

MARCO JURÍDICO DE LA PAZ: LECCIONES APRENDIDAS PARA COLOMBIA DESDE OTROS PROCESOS DE PAZ EN EL MUNDO¹

Por: Beatriz Eugenia Suárez López²

Resumen: Con el inicio de las conversaciones de paz, se ha creado en Colombia un ambiente de esperanza en cuanto a la posible terminación del conflicto y por lo tanto, la meta de una paz estable y duradera se siente cada vez más cerca, sin embargo, son muchas las dudas que se pueden plantear en torno a los temas de conversación en La Habana, siendo uno de ellos el relacionado con la participación en política de las FARC, y la responsabilidad penal de quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos constitutivos en delitos, pues es claro que teniendo como referente los parámetros internacionales de responsabilidad, si no se satisfacen los derechos a las víctimas y a la sociedad no puede construirse la paz. Para poder determinar el campo de acción del Estado y las acciones que pueden derivar en medidas beneficiosas resulta pertinente hacer mención algunos procesos de paz para poder replicar en Colombia ciertas soluciones exitosas.

Palabras clave: Paz, conflicto, participación en política, responsabilidad penal, derechos humanos, Corte Penal Internacional, marco jurídico para la paz.

Introducción

Los procesos de paz que han culminado exitosamente o que están encaminados hacia un posible éxito, que se cataloga teniendo en cuenta que sus decisiones han permitido establecer una paz estable y duradera, o que pretenden tomar medidas para el establecimiento de una paz duradera, pueden ser tomados como grandes ejemplos para Colombia, tanto en experiencias positivas como negativas, permitiendo con ello anticiparse al éxito o fracaso de determinadas medidas o decisiones en nuestro país. Sin embargo, aunque el proceso de paz colombiano claramente tiene sus matices y sus características que lo hace distinto y que en ese sentido no todo lo que fue positivo en otro proceso pueda llegar a serlo también en el nuestro, sí vale la pena valorar las experiencias internacionales, analizarlas y así poder dar un concepto concreto.

Colombia mediante una reforma constitucional estableció un marco jurídico para la paz³, en el cual se establecieron mecanismos de justicia transicional para poder hacer uso de ello ante un eventual acuerdo de paz. Éste marco jurídico para la paz ha sido muy criticado no solo por defensores de los Derechos humanos sino también por diversos académicos y

¹ Trabajo preparado para su presentación en el VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013.

² Docente de tiempo completo de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: beatriz.suarezl@utadeo.edu.co

³ Acto Legislativo No. 1 de 2012.

organizaciones internacionales, que ven en él una puerta abierta hacia el otorgamiento de amnistías e indultos para los autores de delitos de gran connotación, como lo son las violaciones al derecho internacional humanitario, lesa humanidad y genocidio (Comisión Colombiana de Juristas, 2013).

Otro sector, principalmente representado por el Fiscal General de la Nación, considera que el Acto Legislativo no afecta ni viola los derechos de las víctimas pues precisamente se pretende aplicar uno de los modelos de justicia transicional para poder adelantar con éxito la transición de la guerra a la paz, esto es hacer uso de medidas de selección y priorización de las investigaciones penales, permitiendo con ello centrar las mismas en las violaciones a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario y al genocidio, centrándose en los máximos responsables de estas conductas.

El pasado 28 de agosto la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del mencionado acto Legislativo, el cual será objeto de análisis en este documento.

Para tratar el tema propuesto, la exposición se realizará teniendo en cuenta tres puntos principales, el primero es el relacionado con la posible solución a la participación en política de las FARC; posteriormente se analizará lo referente a la justicia transicional en el marco colombiano, tomando como base para el análisis el Acto Legislativo No. 1 de 2012, y los parámetros internacionales frente a este tipo de medidas; y por último, será abordado el tema relacionado con la responsabilidad penal de los autores de graves crímenes contra los derechos humanos, derecho internacional humanitario y genocidio, dentro de este ítem necesariamente se tendrá en cuenta la posible competencia de la Corte Penal Internacional. En cada uno de estos puntos serán tenidas en cuenta experiencias internacionales y se evaluará la pertinencia de las mismas para el caso colombiano.

1. De la participación en política de los miembros de las FARC.

Lo primero que debe ser aclarado es que se toma como referencia al grupo armado ilegal de las FARC toda vez que es éste grupo con el que el gobierno se encuentra adelantando actualmente diálogos de paz. Si bien es cierto que se ha anunciado la posibilidad de sentar en una mesa de diálogo a los jefes del grupo guerrillero ELN, todavía ello no se ha materializado, razón por la cual la referencia se hará en relación con las FARC.

