dará con la desmovilización definitiva de las guerrillas y que será allí cuando se cree una Comisión de la Verdad, algunos podrían alegar que incluso entonces no habría acabado el conflicto dada la presencia de bandas criminales, y podrían con esos argumentos bloquear la creación de la Comisión. Por eso hemos proponemos la eliminación de la frase, advirtiendo en todo caso que se trata de una herramienta esencial para la terminación del conflicto armado que no debería ser usada antes de las desmovilización definitiva de las guerrillas. En tercer lugar se incluye la palabra "atribuciones", de tal forma que la Ley pueda determinar las facultades que podrá tener la Comisión para el cumplimiento de sus funciones. Finalmente se incluye

también una última frase señalando lo siguiente: "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." Esto con el fin de garantizar mayor coordinación entre los mecanismos judiciales y extra-judiciales y contribuir al proceso de selección que deberá llevar a cabo el Fiscal General de la Nación.

f. Los crímenes de guerra

En el **cuarto inciso del artículo 1** se propone incluir la referencia a que se seleccionen los crímenes de guerra que hayan sido "cometidos de manera sistemática." Si bien a lo largo de las distintas ponencias se ha ratificado que precisamente a través de la selección será posible concentrar esfuerzos y recursos de judicialización en la persecución penal de los máximos responsables de los crímenes internacionales, de tal forma que estos crímenes no queden en la impunidad, no es menos cierto que también hemos insistido en la importancia de concentrarnos en los crímenes más graves y representativos. Esto es especialmente importante si se tiene en cuenta que en el caso de crímenes de guerra existen crímenes como el uso ilegal del emblema del CICR o la destrucción de bienes que si bien son graves, no necesariamente deberían ser seleccionados si de lo que se trata es de concentrarse en los crímenes más graves. Por eso se propone adicionar la frase "cometidos de manera sistemática."

g. Requisitos y condiciones para la suspensión de la ejecución de la pena

También en el **cuarto inciso del artículo 1** se incluye que la Ley podrá establecer los requisitos y condiciones para la concesión de la suspensión de la pena en los casos a los que a ello haya lugar. Lo anterior con el fin de garantizar que se trata de un beneficio condicionado y excepcional.

h. La gravedad y representatividad de los casos

También en el **cuarto inciso del artículo 1** se propone modificar la última frase, la cual quedaría así: "La Ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección." Esto con el fin de aclarar que será la Ley estatutaria la que determine cuáles delitos deberán ser perseguidos penalmente, teniendo en cuenta su gravedad y representatividad.

i. Condicionamiento a la terminación del conflicto

En el **quinto inciso del artículo 1** se propone eliminar la frase "terminación del conflicto armado interno". Si bien el espíritu general del proyecto es que la justicia transicional se aplique a la terminación del conflicto, de nuevo podría alegarse que se trata de un criterio indeterminado que podría ser imposible de cumplir. Al igual que con el inciso sobre la Comisión de la Verdad, algunos podrían alegar que incluso con la desmovilización definitiva de las guerrillas no habría acabado el conflicto dada la presencia de bandas criminales, y podrían con esos argumentos bloquear la aplicación del acto legislativo. Por eso se propone suprimir esta frase.

j. Gasto público como resultado de acuerdo de paz

Finalmente se propone reformar el **artículo 4** introducido como proposición en el último debate. El texto propuesto señala: "Sin perjuicio del cumplimiento de los deberes y funciones de la Fuerza Pública consagrados en los artículos 2, 216, 217 y 218 de la Constitución Política, los recursos que se liberen efectivamente como consecuencia de la reducción real del gasto público que se produzca como efecto directo de eventuales acuerdos de paz, podrán ser destinados a la inversión social y de manera prioritaria a financiar el posconflicto."

