

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA

RUBÉN DARÍO JARAMILLO CARDONA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2015

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA

RUBÉN DARÍO JARAMILLO CARDONA

Tesis para optar al título de magister en Derecho.

ASESOR

GABRIEL IGNACIO GÓMEZ S.

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO

MEDELLÍN

2015

Nota de Aceptación

DEDICATORIA

Este esfuerzo se debe a cinco mujeres, raíces de la vida:

María del Pilar Llano Buitrago,

Mariana Jaramillo Acero,

Sofía Jaramillo Acero,

Berta Luz Jaramillo Cardona

y Gloria María Jaramillo Cardona.

AGRADECIMIENTOS

Quiero manifestar mis agradecimientos especiales a la Dra. Bárbara Frey, a la Universidad de Minnesota, a la Universidad Católica de Oriente, a la Universidad de Antioquia y al Dr. Gabriel Ignacio Gómez por su apoyo permanente y estímulo constante frente al conocimiento.

TABLA DE CONTENIDO

<u>DEDICATORIA</u>	4
<u>AGRADECIMIENTOS</u>	5
<u>CAPITULO PRIMERO: MARCO CONCEPTUAL Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA</u>	12
<u>INTRODUCCIÓN</u>	12
<u>1.1. EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y LOS GOBIERNOS DE ÁLVARO URIBE VÉLEZ</u>	28
<u>1.2. EL GOBIERNO SANTOS Y LA POLÍTICA DE SEGURIDAD</u>	39
<u>1.3. LA NEGOCIACIÓN POLÍTICA DE PAZ DEL GOBIERNO SANTOS</u>	43
<u>1.4. RETOS Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL</u>	47
<u>1.4.1. DESAFÍO 1</u>	51
<u>1.4.2. DESAFÍO 2</u>	54
<u>1.4.3. DESAFÍO 3</u>	54
<u>1.4.4. DESAFÍO 4</u>	54
<u>1.4.5. DESAFÍO 5</u>	54
<u>1.4.6. DESAFÍO 6</u>	55
<u>1.4.7. DESAFÍO 7</u>	55
<u>1.4.8. DESAFÍO 8</u>	55
<u>1.4.9. DESAFÍO 9</u>	56

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA	7
<u>1.4.10. DESAFÍO 10</u>	56
<u>1.4.11. DESAFÍO 11</u>	56
<u>1.4.12. DESAFÍO 12</u>	56
<u>1.4.13. DESAFÍO 13</u>	57
<u>CAPÍTULO SEGUNDO: LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS</u>	
<u>HUMANOS</u>	59
<u>INTRODUCCIÓN</u>	59
<u>2.1. ¿QUÉ ES UN ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS?</u>	62
<u>2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE</u>	
<u>DERECHOS HUMANOS:</u>	64
<u>2.3. CLASIFICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS</u>	
<u>HUMANOS</u>	68
<u>2.3.1. ¿QUIÉNES SON LAS VÍCTIMAS?</u>	70
<u>2.3.2. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS</u>	80
<u>2.3.3. DEL DERECHO AL SABER O A LA VERDAD</u>	81
<u>2.3.3.1. VERDAD Y SABER</u>	82
<u>2.3.3.2. EL DEBER DE RECORDAR</u>	83
<u>2.3.3.3. GARANTÍAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO AL SABER</u>	83
<u>2.3.3.4. RESPECTO DE COMISIONES DE INVESTIGACIÓN</u>	84
<u>2.3.3.5. ARCHIVOS O EL DERECHO A LA MEMORIA</u>	85

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA	8
<u>2.3.4. DEL DERECHO A LA JUSTICIA</u>	86
<u>2.3.4.1. DEBERES DE LOS ESTADOS EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</u>	87
<u>2.3.4.2. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JURISDICCIONES Y DIFERENTES TRIBUNALES:</u>	88
<u>2.3.4.3. MEDIDAS RESTRICTIVAS QUE SE JUSTIFICAN POR LUCHAR CONTRA LA IMPUNIDAD</u>	89
<u>2.3.4.3.1. CARÁCTER DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS</u>	89
<u>2.3.4.3.2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN</u>	89
<u>2.3.4.3.3. SOBRE LA AMNISTÍA</u>	90
<u>2.3.4.3.4. SOBRE EL DERECHO DE ASILO</u>	92
<u>2.3.4.3.5. RESTRICCIONES A LA EXTRADICIÓN Y AL PRINCIPIO APLICABLE DE NON BIS IN IDEM</u>	93
<u>2.3.4.3.6. RESTRICCIONES A LAS JUSTIFICACIONES QUE PUE DAN VINCULARSE A OBEDIENCIA DEBIDA, LA RESPONSABILIDAD SUPERIOR Y EL CARÁCTER OFICIAL</u>	94
<u>2.3.4.3.7. RESTRICCIONES A LOS EFECTOS DE LAS LEYES SOBRE DIVULGACIÓN O SOBRE ARREPENTIDOS</u>	96
<u>2.3.4.3.8. RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES</u>	97
<u>2.3.4.3.9. RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD DE LOS JUECES</u>	97

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA	9
<u>2.4. DERECHO A LAS REPARACIONES</u>	98
<u>2.4.1. DERECHOS Y DEBERES DIMANENTES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR</u>	98
<u>2.4.2. PROCEDIMIENTO DE LA REPARACIÓN:</u>	98
<u>2.4.3. PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REPARACIÓN</u>	99
<u>2.4.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN</u>	99
<u>2.4.5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN</u>	99
<u>2.4.5.1. PRINCIPIOS GENERALES</u>	99
<u>2.4.5.2. REFORMA DE LAS INSTITUCIONES ESTATALES</u>	100
<u>2.4.5.3. DESMANTELAMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS PARAESTATALES Y DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS NIÑOS</u>	100
<u>2.4.5.4. REFORMA DE LAS LEYES E INSTITUCIONES QUE CONTRIBUYAN A LA IMPUNIDAD</u>	100
<u>2.5. OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS</u>	102
<u>2.5.1. LAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS</u>	102
<u>2.5.1.1. PRESUNCIÓN DE AUTO EJECUTIVIDAD</u>	104
<u>2.5.1.2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD:</u>	105
<u>2.5.1.3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD:</u>	105

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA	10
<u>2.5.1.4. PROVISIÓN DE UN ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN</u>	106
<u>2.5.1.5. IRREVERSIBILIDAD</u>	106
<u>2.5.1.6. CONVERGENCIA CON EL DERECHO INTERNO</u>	107
<u>2.5.2. EL DEBATE EN COLOMBIA POR LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS</u>	109
<u>2.5.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIOPOLÍTICAS</u>	112
<u>CAPÍTULO 3: LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS</u>	121
<u>JUSTIFICACIÓN</u>	121
<u>3.1. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS POLÍTICOS?</u>	123
<u>3.2 UN POCO DE HISTORIA</u>	127
<u>3.3. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL GUERRILLERO Y/O TERRORISTA: UNA CLAVE DE LA NEGOCIACIÓN POLÍTICA DE PAZ</u>	142
<u>3.4. RASTREANDO LA PALABRA...Y LA INSTITUCIÓN JURÍDICA</u>	144
<u>3.5. LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS</u>	148
<u>3.6. EL DELINCUENTE POLÍTICO Y UN TRATAMIENTO ESPECIAL</u>	151
<u>3.7. ¿QUÉ HACER EN LA ACTUAL NEGOCIACIÓN DE PAZ?</u>	157
<u>3.8. ¿QUÉ DIJO LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ, AL SER DEMANDADO EL ACTO LEGISLATIVO NO 001 DE 2012?</u>	161

JUSTICIA TRANSICIONAL: OTRO CAMPO DE BATALLA	11
<u>CAPITULO CUARTO: DEL DEBER DE INVESTIGAR, ENJUICIAR Y SANCIONAR</u>	
<u>LA COMISIÓN DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.</u>	163
<u>INTRODUCCIÓN</u>	163
<u>4.1. EL CONTENIDO</u>	166
<u>4.2. ¿CUÁLES SON LOS MAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS?</u>	169
<u>4.3. ¿QUIÉNES PUEDEN EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS?</u>	172
<u>4.4. SENTENCIA C-579 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL</u>	180
<u>4.5. EL PROBLEMA JURÍDICO</u>	186
<u>4.6. EL ACUERDO DEL 23 DE SEPTIEMBRE DE 2015</u>	196
<u>REFERENCIAS</u>	204

CAPÍTULO PRIMERO: MARCO CONCEPTUAL Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

La justicia transicional es un campo de conocimiento interdisciplinario de reciente construcción que durante 25 años ha extendido sus preguntas y sus raíces en la Academia. A propósito del desarrollo de regímenes militares, especialmente en las décadas de los 70 y 80, y sus secuelas en la convivencia social; y de la extensión y consecuencias de conflictos armados nacionales e internacionales, donde el problema de las víctimas adquiere relevancia, por ser el eje sobre el cual circulan sus teorías, métodos, estrategias, dispositivos legales y la atmósfera de comprensión de sus ramificaciones.

La justicia transicional es un cuerpo teórico híbrido que entrecruza —a veces con desparpajo y en otros momentos con fugaz conceptualización— elementos de ética y moral —*lo justo, lo bueno*—, elementos de ciencia política o lo conveniente para una coyuntura y un momento histórico que pretende superar un conflicto armado, como el caso colombiano, y lo que está permitido o prohibido, bajo la perspectiva y protección de un paraguas (Derecho Internacional de Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Público) para poder soportar el clima de convivencia social y reconciliación que la población colombiana necesita o para facilitar nuevas condiciones de vida y bienestar, al terminar el largo período de la violencia política, si es que efectivamente un proceso de paz, combinando acuerdos en la reformulación de las reglas de juego del régimen político democrático, así lo pudiese lograr o conquistar.

La justicia transicional tiene un trasfondo: las relaciones conflictivas entre *Paz y Justicia*, valores absolutos que en desigual escala son asumidos por los individuos en su moral interna y que en momentos críticos deben ser objeto de discusión por sociedades en crisis, cuando el desafío de una negociación política de paz implica usar el espejo retrovisor para repasar el camino andado y visualizar lo que viene: el extraño futuro con todas sus consecuencias.

La Paz, porque estamos en presencia de la pregunta: ¿Hay que sacrificar la justicia para adquirir la paz como valor de confianza y sociabilidad? O la Justicia, porque estamos en presencia de otra pregunta: ¿No hay paz si la justicia es sacrificada? ¿Paradoja o juego de palabras? Alternativa enorme que deja traslucir el compromiso político y la identidad de Colombia como nación, y las capacidades y habilidades para negociar las utopías de la nación con los *enemigos del Estado* —*La guerrilla*—. O sea, construir sociabilidad de mayor calidad, instituciones de mayor credibilidad, reglas de juego electorales y de participación ciudadana de mayor profundidad.

La Justicia transicional tiene historia y se construye como disciplina mediante mecanismos de justicia retributiva, como lo han sido los juicios penales a nivel internacional, nacional o local (Forcada Barona, 2011, págs. 25-26) de justicia restaurativa, como las comisiones de la verdad. O de carácter administrativo, cuando se redactan reformas legales o se recetan cambios en las instituciones política débiles de un Estado en crisis.

Hay que partir de las discusiones realizadas al interior de la Organización de Naciones Unidas, para poder iniciar la prehistoria y protohistoria de esta disciplina y entender sus alcances; se debe leer a Teitel (2003, págs. 3-27), para valorar las etapas de

construcción de la justicia transicional, que se remontan a las consecuencias de la segunda guerra mundial y al juicio de los vencedores —El Tribunal de Núremberg—.

A continuación, se presenta un bosquejo del proceso histórico de la justicia transicional, antes de definirla y entender su complejidad y aplicación en épocas contemporáneas:

La Doctora Teitel (2003, pág. 3) señala la siguiente presentación, configurando y ordenando ciclos que pueden explicar, con sus factores políticos, militares y jurídicos, la razón de ser y la evolución de la justicia transicional en el marco de la disciplina del Derecho y de la historia.

Teitel (2003) señala una *primera fase* que cubre la etapa de la posguerra. El modelo de justicia transicional posterior a la segunda guerra mundial (1938—1945) dice la doctrinante, que aunque no obstante se inicia entre el período de tiempo de la primera guerra mundial y la segunda, cuando la comunidad internacional se preguntaba por cómo castigar a Alemania, se interrogaba igualmente por cual justicia, si la nacional, internacional, colectiva o individual debería juzgar, en un contexto histórico en el que predominaba la soberanía nacional y era débil la gobernabilidad internacional.

Es de aclarar, desde el punto de vista de esta investigación, que la comunidad internacional luego de la terminación de la primera guerra mundial, había sufrido la descomposición de la Sociedad de Naciones —primera institución mundial interestatal— la cual había fallado en su diplomacia y técnica de negociación, pues nunca pudo evitar la segunda guerra mundial. Es importante recordar que la Sociedad de Naciones fue creada

por el tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919 y su objetivo era restablecer la paz. Fue Disuelta en 1946 y luego de esto se crea la ONU.

Era evidente que la justicia colombiana fuera desplazada por la justicia internacional a partir de 1945, en tanto que el modelo de justicia transicional punitivo del período de la primera guerra mundial (1914—1918) fue dejado en manos de los jueces de la propia Alemania y su resultado mediocre impidió el desastre colectivo y el desarrollo que tuvo con posterioridad la segunda guerra mundial, como el tipo de crímenes que se cometieron.

La finalidad de esta justicia transicional a partir de 1945, según Teitel (2003), fue sancionar y evidenciar la responsabilidad penal del Tercer Reich a nivel internacional, como empresa criminal. Pero hubo otra respuesta desde el ángulo de la justicia relacionada con la sanción económica colectiva impuesta a Alemania a partir del fin de la primera guerra, la cual fue considerada onerosa por no diferenciar su aplicación, afectando a muchos ciudadanos o individuos. Esta búsqueda de responsabilidad penal definió darle importancia en su solución jurídica al Derecho Penal Internacional en construcción.

El giro hacia el Derecho Internacional de la posguerra reflejó también el sentido de que el tema relevante de la justicia transicional era dar una respuesta legal internacional que fuera gobernada por el derecho de los conflictos armados. (Teitel, 2010, pág. 10)

El anterior párrafo permite una digresión acerca de la justicia del presente, pues la realidad hoy es que tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario tienen que ver con la creación de la Corte Penal Internacional. La cual surge en un contexto diferente, pero desde la posguerra se traía el

deseo de construir una justicia universal, modelo que solo se posibilita en la década de los 90 en pleno siglo XX, cuando la globalización, como fenómeno de mercados, había trascendido la economía, la política y la cultura.

No fue ocasional que los principios de la Carta de Núremberg —1950— (Alto Comisionado Naciones Unidas, 2001, pág. 469), la fundación de la Organización de Naciones Unidas —1945—, la emisión de la declaración universal de los derechos humanos de la ONU —1948—, la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio —resolución 260A del 9 de diciembre de 1948— según las fechas precitadas, se dieran en un contexto temporal cercano, puesto que la conciencia de la comunidad internacional y de la sociedad internacional, estaba asumiendo la crisis de la modernidad y de la ilustración, el duelo por millones de víctimas por las conflagraciones bélicas, la urgencia de un Derecho Internacional que pudiera dar respuesta a asuntos de corte universal como los crímenes transnacionales y la vulneración masiva de derechos humanos.

Los acuerdos mediante tratados internacionales y convenciones mostraron fe y voluntad de aprobar que el Derecho Internacional como elemento modernizador del Estado, tuviese salidas que ofrecerle a la justicia transicional ante el desarrollo de conflictos armados no solo interestatales sino internos, no exento de dificultades interpretativas hasta los días actuales, en virtud del escenario argumental que originan las relaciones conflictivas derecho internacional vs derecho interno.

La *segunda fase*, se ocupa del momento histórico de la justicia transicional de la época posterior al fin de la guerra fría y ante todo las dos últimas décadas del siglo XX, porque se caracterizaron por una serie de transiciones políticas en muchos Estados. El fin de la Unión Soviética y el triunfo del capitalismo como sistema de producción económico,

originaron la centralidad de un debate: el régimen político democrático debía gobernar a las naciones afectadas. Suramérica, Centroamérica y el Este soviético vivieron la discusión renovada acerca de la democracia y el Estado de Derecho como modelos constitucionales de gobierno.

Hubo enfrentamientos entre las élites políticas y ciudadanos contra las fuerzas militares, ante todo en aquellos países que sufrieron el autoritarismo militar como ejercicio político de dirección estatal. Y el interrogante que surgió, desgastados los gobiernos militares, fue: ¿cuál justicia aplicar? Se confió en el nuevo modelo de gobierno y en las justicias nacionales o locales para identificar y castigar a los responsables de graves crímenes, reflejando un pragmatismo como criterio al reflexionar qué hacer y cómo ejercer justicia.

Dice Teitel (2003) que: «lo justo y equitativo en circunstancias políticas extraordinarias tendría que ser determinado desde la posición transicional en sí» (Teitel, 2003, pág. 20). Ante esta posición y ante la irrupción de las víctimas como sujeto político —concepto de otros autores— hubo varias ideas acerca de la justicia transicional en este ciclo.

Hubo conflictos jurídicos relacionados con la aplicación de instituciones del Derecho Penal Internacional como la irretroactividad de la ley penal, la manipulación de leyes, la prescripción, las amnistías generales, y otros asuntos. Las nacientes democracias y unas ramas de justicia débiles, no tenían condiciones adecuadas para el juzgamiento. Hubo cuestionamientos de este tipo: ¿Cómo sanar las heridas de una sociedad que debía incorporar la paz y la reconciliación como valores fundamentales?

