

Documento de recomendaciones sobre el proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado, denominado “de alternatividad penal”¹

En agosto de 2003, en el contexto de un proceso de diálogo con los grupos paramilitares, el Gobierno de Colombia presentó al Congreso de la República un proyecto de ley estatutaria dirigido a permitir la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyos delitos, por virtud del ordenamiento jurídico, no pueden ser indultados o amnistiados. La finalidad del proyecto es la de conseguir “la paz nacional”, al permitir que las personas que reúnen las condiciones antes anotadas tengan un incentivo para dejar las armas. Para ello se propone que las personas concernidas, luego de ser juzgadas y condenadas, reciban, a título de sanción penal, una serie de penas alternativas a la prisión y sean obligadas a ejecutar distintas medidas de reparación a las víctimas de los crímenes cometidos. Según la exposición de motivos del proyecto, éste busca “*explorar fórmulas audaces que no contrapongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar un concepto estrecho de justicia que se centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstaurar plenas condiciones de convivencia*”.

El proyecto de ley ha sido fuertemente criticado por sectores importantes de la comunidad nacional e internacional. Los sectores más críticos han llegado incluso a sostener que, de ser aprobada, la “ley de alternatividad” dará lugar a un gran proceso de impunidad en el cual se violentarán de forma flagrante los principios de verdad, justicia y reparación que se derivan de las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

Atendiendo al debate generado, el presente documento busca formular recomendaciones concretas, viables y factibles para que las medidas jurídicas que se adopten en el proceso,

¹ Este documento ha sido elaborado por Catalina Botero, de la Asesoría de Derechos Humanos de la Fundación Social gracias a la discusión que sobre el tema se ha dado en distintos foros académicos y talleres de trabajo con representantes de las víctimas. En particular, el documento incluye *in extenso* algunas recomendaciones propuestas por Pablo de Greiff, Lisa Magarrell y Mark Freeman, del ICTJ; Rodrigo Uprimny, Luis Manuel Lasso, Víctor Guerrero y Olga Lucía Gaitán, expertos en el tema, quienes, sin embargo, no son responsables del texto final ni comparten necesariamente en su integridad las recomendaciones acá formuladas. El aparte referido a las obligaciones internacionales del Estado colombiano se elaboró sobre un texto aportado expresamente para el documento, por Olga Lucía Gaitán García. La parte relacionada con la admisibilidad de un caso por la Corte Penal Internacional tuvo en cuenta, además del documento antes citado, los lineamientos planteados por Jan Simon del Instituto Max Planck, en el foro internacional *Justicia y Reparación*, realizado en Bogotá, el 18 de noviembre de 2003, por la Universidad Javeriana. Finalmente, las recomendaciones han tenido particularmente en cuenta las solicitudes y reclamos de las víctimas y especialmente de la Asociación de Familiares de Desaparecidos, ASFADDES, expresadas, entre otros, en el documento *Justicia Simulada: Una propuesta indecente*, elaborado por la Comisión Colombiana de Juristas y citado profusamente en este documento. Así mismo, constituyen insumos importantes los documentos presentados ante el Congreso por Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Informe Ponencia elaborado por el Senador Rafael Pardo Rueda, Presidente de la Comisión de Paz del Senado de la República. Este documento constituye un aporte de la Asesoría de Derechos Humanos y del Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ) para el debate nacional sobre el proyecto de ley de alternatividad penal. No refleja necesariamente la posición institucional de la Fundación Social ni compromete a ninguna de las personas o instituciones antes citadas salvo en lo que hace referencia a las recomendaciones puntuales por ellas sugeridas.

puedan cumplir con la obligación de buscar la paz sin desmedro del respeto a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con el deber de luchar contra la impunidad

El presente documento se sustenta en tres premisas fundamentales. En primer lugar, se parte de la idea de que la mejor manera de proteger los derechos humanos de la población colombiana es mediante la celebración de un acuerdo de paz con los grupos armados al margen de la ley, para lo cual resultará necesaria la construcción de una política de paz que incluya elementos de “justicia transicional”. En otras palabras, se trata de fomentar la construcción de una idea de justicia integral que, atendiendo a la imperiosa necesidad de la paz, no pierda de vista principios irrenunciables como los de verdad, justicia y reparación.

La segunda premisa es aquella según la cual en el contexto de un proceso de paz, no existen fórmulas universalmente satisfactorias para resolver las tensiones –jurídicas, éticas y políticas– que se producen al intentar conciliar el objetivo de la paz con la obligación de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario². En efecto, en cada contexto existen distintas expectativas, referentes axiológicos diversos y diferentes relaciones de fuerza entre las partes, todo lo cual condiciona fuertemente el contenido de los acuerdos a los que es posible llegar. De esta manera, en un contexto “favorable” podrá ser posible llegar a acuerdos que dejen plenamente satisfecha la aplicación de los principios de verdad, justicia y reparación. Sin embargo, en contextos muy desfavorables –como parece ser el colombiano– los acuerdos de paz pueden llegar a plantear ciertos sacrificios en materia de alguno de los principios antes mencionados. Es necesario entonces tener en cuenta el entorno en el que se produce el proyecto de ley que se comenta y no perder de vista que el fin de estos acuerdos no puede ser otro que el de alcanzar la paz.

Finalmente, la tercera premisa del documento hace referencia a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano en materia de derechos humanos, las cuales deben ser cumplidas, incluso, en el contexto de un proceso de paz y reconciliación. En consecuencia, su margen de acción en la formulación de una política de paz o en la celebración de acuerdos con los grupos armados, resulta relativamente condicionado. Así por sólo citar un ejemplo extremo, desde el punto de vista de los acuerdos globales en materia de derechos humanos y lucha contra la impunidad, resultaría insostenible políticamente y jurídicamente inviable la expedición de una medida a través de la cual se concediera una amnistía general para todos aquellos que han cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

² Para un estudio de los distintos contextos y las variables que los condicionan así como una propuesta de caracterización del contexto actual, ver Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, *Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones*. Fundación Social, 2004.

En atención a las tres premisas mencionadas, parecería que el principio general que debe ser aplicado es aquel según la cual el Estado está en la obligación de promover la máxima justicia –incluyendo sus componentes de verdad y reparación– que resulte posible en el contexto específico en el cual se produzca la negociación, pero siempre dentro de los parámetros definidos por el derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho penal internacional. Con fundamento en este principio, se formulan las recomendaciones contenidas en el presente documento.

El presente texto se divide en tres partes. La primera, en consideración sobre todo a la relevancia del contexto, se detiene brevemente en el proceso de negociación con los paramilitares, las razones que puede tener el grupo armado ilegal para negociar y los retos del Gobierno en este sentido. La segunda, recuerda brevemente el contexto jurídico en el cual ha sido presentado el proyecto, las obligaciones relevantes del Estado en materia de derechos humanos y, en particular, respecto a la lucha contra la impunidad y la protección y promoción de los principios de verdad, justicia y reparación. Finalmente, en la tercera parte, se hará un estudio concreto de las distintas disposiciones que integran el proyecto y se formularán las recomendaciones que, atendiendo al contexto político y jurídico mencionado, encontramos más relevantes. En todo caso, no sobra advertir que las recomendaciones formuladas en este o en cualquiera otro documento, para ser realmente viables deben ser sometidas a discusión en grupos de trabajo en los que se encuentren representadas las víctimas, las poblaciones amenazadas, las organizaciones defensoras de derechos humanos y, en general, los distintos sectores sociales que tienen legítimo interés en el proceso.

I. Algunos elementos relevantes del contexto político

En el proceso de evaluación de una determinada propuesta de “justicia transicional” como la que es objeto del presente documento, el estudio de los contextos resulta de la mayor importancia. En efecto, en contextos “favorables” el estándar de exigencia al Estado debe ser mucho más alto que aquel que se aplica en contextos “desfavorables”. Por ello, en el caso colombiano es importante comprender los elementos del contexto político y jurídico que pueden condicionar el contenido de los acuerdos para poder hacer una valoración crítica del proyecto de ley “de alternabilidad penal”. No obstante, dado que el objetivo del presente documento es el de formular recomendaciones viables para adaptar a las normas internacionales el proyecto de ley estatutaria, la referencia al contexto será muy breve, resaltando simplemente los factores que consideramos relevantes para la formulación de una política de paz y la consecuente reformulación del proyecto de ley que nos ocupa.

Colombia vive inmersa en un conflicto armado desde hace aproximadamente 50 años. Según el reciente Informe Nacional de Desarrollo Humano Colombia 2003, el conflicto no sólo se ha extendido geográficamente a lo largo y ancho del territorio nacional, sino que también se ha degradado. En todos estos años, los diferentes Gobiernos han recurrido

alternativamente y con énfasis diferentes al diálogo y al combate, como las vías para poner fin al conflicto. En este sentido, es importante advertir que por los altos costos de la guerra, en términos de vidas humanas y sufrimiento, el diálogo y la negociación parecen ser la mejor alternativa para ponerle punto final a la confrontación armada. Al respecto, coincidimos con el Informe Nacional de Desarrollo Humano, cuando en sus conclusiones afirma: *“Después de todo lo dicho en este Informe, la “salida negociada” del conflicto seguiría siendo la mejor para Colombia. Sería ponerle punto final a un desangre inútil, injusto y envilecido –y sería hacerlo de modo voluntario–. Sería ahorrarnos sus múltiples daños al desarrollo humano –y ahorrarnos también el costo de las salidas alternativas–. Sería avanzar hacia un futuro mejor para las mayorías –si es verdad que el Estado y las organizaciones armadas sinceramente luchan por esas mayorías–. Y en todo caso sería anticipar un paso inevitable, porque las “guerras internas” tarde o temprano pasan por la mesa de diálogo: aun si fuera factible, la aniquilación del “enemigo interno” no garantiza que la paz sea firme y duradera”*³.

La vía de la negociación es, entonces, la más deseable y, dada la historia del país, ella es factible. Para citar tan sólo algunos ejemplos recientes, basta con recordar el acuerdo de paz del Gobierno del Presidente Barco con el M-19; la desmovilización del Partido Revolucionario de los Trabajadores, PRT, y otros 8 grupos más en la Administración Gaviria, y los intentos de acercamiento en los Gobiernos de Samper y Pastrana, con las FARC-EP y el ELN⁴.

Desde su comienzo, el actual Gobierno se mostró partidario de intentar procesos de diálogo con los grupos armados al margen de la ley que accedieran a decretar un cese al fuego como condición de la negociación. En particular, en el mes de noviembre de 2002 el Gobierno hizo pública su intención de negociar con los grupos paramilitares o de autodefensa que cumplieran la condición mencionada. Como respuesta a la manifestación del Gobierno, en ese mismo mes, el jefe político de las autodefensas, Carlos Castaño, anunció su intención de participar en las conversaciones y, en consecuencia, decretó el alto al fuego de la organización armada a la cual pertenece. Un mes después, el 23 de diciembre de 2002, el Alto Comisionado para la Paz informó la decisión del Presidente de la República de comenzar conversaciones exploratorias con los grupos de autodefensas ilegales que se encontraran en cese de hostilidades. Para ello conformó una Comisión Exploratoria de Paz. Un día después, los jefes paramilitares Carlos Castaño, Salvatore Mancuso, José Vicente Castaño y Ramón Isaza respaldaron públicamente la conformación de la mencionada Comisión y reiteraron su voluntad de adelantar conversaciones exploratorias con el Gobierno.

³ UNDP. *El conflicto, callejón con salida*. Informe Nacional de Desarrollo Humano Colombia-2003. Bogotá, septiembre de 2003, Pág. 397.

⁴ Una descripción histórica de los procesos de amnistía e indulto en Colombia se encuentra en el documento *Amnistías e indultos en Colombia*, Fundación Social, Bogotá, noviembre 2003.

En el mes de enero de 2003, el Gobierno expidió el Decreto 128 de 2003, reglamentario de la Ley 418 de 1997 (prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y La ley 782 de 2002), en materia de reincorporación a la vida civil de los combatientes desmovilizados. Dicho Decreto confiere a los desmovilizados una serie de beneficios jurídicos y socioeconómicos. Sin embargo, por restricciones constitucionales y legales, los beneficios sólo pueden ser concedidos a quienes hubieren incurrido en crímenes susceptibles de ser amnistiados o indultados. Al respecto, siguiendo las directrices constitucionales sobre el tema, la Ley 782, marco dentro del cual opera el citado Decreto 128, indica que en ningún caso podrá concederse el beneficio del indulto a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad, barbarie o terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión (art. 50).

El 15 de julio de 2003 culminó la fase exploratoria, adelantada en el más absoluto sigilo entre las autodefensas y el Gobierno. Para protocolizar el comienzo de la etapa formal de negociación se firmó, ese mismo día, el acuerdo de Santa Fe de Ralito entre el Gobierno y las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC. Por medio de dicho acuerdo, las autodefensas ilegales se comprometieron a *“desmovilizar a la totalidad de sus miembros, en un proceso gradual que comenzará con las primeras desmovilizaciones antes de terminar el presente año y que deberá culminar a más tardar el 31 de diciembre de 2005”*. En cumplimiento de este compromiso, en el mes de noviembre de 2003 fueron desmovilizados en el departamento de Antioquia, por orden directa de la comandancia paramilitar, 840 combatientes.

A su turno, en el mencionado acuerdo, el Gobierno se comprometió a *“adelantar las acciones necesarias para reincorporarlos a la vida civil”*. Un mes después, en agosto de 2004, el Gobierno presentó al Congreso el proyecto de ley *“de alternatividad penal”*, con la finalidad de *“facilitar la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”*. Este proyecto viene a complementar lo establecido en el Decreto 128 de 2003, pues los beneficios que establece son aplicables a los combatientes que deseen abandonar las armas pero que se encuentren comprometidos en la comisión de crímenes no susceptibles de amnistía o indulto.

Según el Gobierno, el contenido del proyecto no ha sido concertado con los representantes de los grupos paramilitares. Afirman que la ley estaría destinada a todos los grupos armados ilegales. No obstante, en el contexto descrito parece razonable pensar que el proyecto se encuentra dirigido particularmente a los miembros de los grupos de autodefensa o paramilitares que, habiendo cometido crímenes que no puedan ser indultados o amnistiados, se encuentren dispuestos a reintegrarse a la vida civil. Para tales efectos, se establece un catálogo de penas alternativas a la prisión así como una serie de medidas de reparación a favor de las víctimas de los crímenes cometidos. El Presidente de la República tiene la facultad exclusiva y discrecional de solicitar la aplicación de las medidas alternativas. Para su viabilidad no es necesario que el grupo al cual pertenece la persona

condenada se encuentre desmovilizado o en proceso de desmovilización. Basta simplemente con que haya decretado un cese al fuego y se encuentre en conversaciones con el Gobierno. También puede aplicarse a quien decida desertar de un grupo armado ilegal que no se encuentre en las condiciones descritas, siempre que así lo considere el Presidente de la República.