Frente a la participación en política, son varias las propuestas que han sido recibidas por la mesa de diálogos de La Habana, tal vez la que más ha llamado la atención son los diez puntos que estableció las FARC en relación con el tema, quienes proponen fuertes cambios a la participación actual del sistema de representación (El Tiempo, 2013).

Si bien es cierto, que entre los puntos discutidos y planteados por los mismos se pretende otorgar mayores garantías a la oposición, al ejercicio de la política, a la representación del pueblo, entre otras propuestas que resultan útiles y benéficas para el país y sus nacionales, lo que preocupa es que dentro de la propuesta plantean una reformulación de la representación de la Cámara de Representantes, además de solicitar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Esta última propuesta genera grandes dudas, y no ha sido aceptada por parte del gobierno y por parte de la comunidad académica, pues lo cierto es podría pensarse en que la Asamblea Nacional Constituyente pueda ser el camino para una futura refrendación de los acuerdos, pero claramente no se hace necesaria para definir el tema de la participación en política, y sin embargo, se ha advertido que para que los ciudadanos aprueben lo acordado puede hacerse uso de otros mecanismos de participación ciudadana, como lo son el plebiscito o el referendo, sin que sea imperioso establecer una nueva Constitución, pues la misma da cabida a los acuerdos que se pretenden pactar.

Observando otros procesos de paz dados en el mundo, en Irlanda del Norte, el Acuerdo del Viernes Santo fue refrendado por referendo. Por su parte, en Sudáfrica, la participación en política de los grupos “rebeldes” se dio de manera transitoria, fruto del diálogo y del compromiso de las partes, en este caso del presidente sudafricano de la época y de Nelson Mandela, líder del grupo ANC (CIDOB, 2013). Entre los compromisos pactados se encontraba el de revocar las leyes que promovían y defendían el *apartheid*⁴, además de otorgarle a los grupos “rebeldes” personería jurídica, pasando así de la ilegalidad a la legalidad.

Es cierto que para poner fin al conflicto sudafricano se promovió una Asamblea Nacional Constituyente, ésta fue aceptada por el pueblo mediante referendo, y dio como fruto una nueva constitución, sin embargo, esta situación no puede trasladarse sin más a la solución del conflicto colombiano y por supuesto a los diálogos de paz, pues es claro que el conflicto sudafricano tenía como trasfondo una fuerte desigualdad social, fundamentada en la diferencia de razas, de tal manera que la raza blanca ostentaba el poder y “sometía” a la raza negra, a pesar de que éstos últimos eran mayoría. En ese sentido, la única manera de garantizar que los acuerdos de paz fueran aplicados y cumplidos a futuro era con una profunda reforma a la Carta fundamental de dicho país.

Teniendo en cuenta ello, no se encuentra que la Asamblea Nacional constituyente sea el camino adecuado para garantizar la participación en política de las FARC (Fisas, 2013a), pues es necesario la emisión de leyes que permitan, en primer lugar, reconocerle al grupo personería jurídica y así, que puedan legalmente constituirse como grupo político para participar en elecciones, pero esto se puede hacer por la vía legislativa sin ser necesario si quiera una reforma constitucional, y mucho menos una nueva Constitución.

Otro punto que vale la pena ser tratado es lo ocurrido en el proceso de paz de Irlanda del Norte, en donde luego de la firma del Acuerdo de Viernes Santo, se dispuso una participación equitativa en el gobierno, de tal manera que, sin llegar a lo ocurrido en Colombia con el Frente Nacional, se estableció que en el gobierno coparticiparían en igualdad los católicos y los protestantes (Fisas, 2010: 8). Llegar a este punto y con el antecedente del Frente Nacional, es muy peligroso para Colombia, pues esta situación lo

⁴ El *apartheid* fue una política de segregación que se aplicó en Sudáfrica desde 1954 y que terminó en 1994. Esta política consistían en diferenciar los lugares, empleos, escuelas, sitios de vivienda que podría ocupar la población negra del país, con el propósito de alejarlos de la población blanca, quienes ostentaban el poder y mantenían a la población negra marginada.

único que traería sería una concentración del poder en unos pocos, generando desigualdad frente a los nuevos grupos políticos que surjan y aún a los grupos políticos minoritarios.

Igualmente, es importante indicar que el mejor método para refrendar los futuros acuerdos es el de la consulta, ya sea mediante un plebiscito o un referendo, dependiendo si hay necesidad de reforma de la constitución o no. De acuerdo con Fisas, la Asamblea Nacional Constituyente fue usada en Nepal y en Sudáfrica porque en estos lugares el conflicto estaba arraigado desde la misma organización política del país, así en Nepal era necesario pasar de una monarquía a una república, mientras en Sudáfrica se debía otorgarle garantías de igualdad a la comunidad negra (2013b).