Se asoció entonces la justicia transicional a las condiciones políticas más complejas como la de los denominados *Estados fallidos* y la de los regímenes militares en crisis, que hubiesen durado mucho tiempo, lo cual llevó en favor de la justicia transicional a que se le hicieran concesiones especiales al Estado de Derecho. Teitel (2003) señala que en la fase II se confió a la justicia nacional o local, unas decisiones con otro contexto histórico crítico institucional diferente de la fase I, pero donde las crisis políticas que originaron eran situaciones en las cuales intervinieron factores mezclados de orden internacional. Pues la bipolaridad en el orden público mundial, exigía alinearse o con Estados Unidos o con la Unión Soviética.

Las respuestas de la justicia transicional se apartaron de la justicia transicional de la posguerra hacia estrategias alternativas. El modelo más destacado es el que se conoce como *modelo restaurativo*. El fin básico de esta justicia fue reconstruir una historia alternativa acerca de los abusos del pasado, realizándose un enfrentamiento conceptual y práctico entre la verdad y la justicia, el cual llevó a crear las denominadas *comisiones de la verdad*. Estas instituciones fueron creadas por los gobiernos nacionales en América Latina, para investigar, denunciar y documentar públicamente los excesos y violaciones a los derechos humanos en un período temporal específico.

El enfoque no era realizar juicios individuales sino entregar un horizonte amplio de las condiciones políticas y sociales, así como un inventario de la criminalidad desarrollada con sevicia, respecto de unas sociedades golpeadas por violaciones masivas a los derechos humanos. Mientras esto sucedió en América Latina, en el Este soviético el tratamiento fue otro: allí no se crearon comisiones de la verdad, sino que se garantizó el acceso a archivos

oficiales, para conocer lo que se hizo en contra de los ciudadanos, ante todo revelándose la manipulación de las libertades individuales y de la vida privada.

Dice Teitel (2003) que el objetivo no era tanto la verdad, sino entregar la verdad de los hechos para hacer la paz, de lo cual devino la discusión: *paz—estado de derecho—democracia*. En el caso Sudáfrica se argumentó que la paz era la condición previa necesaria para la democracia. Pero las comisiones de la verdad como los juicios criminales del pasado, también infundieron o enviaron otro mensaje: disuadir para que los hechos criminales masivos no se repitieran y de esta manera trascendió el enfoque de la responsabilidad individual a una concepción más comunitaria.

Concluye Teitel (2010): «... los propósitos de la justicia transicional en esta fase se trasladaron desde la primera meta de establecer el Estado de Derecho por medio de hacer valer responsabilidad, hacia el objetivo de preservar la paz. Este cambio de énfasis, se define por la comprensión de los propósitos de la transición» (Teitel, 2010, pág. 23). Un valor agregado fue la recuperación de las víctimas ante los daños realizados y el afán de buscar la reconciliación, ya que hubo diálogo entre víctimas y victimarios. Detrás del telón, estuvo igualmente la reconstrucción de la identidad política y la polémica pública sobre la legitimidad del Estado.

Se destaca en esta fase, que se incorpora la teoría de los derechos humanos y el descubrimiento de conflictos en las relaciones *Justicia—Historia—Memoria*. Pero, se aceptan las restricciones existentes en la soberanía política asociada a la democracia moderna. En esta fase surge igualmente el canje de la justicia por la paz, y se sacrifica la primera para acceder a un fin loable relacionado con la segunda. En esta fase también emerge una teoría del perdón y de la reconciliación. La verdad como preocupación,

posibilitó usar la ética, la teología y la medicina, para fundamentarla. La mezcla de lenguajes de otras disciplinas sociales mostró las limitaciones del Derecho.

Para la autora, la primera fase tuvo la dicotomía *justicia vs amnistías*; la segunda fase, posee una visión más amplia con miras a la reconciliación social. El Derecho se somete a planteamientos morales en aras del perdón y este discurso se universaliza. Los actores que sobresalieron en esta fase, fueron diferentes a los agentes gubernamentales de la primera etapa: Iglesias, ONG, defensores de derechos humanos, entre otros. Hubo entonces, un discurso *ético—religioso* que sirvió de base a la justicia transicional y la evolución de esta justicia, en estos términos, permitió la interacción entre las dimensiones universal, global y local.

Mientras en la fase I se insistió en hacer justicia, pero alejada de los intereses sociales, en la fase II, se incorporaron ideas del Estado de Derecho, pero por necesidad de explicar la nueva legitimidad de las instituciones locales enfrentadas a múltiples intereses políticos. Fue un logro la existencia de muchos mecanismos conciliatorios, pero para Teitel (2010), las políticas de reconciliación pueden acarrear consecuencias negativas a largo plazo, ya que los reclamos hacia el pasado, pueden afectar las reformas del campo político, que deberían ser amplias, al provenir de una crisis de gobernabilidad.

Al hacer un corte reflexivo para pensar y caracterizar la justicia transicional del fin de siglo, la autora llama a esta justicia *persistente metáfora* (Teitel, 2010), en tanto la examina a lo largo del tiempo y en esa mirada de largo aliento afirma —*no interroga*— que la justicia transicional se ha quedado para siempre en el quehacer político. Señala que al final del siglo XX se habló mucho de esta justicia, de perdones, reparaciones y memorias, en síntesis, de injusticias del reciente pasado. Hasta se pagaron cuentas sobre propiedades

perdidas en la segunda guerra mundial e incluso hubo justificaciones para reparar los efectos de las colonizaciones, de la inquisición y de las cruzadas.

Hubo entonces, litigios postergados y acciones legales en forma de demandas, atreviéndose la ONU a darle opciones jurídicas mediante la convención mundial sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Verdad e historia hicieron que en la justicia transicional se deshiciera la historia oficial para *reescribirse*, pensando en la virtud de que aquella nueva narrativa, cambiaría a las sociedades traumatizadas.

Ahora, la contra historia la debían escribir nuevos actores sociales: investigadores académicos, periodistas, abogados y hasta las víctimas. Simultáneamente, las autoridades políticas y militares que estuvieron implicadas en crímenes, originaron una estela de deslegitimación del Estado y el ascenso al poder de otros dirigentes no alteró ese sentimiento ciudadano, por lo cual quedó la justicia transicional en manos de abogados litigantes y de particulares.

Dice la autora: «Se planteó un profundo problema normativo en la interacción de la justicia transicional con la globalización y la soberanía.» (Teitel, 2010, pág. 25). Fruto de esa interacción, la justicia transicional quedó en manos independientes, fuera de los actores estatales y en el *corpus* del Derecho se entrabó un conflicto entre principios como la jurisdicción y la soberanía.

Mientras la primera fase de esta justicia, concebía al Estado de Derecho en términos universales, exigiendo la obligación de responsabilidades individuales, por los crímenes internacionales cometidos, la segunda fase hace avanzar la idea de un Estado de Derecho

vinculado con la legitimación de la jurisdicción nacional e igualmente de la soberanía. De ahí que implicó y comprometió a los actores locales en vez de los internacionales y, por consiguiente, politizó mucho la problemática.

Teitel (2010) finalmente expone una fase III que denomina como estado estable de la justicia transicional. Alude a que en el nuevo milenio se da la estabilidad y normalización de la justicia transicional, aunque antes era una respuesta a condiciones políticas excepcionales, lo cual hoy es visto como normal. La autora concluye: «en su condición de una teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del Derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del Estado de Derecho» (Teitel, 2010, pág. 27).

La conclusión asertiva queda demostrada con la creación de la Corte Penal Internacional establecida a fines del siglo XX, relacionada con la fase I antes descrita. Inicialmente se generaron dos tribunales internacionales *ad hoc*, los de los conflictos armados de Yugoslavia y de Ruanda, hasta que se crea un tribunal penal permanente — ¿añoranza de Núremberg? — Dice Teitel (2010) que hay un regreso a la interpretación y expansión del derecho de guerra y por eso, se sancionan responsabilidades individuales en crímenes de guerra.

El uso del Derecho Internacional Humanitario, aumenta su aplicación, limitando conductas de la guerra, e igualmente posibilita las intervenciones humanitarias en pro de la población civil ajena al conflicto armado. Este derecho es como una prueba para descubrir las fallas del Estado. Hay pues, una combinación de conceptos y prácticas desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos, desde el Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.

Para terminar, se pregunta Teitel (2010): ¿hasta dónde existe la continuidad y hasta dónde la discontinuidad, tanto descriptiva como normativamente? Se responde afirmando que influyen el contexto transicional (condiciones políticas y legales) y el contexto local. Para esta autora no basta exportar el modelo Estado de Derecho; indica que, sin linderos claros entre períodos normales y períodos de transición, el Estado de Derecho está determinado por condiciones restrictivas del cambio político. Enuncia que un modelo actual de justicia transicional se distancia del discurso universal y de la hipótesis *Estado de Derecho*, siendo una respuesta crítica limitada.

Y es este concepto el que nos remite a definir la Justicia Transicional hoy, como la combinación de mecanismos sustitutivos de la justicia ordinaria penal, donde el Estado asume las obligaciones principales ante la violación sistemática de derechos humanos, donde los victimarios deben rendir cuentas de sus actos, por ser las víctimas el eje central de la variedad de procesos seleccionados para respetarle sus derechos, buscando como último fin, la reconciliación social y la paz política.

Combinación de mecanismos porque la justicia transicional ofrece el variado menú de comisiones de verdad, escenarios de perdón público y privado, penas alternativas, restricciones centradas en el cumplimiento de estándares internacionales en Derechos Humanos, entre otros. Por su parte el Estado debe cumplir con cuatro deberes: adelantar investigaciones idóneas sobre graves violaciones, imponer sanciones adecuadas, garantizar reparaciones a las víctimas y garantías de no repetición de esos actos ultrajantes como prevenir futuras vulneraciones.

Los victimarios, sean actores *ilegales—guerrillas—o funcionarios públicos*, deben rendir cuentas ante la trilogía de derechos de las víctimas, donde el *derecho a saber* se

desagrega en contar la verdad y el deber de recordar como derecho colectivo o de los pueblos (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012, págs. 140-153). Asimismo, la justicia pasa por la discusión acerca de las penas alternativas y otras modalidades, y la reparación es un concepto integral que incluye otras conductas —*rehabilitación, restitución, indemnización, medidas de satisfacción y garantías de no repetición*—.

Finalmente, la justicia transicional tiene un propósito de largo plazo: la paz política y la reconciliación de la sociedad, asunto grave que implica la discusión de los derechos políticos del enemigo del Estado —*el que negocia la paz*— y por el perdón y la culpa moral y penal como un asunto colectivo, al cual se hará referencia más adelante.

Y en verdad, un marco conceptual de la justicia transicional, necesariamente incluye categorías analíticas como las ya presentadas —*paz y justicia enfrentadas*—, verdad, reparación, estándares internacionales de derechos humanos, impunidad, delito político, violaciones sistemáticas de derechos humanos, derechos políticos del enemigo del Estado, entre otras.

Categorías relacionadas con diferentes problemáticas, puesto que la justicia transicional debe definir el compromiso de los victimarios, respecto de las víctimas, o sea, a cuánta verdad sobre los hechos criminales van a contribuir, cuánto arrepentimiento van a ofrecer, a cuáles penas se someterán, teniendo presente que se terminaron las indulgencias de la legislación penal del siglo XX —*ni amnistías ni indultos*—.

Estas categorías tendrán un carácter situacional, en tanto el conflicto armado interno colombiano al negociarse, debe presentar mecanismos y dispositivos legales que faciliten el

aterriaje práctico de los derechos victimales, puesto que cada experiencia de cada país que ha vivido un conflicto armado, debe construir respetando asuntos de la cultura —*mentalidades, ceremonias, identidades regionales*— un proceso que haga viable la justicia transicional como hito histórico para reiniciar una época diferente que supere la violencia política del pasado.

Además, porque esta justicia tiene que revelar nuevas condiciones políticas y reforzar el debate democrático, en tanto el victimario es un actor político que exige reconocimiento social, por ser parte de la historia del país, aunque sea a sangre y fuego.

La sociedad colombiana tendrá que enfrentar el dilema de otorgarle *status* de ciudadanía social, a quienes violaron de manera permanente la ley, con la cual nunca se identificaron; permitir su organización civil, sin armas; inaugurar unas relaciones de sociabilidad de diferente estirpe, para que recíprocamente, los victimarios respeten y participen de las reglas de juego electorales, construyan paz política y se hagan parte del tejido social rural y urbano, asumiendo la aceptación de la constitución política, como el símbolo y trazado normativo del orden público y de las condiciones de convivencia que todos debemos respetar.

La justicia transicional no ofrece recetas; ofrece experiencias. Colombia debe construir la suya, aunque existan unos parámetros mínimos que sirven de pauta; demanda la creatividad de la academia, de los legisladores, de las organizaciones de víctimas, de nuestros jueces y gobernantes, o sea, un pacto político, que debe tener consensos, que hoy no se observan en el horizonte, puesto que el modelo de negociación de paz cerrado, ofrece riesgos y fracturas en la actitud comportamental de los colombianos.

¿Qué es lo que distingue el caso colombiano de otros conflictos armados? ¿Qué habría de particular en la oferta de justicia transicional? Después de 26 años del fin de la guerra fría —1989— con un entorno en Latinoamérica de gobiernos de centroizquierda hace 12 o 15 años, críticos de la lucha armada como forma de acceso al poder —*Evo Morales en Bolivia, Ignacio Lula Da Silva en Brasil, Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador, entre otros*—, un gobierno colombiano y sus élites políticas y los dirigentes de las FARC han comprendido dos realidades: la guerra, de continuar, no tiene fin ni solución militar por factores claros como la geografía y topografía de nuestro país, por la financiación del narcotráfico, por el desgaste y rechazo en la opinión pública y la poca afinidad que tiene en los centros urbanos la lucha armada, cuando la cultura se ha ido modernizando y los niveles de educación han progresado.

En *segundo lugar*, un proceso de negociación política de paz era necesario para otorgarle una salida digna al enemigo del Estado, puesto que, en un contexto histórico diferente, negociar implica recoger los motivos iniciales de las causas de la violencia política según la mirada guerrillera, valorar nuevos factores y otorgar unas condiciones que posibiliten su incorporación a la vida civil, sin humillaciones ni derrotas militares eventuales.

Ahora, desde el punto de vista de la justicia transicional, habría que cargar en la balanza del análisis, lo sucedido con la primera norma de este tipo emitida en Colombia en el anterior proceso de paz con las autodefensas: la ley 975 de 2005. La manera como este dispositivo dispuso la judicialización de cada desmovilizado con procedimientos engorrosos y el debate creado por la extradición, inicialmente de un líder de los paramilitares, alias *Macaco*, quien siguió delinquiendo desde la cárcel y con posterioridad,

la decisión de extraditar a otros grandes líderes, generó el incumplimiento del derecho a la verdad en favor de las víctimas y la reparación quedó igualmente desconocida o sumergida en la incertidumbre. El que la Corte Suprema de Justicia manifestara que primero están los derechos de las víctimas que la vigencia de un tratado de extradición, era un precedente jurídico importante. Pero el concepto favorable a la extradición es facultativo, no obliga y el Presidente de la época decidió enviar a EEUU a los líderes, dibujándose una grave contradicción entre el ejecutivo y la rama judicial.

La pregunta por la extradición como obstáculo para la paz, implica consultas a EEUU, *Estado—parte* del tratado; agréguese a ello otros factores que penden para resolverse: la resurrección del delito político, a pesar de la degradación de la violencia cometida por las FARC y otros actores, base de las discusiones políticas de la negociación; es el Derecho absorbiendo una violencia acumulada por decenas de años y que debe tener una respuesta lógica para insertar unos actores en la vida social, para castigar, lo imperdonable, para depurar un perdón judicial limitado en su contenido, puesto que es una exigencia de las víctimas cuya base reside en la libertad de conciencia, donde la disciplina jurídica solo interviene en la medida de garantizar que se exprese.

La justicia transicional en Colombia debe solucionar el tema de las penas y el de métodos que no repitan los procesos con los desmovilizados de las autodefensas, quienes quedaron vinculados solo por concierto para delinquir, colaboraron parcialmente con la verdad de los hechos crueles, unos más que otros, pero no repararon, siendo el Estado su sustituto en este tema, con otros procedimientos lentos que cubrieron algunas indemnizaciones, mediante una espera de años ordenada desde el Ministerio de Hacienda.

1.1. EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y LOS GOBIERNOS DE ÁLVARO URIBE VÉLEZ

Pensar la justicia transicional en contexto, interesa para el caso colombiano, ante la negociación política de paz que hoy se desarrolla en la Habana—Cuba, ante la extensión de este conflicto por sus cinco décadas de desarrollo y daños generados en el seno de la sociedad, en las instituciones colombianas y en la economía nacional y por el significado estratégico que tendría su solución, desde varios ángulos, como el económico, el social, el político y el cultural.

No podemos construir la historia de este conflicto, ni sus causas, debate que tiene muchos factores en juego y variadas interpretaciones, pero llamaríamos la atención acerca de los últimos doce años en apretado resumen, para comprender por qué se acercan las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia —FARC— a negociar con el Estado.

Fue evidente, que la correlación de fuerzas cambió entre el Gobierno del Dr. Andrés Pastrana Arango —1998 al 2002— donde una serie de acciones militares de las FARC fueron leídas como el salto cualitativo de la guerra de guerrillas a la guerra de posiciones (Rangel, 2008), con importantes derrotas parciales para el ejército nacional; con la implantación y negociación del Plan Colombia, Plan financiado por EEUU con inversiones en millones de dólares, que implicaba asesoría militar, apoyo logístico, compra de helicópteros para enfrentar el conflicto armado. Donde por varios años más de 200 municipios estuvieron sin la presencia de la fuerza pública, ni siquiera parcialmente con la Policía Nacional; con la expansión del paramilitarismo para reforzar las debilidades institucionales del Estado, a los gobiernos del Dr. Álvaro Uribe Vélez —2002 al 2006 y 2006 al 2010— que, con su política de seguridad democrática, debilitó militarmente las

estructuras de las FARC, desgastó el arma política y antiética del secuestro. En tanto obligó a las FARC a entregas unilaterales de sus rehenes, hasta la denominada operación jaque que rescató con base en inteligencia militar, infiltración de las fuerzas guerrilleras y contundencia, a varios ciudadanos colombianos plagiados, entre los cuales se destacaba la excandidata presidencial Ingrid Betancourt.