El proyecto de ley ha sido objeto de múltiples reacciones. De una parte, un sector de la población respaldó la propuesta, con la esperanza de que finalmente uno de los grupos más agresivos del conflicto armado saliera de la confrontación. Es importante recordar que las Autodefensas Unidas de Colombia, lideradas por Carlos Castaño, cuentan con cerca de 11 mil combatientes, acusados de haber cometido graves vulneraciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. A este respecto, no sobra recordar que los paramilitares *“han sido acusados de más de dos terceras partes de las masacres, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas, torturas, amenazas de muerte y desplazamientos forzados ocurridos en el país”*⁵. Así mismo, pese a la dificultad de encontrar cifras rigurosas, puede comprobarse fácilmente que desde la declaratoria de alto al fuego de las AUC han disminuido notablemente algunas infracciones al DIH y vulneraciones de los derechos humanos en el marco del conflicto armado⁶. Todo lo anterior refuerza la esperanza de los sectores que acompañan la aprobación del proyecto de ley.

Sin embargo, algunos analistas y grupos defensores de derechos humanos se han opuesto con firmeza al proyecto en mención⁷. Estos grupos consideran que de ser aprobada, la ley de alternatividad permitirá tender un manto de impunidad sobre los crímenes cometidos por los paramilitares sin que, de otra parte, resulte claro su aporte a la paz nacional, pues no existen mecanismos serios de verificación del cese al fuego, ni incentivos para una posterior desmovilización de los respectivos grupos, ni una política nacional integral destinada realmente al desmonte del paramilitarismo. Finalmente, se ha afirmado que el proyecto viola los compromisos internacionales del Estado colombiano referidos a la lucha contra la impunidad y a la protección de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Como se verá adelante, el contenido del proyecto ofrece muchas dudas sobre las posibilidades reales de alcanzar la noble finalidad perseguida. Igualmente, parece razonable pensar que las normas que lo componen no son tributarias de los principios de verdad, justicia y reparación que se derivan de las obligaciones internacionales del Estado. Sin embargo, también existen razones para pensar que los líderes paramilitares están interesados en un proceso de paz que incorpore elementos de justicia transicional y que, por

⁵ Olga Lucía Gaitán García, *Justicia y negociación política del conflicto*, ILSA 2003, en prensa. Fuente: Revista Noche y Niebla del CINEP.

⁶ La estadística puede consultarse en *Propuestas para la construcción de campo humanitario en Colombia*, Fundación Social, 2004.

⁷ Cfr. *Justicia Simulada: Una propuesta indecente*, Comisión Colombiana de Juristas, mimeo, 2003. Para un recuento sistemático de las distintas posiciones ver Observatorio de Opinión, Fundación Social, 2003.

lo tanto, esta puede ser una oportunidad muy importante para forzar la desmovilización efectiva de dichos grupos.

En efecto, de una parte los grupos paramilitares se han visto amenazados por una mayor ofensiva militar y financiera del Estado colombiano. En el campo militar, las fuerzas armadas han mostrado mayores resultados en la lucha contra el paramilitarismo, con lo cual estos grupos han debido desplegar una estrategia defensiva que otrora no parecía realmente necesaria. De otra parte, la lucha contra el narcotráfico ha afectado las finanzas de dichos grupos sin que puedan acudir masiva e indiscriminadamente a otros medios de financiación como el secuestro o la extorsión. Así mismo, los grupos de autodefensas han sido incluidos en las listas europeas y norteamericanas de terroristas internacionales y parecen estar siendo perseguidos por la justicia penal colombiana. Finalmente, los Estados Unidos han comenzado ya a solicitar la extradición de los más importantes líderes paramilitares. A este respecto, es importante recordar que el Gobierno de ese país ha señalado en múltiples ocasiones⁸ que espera que el proceso de negociación con las autodefensas ilegales no suponga un quiebre en la relación entre los dos países en materia de extradición. Parece ser entonces que los Estados Unidos no tienen la intención de permanecer al margen del proceso, por tratarse de una negociación con personas acusadas del delito transnacional de narcotráfico.

Esta nueva realidad tiene un impacto profundo en los dirigentes paramilitares, pues el hecho de ser identificados como terroristas internacionales, de ser perseguidos por la justicia interna y de estar sometidos a una posible solicitud de extradición, mina absolutamente, no sólo su proyecto de vida personal sino los apoyos de las elites locales y las posibilidades de éxito del proyecto político que han comenzado a construir.

Adicionalmente, la estrategia de seguridad del Estado ha supuesto una mayor cobertura de la fuerza pública sobre el territorio nacional. Con ello, quienes financian grupos paramilitares pueden optar por acudir a la protección de la fuerza pública y, en consecuencia, para quienes tradicionalmente usan la fuerza paramilitar, la existencia de los grupos ilegales podría llegar a resultar no sólo innecesaria sino inconveniente. Por último, el movimiento paramilitar se ha fragmentado hasta el punto que ya no resulta tan fácil para los líderes tradicionales controlar las actuaciones de los distintos grupos. Todo lo anterior permitiría pensar que los dirigentes de los movimientos paramilitares tienen hoy mejores razones para desmovilizarse que para mantenerse en la actividad bélica. En estas condiciones podría pensarse que el Estado está en condiciones apropiadas para alcanzar, en el proceso de negociación, importantes conquistas en términos de los principios de verdad, justicia y reparación.

Ahora bien, hay quienes sostienen que sectores importantes e influyentes del establecimiento colombiano que colaboraron con el surgimiento y financiación de las

⁸ Cfr. Observatorio de Opinión, Fundación Social, diciembre 2003.

autodefensas o grupos paramilitares, que se han visto beneficiados por los servicios paramilitares o que simplemente comparten sus finalidades, buscarán la manera de presionar un proceso de perdón y olvido. Este proceso serviría para liberar a los paramilitares de su responsabilidad criminal, legitimar los bienes que han adquirido en el ejercicio de la guerra –en particular, la tierra–, legalizar las estructuras rurales de seguridad que han establecido e impulsar el proyecto político que han venido construyendo. Todo, a costa de los derechos de las víctimas, el derecho de la sociedad a saber la verdad sobre su propia historia, y las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

En las circunstancias descritas, el reto del Estado y, en particular, del actual Gobierno, es de unas dimensiones importantes. En efecto, éste debe ser capaz de sacar adelante un proceso de paz con los grupos paramilitares en medio del conflicto con los otros grupos ilegales (FARC y ELN) y con sujeción a las obligaciones internacionales del Estado en materia de verdad justicia y reparación. Por ello, debe elaborar una verdadera política de Estado que haga frente a los retos de una negociación parcial en medio de un conflicto agudizado, de manera que pueda garantizar, al mismo tiempo, la seguridad y reinserción de los excombatientes; la protección, democratización y reinstitucionalización de las comunidades que habitan las zonas de influencia paramilitar; los derechos de las víctimas; los derechos de la sociedad –en especial el derecho a saber y el desmonte del paramilitarismo–; y, en general, sus obligaciones internacionales.

Un proceso improvisado, desprovisto de una respuesta integral que haga frente a los retos planteados o carente de una auténtica voluntad de reconciliación puede, a la postre, terminar por generar una violencia mayor a la que hoy existe. Por eso resulta importante formular recomendaciones para intentar que las medidas propuestas por el Gobierno, como el proyecto de ley de alternatividad penal, puedan verdaderamente tener éxito. En el presente documento, sin embargo, sólo se hace referencia al proyecto de ley denominado de alternatividad penal, pero desde ya es necesario advertir que para hacer frente a los retos antes mencionados, es necesario el diseño de una política integral, seria, responsable, comprensiva y sostenible.

En el aparte siguiente, se hará una breve descripción de las obligaciones que debe tener en cuenta el Estado colombiano a la hora de formular propuestas de reincorporación de combatientes a la vida civil. Tales obligaciones servirán de base para la formulación de las recomendaciones sobre la ley de alternatividad penal, a que se refiere la tercera parte del presente documento.

II. Las obligaciones internacionales del Estado: contenido mínimo de las medidas destinadas a la desmovilización y reincorporación de los combatientes a la vida civil

Como ya se mencionó, no existen fórmulas universales satisfactorias que logren resolver las tensiones que se presentan entre justicia y paz en el marco de un proceso de

reconciliación nacional. Por ello, en cada lugar y momento histórico, los actores comprometidos deben ser capaces de llegar a las formulas que, en su particular contexto, logren la paz interna sin perder de vista principios irrenunciables de justicia, entendida ésta de manera integral en términos de verdad, justicia y reparación. A diferencia de lo que ocurría en el planeta hace tan sólo una década, hoy la mayoría de los estados se encuentran comprometidos a garantizar, en todo momento y lugar, ciertos principios mínimos que constituyen aquello no negociable en un proceso de paz. El respeto por tales principios no sólo se origina en su valor intrínseco sino en su utilidad mediática. Difícilmente puede alcanzarse una paz estable y sostenible, una verdadera reconciliación, si para llegar a ella se vulneraron de manera fragante los principios de verdad, justicia y reparación. En suma, el respeto por tales principios no sólo es justo. Además, la aplicación de tales principios es útil para asegurar la finalidad perseguida y para blindar el proceso de posibles intervenciones externas posteriores que puedan afectar los logros alcanzados.

Por todo lo anterior, resulta importante recordar brevemente aquellas obligaciones más importantes del Estado colombiano en la materia que nos ocupa y los riesgos que entraña su incumplimiento. En consecuencia, en esta segunda parte del documento se hará, en primer lugar, una reflexión sobre las obligaciones generales del Estado colombiano en la materia que se estudia. En segundo término, se harán unos breves comentarios sobre la facultad que tienen los estados de conceder amnistías o indultos que beneficien a personas que han cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad. Finalmente, se hará una breve reflexión sobre la competencia de la Corte Penal Internacional.

1. Reflexiones generales

En el ámbito internacional, el Estado colombiano, mediante la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, se ha comprometido a respetar y garantizar los derechos humanos. Respecto al alcance de esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹¹.

⁹ Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

¹⁰ Entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

¹¹ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4, párrs. 166 y 167.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado desde sus primeras sentencias que el deber asumido por los estados partes de la Convención de “garantizar los derechos reconocidos” en este Instrumento, supone que los Estados deben organizarse de forma que puedan asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Adicionalmente, se puede afirmar que de esta obligación surge el deber del Estado de investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos.

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. (...) Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹².

Como consecuencia de este deber asumido internacional y constitucionalmente por Colombia, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado derechos fundamentales. En el evento de que una violación quede impune y no se restablezca a la víctima la plenitud de sus derechos, en cuanto sea posible, puede afirmarse que éste ha incumplido el deber de garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción, el libre y pleno ejercicio de sus derechos. *“Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”¹³.*

El Estado puede ver comprometida su responsabilidad a partir de un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión cuando: 1) no haya puesto la debida diligencia para prevenir la violación; 2) cuando no haya puesto los medios a su alcance para investigar y sancionar a sus responsables¹⁴.

Conviene tener en cuenta, que tanto la obligación de prevenir como la de investigar es una obligación de medio o de comportamiento *“que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin*

¹² Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4, párrs. 166 y 167.

¹³ Caso Velásquez Rodríguez, párr. 176; Caso Godínez Cruz, párr. 187.

¹⁴ Caso Velásquez Rodríguez, párr. 172; Caso Godínez Cruz, párrs. 181-182; Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56.

que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”¹⁵.

En lo atinente a las infracciones graves del derecho internacional humanitario, el Estado colombiano, al suscribir y ratificar los Cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II¹⁶, se obligó, entre otras, a buscar y a hacer comparecer ante sus propios tribunales a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer cualquiera de las infracciones graves a las disposiciones de estas normas o a entregarlas a otra Parte Contratante para su juzgamiento. De la misma manera, se comprometió a no exonerarse ni a exonerar a otra Parte Contratante de las responsabilidades en que hubieren incurrido a causa de esas infracciones. Cabe destacar que, en abril de 1996, luego de la entrada en vigor del Protocolo II, mediante declaración, Colombia aceptó la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta para investigar violaciones a los Convenios y Protocolos de Ginebra.

Para la Comisión Interamericana, *“el derecho humanitario no impide al Estado sancionar a los miembros de los grupos armados disidentes por la comisión de delitos conforme al derecho interno. Por lo tanto, el Estado colombiano es libre de juzgar a esas personas por todos y cada uno de los actos de violencia que transgreden sus leyes, aun en el caso de que esos actos no resultaran violatorios del derecho humanitario. Tales enjuiciamientos, sin embargo, deben proporcionar a los acusados las garantías del debido proceso establecidas en los tratados sobre derechos humanos y derecho humanitario que obligan al Estado colombiano”¹⁷.*

El Estado colombiano debe, entonces, garantizar en los procesos nacionales el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho de defensa, la publicidad del juicio, el principio de impugnación de las decisiones, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del Estado quien investigará tanto lo favorable como lo desfavorable al implicado, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la sanción adecuada y proporcional de los delitos y la reparación e indemnización a las víctimas. Las personas serán oídas y vencidas en juicio, en condiciones de igualdad, por un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido.

¹⁵ Caso Velásquez Rodríguez, párr. 177; Caso Godínez Cruz, párr. 188; Caso Caballero Delgado y Santana, párr. 58.

¹⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra, 1986 y COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra, 1996.

¹⁷ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Especial sobre Colombia, 1999*. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

En caso de que Colombia no cumpla con sus obligaciones en relación con los delitos de competencia de la CPI, ésta podrá ejercer su competencia respecto del delito de genocidio y de los delitos de lesa humanidad, en los términos previstos en el Estatuto de Roma. En cuanto a los crímenes de guerra, mientras el Gobierno mantenga la declaración hecha conforme al artículo 124 del Estatuto, la Corte no podrá complementar la jurisdicción nacional, durante un período de siete años.

En conclusión, el Estado colombiano debe desplegar todas las acciones necesarias a fin de investigar y poder sancionar a los responsables de los delitos de competencia de la CPI y buscar la reparación e indemnización de las víctimas, según las obligaciones internacionales contraídas por éste, antes descritas. Si ellas se cumplen, la CPI no podrá activar su competencia complementaria. Por el contrario, si la CPI llega a la conclusión que las decisiones de la justicia colombiana no satisfacen estas pautas y no constituyen una garantía contra la impunidad, deberá admitir el caso.

2. Amnistía e indulto y los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales

Resulta importante hacer unas reflexiones explícitas sobre la amnistía, el indulto, la conmutación de la pena o la suspensión del cumplimiento de una sentencia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho penal internacional.

Las figuras de la amnistía y el indulto han sido utilizadas desde la aparición del Estado nacional como una manifestación del tratamiento privilegiado que han merecido los delitos políticos y conexos.

En el artículo sexto, ordinal quinto del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se dispone que: *“a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto”*.