De otro lado, llama la atención que con el Marco para la paz se previó dar algunas luces frente a la participación en política, al establecer que mediante ley estatutaria se establecerían los delitos conexos al delito político, con el propósito de no generar inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos o de elección popular.

Esta solución que en un principio puede sonar muy adecuada, en realidad encierra un grave peligro, ya que, si bien el mismo acto legislativo señala que los delitos conexos al delito político⁵ no podrán ser delitos de lesa humanidad ni de genocidio⁶, deja abierta esta posibilidad a los delitos relativos a violaciones al derecho internacional humanitario, el cual en verdad es muy amplio⁷ pero que tiene entre sus funciones la de proteger a la población civil de los efectos de la guerra (Valencia, 2007: 30). Entonces, con esta posibilidad, cabría perfectamente conceder un indulto a quien haya asesinado a miembros de la población civil en desarrollo del conflicto armado, situación que a todas luces no resulta conveniente para las víctimas⁸.

Y resulta aún más problemática la determinación de delito político pues esta situación abre la puerta a la participación en política de los miembros de los grupos armados, pues la Constitución Política establece que no podrán ocupar cargos de elección popular quienes hayan cometido delitos a título de dolo, por lo cual si lo pueden hacer quienes hayan

⁵ Frente a este tema, es importante señalar que existen varias teorías referentes a la determinación del delito político, moviéndose entre dos posturas claramente distintas, por un lado se encuentra la que determina el delito político con base en factores meramente objetivos, de tal manera que serán delitos políticos aquellos que atenten contra el Estado, mientras, que otros autores, consideran que el delito político se puede determinar atendiendo a elementos subjetivos, esto es, que pueden ser considerados delitos políticos aquellos que son comunes por su propia naturaleza, como el homicidio, secuestro, entre otros, siempre que los mismos hayan sido realizados con el propósito de alcanzar un objetivo político claro, esto es, con el fin de atacar el gobierno constitucionalmente establecido para implementar otro diferente (Cfr. Montoro, 2000: 145-146).

⁶ Artículo Transitorio 67, Acto Legislativo No. 1 de 31 de julio de 2012 “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”.

⁷ Debe recordarse que el Derecho Internacional Humanitario está compuesto por dos grandes elementos, el derecho humanitario y el derecho de la guerra, de tal manera que en éste último se encuentran las reglas sobre la conducción de hostilidades y los medios y métodos de combate, sobre los cuales pareciera que procedería la relación de conexidad, pues para alzarse en armas, se ha podido incurrir en perfidias, engaños, uso de cierto tipo de armas prohibidas, entre otros.

⁸ Recuérdese que de acuerdo a la Constitución Política de Colombia, art. 150, numeral 17, es posible otorgar amnistías e indultos a aquellos que han incurrido en delitos políticos.

realizado un delito culposo o bien un delito político⁹, de tal manera que el alcance que se le dé a la conexidad de ciertos delitos con el delito político puede llegar a determinar la participación en política de varios miembros de las FARC, así como su responsabilidad penal por determinados actos.

Es importante indicar que a través de la historia se ha identificado que el tratamiento penal, y las consecuencias que se derivan de los delitos políticos, son más benévolas en relación con uno catalogado como común (Corte Constitucional, 1993), teniendo en cuenta que no procede la extradición por delitos políticos, y que quien los haya cometido pueden ser cobijados con mayores beneficios, como las amnistías o indultos.

Se espera que frente a este aspecto, la declaratoria de delitos conexos al delito político se haga de manera profunda y teniendo en cuenta los parámetros de la Comunidad internacional (COIDH, 2001; ERCPI, 1998).

2. De la aplicación de la justicia transicional en Colombia

El término justicia transicional ha sido ampliamente utilizado en nuestro contexto actual, esto a raíz de normas como la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, la cual introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico este concepto. Se ha definido a la justicia transicional como “el tipo de arreglos judiciales y extrajudiciales que facilitan y permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia o de una situación de guerra a una de paz” (Rettberg, 2005: 1).

La justicia transicional ha sido usada en muchas ocasiones como un mecanismo por medio del cual se puede lograr la construcción de paz, sin embargo, para que ello ocurra es necesario que los elementos que componen este modelo de justicia sean adecuados y completos, pues de lo contrario el abstenerse de aplicarlos conlleva a un fracaso inminente.

En ese sentido, no puede olvidarse lo ocurrido en Colombia con la guerrilla del M-19, que terminó con una serie de amnistías e indultos frente a los miembros del grupo, pasando por encima de los derechos de las víctimas. O el proceso de paz con las AUC, donde se pretendió darle mayor importancia a las víctimas, pero que al final por el mismo diseño del sistema al final los resultados colindan con la impunidad¹⁰.