Y es que el desgaste del proceso de paz del anterior gobierno y la situación de intranquilidad pública, llevaron a que fuese exitoso el discurso del candidato Álvaro Uribe Vélez, puesto que centró el debate político en el valor colectivo de la seguridad. Elegido como primer mandatario de los colombianos, propuso la política de seguridad democrática (Leal Buitrago, 2006, págs. 3-30), que tuvo entre sus herramientas, el reclutamiento de soldados campesinos; la conformación de redes civiles de informantes que apoyaban a las fuerzas militares, entregando datos sobre la guerrilla y sus auxiliares, a través de radioteléfonos; las recompensas económicas como medidas desestimulantes para los propios delincuentes políticos en el interior de sus organizaciones; la deserción de combatientes de las guerrillas con incentivos y la creación de zonas de rehabilitación y consolidación, allí donde había influencia guerrillera.

Uribe leyó el momento histórico de *endurecimiento* en la actitud comportamental por parte de los colombianos, ante los desafueros y arbitrariedades de las guerrillas, lo cual manejó con habilidad y resultados durante la mayoría de su mandato. Su política de seguridad tuvo tres ejes: la ofensiva contra las FARC, el proceso de paz con los grupos paramilitares y la política de creación y establecimiento de soldados campesinos y redes de informantes para apoyar y complementar las líneas directrices anteriores.

Su intención de lograr control territorial por parte del Estado y avanzar en el monopolio legítimo de la fuerza, fue un resultado real con altibajos, pues quebró con el paso de los años, a parte de la estructura militar de las FARC —muertes de comandantes de frentes, por ejemplo, salida de ciertas áreas donde estaban presentes— y donde más acertó fue en la percepción ciudadana y en la capacidad de comunicar un discurso de seguridad que ponía en sintonía a la mayoría de los colombianos, con su disputa central contra la guerrilla colombiana. Su obsesión fue siempre articular todas las fuerzas militares contra el enemigo común de las FARC y este tema fue un proceso de años, con balance discreto en ciertos momentos (Leal Buitrago, 2006, pág. 14).

Su política pública en este campo y su discurso de semántica *autoritaria* e intolerante contra toda clase de críticas y contra la oposición política, le generó muchas dificultades en el plano internacional. Negó la existencia del conflicto armado interno y habló siempre de la *amenaza terrorista* en comunión con el discurso norteamericano de George Bush y del Partido Republicano de la primera potencia mundial.

El Dr. Uribe Vélez planteó desde el principio el interés por procesos de negociación política de paz, a la propia extrema izquierda y a la extrema derecha; de esta última tuvo eco mediante un proceso tortuoso, lleno de dificultades para *venderlo* ante la opinión ciudadana y las instituciones del Estado, por los altibajos, contradicciones y logros.

Los grupos paramilitares fueron una fuerza contrainsurgente, creados regionalmente por sectores terratenientes y ganaderos, como ejércitos privados para protegerlos, que devinieron en una fuerza nacional, con intereses y proyectos políticos, aliados a élites tradicionales con un plan anti subversión para todo el territorio, que ligados en un momento histórico al narcotráfico, crecieron exponencialmente, golpearon con fuerza a la segunda

guerrilla del país —el Ejército de Liberación Nacional, ELN— y con el apoyo expreso y tácito del Ejército nacional y de la Policía Nacional, se transformaron en un problema real, pues su ausencia de unificación, su codicia, y la táctica del terror que crearon con sus asesinatos en masa, posibilitaron un ambiente nacional e internacional de rechazo a su práctica. En 1998, hicieron una reunión para su unificación pues actuaban como fuerzas regionales, la cual no se concretó en una sola estructura integral, según memorias de su líder Carlos Castaño.

El marco legal inicial de dicho proceso de paz, fue la expedición del decreto 128 de 2003, cuyo énfasis radicaba en las desmovilizaciones programadas de los miembros de estos grupos, durante un período de 2 años —finalizaba el 31 de diciembre de 2005—, un cese al fuego y la definición de una ley que aplicara la justicia transicional y les permitiera penas alternativas. Buscaron los líderes de estos grupos repetidamente la garantía de la no extradición, pues había órdenes vigentes de EEUU a través de la embajada, las cuales no podían ser negociadas por el Dr. Álvaro Uribe, como primer mandatario de la Nación.

La desigual desmovilización por cuotas de algunos bloques militares, la comisión de crímenes mientras hablaban de paz, la desobediencia a no concentrarse en una zona determinada cuando se les solicitó, generó muchas dificultades, así como el descubrimiento de la filtración de algunos narcotraficantes, quienes compraron *frentes* para aparecer como *comandantes* con representación y aprovechar los beneficios económicos, jurídicos y sociales que se deducían de este proceso. Todos hechos anteriores llevaron a una accidentada negociación que tuvo dos frutos: la ley de justicia y paz y la extradición final de sus principales líderes militares por sus vínculos permanentes con el tráfico de drogas, por sus desafueros y complicaciones ya que no colaboraban con los compromisos

presuntamente adquiridos ante el Comisionado de Paz, Dr. Luis Carlos Restrepo. La Ley de justicia y paz, ley 975 de 2005, se acompañaba de la creación de la unidad de justicia y paz para adelantar todos los procesos contra los miembros de las autodefensas.

Fue un proceso que fracasó a la luz de ciertas variables y generó éxitos respecto de otras: los derechos de las víctimas, en lo que concierne a la verdad, tuvieron *sacrificios* importantes ante la decisión discrecional del presidente Uribe de extraditar a los principales líderes de los paramilitares, aunque el conjunto de desmovilizados hayan ofrecido versiones sobre muchos crímenes cometidos en pleno conflicto armado, cuya constancia reside en los diferentes procesos penales terminados y en marcha, luego de diez años de aplicación de la ley y sus procedimientos. La creación del centro de memoria histórica y sus investigaciones sobre el conjunto de masacres más representativas acerca de la tragedia nacional, desarrolladas en un texto de sólida metodología científica en el campo social, son algunas muestras positivas. El centro de memoria histórica es un establecimiento público nacional adscrito al Departamento de Prosperidad Social que reúne el material documental del conflicto armado conforme al a.147 de la ley de víctimas; es liderado por el investigador Gonzalo Sánchez de la Universidad Nacional, cuyo texto *¡Basta Ya!* explica las causas y efectos del conflicto armado interno y la memoria de las víctimas.

Respecto a la reparación administrativa, el decreto emitido, decreto 1290 de 2008, exige que se contextualice que la noción de *víctima* del conflicto armado interno, nunca había sido tenida en cuenta en los desarrollos jurídicos en nuestro país, sino de manera tímida en los gobiernos del Dr. Ernesto Samper Pizano y el Dr. Andrés Pastrana Arango, ya que el Estado con base en el principio de solidaridad había originado *una ayuda humanitaria* de manera más clara con la ley 418 de 1997 de orden público, que se atrevió a

definir quién era víctima y porqué ayudar a reparar a ésta, bajo un concepto diferente, una especie de *indemnización solidaria* teniendo en cuenta los graves perjuicios a los que estaba sometida la población civil ajena al conflicto.

En el Gobierno del Dr. Álvaro Uribe Vélez, el decreto de reparaciones administrativas construyó una escala de estas indemnizaciones en relación a graves delitos de lesa humanidad, buscando que mediante un procedimiento administrativo diferente a largos procesos judiciales, se le otorgara unas sumas de dinero que alcanzaban 30 y 40 salarios mínimos legales para la época, respecto de crímenes como el homicidio, la desaparición forzada, la tortura, lesiones personales con incapacidad permanente entre otros (Cano Roldán & Caro Garzón, 2011). Advirtiendo que las cifras triplicadas como monto presupuestal para estos pagos, fueron más una orden de la honorable Corte Constitucional, mediante la sentencia T-020 de 2004.

La exclusión de víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por las propias fuerzas militares, fue un error histórico de este marco legal o más bien una conducta fraudulenta del gobierno para tener a estas fuerzas de su lado; las reparaciones no llegaron a muchas personas y solamente con la expedición de la ley 1448 de 2011 del gobierno del Dr. Juan Manuel Santos, se puede hablar de masivas indemnizaciones de perjuicios.

Desde el punto de vista del derecho a la justicia, la norma aplicada número 975 de 2005, permitió que, entre cinco y ocho años de pena, cumpliendo ciertas condiciones relacionadas con el comportamiento del delincuente y su colaboración con los dos derechos anteriores, permitiese concluir que el procesado y excombatiente de las autodefensas se había resocializado y podía regresar a la libertad. Por las pocas sentencias emitidas en diez

años, por los incumplimientos respecto de la indemnización debida a las víctimas, los balances respecto de esta ley son negativos para muchos líderes de opinión, políticos y académicos.

En cuanto a la confrontación avanzada con las FARC, el primer gobierno del Dr. Álvaro Uribe mostraba cambios en la infraestructura y logística de las FF.MM. a finales del 2005: «el crecimiento de unidades del ejército era ostensible: siete divisiones, veinte brigadas convencionales, quince brigadas móviles, siete batallones de alta montaña, una brigada de selva, una brigada blindada, brigada contra el narcotráfico, brigada de aviación, brigada de fuerzas especiales, fuerza de desplazamiento rápido» (El Tiempo, 2004). Una avanzada que generó cambios en el desarrollo de las hostilidades militares, porque la guerrilla cedió en su posicionamiento territorial, regresó a la guerra de guerrillas, golpeó por momentos con fuertes resultados al Ejército, pero retrocedió. Un historiador lo describe así: «la posición citada refleja una reorientación de la acción militar de las FARC, que las ha llevado a retomar el carácter móvil, la función de la sorpresa, la renuncia a grandes concentraciones de hombres en armas, el mantenimiento de campos minados y el recurso a los francotiradores.» (Medina, 2014, pág. 125)

En cuanto al discurso de las FARC por un acuerdo humanitario para la entrega de todos los secuestrados, también perdió, pues nunca tuvo eco en la sociedad civil colombiana y ante el descrédito general liberó a sus plagiados militares y civiles de manera unilateral, bajo previa negociación de solo las coordenadas imprescindibles para su entrega en zonas del territorio nacional.

Hay consenso sobre la disminución de la intensidad del conflicto y la baja tanto de los homicidios en general como de los indicadores más directamente

asociados al conflicto armado. Las violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) disminuyeron en un 48% y las acciones bélicas en un 81% al igual que los homicidios que pasaron de 28.897 en 2002 a 16.296 en 2009 (43% menos). Además, los homicidios políticos se redujeron en un 69% y los muertos en combate en un 75% (Medina, 2014, pág. 128).

En los anteriores datos coincidían fuentes gubernamentales y no gubernamentales, como el Ministerio de Defensa, Vicepresidencia de la República, Fundación Seguridad y Democracia, CERAC, CINEP, entre otros.

Pero una política de seguridad no se puede reducir a la estadística; ella debe enmarcar no solo resultados importantes en la disminución de los delitos graves y leves, sino en generar condiciones sociales y económicas que posibiliten confianza en la ciudadanía para la reconstitución de su vida cotidiana, de sus actividades laborales y culturales. El Dr. Uribe logró de la Corte Constitucional, no por índices de rebaja de la pobreza y desigualdad social, sino por sus resultados en seguridad y su alta imagen positiva en los medios de comunicación, que se le aprobase su relección para un segundo gobierno, reformando perentoriamente la constitución nacional. Aunque esto implicara varios traumatismos de orden jurídico con respecto a los períodos de elección del Contralor, del Procurador General, del Fiscal General de la Nación y de Magistrados de las altas cortes, que podrían quedar bajo la alta influencia del primer mandatario.

Si en el plano internacional, el Dr. Uribe logró el aislamiento parcial de las FARC y de ciertos apoyos, el propio gobierno tenía relaciones internacionales complicadas con los vecinos latinoamericanos, al lograr vulnerar principios generales del derecho internacional público en los casos de la muerte de Raúl Reyes e invasión del territorio del Ecuador, que le

trajo un debate interestatal importante en el seno de la OEA. Y la captura de Rodrigo Granda, denominado el canciller de las FARC, quien fue capturado en las calles de Caracas y traído por la fuerza a Colombia. El Presidente Hugo Chávez desautorizó dicha captura y provocó un incidente diplomático.

Cuando se elabora un balance respecto del rol de los informantes y de sus resultados, el Presidente Uribe Vélez tuvo que enfrentar a las ONG de derechos humanos, a organismos internacionales, a líderes de opinión y a la propia Corte Constitucional, porque sus redadas masivas y detenciones grupales, fueron en varias ocasiones decisiones de naturaleza ilegal lo que conllevó la orden de *liberaciones* por los jueces ante la repetida vulneración del debido proceso y de garantías individuales.

Además, en su primer gobierno, la elaboración de un estatuto antiterrorista para darle un marco jurídico de mayor calado a la seguridad, le provocó una derrota en la Corte Constitucional, quien lo declaró inexecutable por vicios de forma. Si algo caracterizó al presidente fue su talante conservador y autoritario, sus desplantes y generalizaciones contra la oposición y todo un discurso de izquierda, que lo llevaron a enfrentamientos radiales continuos y a dejar un semblante polarizado respecto de las relaciones con amplios sectores de la sociedad civil.

Su segundo gobierno vivió en su fase final la crisis de la *parapolítica*. El cual fue el nombre que recibió el fenómeno o alianza paramilitares—líderes políticos regionales, investigado por la fundación Arco iris, con León Valencia a la cabeza y por Claudia López, hoy senadora del Partido Verde. La Corte Suprema de Justicia llevó hasta las últimas consecuencias las investigaciones penales abiertas contra 63 representantes a la cámara y senadores, contra el Director del DAS, entre otros. Con sanciones que desacreditaron el

segundo período gubernamental. El fenómeno de la parapolítica se agravó con las denominadas *chuzadas* o persecución e infiltración sin autorización judicial, de información privada de algunos líderes políticos de la oposición y contra la Corte Suprema de Justicia y su investigador estrella, el Dr. Iván Velásquez. A la fecha en que este texto es escrito, siguen las condenas e investigaciones en curso, ante todo contra la Directora del Departamento Administrativo de Seguridad, Pilar Hurtado, actualmente deportada desde Panamá. El DAS, dependencia de la Presidencia de la República fue liquidado como ente público, pues asumió dos escándalos seguidos que mostraban una entraña criminal: venderle toda la información de antecedentes judiciales de los colombianos a un líder paramilitar —alias Jorge 40 o Jorge Tovar— y el seguimiento y penetración de información íntima a destacados miembros opositores al régimen político.

Pero un tercer asunto de descrédito nacional e internacional fueron las infames ejecuciones extrajudiciales o *falsos positivos* en el lenguaje popular, descritas como muertes de civiles disfrazados por las propias fuerzas militares como *guerrilleros* para mostrar mayores resultados; verdaderos crímenes de Estado, que hoy se investigan y afectan a más de 1500 servidores públicos, que en todos los informes de derechos humanos del sistema ONU o de ONG internacionales, representan una afrenta contra la dignidad humana. Dichas ejecuciones extrajudiciales fueron fruto de una política cruel copiada de la guerra de Vietnam para incentivar a los miembros de las fuerzas armadas en sus enfrentamientos contra la guerrilla. Sobre este tema se debe consultar la directiva presidencial No 29 de 2005 expedida por el Ministro de Defensa Camilo Ospina, titulada «criterios para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de organizaciones armadas al margen de la ley».

La guerra contra las fuerzas insurgentes ha significado muchos sacrificios, no solo en vidas humanas. En una aproximación a la mayoría de los costos del conflicto armado en Colombia, la catedrática Castellanos (2013) señala que en sueldos, logística, intendencia y armamento se fueron entre el año 2002 y 2011, más de 220 billones de pesos. Lo cual indica lo complejo del desarrollo y enfrentamiento de un conflicto de esta naturaleza, su mantenimiento y búsqueda de solución. Algunos datos sueltos señalan que en equipamiento para alta montaña se destinaron en los años 2011 y 2012, sumas dinerarias de este alcance: \$7.617 millones y 3.522 millones, respectivamente.

Pero no todo se ha ido para la parte bélica. Según Castellanos, los integrantes de grupos armados que se desmovilizaron de manera colectiva (el caso de los paramilitares) recibieron 18 pagos por \$358.000. La publicación señala que los 2.788 ex integrantes del bloque minero que operó en Chocó, Risaralda y parte de Antioquia, recibieron \$17.673 millones de pesos. (El Tiempo, 2013, pág. 6)

Los costos de un posconflicto a diez años o más, serán superiores según cálculos económicos, a los anteriormente presentados.

Las FARC por su parte, mostraron su capacidad de reacomodamiento y de reacción militar; consolidaron su retaguardia histórica en las fronteras y en zonas de nueva colonización cocalera como la Amazonía Oriental —Vaupés, Guainía y Vichada— y el pacífico nariñense y caucano (Sánchez, 2013, pág. 181). Si perdieron con su propuesta del canje humanitario, no cejaron en continuar su asedio contra las autoridades locales y regionales, realizando acciones de repudio nacional como la masacre de los concejales de Puerto Rico—Caquetá en el 2005 o la de los concejales de Rivera—Huila, del 2006,

muerdos que como resultado del conflicto, son mirados como un ejercicio de venganza política o como si la legitimidad que tenían aquellos líderes estuviese en deuda, originándose una mayor crispación social entre los colombianos.