Como es bien sabido, por regla general, la figura de la amnistía ha sido utilizada en los conflictos armados de carácter no internacional como un mecanismo de reconciliación nacional que facilita el fortalecimiento del nuevo pacto social y en situaciones de grave alteración del orden público como mecanismo que busca distensionar las fuerzas enfrentadas. Sin embargo, las amnistías concedidas en los regímenes militares en la década de los ochenta y las concedidas tras la finalización de los conflictos salvadoreño y guatemalteco, reavivaron el debate sobre el tema de la impunidad, toda vez que se constituyeron en ‘autoamnistías’ por infracciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

La fuerte reacción de las víctimas, organizadas o apoyadas por organizaciones no gubernamentales, presionó de tal forma al Sistema de las Naciones Unidas, que en el 43° período de sesiones (agosto de 1991) la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas, (actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) designó al francés Louis Joinet para que adelantara un estudio sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos. Luego de varios informes, en 1997, en el cuadragésimo período de sesiones, Joinet presentó un documento denominado *“Informe Final del Relator Especial sobre la Impunidad y Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad”*. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1998, proclamó, con base en el informe de Joinet, los principios por los cuales se regirán los Estados en su lucha contra la impunidad.

De acuerdo con estos Principios, los autores de violaciones a los derechos humanos no podrán beneficiarse de una amnistía orientada a lograr un acuerdo de paz o la reconciliación nacional, mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo¹⁸. Toda víctima debe tener la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación. Este derecho a la justicia obliga al Estado a investigar las violaciones; perseguir a sus autores y sancionar a los responsables:

“Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia. La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

“Principio 25. Restricciones a la práctica de la amnistía. Cuando la amnistía tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, se aplicará dentro de los siguientes límites:

a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de la amnistía a menos que las víctimas dispongan de un recurso eficaz y obtengan una decisión equitativa y efectiva”.

Es decir, la primera condición de todo acuerdo de paz es la de evitar que se abra un espacio a la impunidad. Louis Joinet definió la impunidad como *“la ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos*

¹⁸ NACIONES UNIDAS. *Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.*

*humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapan a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas”*¹⁹.

La omisión del deber de investigar todas las violaciones de derechos humanos; de someter a la justicia a los responsables; de lograr una indemnización adecuada a las víctimas o a sus familiares y de impedir la reiteración de dichas violaciones, constituye, en sí misma, una violación de derechos humanos en cabeza del Estado.

Para evitar que un proceso de paz conduzca a la impunidad se deben garantizar, entonces, los derechos de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en general a la verdad, la justicia y la reparación. El primero de ellos, el derecho a la verdad, comporta la obligación de aclararle a las víctimas, a sus parientes y a sus amigos los hechos que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, pero también constituye un derecho colectivo, que busca evitar que las violaciones se reproduzcan en el futuro. Este derecho tiene, como contrapartida, un "deber de la memoria" a cargo del Estado, pues, como lo afirma Joinet, *“el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado”*.²⁰

El segundo de estos derechos, el derecho a la justicia, demanda la existencia de un recurso justo y eficaz, que garantice a las víctimas el juzgamiento de los responsables y su sanción efectiva y proporcional. Para que pueda operar el perdón, como acto privado, se requiere que la víctima conozca al autor de las violaciones y que éste manifieste su arrepentimiento. Para que el perdón pueda ser concedido, dice Joinet, es necesario que sea solicitado.

Por último, el derecho a la reparación tiene una dimensión individual y otra colectiva. Conforme con la primera, las víctimas deben beneficiarse de un recurso eficaz para garantizar la reparación integral de los perjuicios sufridos, a través de tres tipos de medidas: unas encaminadas a la restitución de las cosas a su estado anterior, otras dirigidas a la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y las últimas tendentes a la adecuada readaptación de las víctimas, mediante atención psicológica y psiquiátrica. En el plano colectivo, por su parte, se deben adoptar medidas de reparación dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas. Adicionalmente, la reparación individual o colectiva puede ser simbólica, a título de reparación moral, lo que incluye el reconocimiento público y solemne que los culpables hacen de su responsabilidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías

¹⁹ En: Informe final elaborado por Louis Joinet para la Comisión de Derechos Humanos: *“Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad.”*

²⁰ Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado enfáticamente que la sociedad en su conjunto tiene derecho a la verdad. En este sentido puede consultarse el caso *Miran Mack Chang*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Noviembre 2003, Párrs. 274-275

públicas, los monumentos, y otras alternativas que permiten asumir mejor el deber de la memoria.²¹

Estas son las premisas ineludibles para la consecución de una paz duradera. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”*²².

En relación con el Estatuto de Roma y la competencia de la CPI, en caso de decretarse una ley de amnistía, indulto, conmutación de la pena o suspensión de la misma por un Estado en beneficio de autores de delitos de su competencia, es claro que los parámetros para estudiar la admisibilidad de un caso o no están dados por los Principios de las Naciones Unidas, antes descritos. En este sentido, toda medida que los desconozca podría ser considerada por el tribunal penal internacional como una muestra de la falta de disposición del Estado que tiene jurisdicción para someter a los responsables de delitos de competencia de la CPI, beneficiados con este tipo de medidas, a la acción de la justicia. De esta manera, podrá activar su competencia y asumir el caso. A esta cuestión se dedican las breves reflexiones de los párrafos siguientes.

3. Breves reflexiones sobre la competencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional, según lo dispone el Estatuto de Roma en su preámbulo y en el artículo primero, ejerce su competencia únicamente cuando las jurisdicciones penales nacionales no cumplan o no puedan cumplir con su función de administrar justicia. La complementariedad de la CPI se predica cualquiera sea la forma en que ésta ha sido activada, sea por el fiscal, por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Ello significa que es la justicia colombiana quien, en primer término, es la competente para conocer de los delitos contemplados en el Estatuto, en los términos previstos en su legislación penal.

La CPI limitará su competencia a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, en particular, conoce de los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el delito de agresión, cuando sea definido por la Asamblea de los Estados Partes.

La Corte Penal Internacional, de acuerdo con el Estatuto, investigará y sancionará a las personas naturales mayores de 18 años. La aplicación del Estatuto se hará sin distinción

21 Al respecto, además de los documentos antes mencionados, en materia de reparaciones es importante recordar la existencia Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, *sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000.

22 Caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

alguna basada en el cargo oficial, esto es, las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo que ostenta una persona, según el derecho interno o el derecho internacional, no serán óbice para que la CPI ejerza su competencia (artículo 24).

Ahora bien, la CPI solo actuará respecto de los crímenes que se cometan después de la entrada en vigor del Estatuto. Cuando un Estado se hace parte del Estatuto, la Corte sólo ejercerá su competencia luego de la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado. El Estado que pase a ser parte del Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte, respecto a los crímenes de su competencia²³.

Puesto que Colombia adhirió al Estatuto con posterioridad su entrada en vigor, la CPI podrá ejercer su competencia únicamente sobre las infracciones que se cometan luego de que el Estatuto entró en vigencia en el país, esto es, a partir del primero de noviembre de 2002.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Estatuto, el Gobierno colombiano declaró la no aceptación de la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio, por un período de siete años, contados a partir de la entrada en vigor del Estatuto para Colombia²⁴.

En lo que resta de este aparte resulta relevante hacer una breve referencia a los criterios de admisibilidad de los casos y, en particular, a dos circunstancias que hacen admisible un caso: la incapacidad del Estado para administrar justicia y la falta de disposición del Estado a administrar justicia.

La admisibilidad de un caso

Para que la CPI pueda desplazar la competencia prevalente de los Estados, es necesario que ésta determine que el Estado que tiene jurisdicción sobre el caso no cumplió con su función de administrar justicia, bien porque no estuvo dispuesto a hacerlo o porque no pudo.

Ahora bien, puesto que la CPI constituye el mecanismo judicial de protección por excelencia del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos más fundamentales de la persona humana, es preciso resaltar que su intervención complementaria tiene siempre por finalidad, impedir la impunidad de los delitos que son de su competencia. El preámbulo del Estatuto de Roma es claro sobre el particular, al señalar que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin*

23 La Corte también será competente, cuando un Estado no Parte acepta su competencia en relación con crímenes particulares cometidos dentro de su territorio o por su nacionales, mediante una declaración depositada en poder del Secretario. Por último, la CPI es competente para investigar al nacional que haya cometido un delito de los de competencia del Tribunal, así el Estado no sea parte en el Estatuto o no haya dado su consentimiento, si es el Consejo de Seguridad quien remite el caso, en virtud de su función de mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales y se dan las condiciones para que la CPI admita el caso.

24 Según el artículo 124 del Estatuto, esta declaración puede ser retirada en cualquier momento.

castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

Por ello, *“decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”*, la comunidad internacional acordó, por primera vez en la historia de la humanidad, crear un tribunal penal internacional de carácter permanente.

La CPI admitirá una situación particular, según los artículos 17 y 20 del Estatuto de Roma, cuando determine una de las siguientes hipótesis:

- a) El asunto está siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, pero la Corte constata que el Estado no está dispuesto a investigar ni a juzgar.
- b) El asunto está siendo investigado o juzgado por la justicia del Estado que tiene jurisdicción, pero la Corte determina que existe incapacidad del Estado para investigar o juzgar, debido a un colapso total o sustancial de su administración de justicia.
- c) El asunto está siendo juzgado por el Estado que tiene jurisdicción, pero ha habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- d) El asunto ha sido objeto de investigación y decisión por la justicia del Estado que tiene jurisdicción sobre él, pero el procedimiento interno se llevó a cabo con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal.
- e) El caso fue objeto de investigación y decisión por el Estado que tiene jurisdicción, pero la causa no fue instruida en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o lo fue de alguna manera que, en las circunstancias del caso, es incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En cualquiera de las anteriores circunstancias, la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia complementaria respecto del Estado que debió administrar justicia y no lo hizo.

La Corte deberá, en cada caso, cerciorarse de su competencia, esto es, examinar si el Estado que tiene jurisdicción sobre él está o no en capacidad de administrar justicia o si hubo o no de su parte disposición a actuar²⁵. Tanto en uno como en otro evento, en el Estatuto de

²⁵ Constituye una garantía para los Estados y para Colombia, la obligación de la CPI de cerciorarse de su competencia en todos los casos y la posibilidad para el Estado que tenga jurisdicción de impugnar la admisibilidad de la causa, tal y como se establece en el artículo 19 ordinal segundo del Estatuto, porque considere que en su territorio se administró debidamente justicia o se está desarrollando un juicio imparcial, independiente y en forma eficiente. Resulta igualmente benéfico para los Estados que, en los casos en que sea un Estado Parte o el Fiscal mismo quienes activen la jurisdicción de

Roma se establecen los parámetros que deberá tener en cuenta la CPI para tomar la decisión que corresponda. A continuación, se analizarán de manera particular las dos situaciones antes mencionadas: la incapacidad del Estado para administrar justicia y la falta de disposición del Estado a administrar justicia.

a) La incapacidad del Estado para administrar justicia

De acuerdo con el ordinal tercero del artículo 17 del Estatuto: *“a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de carecer de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”*.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-578 de 2002, por medio de la cual revisó la constitucionalidad de la Ley 742 de junio 5 de 2002, aprobatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional, manifestó, al respecto, lo siguiente:

“La Corte encuentra que esta expresión (otras razones) es demasiado indeterminada: carece de referentes objetivos, de criterios para evaluar si una situación impide llevar a cabo el juicio, de elementos temporales acerca del surgimiento, permanencia e irreversibilidad de dicha situación, así como de parámetros para corroborar su existencia.

La Corte también entiende que es difícil anticipar todas las razones indicativas del colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado.

Aprueba que los eventos expresamente mencionados son fácilmente verificables por ser evidentes, refieren a condiciones objetivas y versan sobre requisitos sin los cuales no es posible llevar a cabo el juicio.

Entonces, la Corte estima procedente que estas mismas características sirvan en el caso de Colombia para determinar si existen “otras razones” por las cuales el Estado no puede investigar o enjuiciar a una persona. De tal manera que en relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las “otras razones” a fin de

la CPI, los Estados concernidos y todos los Estados Partes deban ser notificados por éste último del inicio de la investigación y, de esta forma, puedan informarle que en su territorio se está llevando a cabo o se evacuó un proceso penal por esos hechos y pedirle que se inhiba de investigar. El Fiscal deberá aceptar esta solicitud, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI autorice la investigación.

determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio”.

El Gobierno Nacional, por su parte, con fundamento en el pronunciamiento de la Corte, al momento de presentar el instrumento de ratificación el 5 de agosto de 2002, hizo la siguiente declaración: *“en relación con el párrafo tercero del artículo 17 del Estatuto, Colombia declara que la palabra “otras razones” utilizada en el pasaje en cuestión para determinar si hay incapacidad del Estado para llevar a cabo la investigación o el juicio, se refiere a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para adelantar, en forma adecuada, la investigación o el juicio”.*

En síntesis, la incapacidad del Estado colombiano para administrar justicia se refiere al colapso total o sustancial de su aparato de justicia o a la ausencia de condiciones objetivas evidentes que le impiden llevar a cabo la investigación o el juicio por delitos que son de competencia de la CPI. Si no se dan estas condiciones, la CPI no podrá complementar la jurisdicción nacional.

b) La falta de disposición del Estado a administrar justicia

Como arriba se indicó, el fin principal del tribunal penal es luchar contra la impunidad. Por ello, cuando se habla de indisposición de un Estado a administrar justicia, es preciso entender que se está haciendo referencia a que en el caso particular hubo impunidad, porque no se investigó y condenó a los responsables de alguno de los crímenes de competencia de la CPI, o porque la investigación y el juicio se llevaron a cabo con la clara intención de no someter a los responsables de dichos delitos a la acción de la justicia.

En consecuencia, con el fin de admitir un caso, la CPI deberá examinar si el Estado que tiene jurisdicción sobre él actuó de manera compatible con su obligación de proteger y respetar los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, a fin de no dejar en la impunidad a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. La CPI, con fundamento en los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional (artículo 17, ordinal segundo del Estatuto), analizará si el juicio se ha desarrollado o la decisión nacional se ha tomado con la intención de sustraer a la persona presuntamente culpable de su responsabilidad penal; si ha habido una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a los implicados ante la justicia o si el proceso se lleva a cabo o se ejecutó de manera independiente e imparcial o por el contrario, de manera incompatible con la intención de hacer comparecer a los responsables ante los estrados judiciales.