Por lo anterior, se debe ser cuidadoso con los mecanismos de terminación del conflicto pues estos, si no se usan de manera adecuada puede traer una falsa paz, y dar lugar a justicias disfrazadas que al final se traducen en verdaderas impunidades y desprotección hacia las víctimas.

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 179.

¹⁰ De acuerdo con los datos de la página de internet de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz actualizada al 1 de diciembre de 2012, se han dictado 14 sentencias condenatorias de 1126 casos de postulados a los que se solicitó audiencia de imputación de cargos, es decir, que el sistema se encuentra colapsado por la gran cantidad de hechos punibles cometidos por los postulados, lo que ha retrasado la investigación al hacerla más engorrosa y lenta. (Cfr. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2012).

De acuerdo con la doctrina, los mecanismos de justicia transicional deben contener varios aspectos para que resulten exitosos, siendo primordial la protección de los derechos a la verdad, justicia y reparación, que recaen en cabeza de las víctimas, no obstante, ha de advertirse que estos derechos no son exclusivos de esta especial forma de justicia, sino que son derechos que deben ser garantizados por el Estado en todo momento, pero para efectos de la aplicación de normas transicionales adquieren una especial connotación (Rincón, 2010a: 25). En cuanto a la justicia, lo que se pretende es que el Estado investigue y sancione a los culpables de las graves violaciones de los Derechos Humanos (Huber, 2007: 50), empero, debe señalarse que no puede limitarse el término de justicia al de justicia penal, de carácter retributivo, sino que es un término mucho más amplio en el que tienen cabida acciones no judiciales dirigidas a esclarecer la verdad de lo sucedido y a construir la memoria colectiva, así como los mecanismos de reparación que escapan de la relación judicial (Rincón, 2010a: 26); por su parte la verdad requiere que las víctimas y también la sociedad puedan conocer la situación que dio lugar a esa violación de derechos humanos; por su parte la reparación debe incluir conceptos de reparación integral, tal como ha sido establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH, 2012a), este tipo de reparación incluye conceptos no solo de restitución e indemnización, sino que sobrepasan el concepto de reparación en dinero, llegando entonces a concederse medidas tales como la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición.

Teniendo clara la importancia de los derechos a la verdad, justicia y reparación, resulta un poco preocupante la redacción del Acto Legislativo objeto de estudio, en el cual se afirma que se “garantizarán en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”, de tal manera que el Estado establece una limitación a la protección de los mismos, sin que sea claro qué se entiende por *mayor nivel posible*, y si esa posibilidad se predica en relación al Estado, a la investigación, a los recursos económicos, o a qué elemento concreto. Esta situación no deja de generar preocupación por la redacción ambigua que realiza el legislativo.

De otra parte, los Estados deben crear mecanismos efectivos para la garantía de los derechos de las víctimas, como lo son la creación de Comisiones de la Verdad. Inquieta, sin embargo, el alcance que el Estado le está dando a las Comisiones de la Verdad, esto teniendo en cuenta que el Marco jurídico para la paz establece que se deberá crear una Comisión de la verdad, y señala “el mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de criterios de selección”.

Si bien, no se limita a que este sea su única función, si se desdibuja el principal fin de estas comisiones que son la comprobación de la verdad. Frente a esto es importante, tener en cuenta que en Sudáfrica cuando se llegó a los acuerdos de finalización de los conflictos, se estableció un organismo para garantizar el derecho a la verdad que fue la Comisión de Verdad y Reparación. El fin de esta comisión era realizar audiencias públicas para el esclarecimiento de la verdad y la pedida de perdón a las víctimas. Se debe además recordar que la decisión del gobierno fue la de aplicar amnistías a quienes contaran la verdad en esta Comisión, sin importar la gravedad de tales hechos. Esta decisión es vista de dos formas,

por un lado como positiva en el entendido de que la verdad y la reconciliación fueron los fines que primaron, y la verdad condujo a la sanación de heridas, pero hay quienes advierten que una verdad sin justicia no conlleva a una adecuada reparación y por ende reconciliación (Comisión Colombiana de Juristas, 2007: 8).

Igualmente, se ha señalado que la verdad no lleva necesariamente a la reconciliación, como una consecuencia automática, pues muchas veces la verdad puede llegar a abrir más heridas que cerrarlas. Sin embargo, no puede olvidarse que la reconciliación es un proceso y que no se da de un momento a otro, sino que debe estar acompañado de una interiorización por parte de la víctima para lograr el perdón. Esto claramente requiere que la sociedad se encuentre en un estado tal de madurez que permita la sanación de las heridas.