La inserción más reciente de las FARC en las economías cocaleras del andén pacífico le ha permitido a este grupo seguir reproduciendo sus bases sociales y ampliando incluso la economía de guerra, por su capacidad de moverse en los bordes e intersticios de regiones que no se han integrado plenamente al mercado legal y la comunidad política nacional. Esta capacidad de movimiento responde a la conjunción de dos procesos simultáneos: de un lado, el continuo traslado de los cultivos de coca; y de otro, la reproducción de su experiencia histórica mediante la colonización armada (Sánchez, 2013, pág. 190).

Las FARC soportaron la fase inicial y la segunda denominada de consolidación de la política de seguridad democrática y así accedieron a un nuevo momento histórico: el triunfo electoral del Dr. Juan Manuel Santos y su primer gobierno, con un discurso liberal que ofrecía la negociación política de paz, como una alternativa necesaria para resolver el largo conflicto armado que vive Colombia.

1.2. EL GOBIERNO SANTOS Y LA POLÍTICA DE SEGURIDAD

El Dr. Juan Manuel Santos accedió al poder mediante triunfo contundente en junio de 2010, en la segunda vuelta con 9.004.201 votos, equivalentes al 69% de la participación realizada, frente al segundo candidato, Dr. Antanas Mockus con 3.588.819 o el 28% del total de votos para una participación definitiva del 44.4% del potencial electoral.

(Registraduría Nacional del Estado Civil, 2014)

Según la Misión de Observación Electoral – MOE , para las elecciones presidenciales se dieron cambios significativos en lo que ellos llaman factores de riesgo: en primer lugar de riesgo se ubicó la abstención, la cual se mantuvo en sus niveles históricos aproximados del 50%; en segundo lugar la intervención de funcionarios públicos en política, que se evidencio a través de manifestaciones públicas, directas o indirectas, del Presidente de la República o de diferentes funcionarios públicos a favor o en contra de alguno de los candidatos; en tercer lugar se ubicó la coacción armada por primera vez desplazada de su lugar protagónico en la lista de riesgos (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2014).

El Dr. Juan Manuel Santos triunfó, según los observadores y analistas de marketing electoral, por su discurso de unidad nacional y por la promesa de continuar la política de seguridad democrática del gobierno que lo precedió y del cual fue miembro como ministro de defensa. Mientras tanto, el Partido Verde se hundió y no avanzó en su votación, por las contradicciones del discurso de su candidato y por su posición cerrada de no realizar alianzas ni coaliciones con otros sectores políticos.

Al posesionarse como Presidente, el Dr. Santos ofreció en el tema de seguridad, una política denominada de seguridad y convivencia ciudadana, con cambios y giros como los siguientes: el control de la criminalidad y de altas tasas de homicidios en las principales ciudades capitales, sería prioridad; diferenciación entre el área de seguridad nacional y el área de seguridad ciudadana. Buscó entre sus objetivos mejorar la presencia y respuesta de la Policía ante los delitos; generar una cultura de la legalidad y de la convivencia; lograr el

desarrollo de la política, a partir de un mejor sistema nacional de información (Guzmán, 2013, págs. 33-34).

Cuando se observan algunas estadísticas de fuentes gubernamentales, el homicidio de ciudadanos colombianos, sin diferenciar homicidios políticos ni comunes, ni accidentes de tránsito u otras modalidades, subió levemente en los años 2011 y 2012 con 16.127 y 16.440 respectivamente frente a los 15.459 del año 2010 (Mindefensa, 2015, pág. 10) para de nuevo caer en los años 2013 y 2014 con 15.419 y 13.258. Pero comparados con las cifras de los 90, se venía en un proceso de rebaja sustancial, como lo muestra igualmente el gobierno anterior. Es indudable que las masacres u homicidios colectivos bajaron considerablemente según la misma fuente, puesto que en los últimos años los resultados indican esta disminución de manera clara: año 2010, 183 víctimas; año 2011, 171 víctimas; año 2012, 157 víctimas; año 2013, 104 víctimas y en el 2014, solo 47.

Los actos de terrorismo, en cambio, como acciones de sorpresa que implican la táctica del terror y la estrategia de la tensión, contra la población civil ajena al conflicto, han subido en los cuatro años, así: en el año 2010, 472; en el 2011, 571; en el año 2012, 894; en el año 2013, 890 y para el año 2014, 764 acciones. Pero estos datos están lejos de la realidad de la década de los 90 y principios de los 2000, pues eran muchos más y algunos con alto impacto en la opinión pública, como la bomba en el Club el Nogal que dejó civiles muertos y un sentimiento de exasperación y de desesperanza en miles de colombianos. Es también cierto, que los secuestros no han crecido y se han estabilizado en promedio de 280 anuales, siendo hoy principales responsables en su comisión, los delincuentes comunes; además, las emboscadas, hostigamientos y retenes ilegales, casi han desaparecido. La decisión unilateral de las FARC de cese al fuego (El Tiempo, 2014) y el inicio de un

desescalamiento militar, son acciones prioritarias que muestran una voluntad política de determinar lentamente el fin del conflicto.

Cualesquiera que sean las interpretaciones de ciertos resultados, lo evidente es la reducción de los enfrentamientos militares, el posicionamiento mayor de la fuerza pública en el conjunto del territorio nacional, la pérdida de credibilidad de las FARC, en la opinión pública, aunque nunca desconoceremos que posee bases sociales campesinas e influencia en organizaciones sociales y cierto peso de esa influencia más concentrado en el sur de Colombia. Han sido doce años —los dos gobiernos del Dr. Álvaro Uribe y el primero del Dr. Juan Manuel Santos— donde se ha mantenido la iniciativa por las fuerzas militares del Estado y se ha comprobado que la cualificación de las labores de inteligencia y la importancia de los bombarderos aéreos, luego de las labores de socavamiento de un ejército terrestre bien entrenado, han servido para cambiar el panorama del orden público y el diagnóstico arroja una conclusión favorable al Estado colombiano.

Súmese a ello, la muerte en las FARC y victoria militar del Ejército colombiano, de líderes tan importantes como *el Mono Jojoy* —Jorge Briceño Suárez— y el de su principal dirigente, *Alfonso Cano* —Guillermo Sáenz— (Por la operación Sodoma muere Jorge Briceño el 23-09-2010 (El Tiempo, 2010) y por operación Odiseo, muere Alfonso Cano el 04-11-2011 (El Tiempo, 2011)), las cuales golpean la moral de los insurgentes y traen cambios de mando en sus estructuras. Además, la historia militar enseña que un comandante de frente y un líder del Secretariado de las FARC, no se reemplaza tan fácilmente por los años y experiencia que se necesita en su proceso de recambio.

1.3. LA NEGOCIACIÓN POLÍTICA DE PAZ DEL GOBIERNO SANTOS

Santos no solo sorprendió al Dr. Álvaro Uribe Vélez con el gabinete conformado, con su agenda social sino con el interés por tomar distancia del anterior gobierno, que igualmente ha ido replicando hasta el presente con la negociación política de paz, en la cual se expresan serias diferencias respecto del pensamiento del ex presidente y su partido nuevo, el Centro Democrático.

Enrique Santos Calderón, hermano del actual presidente, es testigo de excepción y protagonista de la construcción no solo de la agenda de paz sino de los procedimientos en la fase exploratoria, inicial, que ha llevado al país a estar pendiente durante 2 años de esta negociación. El Sr. Santos Calderón (2014, pág. 23) señala que a partir de enero de 2011 se materializan los primeros contactos directos entre delegados del gobierno y las FARC en la frontera con Venezuela, para decidir asuntos como la logística, la sede, los traslados de los delegados de las FARC, las dificultades jurídicas, entre otros temas.

La muerte de Alfonso Cano no impidió la continuación de los diálogos ni la definición del objetivo general que era poner fin al conflicto armado interno y después de muchas dificultades se concreta que el 24 de febrero de 2012 en la Habana — Cuba arrancan los encuentros directos, cara a cara entre los delegados de las FARC y el Gobierno Nacional, para acordar una agenda de paz, teniendo como países garantes a representantes de Noruega y Cuba.

Después de 69 conversaciones se logra consenso en torno a la agenda de paz, en la fecha 27 de agosto de 2012, explicitado en un documento conocido como «acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». Esta

agenda comprende 7 asuntos importantes, cuyo resumen es el siguiente (Santos Calderón, 2014, págs. 183-186).

El primer tema está en el origen de las FARC (Gobierno - FARC-EP, 2014): Política de desarrollo agrario integral, con subtítulos como acceso y uso de la tierra, infraestructura y adecuación de tierras, desarrollo social, estímulos a producción agropecuaria. El segundo tema es el de participación política, con derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política, acceso a medios de comunicación, mecanismos democráticos, medidas efectivas para promover mayor participación, garantías de seguridad. El tercer tema es el fin del conflicto, que comprendería: cese al fuego y de hostilidades bilateral; dejación de armas y reincorporación de las FARC a la vida civil; revisión de personas privadas de la libertad (se supone que de combatientes de la guerrilla); intensificación de la lucha contra bandas criminales y contra la corrupción, por acción del Estado; garantías de seguridad, esclarecimiento del tema del paramilitarismo.

El cuarto tema comprende solución al problema de las drogas ilícitas, con programas de sustitución de cultivos, programas de prevención del consumo y salud pública, solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos. El quinto tema, de alta importancia, es el de víctimas con subtítulos como derechos humanos de las víctimas y verdad. Un sexto asunto denominado implementación, verificación y refrendación, que incluye sistema de implementación con énfasis en las regiones, comisiones de seguimiento y verificación y mecanismos de resolución de diferencias, acompañamiento internacional, cronograma, presupuesto, herramientas de difusión y mecanismos de refrendación de los acuerdos. Finalmente, el punto 7 -seis en el acuerdo- alude a diez normas entre las cuales se destaca el principio «nada está acordado hasta que

todo esté acordado», pues se deduce que varios acuerdos parciales no son importantes, solo un acuerdo global posibilita su aplicación, firma y desarrollo.

Han pasado más de dos años y en la marcha de la negociación se han logrado acuerdos parciales en tres temas. Ambas partes han señalado que el acuerdo avanza y que es irreversible continuar para terminarlo y anunciarlo al país para buscar su refrendación. Precisamente en el tema de víctimas de la agenda, la justicia transicional como alternativa de salida al derecho a la justicia en consonancia con la verdad y la reparación, adquiere peso trascendental, puesto que define posiciones de las partes que deben converger y existen en cambio, diferencias controversiales básicas, extendidas a la sociedad colombiana que mediante encuestas de opinión ha manifestado algunos sentimientos e ideas al respecto.

Una negociación política de paz varía de un contexto a otro y sus circunstancias históricas la hacen distinta. No es lo mismo Tlaxcala (Diálogos, 1992) que el momento presente; en aquella negociación las reformas estructurales del Estado y de la sociedad, eran una demanda y prioridad de los grupos armados, como si fuesen un poder político, no solo militar, que buscaba transformaciones básicas y que podían y tenían capacidad de negociación, aunque no hubiesen ganado la guerra. Hoy, con la muerte del *socialismo*, el fin de la guerra fría —1989— y el estado actual del conflicto armado con la iniciativa del Ejército Nacional, a los grupos ilegales no les queda más camino que descartar la lucha armada, abrirse a una negociación política que los introduzca en la sociedad como miembros partícipes de un modelo democrático, ubicándose en movimientos y partidos políticos propios si se quiere, con una búsqueda por imponer sus ideas desde las reglas de juego electorales que demanda el debate por una democracia y un Estado Social de Derecho.

Colombia ha vivido una guerra de guerrillas sin transformar en una guerra civil su situación social y política; no se está en presencia de lo que Lechner (1983, págs. 139-151) denomina *consenso en torno a la paz civil*, la cual hace relación a como una violencia política en alta escala, con la sociedad civil vinculada a los propios actores armados desata daños y pérdidas irreparables, susceptibles de una negociación para evitar el desarrollo de una guerra civil o su continuación agravada.

Colombia si está en presencia de un *consenso sobre las reglas de procedimiento*, porque en este modelo de negociación se busca contar con autoridad suficiente para legitimar un orden democrático, mejorarlo y posibilitar la vigencia del pluralismo político, permitiendo que las FARC —el enemigo del Estado— sean un actor político con garantías jurídicas, aunque no esté el acuerdo de paz delimitado con énfasis en transformar solamente las reglas de juego y modelos del sistema electoral, puesto que asuntos como el de la tierra y el de las drogas, son temas más cercanos a reformas de estructuras económico-sociales. Además, tiene de particular que en el marco del siglo XXI y de una justicia universal, asuntos como el de la justicia transicional y sus retos, son de obligatorio enfrentamiento por las partes, ante los compromisos internacionales de los Estados y el interés del sistema de Organización de Naciones Unidas de que se resuelva el más viejo conflicto armado latinoamericano.

Finalmente, el orden social se construye escogiendo entre las posibilidades que nos determina el presente... El problema no está en la diversidad sino en pretender negar esta diversidad. De ahí la necesidad de postular el *consenso como utopía*, es decir, como el ideal democrático que nos permita pensar y construir un orden social como orden de la diversidad y la pluralidad, un

marco legal en el que puedan expresarse todos los proyectos políticos y sueños de los colombianos (García, 1992, págs. 27-28).

Las utopías propias de las ideologías y de las religiones, deben ser propuestas de *carne y hueso* a las que se les da cuerpo y sentido en ciertos momentos históricos claves. La Paz como finalidad es un objetivo de la mayoría de los colombianos y un valor apreciado para construirse con las ideas y un temperamento que demarque distancia de las costumbres bélicas que han caracterizado a la cultura política de nuestro país, desde el siglo XIX y desde la fundación de la república.

En toda negociación política de paz, hay utopías: en ellas, siempre se alude a valores absolutos como la paz, la justicia, la reconciliación; a las utopías se les da aterrizaje en la fase del posconflicto partiendo de consensos y para ello hay que permitir que los miembros de las FARC sean sujetos políticos y ciudadanos normales; la política pública sobre la tierra y una reforma agraria integral, exige acuerdos políticos importantes, para citar un solo ejemplo. Por eso, el consenso como utopía es con posterioridad a la firma de los acuerdos y debería consolidar la paz política y el respeto entre las diferentes fuerzas partidarias y sociales que pretendan representar la vocería de los colombianos.

1.4. RETOS Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

En la parte inicial de este capítulo, planteamos que la justicia transicional era una meta disciplina en tanto parte de sus preguntas centrales, de sus dispositivos y salidas a situaciones críticas, estaban atravesadas por conceptos de la sociología, la moral, la ética, la antropología, la psicología. Pero igualmente manifestábamos que ella se cubría desde el ángulo jurídico de 3 ramas: el derecho internacional público, el derecho internacional de los

derechos humanos y el derecho penal internacional. La justificación de este entramado tiene que ver con lo siguiente:

Según Henkin (Henkin, 1989, pág. 1) directora del programa *Justicia y Sociedad* del Apen Institute, organizó en el Estado de Maryland -EEUU- en 1988, un debate para discutir las cuestiones morales, políticas y jurídicas que surgen cuando un gobierno que ha incurrido en graves violaciones a los derechos humanos, es reemplazado por un régimen democrático con tendencia a respetar los derechos fundamentales (Forcada Barona, 2011, pág. 97). Las obligaciones morales hacían relación a la justificación del castigo contra los victimarios de graves crímenes; la cuestión jurídica aludía a la existencia de una obligación en el Derecho Internacional de castigar a los violadores de derechos humanos y establecer la verdad respecto de dichas vulneraciones; la política aludía a qué papel jugaría la ciencia política para tomar decisiones sobre medidas legales contra estos victimarios, ante todo autoridades militares. (Forcada Barona, 2011, pág. 99).

Este cuestionamiento se unió al debate de defensores de derechos humanos, de activistas y ONG importantes que son sujetos de derecho internacional, pues fueron adquiriendo status y roles de órganos de consulta para la comunidad internacional; estos sujetos con su planteamiento *no a la impunidad!*, usaron sus conocimientos jurídicos para que personas que no tenían acceso a la justicia en su país, pudieran tener un escenario en el plano internacional usando los mecanismos por ejemplo del sistema ONU.

Esta postura, alimentada por una coyuntura cruel en la década de los 90, por las matanzas étnicas en Ruanda y en la ex Yugoslavia, la discusión acerca de con cuáles criterios justificar intervenir para defender la paz y seguridad internacional, ante graves abusos a los derechos humanos en ciertos conflictos armados, aunque fuesen internos no

inter estatales, originó la creación de tribunales internacionales penales ad hoc, para estos dos países, por orden del Consejo de Seguridad de la ONU, relievándose entonces la vigencia del Derecho Penal Internacional y la responsabilidad individual ante crímenes internacionales, tema olvidado desde Núremberg , etapa de la posguerra.

Todo este debate en pocos años, llevó a que se materializara un informe conocido como *los principios Joinet* (Joinet, 1997) relacionados con la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, precursores y definidores de lo que vendría a llamarse y tratarse en otro documento más tarde, como los derechos de las víctimas (Alto Comisionado de la ONU, 2001, págs. 154-161).

Los anteriores documentos como fuente de derecho internacional, al igual que un sinnúmero de tratados internacionales de derechos humanos, posibilitaron el diálogo entre el derecho internacional de derechos humanos, el derecho internacional público y el derecho penal internacional; mucho más, cuando en la década del 90 la comunidad internacional logra consenso con el estatuto de Roma o la creación de una Corte Penal Internacional, aunque en sus normas otorgue una competencia subsidiaria o complementaria de los tribunales penales nacionales.

Con el paso del tiempo, otro es el debate hoy acerca de cuál ha sido la efectividad de dicha Corte, vigente desde el año 2002; a su vez, la posibilidad de hacer balances en otros Estados y conflictos armados resueltos por la vía de la negociación concertada, de los dispositivos que utiliza la justicia transicional, que son un variado menú para una adecuada asimilación o una imperturbable intoxicación, a saber: procedimientos judiciales, comisiones de la verdad, reparaciones, pedidos de perdón, reescritura de la historia, museos de la memoria, entre otros.