Finalmente, parece relevante señalar que existe una posibilidad, derivada del principio de oportunidad penal, en la cual el Fiscal puede considerar inadmisibles un caso, aún si reúne

las condiciones antes anotadas. Esta posibilidad se encuentra descrita en el artículo 53, 1, C, del Estatuto de Roma. Según este artículo, el Fiscal puede considerar inadmisibles un asunto y desistir de la investigación aun cuando un Estado no tiene voluntad ni capacidad para seguir un proceso penal, si este funcionario encuentra que *“existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”*. A pesar de que aún no existen precedentes para entender el alcance de esta fórmula, coincidimos con algunos expertos internacionales cuando afirman que para que esto se produzca, sería necesario que, pese a la inexistencia de procesos de justicia judicial contra los responsables, se compruebe –por lo menos– lo siguiente (1) que la decisión de no castigar penalmente a los responsables sea una decisión plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz; (2) que las violaciones cometidas hayan salido a la luz pública; que se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de las personas vinculadas; que se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones –incluso morales o simbólicas– efectivas; y, finalmente, que se hubieren investigado ampliamente los hechos y reconstruido la verdad; (3) que se demuestre la existencia de sistemas de reparación integral a las víctimas, diseñados y puestos en práctica con la amplia y efectiva participación de las víctimas y a los que hubieren concurrido de manera notoria, los bienes y recursos de los responsables; (4) que se hubieren producido reformas institucionales integrales para garantizar la no-repetición y la prevención efectiva de las violaciones cometidas.

Ahora bien, según los elementos de juicio de los que actualmente se dispone, estos serían los requisitos mínimos que podría exigir el Fiscal para declarar inadmisibles un caso en el cual no hubo imposición de penas retributivas proporcionales y efectivas. No obstante, la presión del movimiento de derechos humanos es tan alta y los justos principios que alegan tan influyentes que es bastante probable que el Fiscal y la Corte formulen estándares más altos que los que acá se han mencionado. En todo caso, a la luz de los acontecimientos y documentos que sobre estas materias se han producido especialmente en la última década, no parece políticamente admisible ni jurídicamente legítimo para la comunidad internacional, que se formule un *test* de admisibilidad de casos ante la CPI, que no incluya, por lo menos, los requisitos antes mencionados.

En suma, parece que si un Estado no hace efectivos los principios de verdad, justicia y reparación, a la hora de adelantar procesos de paz con personas que han cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad, puede verse abocado a que su decisión interna resulte, de hecho, revisada por la Corte Penal Internacional.

III. Comentarios y recomendaciones sobre el proyecto de ley estatutaria de alternatividad penal²⁶

26 Los comentarios y recomendaciones que se formulan en el presente documento, tienen como referente el texto del proyecto de ley estatutaria presentado por el Gobierno al Congreso de la República (Proyecto de ley Estatutaria N° 85 de

En este tercer acápite se formulan los comentarios y recomendaciones sobre distintos aspectos del proyecto de ley estatutaria comúnmente denominada “de alternatividad penal”. Para la formulación de tales comentarios y de las respectivas recomendaciones se han tenido en cuenta, fundamentalmente, los aspectos centrales del contexto político mencionados en el primer aparte de este documento y las obligaciones internacionales del Estado colombiano, recogidas brevemente en el acápite inmediatamente anterior.

1. Comentarios y recomendaciones sobre el proceso de elaboración del proyecto de ley de alternatividad penal

Como lo han señalado Uprimny y Lasso “*en la medida en que toda fórmula de justicia transicional es contestable y polémica, su legitimidad depende en gran medida de la manera como ésta es elaborada y ejecutada. Por lo anterior, consideramos que el diseño y ejecución de lo que podría denominarse medidas de justicia transicional, debe ser participativo, buscar consensos y tener apoyos internacionales, en especial de la ONU y la Comisión Interamericana, que no sólo fortalezcan políticamente el proceso sino que además brinden asesoría técnica en ciertos aspectos*”²⁷.

El proyecto de ley de alternatividad penal fue elaborado a puerta cerrada por el Gobierno Nacional, en particular por la Oficina del Alto Comisionado de Paz, sin consultar previamente a los diversos sectores directamente interesados. Una vez presentado al Congreso, funcionarios del alto Gobierno buscaron su rápida aprobación, argumentando el avance en las conversaciones con algunos grupos paramilitares. Sin embargo, la importante reacción de la comunidad nacional e internacional, la fuerte oposición de algunos de los senadores de la Comisión I, y las dificultades de una agenda legislativa muy apretada, impidieron que este proyecto resultara aprobado sin mayores discusiones.

Ahora bien, dado que se trata de un proyecto de ley estatutaria, para que pueda ser aprobado en las actuales condiciones se requiere que se surta toda la discusión entre el 16 de marzo de 2004 y el 20 de junio del mismo año. Si ello no ocurriera, el trámite legislativo tendría que comenzar nuevamente desde el principio y someterse nuevamente a los cuatro debates reglamentarios, a partir del 20 de julio. En estos términos, todo parece indicar que el Congreso será sometido a una fuerte presión para sacar adelante el proyecto en los tres meses del último período de la legislatura (marzo-junio 2004).

2003 – Senado). No obstante, es importante advertir que actualmente circula de manera informal una propuesta de pliego de modificaciones a dicho proyecto, elaborada por uno de los senadores ponentes. Dado que no se trata de un texto oficial y que el Presidente ha anunciado una comisión de discusión que trabajará a partir del mes de febrero probablemente sobre el texto original, dicha propuesta no ha sido analizada. Sin embargo, en los apartes relevantes las modificaciones propuestas serán debidamente reseñadas.

²⁷ Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, *Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones*. Fundación Social, enero de 2004.

En casos como el presente, el afán o premura en la discusión resulta inversamente proporcional al grado de legitimidad de la decisión final. Como ya fue mencionado, dado que cualquiera sea el resultado legislativo éste resultará insatisfactorio y polémico para algunos sectores, lo único que puede brindarle la legitimidad que requiere para tener éxito es que el mismo haya sido fruto de un debate ilustrado e incluyente. Por ello, la discusión sobre un proyecto de esta naturaleza debe ser amplia y participativa y debe intentar alcanzar auténticos consensos sociales, tomando en cuenta todos los puntos de vista relevantes, en particular, el punto de vista de las víctimas. En consecuencia, una propuesta ideal sería, por ejemplo, que el Gobierno convocara a una verdadera comisión de conciliación, en la que se encontraran representados los distintos sectores y entidades interesadas en el proceso. Dicha comisión, a partir de una adecuada metodología de trabajo y con el apoyo técnico de organismos internacionales expertos, podría llegar a algunos consensos y validarlos en foros más o menos especializados para luego entregar el proyecto al Congreso²⁸.

No obstante, teniendo en cuenta la forma como ha venido actuando el actual Gobierno, podría pensarse que esta propuesta no resulta particularmente viable. Sin embargo, no sobra recordar que el propio Presidente anunció en enero de 2004, que convocaría a una comisión especial sobre el tema para intentar llegar a algunos consensos, antes de la instalación del Congreso el 20 de marzo. Lamentablemente no ha señalado ni la composición ni la forma de operación de dicha comisión y por lo visto las voces de las víctimas y del movimiento de derechos humanos no van a ser particularmente escuchadas. A este respecto es importante recordar que un debate verdaderamente democrático no es aquel en el cual circula un solo discurso que es avalado de manera irreflexiva por algunas mayorías políticas. Un debate democrático es aquel en el cual existe un libre y equitativo *mercado de las ideas*. Un debate en el que existe igualdad de las reglas del juego y condiciones de seguridad suficientes para la exposición de las distintas posiciones y propuestas. Un debate en el cual todos los interlocutores se toman en serio las propuestas circulantes, las discuten, las analizan con seriedad y aplomo y, si es del caso, las rebaten con argumentos públicos, coherentes y razonables, sin recurrir a estigmatizaciones o señalamientos normalmente injustos y en todo caso, peligrosos. A nuestro juicio una

28 A este respecto, Uprimny y Lasso proponen el siguiente procedimiento para la elaboración de la ley en un contexto ideal: “Podría pensarse en que las fórmulas sean elaboradas, luego de una amplia discusión social, por una mesa de concertación, en donde no sólo participen las fuerzas políticas y los actores armados en negociación sino además órganos internacionales de derechos humanos (como representantes de la Comisión Interamericana y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) instancias internacionales interesadas en la mediación de conflictos armados (como delegados del Secretario General de la ONU o delegados de países amigos) y organizaciones sociales nacionales, en especial grupos de víctimas y organizaciones de derechos humanos. Las fórmulas propuestas por esa mesa de concertación podrían entonces ser sometidas a un referendo constitucional. De esa manera, al acuerdo entre los principales implicados (actores armados, víctimas, fuerzas políticas y organizaciones de derechos humanos) seguiría una aprobación por el Congreso, órgano de expresión popular, una revisión constitucional por la Corte Constitucional, y una aprobación ciudadana. Un proceso de esa naturaleza adquiriría una indudable legitimidad, aunque obviamente se corre el riesgo de que no se logren acuerdos básicos; pero esos son los riesgos propios de la democracia.”. (Uprimny y Lasso: Fundación Social, enero de 2004). No obstante, como los mismos autores lo indican, resulta claro que no nos encontramos en un contexto ideal en el cual parezca viable una propuesta de esta naturaleza.

propuesta de tanto interés para el país como la propuesta del proyecto de ley que se estudia debería someterse a un debate de tales características. Este no es un tema en el que resulte inofensivo improvisar o imponer una sola visión del mundo.

En todo caso, y con independencia de la actitud del Gobierno, las distintas organizaciones de la sociedad civil tienen la responsabilidad de convocar y organizar debates democráticos –de las características antes mencionadas– con todos los sectores interesados, de manera tal que antes del 16 de marzo puedan existir importantes insumos para ser entregados al Congreso. Así mismo, el Congreso debe realizar audiencias de expertos en seguridad y derechos humanos, representantes de las víctimas y organismos defensores de derechos humanos, entre otros, a fin de lograr la circulación pública de todos los discursos y la elaboración de documentos e informes plurales que recojan las posiciones y propuestas de las distintas personas y organizaciones. Si bien el trámite de las audiencias no puede suplantar la realización de un verdadero debate democrático, sí serviría para hacer pública la discusión y acuñar argumentos de reflexión sobre el mencionado proyecto. En este sentido correspondería al Gobierno atender a las distintas visiones y propuestas y responder a ellas con enorme respeto y responsabilidad.

2. Comentarios y recomendaciones sobre la exposición de motivos del proyecto de ley

La exposición de motivos del proyecto de ley tiene tres aspectos que merecen ser comentados: la referencia al proceso de Irlanda del Norte; la omisión de antecedentes relevantes como las normas *de sometimiento a la justicia* promulgadas durante el Gobierno de Cesar Gaviria; y, finalmente, la exposición indebida del papel de la justicia restaurativa.

2.1 La referencia al proceso de Irlanda del Norte

La exposición de motivos del proyecto de ley de alternabilidad penal señala lo siguiente: *“el mecanismo que se propone tiene su antecedente en una ley aprobada por el Parlamento Británico (Northern Ireland Sentences Act, NISA) con ocasión del acuerdo de paz del Viernes Santo, la que tomamos como modelo”*.

El Acuerdo del Viernes Santo fue un hito en la historia de Irlanda del Norte. En mayo de 1998 fue sometido a votación en dos referendos separados, uno en la República de Irlanda y otro en Irlanda del Norte. En los dos casos la votación favoreció mayoritariamente la aprobación del Acuerdo. Entre otras cosas, dicho Acuerdo establecía lo siguiente:

- Los Gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda e Irlanda del Norte acuerdan poner en funcionamiento mecanismos para implementar un programa acelerado para la liberación de los prisioneros paramilitares condenados por crímenes terroristas.

- Prisioneros vinculados a organizaciones paramilitares que no hayan decretado un completo e inequívoco cese al fuego no podrán acogerse a las disposiciones del acuerdo.
- Los Gobiernos acuerdan adelantar en un período definido de tiempo, un profundo proceso de revisión de los casos elegibles así como un esquema de liberación anticipada de prisioneros. Para ello se tendrán en cuenta el tipo y gravedad de los crímenes cometidos y la necesidad de proteger a la comunidad.
- Los prisioneros que pese a resultar elegibles continúen en prisión dos años después de haber comenzado el programa, deberán ser liberados en ese momento.

En julio de 1998, los Gobiernos de Gran Bretaña e Irlanda del Norte promulgaron varias leyes para dar efectos a las disposiciones antes mencionadas, contenidas en el Acuerdo del Viernes Santo. Entre estas medidas legislativas estaba la llamada NISA, según la cual se permitió a las personas condenadas a más de cinco años de prisión, pagar efectivamente sólo una tercera parte de la condena. A quienes habían sido condenados a cadena perpetua se les permitió pagar sólo dos terceras partes de la pena. Cuatro grupos paramilitares no fueron elegidos para la liberación de presos en la medida en que no se encontraban en cesación de hostilidades al momento de la celebración del Acuerdo. En todo caso los prisioneros que optaran por el beneficio tenían que solicitarlo a un comité independiente encargado de revisar las sentencias. Al final, bajo este esquema, casi 500 presos de los bandos leales a la Corona y republicano fueron liberados. Todo esto se afirma en la exposición de motivos del proyecto de ley de alternatividad penal.

Sin embargo, la exposición de motivos deja de mencionar aspectos fundamentales del proceso de Irlanda del Norte y, en particular, del contenido de la NISA. Como entra a explicarse, lo cierto es que las particularidades que distinguen los casos de Colombia e Irlanda del Norte resultan más importantes que las similitudes antes mencionadas.

En primer lugar, el esquema aplicado en Irlanda del Norte difiere profundamente del esquema planteado por la ley de alternatividad. Mientras en el primero el beneficio concedido fue la libertad condicional (*parole*), en el segundo el esquema es el de la ejecución condicional de la pena (*probation*). En este último caso, el subrogado penal difiere del primero en la medida en que no exige un solo día de detención efectiva.

En el esquema de libertad condicional aplicado en Irlanda del Norte, no fueron permitidas las condenas como reo ausente (*in absentia*). Adicionalmente, las personas condenadas debían pagar, cuando menos, dos años de prisión efectiva luego de la correspondiente condena²⁹. A este respecto, no sobra añadir que la mayoría de las personas beneficiarias pasó un tiempo mucho mayor de dos años en prisión efectiva, antes de ser liberada.

29 Las personas sentenciadas después de julio 28 de 1998, que fue la fecha de entrada en vigor del NISA fueron elegibles para ser beneficiarias del esquema. Sin embargo, sólo podían ser elegidas para ser liberadas a partir del segundo aniversario de la fecha de sus respectivas sentencias.

A diferencia de lo que se afirma en la exposición de motivos, la decisión de conceder la libertad condicional a los presos por crímenes calificados como terroristas, incluso a pesar de que se exigía al menos un término de dos años de prisión efectiva, fue una de las más controvertidas del Acuerdo. Los expertos coinciden en señalar que la aprobación de este beneficio se logró básicamente gracias a que los beneficiarios tendrían, en todo caso, que pagar un período de prisión efectiva en condiciones similares a las de los otros reclusos³⁰.