Los aspectos a rescatar de las comisiones de la verdad sudafricanas son por un lado, un compromiso máximo por parte de la sociedad y de los victimarios; de la sociedad por cuanto deben aceptar la decisión de poner punto final sin que ello implique el que toda la sociedad tenga que estar de acuerdo, pero esto quiere decir, que el fin último de la paz es el que sale a flote para poder dejar de lado la venganza o el odio. Y un compromiso por parte de los victimarios en el entendido que al someterse a una proceso de verdad público deben estar dispuestos a contar todo lo sucedido sin llegar a verdades a medias o verdades mal contadas, que en últimas son verdaderas mentiras.

Igualmente, el establecimiento de la Comisión de Verdad y Reparación fue muy positivo pues por medio de un proceso acompañado, respetuoso y comprometido se pudo conocer las violaciones ocurridas, si bien es cierto que las verdades eran contadas sin temer ser objeto de posteriores investigaciones, pues al contar la verdad se hacían acreedores de amnistías, esto favoreció el proceso de reconciliación.

Lo que no es tan positivo fueron las amnistías y el no juzgamiento en ninguno de los casos, lo que deja un gran sinsabor a las víctimas pues finalmente el proceso de verdad justicia y reparación debe estar acompañado de cada uno de estos aspectos y no dejar de lado alguno de ellos, que si bien puede verse sacrificados o mermados algunos, no es posible que no exista o no se dé algún elemento de estos.

Por último, para cerrar este punto, otra cuestión que llama la atención del Marco Jurídico para la Paz es el relativo a la reparación, si bien en este instrumento no se hizo mención sobre el carácter de la misma, es claro que deben tenerse en cuenta leyes como la Ley de Víctimas, y además, decisiones de la Corte Interamericana que establece el carácter de reparación integral. Sobre este aspecto, se encuentra como positivo el que no se limite la reparación a la sanción de los culpables, por lo que el Estado creará mecanismos extrajudiciales que amplía la protección a las víctimas¹¹.

3. De la responsabilidad penal de los miembros de las FARC

¹¹ Párrafo 2 del artículo Transitorio 66, Acto Legislativo No. 1 de 31 de julio de 2012 “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”.

Si bien es cierto que este tema se relaciona estrechamente con el anterior, pues tiene que ver con la garantía al derecho a la justicia de las víctimas, ha decidido tratarse por aparte porque no sólo guarda relación con la justicia transicional sino que también tiene que ver con la responsabilidad internacional ya sea del Estado o individual, por la vía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional, respectivamente.

El Acto Legislativo No. 1 de 2012, establece unos criterios que han generado bastante controversia, toda vez que señala:

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 los 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 extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución 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 selección¹².

Frente a este tema, quienes se oponen al esquema de la priorización consideran que este esquema trae fuertes inconvenientes pues no se corresponde con los estándares internacionales, ya que en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha indicado que las graves violaciones a los derechos humanos, entendidas dentro de éstas, los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra no pueden ser objeto de amnistías e indultos, ni de tratos benévolos, ya que al ser graves crímenes contra los derechos humanos, los Estados están encargados de investigar todos y cada uno de ellos.

Esto ha sido expuesto por la Comisión Colombiana de Juristas en la demanda de inconstitucionalidad parcial del Acto Legislativo No. 1 de 2012 (2013), en el cual señaló que los Estados no pueden alegar procesos de paz para no cumplir los compromisos adquiridos por ellos mismos a nivel internacional, de tal manera que al establecer criterios de priorización están sustrayendo estas responsabilidades, ya que con esto lo que se pretende es investigar y sancionar a los máximos responsables de las violaciones a derechos

¹² Párrafo 4 del artículo Transitorio 66, Acto Legislativo No. 1 de 31 de julio de 2012 “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”.

humanos, derecho internacional humanitario y genocidio, dejando sin ningún tipo de sanción a quienes no tengan la caracterización de *máximos responsables*.

Además genera aún más incertidumbre que las acciones que serán objeto de investigación sean aquellas que hayan sido cometidos de manera sistemática, siendo que el concepto de sistematicidad es un requisito característico de los delitos de lesa humanidad, y que claramente no pueden predicarse de crímenes de guerra o de genocidio, por lo cual lo que debió hacer el legislador fue señalar que serán objeto de investigación aquellas conductas que se hayan cometido en un contexto especial y bajo unos parámetros concretos, pero no exigir su comisión sistemática.