El escenario para el Estado colombiano y para las fuerzas revolucionarias de Colombia —FARC— en el contexto de la globalización, del sistema ONU y OEA, al que pertenece nuestro país, en el presente de la negociación, es muy diferente al de otras décadas y de otros procesos de paz fallidos. Hoy asistimos a un contexto de apoyo y colaboración desde la ONU y la OEA para el proceso de paz, con condicionamientos señalados como *estándares internacionales de derechos humanos*, que nos permitiremos desarrollar en capítulo aparte, con una Corte Penal Internacional que solo observa y enjuicia a criminales de países en conflictos armados y que otea en el horizonte a través de su Fiscal General, como un juez sustituto en el probable caso de que Colombia interprete los parámetros internacionales bajo una hermenéutica inapropiada, ante todo respecto del derecho a la justicia y su aplicabilidad interna.

No es caprichoso señalar algunas dudas que se ciernen sobre la negociación de paz, desde el plano internacional, sin apuntalar que igualmente discordias y sombras se concentran entre los negociadores del proceso por asuntos de entidad ética y jurídica como los derechos de las víctimas. Si bien la comunidad internacional ha ganado experiencia con ejercicios de justicia transicional en otros países, y el caso colombiano no es el tránsito de una dictadura militar a una democracia, ya reconocida por sus instituciones, temas como la suspensión de derechos políticos de los criminales de guerra y lesa humanidad, la concreción de las reparaciones, la contribución a la verdad, el debate por las penas, tienen en las cortes internacionales —casi altares pronunciadore de verdades sagradas— y entre nuestros altos jueces, reservas de pensamiento.

La justicia transicional hace gala de variados mecanismos, como ya los anunciábamos, promueve la discusión de un enfrentamiento de valores-paz o justicia- bajo

la problematización del fin social de la reconciliación e impone un nuevo discurso jurídico como emblema y estandarte para iniciar una nueva época, a través de un pacto social que debe refrendar lo que los actores armados y el gobierno nacional fijaron como tangibles conclusiones.

Algunos retos y desafíos de la justicia transicional en el actual proceso de paz, son los siguientes:

1.4.1. DESAFÍO 1

En todas las negociaciones políticas de paz, el segundo actor, el enemigo del Estado, termina por reclamar un lugar en la historia de ese país; lugar que alude a un reconocimiento de su identidad política, bien como organización partidaria o fuerza en coalición con otros movimientos sociales y simultáneamente demanda la claridad en torno a los derechos políticos y garantías de cada uno de los integrantes del grupo que ha concretado y firmado la paz.

En Colombia, siguiendo la tradición occidental, los derechos políticos son cuatro elementos de indudable importancia: el derecho a elegir; el derecho a ser elegido —ser candidato al Ejecutivo o a los cuerpos colegiados—; el derecho a ser parte de la estructura burocrática del Estado; el derecho a tener iniciativa para formar partidos políticos y movimientos sociales.

Cuando se abren los códigos penales occidentales la primera pena secundaria después de la principal, alude a la suspensión de estos derechos tanto para el delincuente común como para el delincuente político. Esta decisión tiene un contenido de sanción esencial, puesto que en el imaginario social el delincuente es una persona que se opone a

los más elementales valores de la convivencia y desafía el orden público y las reglas mínimas de la sociabilidad humana. Además, el juicio de reproche de la teoría del delito, así lo argumenta, pues el delincuente condenado, aunque tiene derechos y garantías, es un desadaptado del cuerpo social al que ofendió con su conducta ilícita y no se ajusta a la ley general, como eje de identidad política.

Si en normas internacionales del siglo XX de alta aprobación (Resolución de la ONU No 3074 del 03-12-1973, 1973), se definió la prohibición del asilo territorial a estos criminales, la imprescriptibilidad de sus crímenes, la obligatoriedad de la extradición, para poder juzgarlos, la obligación de investigación, enjuiciamiento y sanción, uno supone que la suspensión de los derechos políticos es una orden deducible de la pena principal, pero a la luz del artículo 77 del estatuto de Roma, no aparece como sanción secundaria y solo las multas le siguen en importancia, siendo este asunto autónomo y propio de la ley nacional penal.

Pero en el caso colombiano, no solo nos encontramos con el tema de participación política, como básico en la agenda de paz y de interés de la guerrilla negociadora, sino que en el denominado *marco jurídico para la paz* emitido por el congreso de la república —Acto legislativo No 001 de 2012—, este asunto se trata de la siguiente manera en un artículo del acto legislativo reformativo de la Constitución (Henaó Hidrón, 2013):

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

Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político

los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos. (Henaó Hidrón, 2013)

Artículo declarado **EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-579 de 2013. (2013).

Aunque no hace referencia a los crímenes de guerra y sí a los de lesa humanidad, el contenido del artículo propone un condicionante: *cometidos de manera sistemática*, prohibiendo a continuación la participación en política y siendo explícito con un derecho: *ser elegidos*. Caben aquí varias preguntas: ¿es el juez el que definirá el alcance de la condición arriba señalada en cada caso concreto? ¿Es la Fiscalía General de la Nación la autorizada para usar los criterios de priorización y selección de crímenes? ¿Hace referencia la restricción solo al derecho político de ser elegido o a los cuatro conceptos? ¿Cómo imaginarnos la reincorporación a la vida civil de las FARC, si algunos o la mayoría de sus dirigentes tienen condenas por crímenes de lesa humanidad? ¿Será posible solo garantizar estos derechos a sus bases sociales y militantes rasos? ¿Si en ningún tratado internacional de derechos humanos aparece esta suspensión de los derechos políticos, es de todas maneras un estándar internacional, susceptible de obligación para el Estado colombiano?

No será fácil resolver tan áspero asunto, pero los derechos penal y constitucional deberán responder por su solución. Es de advertir que la política estira el alcance de la justicia transicional y el derecho morigera las decisiones respecto del pasado y del futuro, a

través de leyes y sentencias; el derecho como disciplina jurídica es un campo de tensión de fuerzas que interpreta la realidad de los conflictos sociales y políticos y propone salidas.

1.4.2. DESAFÍO 2

¿Qué hacer con las solicitudes de extradición a miembros de las FARC, por delitos relacionados con el tráfico de drogas? ¿Es el narcotráfico un delito conexo con el delito político, en tanto era parte sustancial de la financiación del conflicto armado? ¿Si la respuesta es positiva debe comprender todas las fases del proceso—producción, comercialización, distribución, venta?

1.4.3. DESAFÍO 3

¿La comisión de esclarecimiento histórico del conflicto armado, la cual entregó su informe, es el compromiso central del acuerdo de paz? ¿A diferencia de la ley de justicia y paz, el compromiso con la verdad de cada uno de los militantes de las FARC se realizará mediante otro modelo, el de una comisión de la verdad extrajudicial?

1.4.4. DESAFÍO 4

¿Podrá haber amnistías e indultos para las bases integrantes de las FARC, siempre y cuando no hayan incurrido en crímenes de guerra y lesa humanidad y teniendo presente la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre *delitos atroces, de ferocidad y barbarie*?

1.4.5. DESAFÍO 5

En el conjunto de principios del Dr. Joinet, ya citados, la impunidad es una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones de

derechos humanos: ¿se podrá permitir que los miembros de las FARC no paguen condenas como penas principales? ¿En qué consistirán algunas penas alternativas, que tengan igualmente aceptación por la sociedad en aras del fin primordial de la reconciliación? ¿Cuál es el alcance del criterio “competencia subsidiaria” que tiene la Corte Penal Internacional, para poder entender la posibilidad de su intervención o no en los desarrollos de los procesos penales y de aplicación de la justicia transicional en Colombia?

1.4.6. DESAFÍO 6

¿Excluir o absolver a los miembros de las FARC respecto de ciertos crímenes de guerra, implica una simetría o hacer lo mismo con respecto a los servidores públicos que incurrieron en ejecuciones extrajudiciales contra ciudadanos colombianos (numeral 2 literal b, numeral 6 del artículo 8 del estatuto de Roma)?

1.4.7. DESAFÍO 7

El perdón, como discernimiento del derecho a la verdad, ¿debe ser individual o podrá ser colectivo, presentado por la organización FARC a los colombianos, de manera pública?

1.4.8. DESAFÍO 8

¿Cuál será la cantidad y cifra aportante por las FARC, para aplicar el derecho a la reparación de las víctimas? ¿Serán especie y en dinero? ¿Insistirá que solo repara el Estado, por ser causante desde su lectura histórica, de las causas del conflicto armado?

1.4.9. DESAFÍO 9

¿Todos los estándares internacionales de derechos humanos, relacionados con los de las víctimas, son de obligatorio cumplimiento? ¿Si unos estándares son reglas y otros son principios generales, solo estos últimos son susceptibles de ponderación, desde una sana hermenéutica constitucional?

1.4.10. DESAFÍO 10

¿Toda confesión de un miembro de las FARC, como aporte a la verdad histórica, no debe tener implicaciones procesales en derecho penal, trasladando la colaboración histórica a la responsabilidad individual?

1.4.11. DESAFÍO 11

En la sentencia que declaró exequible el marco jurídico para la paz, C-579 de 2013 (2013) la corte constitucional manifestó que la tensión entre objetivos de la justicia transicional debe ser resuelta con fundamento en ciertos principios. ¿La Corte Constitucional ante toda clase de demandas utilizará el principio de flexibilidad, del cual habla, en la aplicación de ciertos estándares de administración de justicia?

1.4.12. DESAFÍO 12

¿La conversión de los derechos de las víctimas en constitucionales fundamentales, por medio de la precitada sentencia, hace rígida cualquier interpretación, respecto de su probable o real vulneración, por los actores armados?

1.4.13. DESAFÍO 13

¿Se podrá predicar flexibilidad frente a ciertos delitos y rigidez frente a otros cometidos reiteradamente en el conflicto armado colombiano, como fueron: la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el secuestro, la violencia sexual, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado?

Una realidad son las principales demandas de la justicia transicional como doctrina y otra la justicia transicional aplicable al caso colombiano. La suma de interrogantes anteriores, solo son una muestra de cuestionamientos graves y delicados que corresponde a los sujetos políticos interpretar, no solo a los operadores de justicia, para otorgarle salidas jurídicas, acordes con el momento histórico, el sentimiento nacional y la defensa del régimen democrático, que hace parte de la tabla de valores de este tipo de justicia.

La introducción del tema no tratado de los estándares internacionales de derechos humanos en los anteriores interrogantes respecto a su rol y cotejo con los postulados principales de la justicia transicional, lo consideramos clave, porque desde sus propias entrañas surgen como elementos orgánicos del debate, para darle materialidad a las salidas que se presenten.

Con el marco jurídico para la paz, la justicia transicional se ha elevado a norma constitucional, luego su importancia es de sobra, esencial. Quizás este proceso de paz, será el primero para interpretar conforme a los estándares internacionales de una manera metódica y cuidadosa, puesto que el anterior proceso de paz desarrollado con los grupos paramilitares, si bien estrenó la primera norma —ley 975 de 2005— no tuvo ni tendrá las implicaciones respecto de estándares internacionales de derechos humanos, que deberán asumirse en el nuevo proceso, en cantidad y calidad. La incertidumbre en política debe

despejarse. Las certezas en Derecho deben ofrecerse mediante varios caminos. Esperamos describir todos los caminos posibles.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente capítulo es resaltar que en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al Derecho interno colombiano y latinoamericano, los estándares internacionales se han convertido en el aterrizaje de valores generales de la comunidad internacional, en criterio de hermenéutica para interpretar situaciones concretas de vulneración de derechos y en lindero preciso que transforma el debate político y la negociación política de paz.

Se propone en este capítulo, no solo presentar las características y naturaleza política y jurídica de los estándares internacionales, sino, demostrar cómo hay una evolución de los criterios, principios y reglas que dan desarrollo doctrinal a dichos estándares. Los estándares han participado de la crítica a las obligaciones indeterminadas que traen la mayoría de tratados internacionales, cuya letra menuda es un homenaje, en algunas ocasiones, a valores universales, a normas bien intencionadas, pero las cuales necesitan de una comprensión aplicable a las situaciones conflictivas que demanda la realidad social de los pueblos y comunidades.

Los estándares están relacionados con los derechos de las víctimas y en cada derecho hay un número suficiente en cantidad y calidad, para abordar interpretaciones que garanticen y reparen sus derechos. Son herramientas para el operador judicial, son

herramientas para el sujeto político, porque además sirven para graduar, o sea, proponen unos mínimos y unos máximos, haciendo de la justicia y la paz temas de ponderación.

Al proponer incluso una tipología existente a la que nos sometemos con algunos comentarios, pretendemos ubicar el tema de nuestra tesis, puesto que así como el Juez hace un análisis estructural del contexto para la toma de decisiones, se quiere alertar acerca de cómo algunos estándares paralizan o agitan el debate político para la negociación de paz, en tanto son desarrollo de lo que se entienda por justicia o por verdad o por reparación, revisando la historia política y las secuelas del conflicto armado en Colombia, lo cual influye necesariamente.

Si la justicia transicional, como su nombre lo indica, transita por un período histórico que empalmará con situaciones nuevas y con la inclusión de excombatientes a una sociedad afectada por la violencia política, ese tránsito y ese tipo de justicia poseen unas reglas cuyo consenso no es fácil, para sociedades e instituciones judiciales golpeadas por los efectos que la agresión sin límites deja en los campos de batalla.

Se pretende igualmente dejar las bases para un debate que se deja traslucir en los capítulos siguientes con solo dos estándares; debate relacionado con la probable convivencia de la paz y la garantía de los derechos humanos, el afán de justicia de las víctimas y las posiciones de sectores sociales abiertos a cerrar heridas incluso pagando el costo de la impunidad y la tolerancia con actores político—militares.

La pregunta central de la presente investigación como propósito definitivo fue: ¿los estándares internacionales de derechos humanos son un límite a la negociación política de paz de la Habana? ¿Cuáles son sus efectos jurídicos y políticos? ¿Cuál es su alcance?

Dicho interrogante corresponde al momento histórico de la negociación política actual, al siglo XXI y sus nuevos dilemas en Derechos Humanos y al contexto de donde se parte para construir una presunta voluntad política de paz, entre los sujetos enfrentados: Estado colombiano y el grupo armado FARC.

¿Por qué? Porque las negociaciones de procesos de paz en la década de los 80 y los 90 tuvieron un *ambiente* de discusión y un contexto internacional diferente, sin el número de tratados de derechos humanos actualmente aceptados y ratificados por los Estados vinculados al sistema de Naciones Unidas.

Porque se empezaba el debate por una justicia internacional procedente en la defensa del individuo, nuevo sujeto de derecho internacional público. La teoría de los sujetos de derecho internacional público ha evolucionado. Si bien, aún el contexto de las relaciones internacionales es fundamentalmente interestatal, el peso de organizaciones intergubernamentales, de las ONG internacionales, de las compañías multinacionales aumentó e influyó en algunas negociaciones por áreas. Además, si el individuo o la persona natural, puede denunciar ante el sistema ONU, puede demandar y reclamar daños e indemnizaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ante el sistema interamericano de la OEA. Puede ser judicializado (en caso de criminales de guerra), este individuo se convierte en un sujeto de derechos y deberes internacionales.

Y, además, porque se profundizaron discusiones públicas acerca del sufrimiento en aumento fruto de los crímenes de guerra y lesa humanidad, en distintos conflictos armados en el mundo, lo cual se materializó en *resoluciones de la ONU* respecto de la impunidad y los derechos de las víctimas, esenciales para cualquier horizonte de negociación política de paz en este momento. A continuación, se lista un conjunto de documentos claves:

- Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, anexo al informe de la consultora Diane Orentlicher, 1—8 de febrero de 2005, asumiendo recomendaciones de la conferencia mundial de derechos humanos de 1993 —Viena, Austria.
- La resolución No 60/147 del 16-12-2005, conocida como Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

2.1. ¿QUÉ ES UN ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS?

El concepto *estándar*, del inglés *standard*, traduce *que sirve como tipo, modelo, norma, patrón*, nivel (RAE, 2001, pág. 671). En el fondo, un estándar es una medida de optimización, generando la mejor manera de realizar una actividad o por lo menos ese es su objetivo.

Un estándar en ciencias sociales no es un método, pero origina criterios y parámetros para plantear en un proceso. En este caso, *los valores justicia, verdad y reparación*, aplicados a una negociación política de paz y a un contexto social de conflictos en Colombia, de qué manera se pueden exigir en su aplicabilidad práctica e interpretación, esos valores.

El estándar busca que el contenido de la justicia o de la verdad o de la reparación sea viable. El estándar es un límite al poder político, porque indica desde reglas hermenéuticas de interpretación (que el uso de la fuerza, que la brutalidad e infligir dolor),

desde decisiones políticas (que afectan a mayorías sociales o desde las hostilidades militares, que deben tener límites).

El estándar se enmarca en un contexto físico o situacional. Y el operador judicial y el negociador político, proponen ponerlo en práctica, referirlo a un caso particular. ¿Hay formas de medir su alcance?

Aunque no estamos en presencia de experimentos de las ciencias naturales, ni ante métodos matemáticos (para determinar valores de las variables que hacen máximo el rendimiento en un sistema), las medidas que se utilizan en ciencias sociales son de unas características más amplias, referidas a juicios imbricados en múltiples factores y condiciones que nos permiten definir el alcance del valor *justicia* o de cualquier otro en casos concretos.