En el esquema planteado por la ley de alternatividad penal, por el contrario, las personas beneficiarias pueden ser o haber sido condenadas como reo ausente (*en absentia*) y no tendrán que pagar ni un día de prisión efectiva. Lo que el proyecto de alternatividad propone es la aplicación de un catálogo de sanciones alternativas que en nada se comparan con la privación efectiva de la libertad.

Es cierto, como se afirma en la exposición de motivos del proyecto que se estudia, que la ley de alternatividad penal, a diferencia del NISA, exige que los beneficiarios ejecuten actos de reparación a favor de las víctimas. Sin embargo, de ninguna manera puede sostenerse que estos actos de reparación sustituyen adecuadamente la sanción penal consistente en la restricción de la libertad. No solo porque –como se verá adelante– la compensación justicia retributiva-reparación no es procedente en este tipo de casos sino por que aún si lo fuera, los actos de reparación exigidos en la ley son notoriamente vagos e insuficientes para entender satisfechos los derechos de las víctimas.

Pero existen otras diferencias importantes entre el proceso de Irlanda del Norte y el proyecto de ley de alternatividad penal, que vale la pena resaltar.

El Acuerdo del Viernes Santo fue el resultado de una amplia política de paz sometida a un proceso de referendo, y generó un paquete amplio de leyes dentro de las cuales se incluye el NISA. En el caso de Colombia, sin embargo, si bien la aplicación de los beneficios exige el cese de hostilidades del grupo al cual pertenece la persona beneficiaria, el proyecto de ley no parece insertado en un complejo normativo dirigido a impulsar un genuino proceso de paz encaminado a la desmovilización plena de los grupos ilegales. En todo caso, no se han definido mecanismos de verificación eficientes para determinar el cumplimiento del compromiso del cese al fuego, ni se han definido estrategias o rutas adecuadas y razonablemente confiables de desmovilización.

30 BBC News, septiembre 9 de 1998 Una salida del laberinto, “Este aspecto, más que ninguno otro del Acuerdo del Viernes Santo, ha dividido a la opinión en Irlanda del Norte. Algunas personas no están de acuerdo con la liberación de prisioneros y continúan argumentando que quienes han sido condenados por cometer crímenes terroristas deberían pagar la totalidad de la condena. Los familiares de las personas asesinadas por organizaciones terroristas serán informados de la liberación de prisioneros sólo en el caso en el que ellos quieran saberlo.” BBC News, septiembre 11, 1998, Prisioneros paramilitares serán liberados. “más de 400 prisioneros terroristas, realistas y republicanos, serán liberados anticipadamente a pesar de la rabia y el dolor de las víctimas de la violencia terrorista”.

Otra diferencia importante consiste en que el Acuerdo del Viernes Santo fue sometido a un referendo público que resultó aprobado por importantes mayorías. Por el contrario, la ley de alternatividad ha sido elaborada a puerta cerrada en el palacio de Gobierno y fue presentada al Congreso sin un acuerdo previo en torno a su contenido.

De otra parte, en Irlanda del Norte la decisión sobre quienes podían resultar beneficiados con la libertad condicional debía ser adoptada por una comisión independiente que revisaba la sentencia condenatoria, el delito por el cual la persona fue condenada, su pertenencia al grupo armado ilegal, el cumplimiento que el grupo le estuviera dando a los compromisos adquiridos, en particular al cese al fuego, la necesidad de proteger a la comunidad, entre otras. De modo opuesto, el proyecto de alternatividad confiere al Presidente de la República, de manera discrecional y exclusiva, la facultad de conceder el beneficio penal.

Estas y otras importantes diferencias entre el Acuerdo del Viernes Santo y su ley aprobatoria y el proyecto de ley de alternatividad penal deben ser tenidas en cuenta a la hora del debate y, en consecuencia, resultaría útil que fueran mencionadas en la exposición de motivos de dicho proyecto.

2.2 El antecedente omitido: las normas de *sometimiento a la justicia*

Durante los últimos años del Presidente Barco y los primeros años del Gobierno de César Gaviria, Colombia experimentó un período de agudos ataques terroristas perpetuados por grupos de narcotraficantes liderados por Pablo Escobar. Mientras el Presidente Barco optó por una fuerte represión policial contra estas formas de violencia, el Presidente Gaviria prefirió abrir la puerta a una política denominada *de sometimiento a la justicia*, que prometía tratamientos penitenciarios relativamente suaves e inmunidad frente a la extradición, contra la entrega de los jefes y la confesión de los delitos cometidos.

El primer decreto expedido fue el Decreto 2047, más conocido como *ley de sometimiento a la justicia*. Sin embargo esta norma fue rechazada por algunos grupos de narcotraficantes dado que solo cubría crímenes cometidos antes de septiembre 5 de 1990. Adicionalmente alegaban que las personas que se sometieran a la justicia podían, en todo caso, ser extraditadas por crímenes que no habían confesado. En consecuencia Gaviria expidió el Decreto 2372 y posteriormente el Decreto 3030 a fin de solucionar los inconvenientes advertidos. Según estas disposiciones, la confesión de un crimen permitía evadir la extradición por ese o cualquier otro crimen cometido. Los más importantes narcotraficantes se acogieron a las normas de sometimiento a la justicia en virtud de las cuales resultaron condenados a pagar, aproximadamente, ocho años de prisión efectiva.

Este antecedente permite advertir que incluso en los peores años de terrorismo en Colombia y ante un importante clamor nacional por la paz, la idea de que las personas que instigaban el terrorismo no pasaran ni un día en la cárcel a cambio de que abandonaran sus actividades criminales resultaba inimaginable.

En el segundo semestre de 2002, dos de los más importantes narcotraficantes colombianos, los hermanos Rodríguez Orejuela, que habían sido condenados a pagar ocho años de prisión efectiva en virtud de las normas de sometimiento, solicitaron la concesión del beneficio de libertad condicional. El juez penal, en estricta aplicación de la ley, constató el tiempo de ejecución de la pena y el comportamiento de los reclusos y entendió cumplidos los requisitos para la concesión del beneficio.

Sin embargo, el mismo día en el cual fue concedido el beneficio, el Ministro del Interior y de Justicia, el mismo que poco tiempo después presentaría al Congreso el proyecto de ley de alternatividad penal, acusó al juez penal de prevaricato y manifestó públicamente su indignación frente al hecho de que narcotraficantes confesos, como los hermanos Rodríguez Orejuela, pudieran tener el beneficio de la libertad condicional después de haber pagado un tiempo tan corto –cerca de 9 años– de prisión efectiva.

Tiempo después y luego de una exhaustiva labor de la Fiscalía, uno de los hermanos Rodríguez Orejuela fue nuevamente detenido, sindicado de la comisión de un delito que en su momento no fue objeto de confesión.

Parece útil recordar este importante capítulo de la historia colombiana en el contexto del proyecto de ley de alternatividad. Al menos tres aspectos deben ser considerados. En primer lugar, es importante recordar la experiencia de una política de sometimiento que consagró el beneficio de la libertad condicional después de un tiempo entre 8 y 10 años de prisión efectiva y que logró el sometimiento de algunos de los más importantes capos del narcotráfico en Colombia. Sin embargo, no se puede perder de vista que una vez vencido el plazo consagrado en la ley para la concesión del beneficio, su aplicación generó una fuerte reacción del propio Gobierno y una gran indignación de algunos sectores de opinión. Esto muestra la importancia de lograr consensos alrededor de la aplicación de este tipo de medidas, de manera tal que a pesar de los cambios coyunturales que puedan producirse, tales disposiciones puedan cumplir sus efectos sin intervenciones posteriores que afecten la confianza construida entre las partes y la finalidad que pretenden lograr. A nuestro juicio, como se expresa a lo largo del documento, los consensos fundados en un concepto equitativo de justicia integral, logran finalmente dar continuidad y seriedad a este tipo de procesos. No sobra resaltar en este punto, que mientras en el proyecto de alternatividad penal estudiado, el Gobierno actual propone mucha menos justicia de la que se alcanzó con las leyes de sometimiento, al mismo tiempo, critica fuertemente la concesión del beneficio de la libertad condicional después de un tiempo de 9 años de cárcel a narcotraficantes que se acogieron a dicha propuesta. En este punto es fundamental que el Gobierno sea coherente y busque formular una política criminal consistente.

En suma, el país ha conocido experiencias de sometimiento a la justicia en las cuales, con el objetivo de buscar disminuir la intensidad de un conflicto altamente nocivo para los

ciudadanos, se reduce la sanción penal plena a la que había lugar y se impone una condena que suponía, como mínimo, nueve años de detención efectiva, previa confesión y entrega de los bienes ilícitamente obtenidos. Sin embargo, los hechos recientes, antes mencionados, demuestran que para que estos procesos resulten verdaderamente sostenibles y puedan conducir –al menos en el caso de un proceso de paz– a una verdadera reconciliación, es necesario que se soporten en los principios irrenunciables de verdad, justicia y reparación y que en torno a ellos exista un acuerdo nacional sólido y consistente. De otra forma en el futuro –más o menos inmediato– se podría producir una decisión política o judicial –nacional o internacional– que cambie el rumbo de los acontecimientos, traicione las confianzas construidas y tire por la borda todos los esfuerzos y sacrificios realizados con el fin de alcanzar la paz.

2.3 La extrapolación infundada del paradigma de la justicia restaurativa

Finalmente, en la exposición de motivos se hace una exposición inadecuada e infundada del paradigma de la justicia restaurativa para justificar las disposiciones normativas que lo integran. En efecto, el texto de la citada exposición indica que el proyecto persigue *“explorar fórmulas audaces que no contrapongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar un concepto estrecho de justicia que se centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstaurar plenas condiciones de convivencia”*. En consecuencia, el proyecto establece el subrogado penal de la ejecución condicional de la pena gracias a lo cual las personas beneficiarias no pagarían ni un día de cárcel.

Los principios de la justicia restauradora tienen una importante raigambre democrática. Su objetivo, como bien se sabe, está centrado en la reparación de la víctima, la reconstrucción de la paz social y la resocialización del infractor, más que en el castigo entendido como forma de retribución. La aplicación de este tipo de justicia ha tenido mucho éxito en la lucha contra cierto tipo de infracciones menores de la delincuencia común y ha logrado importantes avances en la reivindicación de la víctima y el tratamiento de los infractores. Sin embargo, no parece razonable trasladar sin más, un modelo de justicia restauradora a escenarios de conflicto en los que se juzga a los líderes de movimientos armados, por la comisión sistemática y organizada de crímenes atroces como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad. La imposibilidad de establecer mecanismos directos de mediación entre la víctima y el ofensor en el contexto de violaciones masivas y generalizadas de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, así como la gravedad de los crímenes cometidos y la necesidad de sentar unas nuevas bases sociales sobre el repudio y sanción a la comisión de tales conductas, constituyen buenas razones para considerar insuficientes los mecanismos de la justicia restaurativa.

Como lo señalan Uprimny y Lasso, *“no es posible trasladar mecánicamente el paradigma de justicia restaurativa, que se ha desarrollado ante todo para enfrentar el crimen*

ordinario intersubjetivo, al campo de la justicia transicional, pues ésta enfrenta violaciones masivas y graves de derechos humanos, cuyas características restan mucha eficacia y potencial democrático al enfoque restaurador. De otro lado, en Colombia no es claro que estemos en una violencia horizontal masiva, con formas de victimización recíproca generalizada; sin excluir esa violencia recíproca, la sociedad parecería estar sufriendo una victimización múltiple, por parte de los distintos actores armados. Por ello creemos que en Colombia el enfoque adecuado de justicia transicional no puede ser esencialmente de responsabilización por mecanismos restauradores; los perdones responsabilizantes no pueden excluir, frente a los delitos de lesa humanidad, un componente claramente retributivo”³¹.

Es cierto que una política de paz debe incluir componentes importantes de justicia restaurativa. Pero no lo es que frente a crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra o frente al crimen de genocidio, el paradigma de la justicia restaurativa resulte suficiente para impulsar una transición a la paz. Si en algunos casos se ha renunciado a la justicia retributiva ha sido, simplemente, porque las circunstancias en las que se produce el acuerdo de paz o los intereses que han primado en una determinada negociación así lo exigen y no por consideraciones filosóficas o éticas como parece afirmar el proyecto de ley bajo estudio. Por lo anterior, como se enunciará adelante, consideramos importante que el proyecto incluya elementos de justicia retributiva de los cuales carece. En otras palabras, consideramos que las personas que desde cualquier grupo o movimiento, resulten responsables de las más graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y de crímenes de lesa humanidad, deben ser condenadas a pagar un tiempo razonable y proporcionado de prisión efectiva.

3. Ámbito de aplicación del proyecto: comentarios y recomendaciones

Antes de entrar a estudiar la regulación concreta del proyecto de ley, resulta fundamental identificar claramente cuál es su ámbito de aplicación, pues como se verá, existe una enorme ambigüedad que debe ser resuelta antes de su eventual expedición.

El Decreto 128 de 2003 se aplica a aquellos combatientes que habiendo pertenecido a grupos armados al margen de la ley (guerrilla o autodefensas), voluntaria y libremente decidan acogerse a los programas de reincorporación a la vida civil. El Decreto indica que los beneficios jurídicos y socioeconómicos que contempla no pueden ser adjudicados a “*quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, la ley o los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia, no puedan recibir esta clase de beneficios*” (art. 21). En consecuencia, los beneficios jurídicos del Decreto sólo pueden ser concedidos a quienes han cometido delitos susceptibles de ser amnistiados o indultados según el ordenamiento jurídico interno. En particular, cabe recordar que el artículo 50 de la Ley 782, que define el marco dentro del

31 R. Uprimny y L.M. Lasso, Fundación Social, Op. Cit.

cual opera el citado Decreto 128, indica que en ningún caso podrá concederse el beneficio del indulto a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad, barbarie o terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión. En consecuencia, dentro del marco jurídico actual, no es posible conceder los beneficios jurídicos de que trata el Decreto 128 a los miembros de los grupos paramilitares o de autodefensas ilegales.

En ese contexto, el proyecto de ley de alternatividad señala que la suspensión condicional de la ejecución de la pena se aplicará a la persona que resulte condenada a pena privativa de la libertad, cuando quiera que se trate de un miembro de un grupo armado al margen de la ley que haya declarado un cese de hostilidades y participe activamente en un proceso de paz o cuando el combatiente abandone individual y voluntariamente las armas. El proyecto sugiere que la ley se aplicaría a crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, pero no califica específicamente el tipo de crimen que puede ser objeto del subrogado penal.