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional mediante fallo del 28 de agosto del 2013 declaró la exequibilidad condicionada del Acto Legislativo No. 1 de 2012. Debe entenderse que la demanda de inconstitucionalidad solamente fue intentada frente a las expresiones “máximos responsables”, “todos los” y “cometidos de manera sistemática” por lo que es posible que existan otras demandas de inconstitucionalidad que puedan ser sometidas al examen de la Corte Constitucional.

El Boletín de Prensa de la Corte Constitucional (se remite a este documento toda vez que a la fecha de elaboración de este documento no había sido publicada la sentencia en comentario), se indica que para fallar la Corte tomó en cuenta la ponderación entre los derechos a la paz y la reconciliación y los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación y la garantía de no repetición. Y que para poder lograr una paz estable y duradera era posible acudir a la llamada justicia transicional, y para desarrollar esta forma de justicia estaba permitido el uso de figuras como los criterios de selección y priorización (2013: 2).

Debe destacarse en este punto que la justicia transicional frente al tratamiento del elemento justicia puede moverse en diversas direcciones, es decir, no existe una única fórmula para acceder a la justicia, y justicia no se refiere solo a condenas penales, es por lo anterior, que cuando se pretende abordar lo referente a las responsabilidades penales, los Estados deben ser conscientes de que la forma como pretendan tratar esta situación está íntimamente relacionada con la impunidad, de tal manera que los Estados deben evitar a toda costa caer en la impunidad pues esto claramente es un indicador de la justicia no está funcionando.

En ese sentido, se encuentran dos grandes tesis frente a la acción del Estado en cuanto a la investigación y sanción de organizaciones o grupos criminales, de los cuales se presume la comisión de un sin número de conductas punibles. La primera de estas tesis es la maximalista, según la cual, deben investigarse todas y cada una de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados; en contraposición encontramos la tesis minimalista, la cual pretende establecer criterios de priorización en la investigación, centrándose en los altos mandos de la organización. Es claro que el contexto al cual se aplican estas tesis es el de la macrocriminalidad, pues si estamos en presencia de pequeños grupos con una cantidad limitadas de conductas punibles no habría discusión alguna frente al tratamiento penal que se le debe dar a los mismos.

Así las cosas, el Estado tiene estas dos opciones, o investigar todas las conductas, o seleccionar y priorizar la investigación. Esta última opción, es la que establece el Marco Jurídico para la Paz, y al contrario de lo que muchos consideran, esta tesis no es sinónimo de impunidad, pues lo cierto es que en otros países donde se ha decidido aplicar un modelo maximalista, el mismo no ha funcionado, ya sea porque el Estado no tiene la capacidad para investigar con la profundidad debida las acciones criminales, o porque al momento en el cual se emprende la investigación se advierte que la misma es compleja ya que dicha situación se encuentra en conexión con otras conductas, por lo que los delitos obedecen a planes concretos de los autores, siendo necesario esclarecer el papel de cada sujeto en la comisión de conductas. En ese sentido, parece importante la experiencia en otros países, así, Daniel Pastor indicó que en Argentina se aplicó el modelo maximalista pero que los resultados no han sido los esperados, de tal manera que de 800 expedientes, solo 380 tienen individualizados a los autores, y tan sólo se han emitido 10 condenas, lo que hace que necesariamente se pregunte por la legitimidad de este modelo (Modolell, 2009: 82).

Es por lo anterior, que considerar que los modelos minimalistas traen consigo impunidad es incorrecto, pues este modelo bien diseñado y con la estructura concreta de los organismo de investigación y sanción podrían permitir sancionar a los máximos responsables en un término menor, que si se optara por el otro modelo, pues si bien, en principio se pensaría que al investigar todos los actos la impunidad será menor, esto no lo puede garantizar en efecto el Estado, ya que la investigación podría llegar a colapsar dado el gran número de investigados, de acciones criminales y de víctimas.

Frente a este tema, la Corte Constitucional en el fallo que avala el Marco Jurídico para la Paz considera que el instrumento es claro en señalar que no podrá dejarse de investigar conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, solo que se pretende dirigir los esfuerzos a la investigación y sanción de los máximos responsables, esto es de quienes cumplieron un rol esencial en la comisión de tales crímenes (Corte Constitucional, 2013: 2).

Es importante llegado a este tema, hacer alguna referencia a los diálogos de paz de La Habana entre el gobierno colombiano y las FARC, ya que, estos han rechazado el Marco Jurídico para la Paz, pues éste supone sanciones penales a los máximos responsables, lo que se traducirían en sanciones a los dirigentes del grupo armado de considerar que los mismos son culpables, empero, la posición del grupo ha sido la de “no pagar ni un solo día de cárcel”, esto nos hace preguntarnos el cómo podrá el gobierno compaginar las dos posiciones.