Sobre un caso concreto: El hecho, por ejemplo, de que los miembros de las Farc señalen que no aceptan pagar cárcel como pena contemplada por el Derecho Penal de la cultura occidental, porque ellos se consideran *delincuentes políticos por convicción*. Se alude aquí al concepto de Gustav Radbruch, profundizado por Orozco Abad (1992-, pág. 31), y según el cual «la idea de un derecho penal político como derecho de la guerra, está a su vez, indisolublemente asociada a la idea del Estado como negación de la guerra».

Y al considerarse *delincuentes políticos por convicción* se convierten por lo tanto en enemigos del Estado. Que están reclamando un tratamiento diferente, ya que usan en su lógica la *contra—violencia*. Es decir, la *violencia revolucionaria* de la presunta *rebelión justa*. Y esto no significa que el Estado no tenga que imponer penas con base en obligaciones internacionales.

Precisamente la justicia transicional configura muchas veces, opciones de penas alternativas y críticas duras a la función retributiva de la pena de la justicia penal ordinaria, innegociable para algunos tratadistas, al momento de una negociación política. Es importante recordar que se ha hablado de *estándares* como un concepto construido por la jurisprudencia y la doctrina en un campo teórico: los derechos Humanos. Solo desde acá se realizará la plataforma de comunicación y justificación discursiva.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS:

Un estándar puede expresarse en una regla jurídica de rango constitucional o legal —por provenir de un tratado internacional incorporado al Derecho Interno— o puede ser un principio general del Derecho, fuente normativa importante para su uso e interpretación. Puede estar redactado en un acto administrativo unilateral internacional, como una resolución de la ONU-ver cita ii, de este capítulo-, luego es definible su alcance, sus conexiones con el derecho interno y sus manifestaciones posibilitan clasificarse por temas y subtemas con sus respectivas preguntas.

Aunque Alexy (pág. 63) señale que:

Lo más importante para la teoría de los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios... Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites de los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales y tampoco una

teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico.

No es el interés de esta investigación, realizar un ejercicio de profundización de dogmática jurídica. Pero si una aproximación a la hermenéutica jurídica, para comprender cómo la crisis del Estado colombiano, el rol de las guerrillas y sus combates armados, la economía subterránea del narcotráfico y la economía legal, la producción de conflictos sociales y los estallidos reactivos de protesta, marcan los lentes para una óptica interpretativa de estos hechos y limitan los derechos fundamentales, en especial el derecho a la vida.

Igualmente, una teoría interpretativa moderna dará razón de la aplicación de los derechos humanos, de sus límites y aterrizajes. Y para ello, los estándares son *medidas de sastré* para confeccionar los modos de hacer justicia que se expresan en una sentencia o en un tratado de paz entre fuerzas antagónicas. Ahora, no es igual desde el punto de vista del combatiente/guerrillero. Hay otro enfoque, porque en general, las tesis del Derecho como ciencia social, no le sirven a la mirada marxista de lo que significa el Derecho en el sistema de producción capitalista. Al ser solo *ideología* base de la superestructura, para someter a la población.

Los conceptos *reglas y principios* son problemáticos, pero de alcance universal. Se dice que lo relacionado con principios tiene que ver con valores y fines. Igualmente se afirma que hay reglas cuando la Constitución Política se toma como ley fundamental o cuando se habla de derechos fundamentales. Reglas y principios, citando a Alexy (Alexy) no se contraponen: «tanto las reglas como los principios son normas porque ambas establecen lo que es debido». (Alexy, págs. 64-65)

Desde esta investigación no se es ajeno al punto de vista de que las reglas y principios poseen clasificaciones como la de normas universales y normas individuales, o a la teoría que señala soluciones con cláusulas de excepción, cuando existen contradicciones, pero el énfasis será otro. Pensar que unos estándares deducidos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, ofrecen pautas de interpretación para emitir otras normas y dictan el orden de una discusión: moverse entre los mínimos y máximos que una norma como mandato puede tener en su alcance, acogiéndonos al concepto de la *ponderación* (Bernal Pulido, pág. 46).

Los estándares son pilares para emitir normas, porque el proceso de paz de la Habana o cualquier otro como *hipótesis de trabajo*, implica luego de unos acuerdos políticos, generar normas jurídicas para concretar el desarrollo de los mismos y simultáneamente, la disciplina jurídica se convierte en un campo conflictual semántico y de análisis susceptible de rupturas epistemológicas en su conceptualización, puesto que define reglas de juego, formas de actuación, una nueva cotidianidad, garantías para el desmovilizado, el excombatiente y su familia, quienes en tanto sujetos políticos deben tener condiciones sociales de aceptación, credibilidad y de permanencia en el tejido social que construyan el conjunto de todos los colombianos, con estos nuevos sujetos, de la mano simultáneamente de un Estado garantista de derechos que debe ofrecer condiciones favorables para esa sociabilidad.

Los estándares igualmente dictan criterios para el orden de un discurso y de una discusión, porque o son barreras o son reglas de obligatorio cumplimiento para ambas partes, en tanto precisan como aplicar los derechos de las víctimas, reconociendo que éstas, son el principal referente de cualquier negociación política de paz hacia el futuro. La

disciplina jurídica enmarca lo que hay que hacer para integrar a excombatientes y familias a la sociedad colombiana, para cesar en forma definitiva un conflicto armado y originar políticas públicas que expresan cambios sustantivos en el régimen político democrático.

Los estándares son condiciones y organizan la discusión de cómo poderes armados que enfrentan al Estado y sus fuerzas armadas legitimadas, asumirán la disputa del poder político en el futuro, con reglas y principios que procedimentalmente todos los jugadores deben respetar.

Los estándares responden la pregunta ¿cómo hacer respetar los derechos de las víctimas y cómo los victimarios deben reconocer los daños ocasionados en el plano moral y económico? Los estándares son señales evidentes de las vías democráticas puesto que los enemigos del Estado contradicen su lucha política por la vía armada y cambian de herramienta: pasan a ejercitarse y medirse por las elecciones y para ello deben comprender las normas jurídicas que ingresan en su comportamiento como referentes claves iniciando un nuevo camino de lucha social y política.

Los estándares son un límite ético en tanto la discusión sobre la gradualidad de la pena en derecho penal y los enunciados tajantes de prohibiciones sobre ciertas conductas con referencia al *pasado* de una sociedad y a la conducta del criminal de lesa humanidad, lo que hace es indicar que ese comportamiento no se debe repetir y que determinado individuo necesita una sanción social como referente de valor para el conjunto de la sociedad.

Los estándares no niegan u otorgan derechos políticos para algunos, pero si lo hace a través de mandatos prohibitivos, lo justifica en el contexto del conflicto armado y sus consecuencias y a la vez proponen pautas de interpretación de lo que sería *gozar y ejercer*

esos derechos y de esa manera operadores judiciales y legisladores hacen posible un nuevo contexto social al emitir reglas que desatan cómo aplicar el reconocimiento de un derecho o cómo entenderlo en situaciones concretas.

Los estándares reducen o amplían el margen de discrecionalidad de la decisión política o judicial y por lo tanto son un campo problemático pues o hacen viable o hacen difícil una práctica social que es juzgada como conducta legal o ilegal.

Todas las anteriores afirmaciones acerca de los estándares se ampliarán argumentativamente en la medida en que interpretemos algunos de ellos y les demos una ubicación dentro de la comprensión del conflicto armado interno y su salida negociada.

La interpretación, ha escrito Gadamer, es el tenor radical de la existencia.

Interpretar no es un actitud intelectual o teórica que los hombres adoptaron después de existir y cuando han resuelto sus necesidades más urgentes y disponen de algún ocio, al contrario, existir es interpretar, estamos siempre en una interpretación mucho antes de decidir a favor o en contra de ella; es más, *un individuo es interpretación antes de tener interpretaciones.*

2.3. CLASIFICACIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La mirada escrutadora del investigador social, paseándose con detenimiento por tratados internacionales, constitución política, leyes, sentencias, ubica la dispersión de estos estándares en tan variados textos. Reunirlos con un solo propósito, exige respetar la lógica formal; o sea, bajo determinado criterio o punto de vista hacer una clasificación parcial y no

total, porque se hará una selección de interés de estudio. En este caso, nos interesan dos tipos: las reglas y principios relacionados con los derechos de las víctimas y las relacionadas con los derechos políticos de los victimarios o enemigos del Estado que están negociando la terminación del conflicto armado y aspiran a ser sujetos políticos de la sociedad colombiana.

Así lo señala el acuerdo número 2 de la negociación de la Habana titulado “informe sobre el segundo punto de la agenda: participación política”; transcribimos el primer párrafo:

El Gobierno Nacional y las FARC-EP consideran que la construcción y consolidación de la paz, en el marco del fin del conflicto, requiere de una ampliación democrática que permita que surjan nuevas fuerzas en el escenario político para enriquecer el debate y la deliberación alrededor de los grandes problemas nacionales y de esa manera, fortalecer el pluralismo y por tanto la representación de las diferentes visiones e intereses de la sociedad, con las debidas garantías para la participación y la inclusión política. Es importante ampliar y cualificar la democracia como condición para lograr las bases sólidas para forjar la Paz. (Gobierno - FARC-EP, 2014, pág. 14).

A continuación, seleccionamos en primer lugar el tema central de *los derechos de las víctimas* para realizar una tipología y unos comentarios relacionados en lo posible con la mayoría de los estándares, tratando de resaltar aquellos de más importancia. Pero en aras de la claridad conceptual, nuestro punto de partida es definir en primer lugar, el sujeto víctimas.

2.3.1. ¿QUIÉNES SON LAS VÍCTIMAS?

A partir de debates realizados en el seno de la asamblea general de las Naciones Unidas, sistema e institución clave de la comunidad internacional, se alcanzó consenso respecto de la definición de *víctima* siempre relacionada con dos áreas o disciplinas: el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Por *víctima* entiende la ONU:

A las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012, pág. 169).

Dicha definición se extiende a familiares y las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a la persona que haya sufrido daños al intervenir para asistir a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización. En la misma resolución, se definen las *víctimas del abuso del poder* y se relacionan los daños sufridos con una causalidad que refleja la vulneración de normas internacionales de derechos humanos. Como se consagra en literal B numeral 18 de la Resolución No 40/34 del 29/11/1985 (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012).

Es con posterioridad mediante otra resolución que se vincula a la definición de *víctima* y por lo tanto a los daños ocasionados, no solo la violación manifiesta de normas internacionales de derechos humanos sino a la violación grave del derecho internacional humanitario. Como se consagra en el acápite V numerales 8 y 9 de la Resolución No 40/34 del 29/11/1985 (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012).

Todos los debates previos tuvieron que ver con los análisis de las consecuencias de los conflictos armados internacionales o internos, por más que el Derecho de Ginebra como rama del derecho internacional humanitario quisiese reflejar la protección de la población civil ajena al conflicto, los derechos humanos aplicables en tiempos de paz y de guerra, necesitaban una mejor expresión garantista ante tanto dolor y sufrimiento, puesto que éste se arraiga en el hombre provocando un intenso desequilibrio psíquico.

El dolor pervive con hondas consecuencias después de terminados los conflictos armados; el dolor de manera inconsulta continúa trastocando la identidad de los seres humanos y de las comunidades; significarlo es comprenderlo y la demanda de *dignidad* es la que impuso discusiones de todo tipo, acerca de la verdad, la justicia y la reparación, para que la víctima reconstituyese su estructura de personalidad, *su lugar en el mundo* (Kovadloff, 2008).

El Gobierno del Dr. Juan Manuel Santos, al emitir la denominada ley de Víctimas, por lógica razón definió su alcance y características, incorporando todos los conceptos que traían los tratados internacionales y las fuentes anteriormente citadas, haciendo algo más: amplió el concepto de víctimas y lo mismo hicieron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

La ley de Víctimas —compromiso de su programa de Gobierno— trae esta definición:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a

las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Parágrafo 1º: Cuando los miembros de la fuerza pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

Parágrafo 2: Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de los grupos armados

organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos (Ley 1448 de 2011, 2012).

No se transcriben otros párrafos por no considerarse relevantes en este momento. Se destaca de la definición y del articulado, lo siguiente:

Son elementos comunes a la normatividad de la comunidad internacional y a la ley colombiana: la víctima directa que sufre daño, sus familiares, los terceros que dependen económicamente de éste; los terceros que por prevenir circunstancias de victimización terminan afectados.

Son elementos diferenciadores los siguientes: Se declara víctimas a los miembros de fuerza pública y los menores de edad que forzosamente fueron vinculados por los grupos armados ilegales. Aunque el párrafo segundo en su inciso segundo hace la precisión de que los familiares de miembros de grupos armados ilegales pueden ser víctimas por daños directos, no por los daños en la integridad física y moral que ocurran en sus familiares militantes adscritos a dichos grupos, hay que recordar que el Derecho internacional humanitario maneja el concepto de “Persona protegida”, incorporado de manera práctica por el código penal colombiano.

El Derecho Internacional Humanitario (Verri, pág. 85) indica que son personas protegidas, las siguientes:

- Los heridos, los enfermos y los náufragos que han dejado de combatir.
- Los prisioneros de guerra.

- Las personas civiles que, en razón de un conflicto o de una ocupación, se encuentran en Poder de una Parte de la que no son nacionales. Por lo demás, los civiles están protegidos de los peligros procedentes de las operaciones militares.
- El personal sanitario y religioso.
- Los parlamentarios.
- Personal de organismos de protección civil.
- Personal asignado a protección de bienes culturales.

El código Penal colombiano dice en el párrafo del artículo 135 que se entiende por persona protegida a:

1. Integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales 1 y 2 de 1977 y otros que llegaren a ratificarse (Ley 599 de 2000, 2000, pág. 44).

En conclusión, haciendo una simple comparación de orden exegética, si los miembros de la Fuerza Pública de cualquier Estado o los directos militantes y combatientes de las guerrillas o paramilitares se ubican en la situación *de rendirse, caer capturados, ser*

náufragos o *entregarse por estar heridos*, se debe respetar la vida de dichos guerreros de ejércitos legales e ilegales, lo cual los pueden hacer incurrir hipotéticamente en la condición de víctimas.

Ahora, la Corte Constitucional (Sentencia C-280 de 2013, 2013) extendió el concepto de víctimas a personas asesinadas o afectadas por daños, por hechos cometidos en razón del conflicto armado, aunque el sujeto determinante y material fuesen las denominadas bandas criminales —BACRIM— y ante todo si se comete desplazamiento forzado (El Colombiano, 2015). Estas bandas criminales, responden a intereses de macro criminalidad de la delincuencia común, como los narcotraficantes y sectores paramilitares reagrupados para la comisión de extorsiones, tráfico de estupefacientes y otros delitos de extensa gravedad, con amplias estructuras e insumos, que juegan un rol institucional de peso en la vida cotidiana urbana y rural de la sociedad. Además, en algunos casos son aliadas por negocios de las propias fuerzas insurgentes y en otros casos, sus enemigos transitorios.

La complejidad y dinámica de nuestro conflicto armado, la fusión de grupos, el intercambio de militantes y de actividades ante todo en la financiación de la guerra por los flujos altos de dinero que otorga el narcotráfico, han llevado a descubrir que Colombia es un caso extraño para los marcos teóricos de la sociología, la ciencia política o el Derecho Internacional, puesto que hay actores de delincuencia común que cometen crímenes de lesa humanidad como los de desplazamiento forzado y la desaparición forzada de personas (El Tiempo, 2015).

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado en reciente sentencia, que igualmente son *víctimas* aquellos militares o miembros de la fuerza pública abandonados por sus propios compañeros en combate o porque nunca llegaron ni los auxiliaron, realidad que se

ha repetido en varias ocasiones en nuestro territorio y que ha conllevado críticas internas en las Fuerzas Militares Oficiales. Después de varios días de combate ante rudos enfrentamientos, ha pasado, que se les acaba la munición y las condiciones de confrontación cambian, los policías o soldados huyen o se entregan y son asesinados por el enemigo estatal de manera brutal.

Son pues las situaciones y efectos de nuestro conflicto armado interno y los reclamos ciudadanos, los que han permeado las iniciales definiciones del concepto *víctima* para extender su alcance a otras realidades.

Pero existe otro concepto de *víctimas* relacionado con los grupos o comunidades. El Derecho Internacional de los derechos humanos reconoce las víctimas individuales y las víctimas colectivas. La definición inicial arriba descrita así lo explicita. Lo confirma la postura de un Relator Especial de Naciones Unidas:

No se puede negar que tanto los individuos como las colectividades a menudo resultan víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos. Esto también se dio por sentado en la resolución 1989/13 de la subcomisión, que contiene algunas directrices útiles sobre quien tiene derecho a la reparación. A este respecto la resolución menciona en su primer párrafo del preámbulo, *las personas, los grupos y las comunidades* (ONU, 1993).

La doctrinante Tatiana Rincón expresa claramente el alcance de este concepto así:

Las comunidades víctimas pueden ser entendidas como aquellas comunidades históricas, más o menos completas institucionalmente, que ocupan un territorio, comparten una lengua y una cultura —por ejemplo, las minorías nacionales o las minorías étnicas asentadas territorialmente—.

Pueden ser, también las comunidades organizadas, ubicadas en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados, y que por el hecho de formar parte de dicha comunidad han sufrido un daño. Y pueden serlo, igualmente, poblaciones cuyos integrantes han sufrido violaciones de derechos (Rincón, Verdad, Justicia y Reparación: la justicia de la justicia transicional. Universidad del Rosario., 2010, pág. 91).

De la misma táctica, por ejemplo de los grupos paramilitares, se deduce como actuaban contra grupos pues decidían destruir corregimientos enteros, afectar con políticas de *tierra arrasada* a veredas, que ocupaban lugares estratégicos para ir de una cordillera a otra o donde su *presunto enemigo* tenía influencia en ese territorio, y las hostilidades militares se asentaban en acabar con grupos de ciudadanos, considerados por su ubicación espacial, como cómplices del *descanso y el ocio de las guerrillas* o como *cómplices de espacios de despensa alimentaria*, donde la guerrilla compraba u ocultaba materias primas e insumos para sus hombres. Ejemplo de ello en la mentalidad paramilitar fueron los corregimientos de Buenos Aires en el municipio de San Luis; la vereda La Enea en San Vicente, el corregimiento el Aro en Ituango, todos lugares ubicados en el Departamento de Antioquia.