En los términos descritos, no resulta para nada claro si el proyecto de ley de alternatividad tiene la vocación de derogar y suplantar al Decreto 128, o si, por el contrario, su aprobación no afecta la vigencia del citado Decreto. En este último evento, el Decreto 128 se continuaría aplicando cuando se tratara de personas que abandonen voluntaria e individualmente la lucha armada y que hayan cometido delitos políticos –o delitos susceptibles de amnistía o indulto–. Por su parte, la ley de alternatividad se aplicaría a los casos en los cuales los excombatientes desmovilizados o comprometidos en un proceso de paz, hubieren cometido crímenes que no puedan recibir los beneficios jurídicos de la amnistía o el indulto.

Esta última parece ser la intención del Gobierno. En otras palabras, lo que persigue el proyecto no es otra cosa que permitir que combatientes que no pueden recibir los beneficios de que trata el Decreto 128 de 2003 por ser responsables de crímenes que no pueden ser amnistiados o indultados –como el secuestro o los crímenes de lesa humanidad–, resulten beneficiarios del subrogado penal.

En las condiciones descritas, recomendar que el proyecto califique los crímenes elegibles indicando que sólo serán beneficiarios del subrogado penal quienes hubieren cometido crímenes susceptibles de ser amnistiados o indultados equivaldría, poco más o menos, a recomendar que el proyecto fuera retirado. Al parecer, justamente lo que el proyecto persigue es una salida jurídica para quienes han cometido crímenes que por disposiciones nacionales e internacionales no pueden ser calificados como crímenes políticos ni resultar beneficiados con amnistías o indultos. En esto parece importante que no existan equívocos, el proyecto está diseñado para permitir que quienes son responsables por crímenes de guerra, de lesa humanidad, secuestro o genocidio, puedan incorporarse a la vida civil sin tener que pagar las penas que la ley ordinaria establece. Por eso, precisamente, para los fines del Gobierno, resulta insuficiente el Decreto 128 de 2003.

En esos términos y ante la evidente intención del proyecto, parece necesario recomendar, al menos, que los crímenes respecto de los cuales se solicite el beneficio hayan sido cometidos por el procesado en su condición de combatiente y con ocasión del conflicto, es decir, actuando como miembro de la organización armada y en cumplimiento de los móviles o motivos de su organización³². En todo caso, los crímenes cometidos por motivos personales, incluyendo el enriquecimiento personal, deben estar expresamente excluidos del tratamiento penitenciario que establece el proyecto de ley.

En suma, resulta fundamental trazar un criterio de diferenciación entre narcotraficantes vistiendo camuflado militar y combatientes. Para ello no sólo es útil calificar el tipo de delito que puede ser objeto del subrogado penal, sino el grupo armado cuyos miembros serían beneficiarios de la ley. En este sentido, podría incorporarse el criterio definitorio trazado por el Derecho Internacional Humanitario y recogido por el artículo 3 de la Ley 782 de 2002, según el cual el grupo armado al que se refiere la norma debe ser parte del conflicto y ejercer sobre el territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Ahora bien, dado que el proyecto se encamina a minimizar los efectos penales de los crímenes más atroces cometidos en el marco del conflicto armado, es fundamental fortalecer los mecanismos que permitan acceder a la verdad, reparar a las víctimas y lograr la mayor justicia posible. A tal fin está orientado el siguiente y último aparte del documento.

4. Comentarios y recomendaciones orientados a maximizar la eficacia del derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad, la justicia y la reparación integral

En su parte motiva y en sus primeros artículos, el proyecto parece ajustarse a las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de verdad, justicia y reparación. Así, consagra la obligación del Estado de adelantar un proceso penal que permita establecer la responsabilidad de los eventuales beneficiarios. Incorpora un catálogo de penas alternativas así como la obligación de los responsables de proceder a la reparación de las víctimas y de colaborar con la justicia. Finalmente, establece una comisión de verificación a fin de determinar si las personas encontradas penalmente responsables han cumplido con las penas alternativas y los compromisos adquiridos como condición para el otorgamiento del subrogado penal. Sin embargo, al revisar detenidamente el proyecto

32 En el pliego de modificaciones realizado por uno de los senadores ponentes al proyecto de ley, se incluye como condición para recibir el beneficio, “1. Que los delitos por los cuales se solicita la medida hayan sido cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del condenado a un Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley, que haya declarado un cese de hostilidades y firmado un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional. 2. Que las conductas punibles a que se refiere la condena cuya ejecución se solicita suspender, hayan sido cometidas para facilitar los propósitos de la Organización Armada al Margen de la Ley a la que pertenece el condenado (...)”. Sin embargo, este no es aún un texto oficial de discusión.

parece claro que la regulación normativa que contiene es insuficiente para satisfacer los requerimientos mínimos en materia de los principios antes mencionados.

Como se verá adelante, el proyecto no asegura mecanismos que permitan una verdadera realización del derecho a la justicia, ni establece concretamente el alcance del deber de reparación, ni define herramientas o estrategias para el cumplimiento del deber de la memoria y la efectiva realización del derecho a la verdad³³. En consecuencia, de ser aprobado tal y como fue presentado, el proyecto no sólo vulnera la Constitución Política sino los tratados internacionales de derechos humanos que fueron mencionados en el segundo acápite de este documento. Todo lo anterior, sin mencionar las debilidades evidentes para que un proyecto de esta naturaleza pueda servir de semilla para la siembra de una paz reconciliada, duradera y sólida.

En resumen, el proyecto de ley tiende a disminuir notoriamente la sanción penal por la comisión de ciertos crímenes de especial gravedad. Para el Gobierno, ésta parece ser una medida necesaria para alcanzar la paz y la reconciliación, en tanto sólo así se someterían a la justicia los jefes de los grupos paramilitares. Sin embargo, esta especie de perdón oficial sólo puede ser aceptado si, en todo caso, incluye elementos de justicia retributiva. Adicionalmente, es necesario establecer mecanismos que permitan tener una cierta garantía sobre el compromiso de la persona beneficiada de abandonar la lucha armada ilegal y de colaborar activamente en la construcción de la paz. Finalmente, es fundamental diseñar estrategias para garantizar la responsabilidad social del infractor y el cumplimiento de sus obligaciones respecto a la reconstrucción de la verdad y la reparación de las víctimas. Las recomendaciones que siguen se orientan al logro de tales exigencias.

4.1 Fortalecer las “penas alternativas”

Como lo han señalado múltiples analistas³⁴, las penas establecidas en el artículo 11 del proyecto de ley resultan francamente insuficientes para entender que los responsables fueron realmente condenados a alguna sanción. Adicionalmente, no es claro si las medidas mencionadas se deben imponer simultáneamente o si el juez debe optar por una de ellas, según su “leal saber y entender”. Finalmente, tampoco parece existir una cláusula de proporcionalidad que establezca una guía para la graduación de las sanciones a imponer. La

33 En este mismo sentido ver, por ejemplo, a Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intervención ante la Comisión Primera del Senado, el 23 de septiembre de 2003; Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, Op. Cit. Fundación Social, 2004; Olga Lucía Gaitán. Justicia y negociación política del conflicto, proceso de paz con grupos de autodefensa en Colombia. Bogotá, ILSA, octubre de 2003, entre otros.

34 Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intervención ante la Comisión Primera del Senado, el 23 de septiembre de 2003; Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, Op. Cit. Fundación Social, 2004; Olga Lucía Gaitán. Justicia y negociación política del conflicto, proceso de paz con grupos de autodefensa en Colombia. Bogotá, ILSA, octubre de 2003, Comisión Colombiana de Juristas, Justicia simulada: una propuesta indecente, intervención ante la Comisión Primera del Senado, el 23 de septiembre de 2003. Pueden consultarse también las críticas de Americas Watch y de la Federación Internacional de los Derechos del Hombre (FIDH), entre otros.

falta de verdaderas sanciones y la vaguedad de las normas que regulan el tema son quizás los problemas más importantes del proyecto de ley estatutaria.

Además de las razones de justicia que impulsan a descalificar las medidas propuestas como “penas alternativas”, lo cierto es que este tipo de normas acarrea importantes riesgos jurídicos que amenazan el éxito de un eventual acuerdo de paz. En primer lugar, el juicio de constitucionalidad que tendría que realizar la Corte Constitucional estaría muy probablemente encaminado a una declaratoria de inexecuibilidad del artículo 11, por violación de la obligación constitucional del Estado de investigar y sancionar a los infractores de los derechos humanos³⁵.

De otra parte, si llegare a superar el examen de constitucionalidad, la medida –y su posterior aplicación– podría ser impugnada y cuestionada por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional. A la luz de las consideraciones realizadas en el segundo aparte de este documento, parece bastante probable que un tribunal internacional controvierta –implícita o explícitamente– las disposiciones que acá se estudian. De concretarse esta hipótesis resultaría afectada la credibilidad de cualquier proceso posterior.

Adicionalmente, la falta de criterios rigurosos de aplicación del proyecto bajo estudio puede originar un vicio por violación indirecta de los principios de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley. La falta de rigor y concreción normativa podría dar lugar a una aplicación incoherente e incluso contradictoria de dichas disposiciones por parte de jueces que no tendrían ningún referente para ajustar su proceder a pautas relativamente claras y uniformes. Todo esto, naturalmente, supone nuevas e importantes amenazas tanto a los derechos de las víctimas como al proceso.

Por todo lo anterior, es necesario consagrar verdaderas penas alternativas que puedan satisfacer los requerimientos del derecho a la justicia en procesos de transición. Adicionalmente, es fundamental que la aplicación y por lo tanto graduación de las penas se someta al principio de proporcionalidad. Finalmente, las normas que establezcan las respectivas penas y los criterios para graduar su aplicación deben ser formuladas con mayor precisión y rigor técnico. Al respecto se formulan algunas propuestas.

En primer lugar, la imposición de las sanciones debe responder a algunas máximas elementales del principio de proporcionalidad. En este sentido, deberá tenerse en cuenta la gravedad del crimen, la situación de la víctima, el carácter del procesado –por ejemplo, su

35 En este sentido no hay que olvidar que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y las normas de Derecho Internacional Humanitario hacen parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, son referentes para el control de constitucionalidad de las leyes. Sobre las eventuales violaciones a los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad ver el informe ponencia del Senador Rafael Pardo Rueda.

rango dentro del movimiento o el grado de responsabilidad en los hechos criminales–, y su contribución efectiva a la paz, la justicia, la verdad y la reparación.

Siguiendo este criterio, podría sostenerse, por ejemplo, que resulta razonable –tal y como lo hace el Decreto 128 de 2003– conceder perdones relativos a los combatientes que no gozaban de responsabilidad militar alguna, que tuvieron una participación menor en los hechos criminales más graves y que en general incurrieron en crímenes directamente asociados con los objetivos del movimiento, incluyendo algunas infracciones menores del DIH.

Los crímenes de guerra o de lesa humanidad y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, ordenados o directamente cometidos por personas con mayor responsabilidad en la organización militar, deben ser objeto de una sanción que incluya, necesariamente, un tiempo razonable de privación efectiva de la libertad. Para estos efectos puede acudir, por ejemplo, a la experiencia antes mencionada de las *leyes de sometimiento a la justicia*. El caso de Irlanda del Norte podría aportar importantes luces en este sentido. En todo caso, sólo cuando el condenado haya pagado un término razonable de privación efectiva de la libertad –que podría ser de 8 a 10 años– y haya cumplido con todos los compromisos adquiridos en materia de verdad, justicia y reparación, podrá tener derecho al subrogado penal. En estos términos, se propone que el proyecto pase de un esquema de ejecución condicional de la pena a un esquema de libertad condicional.

Sobre este aspecto resulta relevante advertir que en la propuesta de modificación al proyecto de ley estatutaria que será presentada para estudio por uno de los senadores ponentes, se propone reemplazar la pena de prisión por la restricción geográfica de la libertad. Para tal efecto, se establecen las siguientes modalidades: privación de la libertad en el domicilio del condenado; privación de la libertad en una colonia agrícola, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 65 de 1993; privación de la libertad en una zona de ubicación de miembros de grupos armados al margen de la ley, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 782 de 2002; confinamiento permanente en el municipio de residencia del condenado o en el que la Comisión de Verificación señale. La pena de restricción geográfica de la libertad tendrá una duración fija de cinco años. Finalmente, se asigna al Presidente de la República la facultad discrecional de definir “*las zonas para el cumplimiento de la pena impuesta*”.

Si bien esta propuesta avanza respecto del proyecto de ley presentado por el Gobierno, lo cierto es que aún continua siendo insatisfactoria. La ausencia de criterios para la graduación de la pena, la falta de claridad sobre las condiciones de ejecución de la condena, el término fijo de cinco años y la adscripción al Presidente de la facultad discrecional para definir la modalidad y el lugar de detención no ofrecen garantías para que la sociedad y en particular las víctimas puedan sentirse protegidas y de alguna manera retribuidas por los

graves crímenes cometidos. Sin embargo, es ya un avance importante sobre el que habría que trabajar en el caso que la propuesta resulte formalmente presentada.

Finalmente, resulta fundamental recomendar que el proyecto excluya, explícitamente, la posibilidad de acumular los beneficios de la legislación penal ordinaria en los procesos que se surtan a su amparo. En caso contrario, la persona condenada no sólo sería beneficiaria del subrogado penal, sino de beneficios, como la rebaja de pena, que se encuentran aparejados, entre otros, a la solicitud de sentencia anticipada.

4.2 Fortalecer y complementar las penas accesorias

Ahora bien, además de las sanciones que tengan como efecto la restricción efectiva de la libertad, parece razonable exigir que quienes han ordenado y cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad sean condenados a una serie de penas accesorias que tiendan a proteger a la sociedad y a retribuir y compensar en algo el daño causado. Así las cosas, las que en el proyecto se contemplan como penas alternativas, deben ser revisadas e incorporadas a un nuevo proyecto, como penas accesorias.

En este sentido, parece razonable proponer que estas sanciones tengan una duración proporcional al tiempo de ejecución de la pena suspendida e incluso, algunas de ellas, un tiempo igual al de dicha pena. Medidas como la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas, la prohibición de acercarse a las víctimas o entrar en contacto con ellas, o la prohibición de ejercer cargos públicos en la rama judicial o ejecutiva del poder público, deben extenderse a lo largo del término de ejecución de la condena principal.

Otras medidas, como la prohibición de salir del país o de ocupar cargos en corporaciones públicas plurales de elección popular, pueden tener un término de duración proporcional al de la pena principal. En este sentido, se recomienda que siguiendo las pautas tradicionales para este tipo de medidas, las mismas sean impuestas por un tiempo equivalente a las dos terceras partes de la pena principal.

4.3 Ampliación del término de supervisión

En el proyecto de ley estatutaria se establece un “término de supervisión” de uno a cinco años vencido el cual, si se cumplen ciertas condiciones –como la de no haber cometido delito doloso–, el beneficiario tendrá derecho a la concesión definitiva de la suspensión de la pena, es decir, a la libertad incondicional. Así las cosas, el estatus del condenado y, en consecuencia, el término de verificación de las condiciones a las cuales se supedita la suspensión de la pena –como su colaboración con la verdad y la reparación– resulta entre cuarenta (40) y ocho (8) veces menor al término que puede llegar a tener la pena principal

suspendida, pues ésta podría ascender hasta cuarenta años de prisión, mientras el término de supervisión, como ya se mencionó, puede ser igual a un año.