Frente a este aspecto, el Estado se encuentra en una situación difícil, pues tiene solo dos caminos para ofrecer a los líderes de las FARC en las conversaciones, téngase en cuenta que la Corte Penal Internacional tiene fuertes indicios de que los líderes de ésta organización han cometido crímenes de competencia de dicha corte, por lo que evitar que éstos sean sancionados internamente podría ocasionar que la Corte Penal Internacional abriera formalmente investigación penal, esto conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La otra posibilidad, que cerraría la puerta a la jurisdicción penal internacional es la de investigar y sancionar, pero sancionar adecuadamente, es decir,

no imponer penas irrisorias no groseras, sino garantizar en efecto los derechos de las víctimas a la justicia.

El Marco jurídico para la paz, parecería que trae una solución precisamente en el contexto de una justicia transicional, cual es la de suspender las penas bajo el cumplimiento de unos requisitos que serán definidos por ley, de tal manera que, se podría pensar, si un jefe de las FARC es procesado y condenado por la comisión de un delito de lesa humanidad, si él cumple con los requisitos para la procedencia de la ejecución de la pena, éste en verdad no pagaría un solo día de cárcel, y esta situación no podría entenderse como un incumplimiento al deber de investigar y sancionar y a la garantía del derecho a la justicia, pues hubo una investigación y una sanción solo que la misma queda suspendida condicionalmente. Esta posibilidad, sin embargo, fue estudiada por la fiscal de la Corte Penal Internacional, quien en una carta dirigida a la Corte Constitucional –pues se estaba decidiendo la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz-, señala:

Como resultado de este análisis, llegué a la conclusión que una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b). Quisiera resaltar que esta conclusión no se fundamenta en razones de políticas públicas (reglamentación), política o conveniencia, ya que se basa en la interpretación legal más razonable de las disposiciones del Estatuto de Roma, en atención a los factores mencionados anteriormente, que serían estudiados por los jueces de la CPI si tuvieran que fallar sobre el tema. También he tomado en consideración el asunto por su valor potencial de sentar un precedente para los demás casos y situaciones ante la Corte, en el presente y el futuro (Semana, 2013).

En ese sentido, la suspensión de la pena no sería el camino correcto a seguir, pues claramente permitiría la competencia de la Corte para juzgar a quienes han sido cobijados con la medida, es por ello que, deben evaluarse los efectos a futuro de los acuerdos. Señala igualmente la fiscal Besouda que se entiende que Colombia se encuentra en un situación especial y que si bien los mecanismos de justicia transicional son adecuados para la construcción de paz, las acciones tomadas deben ser complementadas con una serie de medidas que permitan quitar todo halo de impunidad al proceso adelantado, promoviéndose entonces, el reconocimiento de responsabilidad, el acompañamiento de los autores en la búsqueda de la verdad, la desmovilización y el desarme, y la prohibición de participar en la

vida pública, que acompañados de penas verdaderas podrían suplir la aparente impunidad (Semana, 2013).

Para finalizar, unos de los parámetros internacionales más importantes frente a la protección de los Derechos Humanos son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ésta mediante la exigencia del cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede interponer sanciones a los Estados cuando estos se han apartado de los deberes que se obligan a cumplir. En ese sentido, sentencias como *Barrios Altos vs. Perú* (COIDH, 2001); *Masacre de Mozote vs. El Salvador* (COIDH, 2012b), son ejemplos de sentencias en las cuales se establecen criterios que deben cumplir los Estados, estos dos casos en particular frente al deber de investigación, indicando que bajo ningún parámetro se acepta que los Estados no investiguen a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, como lo son las desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, afectaciones a la integridad personal, torturas, tratos crueles e inhumanos, entre otros, por lo que el Estado deberá examinar de manera minuciosa cuándo se trata de este tipo de investigaciones para evitar responder internacionalmente.

Conclusiones:

Luego de la exposición anterior, son varios los puntos que pueden tenerse a manera de conclusión:

- La participación en política de las FARC luego de la firma de los acuerdos es una realidad, y debe ser garantizada de tal manera que puede brindárseles la debida seguridad no solo personal, sino regional para que no se vea menoscabada y no surja una nueva situación de violencia.
- No se encuentra que la Asamblea Nacional Constituyente sea el mecanismo idóneo para permitir la participación en política, y mucho menos para refrendar los eventuales Acuerdos de La Habana, pues examinando otros ejemplos a nivel internacional se puede advertir que si bien la refrendación es importante, la más usada es la consulta popular, tal es el caso de Irlanda del Norte, Guatemala, Filipinas.
- Si bien en Sudáfrica se realizó una Asamblea Nacional Constituyente éste era el mecanismo necesario pues debía haber un tránsito de autoritarismo a la democracia, de tal forma que, sin una nueva constitución no se podía avanzar en la construcción de paz.
- En relación con la implementación de la justicia transicional, las Comisiones de la Verdad son mecanismos útiles para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad, sin embargo, estos no pueden suplir la garantía al derecho a la justicia.