Esa misma táctica golpeaba etnias con sólidos valores colectivos y comunidades históricas como los afrodescendientes acostumbrados a trabajar colectivamente sus tierras. Ejemplo de una etnia fuertemente afectada por los avatares del conflicto armado y la rudeza de las FARC, son la comunidad Uwa. Pueblo perteneciente a la familia lingüística chibcha, ubicados en la cordillera oriental en departamentos como Boyacá, Norte de Santander,

Santander del sur, Arauca y zonas del Casanare, perseguidos y desarraigados por las guerrillas (El Cocuy, 2015).

Pero igualmente, si la convención americana permite en su art. 44 la posibilidad de que grupos de personas presenten denuncias contra los Estados del sistema OEA por violaciones de derechos humanos, es viable entender que existen violaciones colectivas de derechos humanos, como las denominadas *masacres* (lenguaje sociológico, no jurídico), pues en unos mismos hechos se vulneran derechos en masa y para ello no se necesita pertenecer a comunidades históricas ni a etnias, exclusivamente. Incluso comprende casos de miembros de personas jurídicas, como la demanda que realizó el Partido Unión Patriótica ante más de 4000 militantes asesinados con la complicidad de servidores públicos en muchos casos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, ha tratado varios casos de este tipo; referiremos dos solamente: caso de las masacres de Ituango vs Colombia y el caso Peroto y otros vs Venezuela en las sentencias del 1-07-2006 y 28-01-2009.

Pero es imprescindible indicar que el concepto *humanidad* como sujeto ha alcanzado tal interpretación en tratadistas y jueces internacionales, que también es considerado en términos generales como *víctima*, sino, ¿cuál es el alcance del vocablo *crímenes de lesa humanidad*? Luban (2011), trae la historia del concepto:

No existe documentación acerca de cómo los redactores de la Carta de Núremberg llegaron a elegir el término *crímenes contra la humanidad*. El término fue escogido por el Juez de la Corte Suprema de EE.UU., Robert H. Yackson, quien fue jefe de los fiscales estadounidenses y de la delegación estadounidense en la conferencia de Londres que elaboró la carta. Yackson consultó al gran doctrinario de Derecho Internacional, Hersch Lauterpacht,

pero él y sus colegas decidieron no documentar sus deliberaciones, aparentemente para no generar polémica. En 1915 los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia habían denunciado el genocidio de los armenios turcos como *crímenes contra la civilización y la humanidad* y la misma frase aparece en una propuesta de 1919 para enjuiciar a los autores turcos (Luban, 2011).

La frase ha sugerido dos sentidos: en primer lugar, delitos que agravan no solo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. En segundo lugar, estos delitos lesionan el núcleo de la humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza. El autor concluye que la idea es sustituir la clasificación de bienes jurídicamente protegidos por el Derecho Penal, añadiendo que hay delitos que atentan contra la cualidad de ser humanos.

En Colombia, crímenes como la desaparición forzada, practicados con crueldad y continuidad por los actores armados, son ejemplo de ello. No solo son víctimas los familiares del *desaparecido* por causa política, sino el conjunto de la humanidad, pues tal lesión atenta contra los mínimos valores éticos comunes a todas las culturas, pero para efectos de reparaciones, solo le corresponde a los familiares directos o indirectos.

Se quiere resaltar de todas maneras, el protagonismo de las *víctimas* en la normativa internacional, tanto de derechos humanos como en el derecho internacional humanitario. Es más, hay autores que señalan la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos en la propia Corte Penal Internacional y concluyen que se ha extendido el concepto de víctima en la propia jurisprudencia con el paso del tiempo, lo cual, por nuestras situaciones particulares del conflicto social y político colombiano, también han realizado algunas de nuestras máximas cortes «La influencia en la CPI de la jurisprudencia

de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas») por Olásolo, H. y Galain, P. compilados por Ambos & Malarino (2011, pág. 379).

2.3.2. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Verdad, justicia y reparación son los tres derechos reconocidos en fuentes internacionales y nacionales a las víctimas. Inicialmente, la Asamblea General de la ONU (resolución No 40/34 del 29-11-85) emitió esta norma, pero su énfasis radicaba no en los conflictos armados nacionales o internacionales, sino como lo decía el numeral 1: «como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder» (resolución 40/34 citada).

Igualmente, otra resolución de manera más sistemática («conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad»: anexo al informe del relator especial, 1998) acoge y desarrolla estos derechos que con posterioridad vienen a ser actualizados mediante otras resoluciones:

- El anexo al informe de la consultora Diane Orentlicher, del 1 de febrero de 2005 (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2005).
- Y la resolución No 60/147 del 16 de diciembre de 2005 (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2005). Adoptada por la Asamblea General con el título «principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones».

En dicha resolución se alude en los considerandos al derecho a un recurso de las víctimas de violaciones de normas internacionales de derechos humanos, se recuerda los principios fundamentales de justicia y de manera específica priorizamos el siguiente argumento: «destacando que los principios y directrices no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido» (resolución precitada pag.189) confirma la naturaleza y alcance que se le otorga a estos principios al bautizarlos como modalidades, procedimientos y métodos, aunque bajo nuestra consideración, no son métodos, sino pautas de interpretación de precisa finalidad, pues se convierten en criterios a tener en cuenta en la aplicación de obligaciones internacionales de los Estados.

Así entonces trataremos de realizar una clasificación, cuya taxonomía viene ordenada desde el texto y puede configurar una variedad o conjunto de conceptos que desarrollan comportamientos relacionados con derechos y con obligaciones recíprocas. Basados en la resolución No 60/147 del 16 de diciembre de 2005 de la ONU, estos son algunos estándares:

2.3.3. DEL DERECHO AL SABER O A LA VERDAD

Ambas palabras se utilizan, aunque *verdad* ha alcanzado mayor consenso y universalidad en su uso. La resolución en primer lugar redacta el principio número uno de carácter común con el título «obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas

eficaces para luchar contra la impunidad», indicando la gravedad de una situación como la impunidad puesto que la ausencia de justicia no solo ofende y humilla al sujeto afectado sino que describe a un Estado debilitado en su gobernanza, a una justicia penal desafiada por el delincuente, a una sociedad civil expectante que se aproxima a la justicia *por propia mano* o a la retaliación desordenada y visceral.

Del principio 2 al principio 18 se describen los estándares, que comprenden globalmente: definición del derecho, recursos, garantías procesales y herramientas prácticas.

2.3.3.1. VERDAD Y SABER

En los principios 2 y 4 titulados *el derecho inalienable a la verdad y el derecho de las víctimas a saber* hay una leve distinción: el primero es una norma que describe el derecho a la verdad como un derecho colectivo, pues delinea que el sujeto *pueblo* debe conocer la verdad de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la comisión de crímenes graves, sus circunstancias y motivos. No habla de los sujetos victimarios y señala un fin: buscar la no repetición de dichos crímenes. Se deduce que la sola narración de los hechos reivindica a la víctima. Porque la verdad en sí misma como relato presumiblemente veraz *reconoce* el crimen, levanta a la víctima a sitio de honor, dignifica.

El principio 4 —saber— lo que hace es destacar la imprescriptibilidad de la verdad respecto del familiar y sujeto afectado y el derecho a conocer qué pasó.

2.3.3.2. EL DEBER DE RECORDAR

Es una norma que apuntala la necesidad del *recuerdo* como valor, la importancia de los archivos, la crítica a tesis revisionistas negadoras de la verdad de los hechos transcurridos y que reclama en favor de los pueblos el conocimiento de lo acontecido como *patrimonio histórico*. Más allá de la norma y su redacción, este tema —El recuerdo— introduce el debate de la fenomenología de la memoria, en tanto se puede problematizar lo que es reminiscencia, retención de conocimiento, el valor de acordarnos de los hechos y de los afectos y narrar desde la conciencia temporal con dolor y con alegría o desde cualquier otro sentimiento, generando en los seres humanos procesos de recordación sanos o traumáticos. Por Sigmund Freud sabemos que no hay un original de la memoria, los recuerdos no expresan los hechos que fueron sino como se formaron en la memoria. El recuerdo nos instala en otro derecho: la identidad.

2.3.3.3. GARANTÍAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO AL SABER

Dicho principio propone la necesidad de medidas adecuadas por los Estados para que el ejercicio del derecho de las víctimas a saber, sea realidad. Recomienda la creación de comisiones de la verdad o de la investigación para establecer los hechos y su hilo conductor como procesos relacionados con violaciones a los derechos humanos.

La redacción de la norma parece un discurso de un ensayo académico, no tiene la estructura de un silogismo, que clásicamente se enseña en el Derecho, con premisas mayores, menores y una conclusión.

2.3.3.4. RESPECTO DE COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

Los principios numerados 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 están redactados respecto de la generación de las comisiones de la verdad como herramienta principal de dicho derecho y detalla algunas pistas acerca de su funcionamiento. Algunas características son:

- Las comisiones hacen verdaderas tareas de investigación acerca de los hechos y su reconstrucción e interpretación.
- Los relatos deben reconocer lo que antes se negaba, lo cual introduce la discusión sobre verdad histórica enfrentada a la verdad procesal.
- Se debe hacer consultas a las víctimas, supervivientes.
- Deben tener procedimientos que garanticen independencia, imparcialidad y competencia en derechos humanos y en derecho internacional humanitario.
- Sus miembros se podrán beneficiar de inmunidades y privilegios.
- Al elegir a sus miembros debe garantizarse representación de grupos sociales, mujeres, puesto que son sujetos vulnerables a toda clase de violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario DIH.
- Definición acerca del mandato, su fin, diferencias con justicia administrativa, penal o disciplinaria.
- Pueden hacer comparecer forzosamente a declarantes y están facultadas para investigar toda clase de violaciones.
- Deben preservar las pruebas y los archivos.
- Deben disponer de medios financieros para su independencia al actuar.
- Deben tener materiales y dotaciones como personal suficiente.
- La comisión puede recomendar cambios de tipo legislativo y administrativo.

- El informe final debe hacerse público, pero por mandato de confidencialidad, pueden tener partes en reserva.
- El principio 9 alude a las garantías que deben tener las personas acusadas, como ser escuchadas, exposición veraz de su versión, derecho de réplica.
- El principio 10 alude a las garantías relativas a las víctimas y a los testigos relacionados con la voluntad y emisión libre del consentimiento, el rol de los trabajadores de la salud mental, los gastos a cargo del Estado, la protección de la información que pueda identificar un testigo, entre otras garantías.

2.3.3.5. ARCHIVOS O EL DERECHO A LA MEMORIA

Los principios 14, 15, 16 y 17 están redactados para los archivos y labores de protección de la memoria que es resultado del contenido del derecho a la verdad, materializado a través de esta comisión. Archivos que implican inversiones materiales, para su guarda y conservación, grados de cooperación entre autoridades y miembros de la comisión de la verdad, la información como derecho de acceso al que tiene toda persona interesada, entre otros ejemplos.

Sobre el mismo tema de los archivos, es un poco específico el principio número 18 relativo a medidas sobre procesos de restablecimiento de la democracia y la paz, donde juegan un papel clave. La norma señala la importancia de archivos de lugares de detención e incluye terceros países que pueden tener información sobre detenidos o crímenes graves cometidos.

La memoria nos introduce en otro debate: La experiencia constituyente del sufrimiento hace a la víctima. Reyes Mate habla de la *justicia anamnética* (Sucasas &

Otros, 2010, pág. 71), justicia contemporánea, que surge como clamor de muchos, cuando las guerras han destrozado al hombre y la condición humana está en juego.

Cultura de la memoria es un término que define una época, la nuestra, en que el pasado ha cobrado un protagonismo sin precedentes. La memoria se recupera, se conserva, se cultiva, se legisla sobre la memoria y se introduce en los planes de estudio. Hay deberes y éticas de la memoria, existen memorias del duelo, memorias hegemónicas, subversivas, ejemplares, así como usos y abusos de la memoria. El término memoria expresa una amplitud de significados y problemas: identidades personales y colectivas, herencias y saberes culturales, vacíos u olvidos de la historia, derechos, traumas colectivos, la violencia social y su representación. ¿De qué hablamos cuando hablamos de la memoria? (Sucasas & Otros, 2010, pág. 131).

2.3.4. DEL DERECHO A LA JUSTICIA

Comprende los principios numerados del 19 al 30 y divide el texto en tres partes: principios generales, delimitación de competencias entre jurisdicciones nacionales, extranjeras, internacionales e internacionalizadas y medida restrictivas incorporadas a determinadas normas del derecho que se justifican por la lucha contra la impunidad.

Es de advertir que el derecho a la justicia está más determinado por el concepto *derecho de acceso a la justicia*, en tanto es un sistema o estructura compleja, con múltiples procedimientos, con manuales de conducta, con jueces de inferior y superior jerarquía.

La declaración americana y la convención americana de derechos humanos han consagrado una serie de principios y obligaciones relacionados con este Derecho. La Corte Interamericana ha establecido:

El artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la convención americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. El artículo 25 constituye uno de los pilares básicos, no solo de la convención americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática... Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1(...) que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza (Sentencia Serie C No 42, 1998).

2.3.4.1. DEBERES DE LOS ESTADOS EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Este es el principio general. Y plantea la imperiosa necesidad de realizar investigaciones rápidas, minuciosas y adoptar medidas apropiadas respecto de los autores de las violaciones de derechos. Indica igualmente, que, aunque los Estados tienen la iniciativa oficiosa de investigar y enjuiciar, deberían existir normas complementarias para que las propias víctimas, familiares y herederos, tengan iniciativa y se constituyan en parte civil en los procesos penales. Alude también, a la participación legítima de ONG en los procesos judiciales.

2.3.4.2. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JURISDICCIONES Y DIFERENTES TRIBUNALES:

Comprende dos principios. El primero —número 20— señala que la competencia para el estudio de las violaciones graves de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, sigue siendo jerárquicamente la de los jueces nacionales. Y será siempre subsidiaria o complementaria la de tribunales internacionales.

Este criterio se mantiene en el plano del Derecho Internacional Público respecto de los asuntos que estudian las Cortes Internacional de Justicia de la Haya y la Penal Internacional. Pero a continuación, señala que podrá haber un tribunal con competencia concurrente de orden Internacional o internacionalizado, si los tribunales nacionales no ofrecen garantías o si es casi imposible lograr materializar la justicia.

Después, señala que los Estados que ratificaron o se adhirieron al Estatuto de Roma, deben cumplir obligaciones. Y sus órganos de justicia deben colaborar en la detención y entrega de personas sospechosas o acusadas y en la práctica de pruebas cuando fuere necesario.

El principio número 21 describe la necesidad de medidas eficaces para permitir que la jurisdicción universal, con competencia sobre conocimiento de delitos graves, pueda actuar dentro del país. Incluye el deber de extraditar para ser juzgados en un tribunal internacional, de lo contrario se enjuicia en el derecho nacional.

Este es uno de los asuntos más importantes frente al proceso de paz actual, por interpretaciones relacionadas no solo respecto de este estándar, sino con respecto a otros. Un ejemplo sobre el debate de eficacia es una sentencia con condena no cumplida y con reo

ausente. Este debate de la eficacia se extiende a otro: ¿las penas alternativas pueden remplazar las penas básicas? Estos son entre otros, los dilemas jurídicos a resolver en la práctica.

2.3.4.3. MEDIDAS RESTRICTIVAS QUE SE JUSTIFICAN POR LUCHAR CONTRA LA IMPUNIDAD

Comprende estándares numerados como principios del 22 al 30. Por su importancia, los describiremos y comentaremos uno por uno:

2.3.4.3.1. CARÁCTER DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS: Plantea la necesidad de medidas de restricción respecto de diez instituciones jurídicas muy conocidas, que por su naturaleza a veces excepcional en su funcionalidad, no se deben aplicar para crímenes graves de Derechos Humanos y del Derechos Internacional Humanitario, o se deben limitar. El estándar señala palabras claves como «incorporarán garantías contra las desviaciones que puedan dar lugar» al uso de estas instituciones. Luego se redacta un estándar u orientación específica para cada institución, en los principios siguientes.

2.3.4.3.2. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN: Indica tres reglas todas de alta importancia:

La primera redacción expone que, para el tipo penal tanto en sus diligencias como en las penas, este término de prescripción para cerrar una investigación o no abrirla, se debe interpretar con una excepción: no podrá correr o contarse en aquel período de tiempo en que se demuestre que no hubo recursos judiciales eficaces contra la infracción.

La segunda señala que existen delitos en el derecho internacional público de naturaleza imprescriptible. Y, por lo tanto, la institución de la prescripción no se aplica. Se puede ejemplificar con dos delitos graves: la desaparición forzada y el genocidio.

La tercera idea impone la prohibición de invocarse la prescripción en acciones civiles o administrativas a iniciativa de las víctimas y apoderados con el fin de obtener reparaciones.

En síntesis, son realmente tres garantías nuevas que se otorgan a la parte débil, para evitar la impunidad en un conflicto armado o en un juicio contra un criminal de guerra o de lesa humanidad. Ya que es conocida la actitud de ciertos parlamentos y dictaduras militares de autorregularse y auto legislar en favor de sus miembros acusados de graves crímenes, para lo cual se valían de esta institución jurídica, beneficiando sus intereses personales.