En general, en esquemas de suspensión condicional, la ejecución efectiva de la pena principal se levanta a cambio de que el condenado cumpla una serie de condiciones que aseguran la no-reincidencia, la retribución a la sociedad y en particular a la víctima y su adecuada resocialización. Usualmente, el término de verificación es igual a las tres cuartas partes de tiempo fijado para la pena suspendida.

Como fue mencionado, el proyecto de ley que se estudia plantea la suspensión de la ejecución de la pena principal –que puede ser hasta de cuarenta años– bajo la condición de que durante cinco años el condenado cumpla una serie de condiciones, dentro de las cuales están la colaboración con la justicia, la reconstrucción de la verdad y la reparación, la no-comisión de delito doloso, la prohibición de portar y usar armas y, en ciertos casos, la prohibición de acercarse a las víctimas. Sin embargo, en ninguna parte del proyecto se explica la razón por la cual el estatus condicional y, por lo tanto, la obligación de cumplir con las condiciones antes descritas, debe cesar a los cinco años de la condena. A nuestro juicio, cuando se trata de la suspensión condicional de una pena que ha sido impuesta por la comisión de crímenes de guerra o de lesa humanidad, parece razonable sostener que el término de supervisión –es decir, el status condicional del beneficiario– sea igual al término de ejecución de la pena principal privativa de la libertad o, cuando menos, a las dos terceras partes de éste.

Lo anterior no supone que los controles o la supervisión deban tener la misma periodicidad o el mismo rigor durante todo el período de suspensión condicional. Tampoco significa que la totalidad de las condiciones o de las penas accesorias deba extenderse durante todo el tiempo de la pena principal.

Lo que se propone es que la supervisión –probablemente cada vez con menor intensidad y periodicidad– se extienda durante todo el tiempo de suspensión de la pena principal a fin de asegurar que el condenado se encuentre obligado, de forma permanente durante todo el tiempo, a colaborar con la verdad, la justicia y la reparación y a cumplir ciertas condiciones –como la prohibición del porte de armas o de acercarse a las víctimas– de las cuales dependa la vigencia del beneficio.

Todo lo anterior lleva a proponer, adicionalmente, la exclusión del artículo 5 del proyecto, en virtud del cual, vencido el término de cinco años, el juez podrá conceder al condenado la libertad definitiva.

Según el ordenamiento penal vigente, la duración del término de supervisión –cualquiera sea la pena– puede verse disminuida por efecto de los beneficios derivados de la confesión, la sentencia anticipada y la colaboración con la justicia, cuya acumulación puede llegar a

suponer, en la práctica, un término de supervisión incluso inferior al de cinco años. Por lo anterior, recomendamos que de manera expresa el proyecto señale la prohibición de acumular los beneficios ordinarios con el régimen excepcional contemplado.

4.4 Condiciones necesarias para acceder a cualquier tipo de beneficio penal

Para lograr promover los principios de verdad, justicia y reparación, resulta indispensable que la persona procesada por cometer crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, que solicite la concesión del beneficio de que trata el proyecto de ley de alternatividad, cumpla con una serie de condiciones previas. En especial, se recomienda que el proyecto incorpore las siguientes tres condiciones: (1) confesión pública y completa de los delitos cometidos; (2) declaración y restitución de los bienes ilegales adquiridos en virtud de sus actividades criminales; (3) colaboración eficaz con la justicia, a fin de desactivar y dismantelar otros grupos o movimientos ilegales y de reconstruir la verdad.

4.4.1. Confesión pública e integral como condición previa para acceder al beneficio

El proyecto de ley estatutaria en cuestión no exige como condición previa al otorgamiento del subrogado penal, que el beneficiario haga confesión pública e integral de toda su actividad criminal. Según el artículo 2 del capítulo II parece que basta con la confesión de cualquier delito o sólo de aquellos por los cuales está siendo procesado para que la persona concernida resulte beneficiada con la suspensión condicional de la pena. En este sentido, resulta importante destacar que el proyecto no atribuye consecuencia especial al hecho de que se descubra, posteriormente, que el condenado dejó de decir toda la verdad o de confesar todos los crímenes en los cuales había participado. La única consecuencia obvia, es la apertura de un nuevo proceso penal por los crímenes dejados de confesar.

Parece razonable que si la persona que ha cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad va a ser beneficiada con una suspensión condicional de la pena o con el beneficio de la libertad condicional luego de un tiempo de prisión efectiva, cuando menos, tenga la obligación previa, como condición para la concesión del beneficio, de contribuir decisivamente a la reconstrucción de la verdad a través de una confesión pública y completa de los crímenes en los cuales ha participado. En otras palabras, la participación en la reconstrucción de la verdad y la manifestación pública de arrepentimiento por los crímenes cometidos, mediante una confesión pública y completa, son condiciones necesarias para justificar el beneficio que se concede al infractor.

En efecto, en procesos de paz la confesión no sólo tiene un efecto penal. Adicionalmente, constituye el reconocimiento público de los delitos cometidos y permite la sanción social correspondiente. Por el contrario, si no existe una confesión completa y verdadera, el aporte del condenado a la reconstrucción de la verdad y a la realización de la justicia puede llegar a ser francamente irrisorio y el beneficio concedido carecería de una suficiente justificación..

En consecuencia, con el fin de promover el derecho a la justicia y la reconstrucción de la verdad, la ley debería exigir a los posibles beneficiarios la exposición completa y detallada de sus actividades criminales, incluyendo las pruebas físicas y documentales existentes y la forma de obtenerlas. Adicionalmente, la confesión debería constar en un acta escrita y firmada bajo juramento por el declarante, su abogado y los servidores públicos presentes. En la parte final del acta, el declarante tendría que certificar que la confesión realizada es completa y verdadera. Además, es fundamental que la ley garantice el derecho del potencial beneficiario a un abogado defensor que lo pueda asesorar y defender desde el comienzo del proceso y, particularmente, durante la confesión.

Podría objetarse la propuesta anterior, con el argumento de que vulnera el derecho constitucional de abstenerse a declarar contra sí mismo (CP art. 33). No obstante, como bien se sabe, este derecho no prohíbe las declaraciones voluntarias ni inhibe al legislador a promover y premiar la confesión plenamente informada y autónoma. Es entonces fundamental que en todo caso el procesado pueda contar con todas las garantías y, en particular, con una adecuada defensa técnica que pueda advertirlo de los efectos de sus declaraciones y acompañarlo durante el acto de la confesión.

Ahora bien, consideramos que la ley debe establecer que en el evento en el cual se descubra que la confesión fue incompleta o total o parcialmente falsa, el procesado perdería la posibilidad de acceder al beneficio o el derecho a continuar gozando de él. En todo caso, la demostración de los vicios de la confesión debería realizarse frente a un juez imparcial, respetando las garantías del debido proceso. Sólo en el evento en el cual existan indicios graves sobre la existencia de una confesión falsa o incompleta, podría solicitarse a un órgano judicial la suspensión temporal del beneficio y la reclusión del condenado mientras se resuelve judicialmente la cuestión.

En suma, por las razones que han sido expuestas y particularmente por las exigencias que imponen los principios de verdad y justicia, recomendamos que el proyecto establezca como condición de procedibilidad del subrogado penal, la existencia de una confesión pública, completa, escrita y firmada bajo juramento, en presencia de abogado. Sugerimos, igualmente, que el beneficio conferido al condenado sea revocado si se demuestra que la confesión no fue integral o fue parcial o totalmente falsa o inexacta.

4.4.2 Declaración completa de bienes ilegalmente adquiridos como condición para acceder al beneficio

En el contexto del conflicto armado los grupos irregulares han acudido a estrategias como el desplazamiento forzado para apropiarse de tierras y otros bienes rurales que originalmente no les pertenecían. Esto, naturalmente, además de los bienes que han adquirido gracias a recursos obtenidos mediante otras actividades ilícitas como el secuestro o el cuidado y protección de cultivos ilícitos. Por ello, muchos analistas han indicado que

es responsabilidad del Estado evitar que en nombre de la reconciliación y la paz, se terminen saneando los bienes que han sido ilícitamente obtenidos. En particular, es fundamental que se devuelvan las tierras obtenidas en virtud de estrategias como el desplazamiento forzoso. La forma del reintegro –directa o indirecta– debe ser definida muy cuidadosamente, pero en todo caso dichas tierras deben ser entregadas bien a un banco de tierras, ora, en los casos en los cuales ellos resulte posible o conveniente, a los campesinos desplazados.

Por todo lo anterior, parece indispensable, a fin de garantizar que la ley no servirá para encubrir un proceso de lavado de activos, exigir como condición necesaria para acceder al beneficio que ésta establece, una declaración completa sobre los bienes ilegalmente adquiridos. En estos casos deben proceder integralmente los efectos de la extinción de dominio, en particular, como ya se mencionó, respecto de las tierras cuya posesión –directa o por interpuesta persona– sea fruto del desarrollo de actividades ilícitas.

En los mismos términos en los que se propone modificar los efectos de la confesión, en este aparte consideramos fundamental que el incumplimiento –parcial o total– del deber de declarar y entregar los bienes o recursos ilícitamente obtenidos tenga como consecuencia la revocación de la libertad condicional³⁶.

4.4.3 Colaboración eficaz con la justicia y reconstrucción de la verdad como condición previa al otorgamiento del beneficio

Finalmente, consideramos que si el objetivo del proyecto de ley es alcanzar la paz mediante actos que permitan reconstruir la verdad y alcanzar la justicia, se debe imponer, como condición para conceder y mantener vigente el beneficio, la obligación de colaborar eficazmente con la justicia. En consecuencia, la persona que a pesar de haber cometido crímenes atroces resulte sujeto de un beneficio penal, deberá participar activamente en la desarticulación de la criminalidad organizada –política o común– mediante la entrega de toda la información de que disponga. Como lo señalan Uprimny y Lasso *“a esta forma de colaboración deberá considerársele decisiva para otorgar el beneficio de la alternatividad penal y no como uno más de los requisitos, según se deriva del artículo 6 del proyecto”*³⁷.

En consecuencia, no sólo deberá indicar el lugar en el cual se encuentran, por ejemplo, los cadáveres o las fosas comunes, sino toda la información que conduzca al esclarecimiento de la verdad, la desarticulación de las estructuras y procedimientos criminales y la puesta en práctica de instrumentos preventivos como garantías de no repetición.

36 En el mismo sentido ver, entre otros, la ponencia del Senador Rafael Pardo Rueda o los documentos elaborados por Uprimny y Lasso Op. Cit. Fundación Social 2004; Olga Lucía Gaitán, Justicia y negociación política del conflicto, proceso de paz con grupos de autodefensa en Colombia. Bogotá, ILSA, octubre de 2003, Comisión Colombiana de Juristas, Justicia simulada: una propuesta indecente, intervención ante la Comisión Primera del Senado, el 23 de septiembre de 2003

37 Uprimny y Lasso, Op. Cit.

4.5. Fortalecimiento de la participación de las víctimas en el proceso

Tanto las normas internacionales de derechos humanos como la Constitución Política de Colombia, consagran el derecho de las víctimas a participar activamente en el proceso judicial. Pese a que el proyecto de ley es muy poco claro en este sentido, es importante señalar que, en todo caso, las víctimas tienen derecho a constituirse en parte civil dentro del correspondiente proceso³⁸. Por esta razón, nos permitimos recomendar que el proyecto haga explícito el derecho de las víctimas y sus representantes a participar en el proceso en calidad de parte civil, es decir, con todos los derechos que se confieren a cualquier otro sujeto procesal.

Ahora bien, en procesos por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos lo razonable es que las víctimas puedan acudir a través de organizaciones de víctimas especialmente constituidas para que puedan ejercer una verdadera defensa técnica e integral de sus derechos, de manera tal que tengan toda la asesoría técnica y la protección que necesitan frente a posibles retaliaciones. Este aspecto debe ser tenido en cuenta a la hora de regular su participación en el proceso. En todo caso, el Ministerio Público debe velar por la promoción y eficacia de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, vigilando la legalidad del proceso (Procuraduría General de la Nación) y asignando a las organizaciones o grupos de víctimas que así lo requieran, defensores públicos adecuadamente calificados (Defensoría del Pueblo).

De otra parte, el procedimiento que se aplique para adelantar los procesos sometidos a una eventual ley de alternatividad como la que hoy se discute, debe ser capaz de garantizar plenamente los derechos de las víctimas en su calidad de sujeto procesal. En otras palabras, la aplicación de procesos sumarios o abreviados que no permitan reconstruir adecuadamente los hechos o someter a una investigación suficiente, en un plazo razonable, las versiones entregadas por los acusados, no tendrían la virtud de garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad. Comprendemos, sin embargo, que el proceso de paz puede exigir procesos relativamente rápidos, pero preferimos recomendar que en los casos más graves de violaciones a los derechos humanos éstos tengan una etapa probatoria suficientemente amplia para que resulte posible adelantar una investigación adecuada.

Finalmente, es importante indicar que el derecho de las víctimas no puede limitarse a su participación en calidad de parte civil en el proceso penal. Como ya ha sido indicado en este documento, se sugiere que el Estado establezca mecanismos amplios y eficientes para que las víctimas y las organizaciones defensoras de derechos humanos puedan participar decididamente en el proceso de concertación para la elaboración de la ley de alternatividad

38 La Corte Constitucional ha considerado que las víctimas o sus representantes tienen derecho constitucional directamente aplicable a participar activamente en el proceso penal respectivo en condición de parte civil. En consecuencia, tiene todos los derechos que se confieren a cualquier otro sujeto procesal. El caso que dio lugar al pronunciamiento de la Corte se refería en particular a la participación de las víctimas en procesos penales militares.

y, en general, de la política integral de desmonte del paramilitarismo, que debe acompañar a dicha ley. Así mismo, es fundamental que representantes de las víctimas puedan participar activamente en los procesos de reconstrucción de la verdad, restitución de tierras y otros bienes arbitrariamente usurpados y en la definición e implementación de los mecanismos de reparación individual y colectiva. Las víctimas no pueden ser convidadas de piedra en un proceso que más que a nadie les atañe directamente.

4.6. Fortalecimiento de los órganos judiciales encargados de adelantar la investigación y el juzgamiento

El proyecto de ley asigna a los fiscales y jueces ordinarios la tarea de adelantar el correspondiente proceso. No obstante, la decisión sobre si se concede o no el beneficio recae de manera exclusiva en el Presidente de la República. El proyecto otorga a la Comisión de Verificación, la función de certificar que el condenado ha cumplido los requisitos necesarios para que se conceda la prórroga del beneficio de suspensión de la pena, más allá del término de supervisión.