Lo anterior con el fin de adecuar el texto de manera técnica. Para llevar a la práctica el post conflicto, el Estado, de forma transitoria procurará, conforme la Ley 1473 de 2011, que los recursos que efectivamente se liberen por una reducción real del gasto público derivada de forma directa de un acuerdo de paz, podrán ser destinados a financiar la inversión social, en los términos de la aludida Ley.

9. CONSTANCIAS

El Senador Hernán Andrade se permite dejar las siguientes constancias que no fueron adoptadas por los demás ponentes:

- En el primer inciso del artículo 1, considera que debía incluirse con garantías de "investigación y juzgamiento". Lo anterior con el fin de garantizar la satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia. Los demás ponentes se opusieron a tal inclusión por considerar que ello estaba incorporado dentro de la referencia a los derechos de las víctimas, pero además, porque suponía judicializar la justicia transicional.
- En el cuarto inciso del artículo 1, considera que se debe hablar de "responsables" y no de "máximos responsables". Lo anterior por considerar que no los esfuerzos de investigación penal debían concentrarse en todos los integrantes de los grupos armados. Los demás ponentes no acogieron esta recomendación por considerar que era contraria al espíritu del proyecto, cuyo objetivo es precisamente garantizar que sea posible concentrar los esfuerzos de investigación y juzgamiento en los máximos responsables.
- Finalmente, el Senador se opuso a la inclusión del artículo 4 por considerar que no guarda consecutividad y que atenta contra el deber de protección y garantía de la Fuerza Pública.

10. <u>PROPOSICIÓN</u>

Por las anteriores consideraciones y con base en lo dispuesto por la Constitución Política y la Ley, proponemos a los Honorables Senadores dar segundo debate Senado (segunda vuelta) al proyecto de Acto Legislativo No. 14 de 2011 Senado – 94 de 2011 Cámara, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", con el pliego de modificaciones adjunto.

Cordialmente,

ROY BARRERAS
Senador

JUAN FERNANDO CRISTO
Senador

HERNÁN ANDRADE
Senador

LUIS CARLOS AVELLANEDA
Senador

JORGE EDUARDO LONDOÑO
Senador

DORIS VEGA
Senadora

Texto propuesto para segundo debate Senado (segunda vuelta) del proyecto de acto legislativo 14 Senado 2011 – 94 Cámara 2011

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

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

Artículo transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. 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 y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

Mediante una Ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Una Ley podrá crear una comisión de la verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. 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.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante 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; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La Ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, y la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas.

La suscripción de cualquier acuerdo de paz requerirá la liberación previa de los secuestrados en poder del grupo armado al margen de la ley.

Parágrafo 1. En los casos de la aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades, ésta se limitará a quienes se desmovilicen colectivamente en el marco de un acuerdo de paz o a quienes se desmovilicen de manera individual de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional.

Parágrafo 2. En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiendo.

Artículo 2. *Transitorio.* Una vez el gobierno nacional presente al Congreso de la República el primer proyecto de Ley que autorice la aplicación de los instrumentos penales establecidos en el inciso 4 del artículo 1 del presente Acto Legislativo, el Congreso tendrá cuatro (4) años para proferir todas las leyes que regulen esta materia.

Artículo 3. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así:

Artículo transitorio 67. Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política.

Artículo 4. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 68, así:

Artículo transitorio 68. Sin perjuicio del cumplimiento de los deberes y funciones de la Fuerza Pública consagrados en los artículos 2, 216, 217 y 218 de la Constitución Política, los recursos que se liberen efectivamente como consecuencia de la reducción real del gasto público que se produzca como efecto directo de eventuales acuerdos de paz, podrán ser destinados a la inversión social y de manera prioritaria a financiar el posconflicto.

Artículo 5. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

ROY BARRERAS
Senador

JUAN FERNANDO CRISTO
Senador

HERNÁN ANDRADE
Senador

LUIS CARLOS AVELLANEDA
Senador

JORGE EDUARDO LONDOÑO
Senador

DORIS VEGA
Senadora