- Los mecanismos extrajudiciales de reparación y verdad son esfuerzos por parte del gobierno para permitir que los derechos a la verdad y reparación sean garantizados efectivamente.
- En relación con la responsabilidad penal, se encuentra que para impedir enmarcase en situaciones de impunidad tienen que existir investigaciones por los graves crímenes contra la humanidad, la guerra y el genocidio, tal como ha sido determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias.
- De aplicarse el mecanismo de suspensión de penas a los máximos responsables de los crímenes citados, podría abrir la puerta a una eventual investigación por parte de la Corte Penal Internacional, pues de acuerdo con este organismo esa situación pondría al Estado en una situación de impunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Comisión Colombiana de Juristas (2007), *Verdad, justicia y reparación. Algunas preguntas y respuestas*, Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas.
- Fisas, Vincenc (2010), *Procesos de paz comparados*, No. 14, Barcelona: Escuela de Cultura de Paz.
- Huber, Florián (2007), *La Ley de Justicia y Paz. Desafíos y temas de debate*. Bogotá D.C.: FESCOL.
- Montoro Ballesteros, Alberto (2000), En torno a la idea del delito político (notas para la ontología de los actos contrarios a derecho), en *Anales de Derecho Penal*, No. 18, Murcia: Universidad de Murcia, pp. 131-156.
- Rettberg Beil, Angelika (2005), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá D.C: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencia Política, CESO.
- Rincón, Adriana (2010), Del cese al fuego a la paz sostenible: desafíos contemporáneos de la justicia transicional, en *Revista Análisis Internacional*, Bogotá D.C.: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Rincón, Tatiana (2010a), *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*, Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Suárez López, Beatriz Eugenia (2012), Los derechos a la verdad, justicia y reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en *Víctimas: Miradas para la construcción de paz*, Serie Documentos para la Paz, No. 2, Bogotá D.C.: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; Fondo para la Sociedad Civil Colombiana para la Paz, la Democracia y los Derechos Humanos (FOS-Colombia), pp. 65-85.
- Uprimny, Rodrigo/Saffon, María (2007), Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia Bergsmo, en M. y Kalmanovitz, P (eds.), *Law in Peace Negotiations*, FICJC Publication, Oslo: International Peace Research Institute in Oslo (PRIO).
- Valencia Villa, Alejandro (2007), *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá D.C.: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

RECURSOS DE INTERNET

- CIDOB (2013), Biografía Nelson Mandela, en http://www.cidob.org/es/documentacio/biografias_lideres_politicos/afrika/sudafrica/nelson_mandela (Recuperado: 27/06/2013).
- Comisión Colombiana de Juristas (2013), Intervención de la CCJ en la audiencia pública sobre la inconstitucionalidad del “marco jurídico para la paz”, en <http://www.coljuristas.org/> (Recuperado: 30/09/2013).
- El Tiempo (2013), Con memorando de 10 puntos, FARC pretenden ampliar la agenda, en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12882126.html (Recuperado: 20/06/2013).
- Fisas, Vicenc (2013a), Entrevista: Las FARC deben pedir perdón para hacer política, en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12915384.html (Recuperado: 19/08/2013).
- _____ (2013b), ¿Cómo hicieron otros países para refrendar su proceso de paz?, en <http://www.kienyke.com/politica/como-hicieron-otros-paises-para-refrendar-su-proceso-de-paz/> (Recuperado: 24/08/2013).
- Modolell González, Juan Luis (2009), La justicia de transición en América Latina y Europa, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, Versión On-line, en http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_2_294.pdf (Recuperado: 26/06/2013).
- Semana (2013), Carta de la Fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda, en http://www.semana.com/upload/documentos/Documento_354581_20130817.pdf, (Recuperado: 30/09/2013).
- Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz (2012), Estadísticas para la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/> (Recuperado: 21/07/2013).

NORMATIVIDAD

- Acto Legislativo No. 1 de 2012 de 31 de julio de 2012 “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”.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

- Ley 975 de 2005, Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional Colombiana (1993), Sentencia C-171 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional Colombiana (2013), Boletín de Prensa, Bogotá D.C.: Corte Constitucional.
- COIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), Barrios Altos vs. Perú, 14 de marzo de 2001.
- COIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a), Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 30 de noviembre de 2012.
- COIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012b), Masacre de Mozote vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012.