Como puede observarse, el proyecto descarga en el poder judicial ordinario la responsabilidad de adelantar los procesos penales por la comisión de los más importantes crímenes cometidos con ocasión del conflicto, pero no establece medidas que tiendan al fortalecimiento de la capacidad técnica y funcional del cuerpo de jueces y fiscales asignado a estos casos. La historia reciente nos muestra que los funcionarios judiciales ordinarios se encuentran completamente inermes frente a la presión que pueden ejercer miembros de los grupos armados a la hora de someterse a un proceso como el que se regula en la ley. Ahora bien, la anotada debilidad de los órganos judiciales, pretende resolverse a través de la asignación de competencias judiciales a órganos de naturaleza política o ejecutiva, cuya estructura e integración no garantizan la aplicación de los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que deben caracterizar la función judicial. En atención a lo anterior, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones.

En primer lugar, es importante proponer la creación de un cuerpo especializado de fiscales y jueces, con formación en Derecho Internacional Humanitario, derechos humanos y derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, que pueda operar en forma colegiada a fin de definir concretamente la responsabilidad penal de las personas acusadas. Adicionalmente, es fundamental incorporar en el proyecto de ley incentivos que impulsen a fiscales y jueces a investigar la verdad de los hechos, la seriedad, veracidad e integridad de la confesión y las restantes declaraciones del procesado. Finalmente, sería altamente conveniente, la incorporación de condiciones especiales para su funcionamiento y protección.

Ahora bien, para efectos de la concesión del beneficio –y respetando el supuesto del proyecto de ley según el cual se trata de una cuestión política más que jurídica³⁹–, se recomienda que el órgano judicial encargado de adelantar la investigación y el juicio tenga, cuando menos, la responsabilidad de emitir concepto previo sobre la respectiva solicitud. De esta forma, se logra que la decisión tenga, al menos, un carácter semi-judicial. En este mismo sentido, se formula la recomendación siguiente referida a la Comisión de Verificación.

4.7. Reforma a la Comisión de Verificación

El proyecto busca la creación de una Comisión de Verificación que tenga, al menos, dos funciones fundamentales. La verificación de las obligaciones y compromisos adquiridos por el condenado como condición para el otorgamiento del subrogado penal y la sistematización y custodia de la información sobre los “hechos y circunstancias” relacionados con las conductas de los beneficiarios de la ley. Según el artículo 8 del proyecto, la Comisión será integrada discrecionalmente por el Gobierno Nacional.

Como lo ha señalado el Senador Rafael Pardo *“No debe pasarse entonces por alto la importancia del marco de acción que corresponderá a este grupo de civiles, que no pertenece a la rama judicial, y cuya selección dependerá única y exclusivamente del criterio del Señor Presidente de la República. Se convertirán en un poder para-judicial, que asumirá funciones de la órbita de la administración de justicia, pero no tendrán ni los conocimientos, ni el control que a tal rama corresponde. Cabe también la duda de si está transgrediendo la distribución de funciones que la Carta Política establece para la separación de las tres ramas del poder y para cada uno de sus funcionarios.”*⁴⁰.

Por las razones brevemente mencionadas en la cita anterior, consideramos que la supervisión sobre el cumplimiento de las sanciones y los compromisos adquiridos por los condenados debe estar en manos de un órgano judicial fortalecido y especializado y no de la Comisión de Verificación. A este respecto, es importante reiterar que sólo el poder judicial tiene las condiciones y atribuciones necesarias para indagar a profundidad y de manera imparcial y objetiva, por el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los condenados, y la vocación para producir una decisión fundada exclusivamente en razonamientos jurídicos. Por ello, proponemos trasladar al poder judicial, la facultad de establecer si las personas condenadas han cumplido o no con las obligaciones individuales a ellas impuestas en la sentencia.

39 No obstante es importante recordar que sobre este aspecto tanto el señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, como la Comisión Colombiana de Juristas, en las intervenciones antes mencionadas, consideran que la asignación de esta facultad al Presidente de la República lesiona los principios de independencia y e imparcialidad judicial.

40 Rafael Pardo Rueda, Ponencia para primer debate del Proyecto de ley Estatutaria n° 85 de 2003 – Senado, Pág. 8.

A pesar de lo anterior, podría pensarse en fortalecer las facultades de la Comisión relacionadas con la verificación, por ejemplo, de las condiciones estructurales del proceso o de los compromisos colectivos, como el cese al fuego o el desmonte de los grupos ilegales. Con todo, es indispensable que la Comisión de Verificación tenga una integración plural y representativa, conformada por personas de altísimas calidades, de manera tal que ofrezca a todos los sectores importantes garantías de integridad, independencia e imparcialidad. Por lo tanto, sugerimos que la ley establezca criterios definidos de integración plural y que garantice que la selección estará sometida exclusivamente a las calidades profesionales de sus miembros, las cuales deben ser públicamente debatidas. En lo posible, la selección debe ser concertada entre los distintos sectores. Adicionalmente, para asegurar una mayor independencia e imparcialidad, la ley debe establecer un período fijo para el ejercicio de los cargos que la compongan y una remuneración fija. Las actuaciones de la Comisión deben estar completamente sometidas a derecho, ser públicas y sus recomendaciones motivadas. Adicionalmente, para el ejercicio de sus funciones, la comisión debe contar con facultades cuasi-judiciales, que en principio, le permitan acceder a documentos e informaciones públicas y privadas sin mayores reservas.

4.8 Recomendaciones para fortalecer los mecanismos de reparación

El derecho internacional de los derechos humanos consagra el derecho de las víctimas a la reparación integral, el cual comporta la restitución de las cosas al estado anterior a la violación, la indemnización integral por los perjuicios causados, la rehabilitación y la garantía de no-repetición. Según las normas internacionales, cuando el victimario no pueda satisfacer integralmente este derecho, el Estado deberá concurrir para lograr garantizarlo en la mayor medida posible.

El proyecto de ley estudiado presenta una gran confusión en punto a la definición del alcance del derecho a la reparación. El mismo no sólo se aparta de los alcances que a este derecho le confieren las normas internacionales de derechos humanos, sino que parece desconocer abiertamente las obligaciones del Estado en esta materia

En primer lugar, el proyecto de ley no establece, como condición para el otorgamiento del beneficio, la reparación a las víctimas. Por la importancia del derecho a la reparación como factor esencial para el logro de una justicia integral en procesos de transición, la concesión y prórroga del beneficio debe estar condicionada al cumplimiento de la obligación de reparar a todas las personas que hubieren sufrido menoscabo en sus derechos por causa de los crímenes cometidos.

De otra parte, los mecanismos específicos de reparación consagrados en los nueve literales del artículo 6º, son vagos y no responden realmente a las obligaciones que el derecho internacional impone al infractor y al Estado al respecto. Su falta de rigor es de tal magnitud que ni siquiera resulta claro cuáles están destinados a la reparación individual y/o a la reparación colectiva y cuáles se orientan a la indemnización material o a la reparación

simbólica. En este punto incluso parecería que el proyecto confunde los mecanismos de reparación colectiva con mecanismos de reparación simbólica.

El artículo 6 citado establece que los mecanismos de reparación en él consagrados, deben operar “*sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar*”. De lo anterior es razonable inferir que las víctimas, en su condición de parte civil, podrán reclamar las respectivas indemnizaciones. No obstante, por la importancia del tema, consideramos que el proyecto debe hacer explícitas las acciones y recursos existentes para obtener la reparación de los perjuicios causados y definir con entera claridad su aplicabilidad en el proceso penal parcialmente regulado por la ley de alternatividad.

Por su parte los mecanismos establecidos en los literales b), c) y d), del mismo artículo, parecerían en principio útiles para lograr una reparación integral. Empero, desafortunadamente, su regulación resulta en extremo vaga e insuficiente. Al aplicarlos, el juez se verá en la dificultad de definir, sin ningún referente adicional, entre otras cosas, qué organizaciones pueden ser objeto de estas medidas, qué tipo de trabajo puede ser aceptado y en qué condiciones debe ser realizado, y cuáles son las condiciones bajo las cuales se entendería satisfecha la obligación de reparar. A este respecto cabe anotar que el proyecto no establece ningún mecanismo para garantizar que las organizaciones de víctimas puedan participar en la definición de las cuestiones arriba anotadas.

En particular, el literal d) mencionado señala que son mecanismos de reparación a las víctimas, entre otros, la entrega de bienes al Estado o a instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas. Todo lo anterior supone que la persona que quiera ser objeto del beneficio establecido por el proyecto de ley debe concurrir con su propio patrimonio a reparar el daño causado. No obstante, el proyecto debe establecer con toda claridad que los bienes de procedencia criminal recuperados en el proceso, deberán ser entregados al fondo de reparaciones. Naturalmente, éstos no podrán ser imputados al cumplimiento del deber de reparar del condenado.

En cuanto se refiere al Fondo de Reparaciones mencionado en este artículo, parece fundamental insistir en la necesidad de que se defina una política de reparaciones integral, en la cual se indique la naturaleza, integración y funcionamiento del Fondo, así como los mecanismos que tienen las víctimas para participar en las decisiones que las afecten.

En suma, si se trata verdaderamente de crear un fondo de reparaciones, parece fundamental definir previamente múltiples extremos del sistema de reparaciones a fin de establecer verdaderos y eficaces mecanismos que permitan una efectiva realización de los derechos de las víctimas. Es necesario entonces definir, por ejemplo, cuales serían las condiciones para que una persona o grupo de personas pudieran acceder al fondo; el tipo de daño que puede ser reparado con los recursos del fondo; las pruebas que será necesario aducir para acceder a la reparación; los mecanismos de participación de las víctimas en las decisiones anteriores y en las que tengan que ver con la asignación de recursos; los montos específicos

destinados a los distintos tipos de reparaciones; etc. Estos y muchos otros asuntos deben ser considerados si en realidad se busca que el Fondo de Reparaciones sea un mecanismo justo y efectivo para satisfacer los derechos de las víctimas.

Siguiendo con las consideraciones sobre los distintos literales del artículo 6, es importante indicar que “*la manifestación pública de arrepentimiento*” consagrada en el literal f) resulta de una importancia capital a la hora de restablecer el equilibrio roto por la vulneración de un derecho humano. Sin embargo, la manifestación del arrepentimiento debe ser más bien un factor para evaluar el otorgamiento del subrogado penal y no una obligación impuesta a través de una decisión judicial. El arrepentimiento que surge como fruto de una obligación judicial no tiene el efecto compensatorio que podría tener la manifestación voluntaria y genuina del procesado. Finalmente, como ya se mencionó en un aparte anterior de este documento, los requisitos consagrados en los últimos tres literales que establecen formas de colaboración del responsable con la verdad, la justicia y la no-repetición de los hechos, deben ser más bien condiciones para la concesión y prórroga del beneficio y no formas de reparación.

En cuanto a la parte final del mencionado artículo, es importante advertir que la ley no es clara sobre si las distintas formas de reparación deben ser impuestas de manera concurrente o si, por el contrario, el juez puede optar, según su leal saber y entender, por aquella que considere apropiada y en las “dimensiones” que considere más adecuadas. Es cierto que el propio artículo 6 define una especie de cláusula de proporcionalidad para que el juez establezca las obligaciones a cargo del responsable en esta materia. No obstante, dicha cláusula es insatisfactoria no sólo por su propia insuficiencia –dado que deja de mencionar variables relevantes al momento de definir el tipo y la magnitud de la obligación de reparar– sino por la vaguedad de las disposiciones a las cuales se aplica. En suma, consideramos que el capítulo referido al derecho a la reparación de las víctimas debe ser objeto de una profunda e integral revisión.

Finalmente, es importante recalcar que el proyecto no hace ninguna referencia a la forma cómo el Estado va a concurrir para la satisfacción del derecho a la reparación integral de las víctimas. Como bien se sabe, la reparación por violaciones a los derechos humanos es una obligación que recae tanto en el infractor como en el Estado. A esta objeción se ha respondido que el presente proyecto sólo trata un aspecto del proceso de paz, el referido a los mecanismos judiciales de reincorporación a la vida civil de los combatientes. Se afirma, entonces, que cuestiones como la verdad o la reparación deben ser objeto de otro debate. A pesar de ello, el proyecto incorpora el componente de la reparación, pero no parece existir otro esfuerzo gubernamental en esta materia. Por lo tanto, lo mínimo que puede esperarse es que este tema se trate de manera integral o, al menos, que se anuncie el diseño de una política integral en la materia.

4.9 Vigencia de la ley

En este tipo de procesos es fundamental definir dos tipos de plazos que el proyecto de ley no establece. En primer lugar, es esencial establecer un plazo límite para la vigencia de la ley o, en su defecto, para solicitar el beneficio del subrogado penal. La definición de un plazo de esta naturaleza sirve como mecanismo de presión para acelerar el sometimiento a la justicia de los miembros de los grupos armados y organizados al margen de la ley y su pronta desmovilización. Adicionalmente, para no enviar un mensaje de impunidad a los distintos grupos, se debe establecer un término límite fuera del cual los crímenes cometidos no podrían ser objeto del subrogado penal. En principio, parece razonable establecer como fecha límite para la comisión de ofensas elegibles, el día de entrada en vigencia de la ley. Esto sin embargo tendría que estar sometido a la mayor publicidad.

5. Diseño de una política integral de *justicia transicional*

Finalmente, consideramos de la mayor importancia que este proyecto de ley estatutaria se encuentre inmerso en una política integral de paz. Si el proyecto persigue un acuerdo de paz encaminado a la reconciliación nacional, debe estar acompañado y respaldado por el diseño y puesta en práctica de otros mecanismos de justicia transicional que garanticen la aplicación de una justicia integral. Es necesario entonces implementar sistemas adecuados de reparación y diseñar mecanismos que permitan la reconstrucción de la verdad, cuando menos, en aspectos necesarios para disminuir el dolor de las víctimas y prevenir y combatir nuevos hechos criminales. Adicionalmente, es preciso adelantar un estudio sobre las reformas institucionales que puedan ser necesarias como garantía de no-repetición de los hechos que dan lugar a la aplicación de esta ley. Igualmente, resulta fundamental poner en práctica mecanismos de verificación que faciliten establecer el grado de cumplimiento de los acuerdos obtenidos con los grupos armados al margen de la ley cuyos miembros se sometan a los beneficios de la alternatividad penal. Finalmente, como ya se ha mencionado, este esfuerzo debe encontrarse inmerso en una política integral del desmonte del paramilitarismo en Colombia. Sin una política integral, sistemática y sostenible en esta materia, el enorme esfuerzo que la sociedad colombiana haría al aprobar esta ley, podría terminar en una nueva frustración nacional. Sin embargo, el diseño y ejecución de una política integral como la que ha sido mencionada podría dar lugar a un nuevo horizonte de reconciliación entre los colombianos, sobre las bases sólidas de la verdad, la justicia y la reparación.