2.3.4.3.3. SOBRE LA AMNISTÍA: En principio recordemos que una amnistía es una institución jurídica que perdona la investigación penal iniciada y aún sin terminar. Es un beneficio exultante del poder ejecutivo y del legislativo en el Estado de Derecho. Con respecto de los sectores civiles alzados en armas contra el régimen constitucional. O en el caso de conspiradores, si se hace referencia a golpes de estado fracasados con servidores públicos detenidos o en fuga.

El tratadista Luis Carlos Pérez, lo dice con sencillez así:

Una amnistía borra por completo todo rastro de delincuencia política, dejando libres en sus lugares y con todas las garantías que antes gozaban, a los beneficiados por ella. Solo queda pendiente el resarcimiento de los perjuicios por los daños de las distintas infracciones encadenadas que es

cuanto integra el complejo de la criminalidad política. Y si la ley no dispone expresamente que esta indemnización debe quedar a salvo por parte de quienes causaron el riesgo, el peligro o el daño, el propio poder gubernamental debe ofrecer esa indemnización a los particulares afectados. En cambio, el indulto general es un perdón de la pena general. Supone que los infractores hayan sido procesados y condenados, puesto que no se puede perdonar o indultar sino la pena decretada. En cambio, es posible olvidar la que todavía está en camino de imponerse (Pérez, 1987, pág. 7).

Con los anteriores elementos teóricos describamos y comentemos las reglas respecto de esta institución:

- Prohíbe esta medida si el Estado ha incumplido las obligaciones internacionales de que hablamos en el principio número 19, relacionado ante todo con la imparcialidad e independencia de los jueces y con el deber de enjuiciar los más graves crímenes.
- Evoca el criterio de que si se decreta una amnistía no se puede afectar el derecho de las víctimas a la reparación.
- Un principio más indica que los delitos e infracciones cometidos en razón de ejercer los derechos de libertad de expresión y de opinión no deben implicar aplicar esta institución que equivale al reconocimiento de culpa. Para mantener la defensa de las libertades deducidas de los derechos de expresión y opinión, plantea la creación de una ley que anule esas investigaciones, otorgando libertad sin condiciones ni plazos a quienes son perseguidos por estas prácticas cuyo marco de discusión son la libertad de expresión en su más amplio contenido y sus derechos derivados (información, opinión, réplica, prohibición de censura, etc.).

- El cuarto estándar expresa que aquel sujeto a quien se le aplicare la amnistía, podrá en cambio de ésta solicitar que se revise su proceso si alega juicio imparcial y pruebas obtenidas bajo torturas o tratos degradantes. Se refiere a delincuentes políticos que no estén cubiertos por la situación anterior sobre los denominados “delitos de opinión”.

2.3.4.3.4. SOBRE EL DERECHO DE ASILO: En Derecho Internacional Público, la institución del asilo político se define en cabeza del súbdito del Estado o del individuo. Quien, al sentirse perseguido por los propios servidores públicos del Estado, del cual es nacional, a causa de sus ideas y creencias políticas, religiosas, filosóficas, solicita ingreso a otro Estado o a su territorio para acceder a garantías para su vida y sus libertades.

La norma trae a colación el artículo 1 de la convención sobre el estatuto de refugiados de 1951, que es un status diferente y semejante. Pues el refugiado por causa de un conflicto armado o por razón de desastres naturales, se moviliza y emigra hacia otro país y está en calidad de refugiado con apoyos de asistencia humanitaria. Y puede con posterioridad ser asilado o no.

Expresamente la norma prohíbe que aquellos sujetos, presuntos autores de graves crímenes de derecho internacional, no pueden recibir los beneficios del estatuto de refugiados ni de la condición del asilo político. Sin embargo, hay un caso de excepción que trae el principio 28, que se comentará adelante.

Es de advertir entonces que aquí no vale la condición de delincuencia política ni de levantamiento en armas para justificar las acciones cometidas. Hay límites claros por la comisión de delitos que ofenden al conjunto de la humanidad y el asilo está restringido. Es

este estándar uno de los aplicables al caso colombiano que en adelante se desarrollará con detenimiento.

2.3.4.3.5. RESTRICCIONES A LA EXTRADICIÓN Y AL PRINCIPIO APLICABLE DE NON BIS IN IDEM: El principio *non bis in idem* significa que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa. El fundamento de este principio procesal está dado por un principio superior, que es el de *seguridad jurídica*. El cual impide que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a investigaciones, cuando ya ha sido condenado y cumplida su condena o haya sido absuelto.

La extradición es una institución jurídica de colaboración entre los Estados y sus órganos de justicia. Y por la cual, cuando un delincuente comete un delito en varios territorios, puede ser enviado a ser juzgado bajo ciertas condiciones, al otro Estado que lo reclama. Es de recordar que en la codificación penal colombiana está prohibido extraditar delincuentes que hayan cometido delitos políticos. (ley 59 de 2000, art.18).

El principio 26 señala varias pautas en torno a esta institución:

- El autor de delitos y crímenes graves que vulneren los Derechos Humanos e incurra en infracciones al Derecho Internacional Humanitario, no podrá alegar en su favor disposiciones favorables a los delitos políticos ni al principio de no extradición de los nacionales de un Estado.
- No se debe extraditar a estos autores de crímenes graves si se tiene la idea que el Estado requirente puede aplicar la pena de muerte contra dicho sujeto.

- Se debe negar la extradición si se considera que en el Estado que lo requiere se cometen violaciones a los Derechos Humanos, se apliquen tortura, detenciones ilegales u otras conductas reprochables.
- Cuando se procesa a un delincuente por un delito grave, pero la finalidad es sustraerlo de otra investigación por o si no hubiere imparcialidad o por comisión de delitos internacionales, se rechaza tal enjuiciamiento que posee pretensiones de evitar su enjuiciamiento posterior.

2.3.4.3.6. RESTRICCIONES A LAS JUSTIFICACIONES QUE PUEDAN VINCULARSE

A OBEDIENCIA DEBIDA, LA RESPONSABILIDAD SUPERIOR Y EL CARÁCTER

OFICIAL: La obediencia debida es un principio usado en las fuerzas militares y en los códigos penales militares que tiene el carácter de eximente de responsabilidad cuando se comete e incurre en delitos e ilícitos en cumplimiento de una orden superior. Se ha usado la *tesis de causal de justificación* para excluir la antijuridicidad de la conducta del servidor público que obedece.

En nuestro país, las sentencias de la Honorable Corte Constitucional números C-578 de 1995 y C-431 de 2004, coinciden con los parámetros internacionales que a continuación resumimos, para no utilizar este criterio como ex culpante de la violación grave de derechos humanos y la comisión de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

El principio 27 indica:

- En primer lugar, que la obediencia debida no exime de responsabilidad, aunque podrá reducirse la pena si se está conforme a derecho.

- La segunda regla señala que si los subordinados cometieron violaciones no exime de responsabilidad a los superiores, si sabían o tenían motivos para saber de las circunstancias o sino tomaron medidas para impedir el delito.
- A su vez, manifiesta la tercera regla de este principio, que el hecho de que un autor de delitos internacionales desempeñe funciones oficiales, incluso si es un jefe de gobierno, no lo exime de responsabilidad penal o de otro tipo, ni siquiera de reducción de la pena.

La Corte Constitucional (Sentencia C-578 de 1995, 1995) argumenta así en la primera sentencia arriba citada:

Sin perjuicio de aceptar la validez general del principio de jerarquía y de estricta obediencia en el campo militar, con las consecuencias vistas, se pregunta la Corte si las órdenes manifiestamente antijurídicas - lo son aquellas que de manera notoria violan la Constitución Política, las reglas y principios del derecho internacional humanitario y las prohibiciones o restricciones absolutas que deben observarse incluso bajo los estados de excepción, deben ser obedecidas por el subalterno y ejecutadas por éste “con exactitud y sin vacilación”, aún en el evento de que sea consciente de la antijuridicidad de la orden o que deba serlo por las circunstancias en que se produce su emisión o ejecución y si por consiguiente, en este caso, compromete, junto al superior, su responsabilidad.

La tesis de la irresponsabilidad absoluta del subalterno que ejecuta la orden presupone un deber profesional suyo que le obliga a una obediencia

igualmente absoluta e incondicional de todos los mandatos del superior, independientemente de que sean legales o ilegales y que las trazas de su antijuridicidad o arbitrariedad que su cumplimiento envuelva sean notorias o se oculten a su conocimiento. De otro lado, la tesis que admite la exoneración de responsabilidad del subalterno, salvo en los casos de notoria antijuridicidad de las órdenes militares impartidas que no escape a su entendimiento, presupone que el deber profesional de obediencia no es ciego sino reflexivo.

Si a la luz de la Constitución, el deber de obediencia militar tiene forzosamente carácter absoluto, inclusive en las circunstancias excepcionales anotadas, no cabe duda de que en ningún caso el subalterno que ejecuta la orden impartida por su superior podrá ser considerado responsable por el daño y las consecuencias que se sigan de la misma. Si, por el contrario, según la Constitución, el deber de obediencia, pese a poder ser estricto, no tiene el carácter de absoluto o ciego —en el sentido de abarcar las acciones antijurídicas más abiertamente antijurídicas y arbitrarias cuyo carácter y connotación no desconoce el ejecutor—, no podrá sostenerse la pretensión de una eximente absoluta de responsabilidad que beneficie al subalterno, en esta situación excepcional, no ajena a la violación del ordenamiento.” (Sentencia C-578 de 1995, 1995).

En síntesis, este principio no es absoluto y no implica discutir todas las órdenes militares so pena de socavar la autoridad jerárquica de las fuerzas militares; está acorde con la conciencia jurídica universal y con los dictámenes actuales del derecho penal.

2.3.4.3.7. RESTRICCIONES A LOS EFECTOS DE LAS LEYES SOBRE

DIVULGACIÓN O SOBRE ARREPENTIDOS: La redacción de este criterio ordena que el violador de derechos humanos al confesar y colaborar entregando la narración de los hechos, no se le permite recibir eximentes de responsabilidad penal de manera definitiva. Solo se puede rebajar la pena como incentivo a la actitud de contribución a la verdad.

Este criterio en su segundo párrafo señala una excepción al estándar relacionado con la institución del asilo político. Pues expone que si derivado de las revelaciones del autor arrepentido de crímenes graves internacionales, puede haber persecución política o amenazas o conducta similar que le ponga en riesgo, podrá concedérsele el asilo.

La finalidad de la norma puede buscar la protección de la información que entregue el victimario porque podría señalar otros autores que cometieron delitos graves. Y por supuesto, habría que proteger al sujeto.

2.3.4.3.8. RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES

MILITARES: La justicia penal militar solo debe enjuiciar los delitos típicamente militares, propios de su fuero, de las hostilidades militares y sus especificidades y debe excluir el conocimiento de la violación grave de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

En nuestro país, se ha avanzado en aplicar este estándar, por orden de la Corte Constitucional. La gran discusión es que aquellos delitos, graves vulneradores de derechos humanos, nada tienen que ver con el *criterio con ocasión del servicio*, aunque se cometan con ocasión del conflicto armado interno.

2.3.4.3.9. RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD DE LOS JUECES:

El principio 30 alude a la garantía fundamental de la independencia de los jueces y del respeto por su investidura y los requisitos legales que se tiene que llenar para ser elegidos. Si se da la situación de nombramientos ilegítimos o por actos de adhesión, se recurre al principio del *paralelismo de las formas* para su destitución. ¿De qué trata este principio? Consiste en que una decisión no puede ser modificada, derogada o revocada sino por otra decisión dictada por la misma autoridad que dictó la primera y empleando la misma forma.

Es un principio del derecho administrativo que respeta la estructura jerárquica de la administración pública y salvaguarda decisiones irregulares que se toman en contra de servidores públicos que *estorban* precisamente por su imparcialidad, lo cual los hace transformarse en un obstáculo para ciertos intereses gubernamentales.

2.4. DERECHO A LAS REPARACIONES

Aluden al resarcimiento a las víctimas por todos los daños causados, como consecuencia de ciertos crímenes cometidos en su contra.

Comprende 2 secciones y 8 principios. La primera parte lleva el título de «Derecho a la reparación»; la segunda, «garantías de no repetición de las violaciones».

2.4.1. DERECHOS Y DEBERES DIMANENTES DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

El principio número 31 sincroniza el derecho y el deber recíproco señalando que toda violación de un Derecho Humano da lugar a un derecho de la víctima o sus sucesores para obtener reparación y simultáneamente el deber del Estado de reparar.

2.4.2. PROCEDIMIENTO DE LA REPARACIÓN:

Insiste en favor de las víctimas, en un recurso ágil, eficaz, en los planos penal, civil, administrativo y disciplinario. Además, beneficiarse de protección contra toda represalia. Recomienda programas nacionales o internacionales que favorezcan su implementación y evoca que las mujeres y grupos minoritarios deben ser consultados para elaborar y construir los programas de reparación.

2.4.3. PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REPARACIÓN

El principio 33 exige la publicidad en mayor grado por medios de comunicación, en el interior del país y en el extranjero.

2.4.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN

El principio 34 plantea que la reparación comprende medidas de rehabilitación, restitución, indemnización y satisfacción. En el inciso segundo recalca que, en cuanto a la desaparición forzada, deben conocer el desarrollo de los acontecimientos con el familiar; si es del caso, la devolución de los restos.

2.4.5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Comprende los estándares redactados en los principios 35 al 38. Un resumen de cada uno es como sigue:

2.4.5.1. PRINCIPIOS GENERALES

Enfatiza en la emisión de medidas para que no se repitan las violaciones a los derechos de las víctimas. Plantea la generación de reformas institucionales, para que el Estado recobre confianza en la población. O por lo menos, algunas de sus dependencias y órganos. Recomienda incluso unos objetivos específicos al respecto.

2.4.5.2. REFORMA DE LAS INSTITUCIONES ESTATALES

En defensa del Estado Social de Derecho promueve reformas a las instituciones públicas, pasando por la destitución de miembros de las fuerzas militares previo debido proceso o la suspensión al definirse medidas disciplinarias o penales. Generar mecanismos de supervisión de las labores de las fuerzas militares y sus aparatos de inteligencia, que siempre tienen tendencia al abuso y extralimitación de sus funciones.

También recomienda capacitación en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Y a los jueces y servidores públicos de esta rama les exige asegurar el funcionamiento independiente y eficaz de los tribunales.

2.4.5.3. DESMANTELAMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS PARAESTATALES Y DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS NIÑOS

Cubre dos temas de alta importancia; el primero referente a fuerzas paramilitares y a descubrir sus complicidades dentro de las fuerzas armadas legítimas y cortar sus raíces. Así mismo el Estado es responsable de prestar ayuda para que los niños y niñas, excombatientes se reincorporen a la sociedad civil en buenas condiciones mentales.

2.4.5.4. REFORMA DE LAS LEYES E INSTITUCIONES QUE CONTRIBUYAN A LA IMPUNIDAD

Implica el estudio de leyes, decretos y medidas administrativas que han contribuido a la impunidad, para ser derogadas y en su lugar proponer normas garantistas de los derechos.

En síntesis, se encuentra con un variado número de principios generales y específicos. Todos relacionados con los tres derechos de las víctimas, en cuya redacción hay matices, recomendaciones y frases imperativas. Por ejemplo, decir que el recurso de *habeas corpus* es inderogable. Estos principios necesitan un desarrollo legislativo en muchas ocasiones. O cuya precisión, en otros casos, hace innecesaria un presunta reglamentación o descripción en el derecho interno. Pues los operadores judiciales los han aplicado sobre la sola justificación de este instrumento internacional, aprobado en el seno de la Organización de Naciones Unidas.

La anterior afirmación, no elude el debate ético y político que se realice en una sociedad que quiera aplicar mecanismos de justicia transicional. Puesto que sus implicaciones sociales, presupuestales y de legitimación de instituciones estatales, o lo contrario, conllevan a un alto desgaste al gobierno de turno. En el Gobierno del Dr. Álvaro Uribe Vélez, el investigador social Eduardo Pizarro Leongómez presidía la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Y allí se tomaron decisiones que fueron muy polémicas por los criterios restringidos que en dicha institución señalaron con base en el decreto 3391 de 2006, respecto de las reparaciones. Aunque relacionados con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y referidos, por ejemplo, sobre:

- El acceso a la justicia y el desarrollo serio y diligente del proceso de esclarecimiento judicial.
- Criterios sobre identificación de los distintos daños sufridos por las víctimas.
- Criterios referidos a las pruebas de dichos daños, para estudiar la vulnerabilidad de las víctimas.
- Criterios sobre el vínculo entre daños sufridos y medidas de reparación (CNRR, 2007), que, al lado de un presupuesto limitado, generaron algún escozor entre las organizaciones de víctimas, ONG e instituciones internacionales de derechos humanos.

2.5. OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

2.5.1. LAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Se había señalado al principio del anterior capítulo y antes de la clasificación de los estándares, que estos son pautas de interpretación de precisa finalidad. Pues se convierten en criterios a tener en cuenta en la aplicación de obligaciones internacionales de los Estados. Ahora es necesario que se piense directamente en las fuentes de una rama del Derecho tan importante como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo crecimiento y características propias le da un rango de importancia dentro del Derecho Internacional Público.

Según el tratadista Manili (2012, pág. 316) se advierte desde este momento, que existen unos principios generales del DIDH, además de las demás fuentes que el artículo 38

señala del Estatuto que gobierna a la Corte Internacional de Justicia (CIJ, 2015), como conjunto de fuentes del Derecho Internacional Público. Y que, en ellos y otros, se hará especial énfasis. Este reza:

- Artículo 38.** 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

En cuanto a los tratados y convenciones internacionales en derechos humanos, son la fuente principal del origen de las normas. Estando el Estado vinculado al sistema de la organización de Naciones Unidas y al de la Organización de Estados Americanos, en ambos existen tratados celebrados y negociados que luego se ratifican en el derecho interno de clara importancia sobre muchos asuntos que la teoría de los derechos ha clasificado y

que las necesidades de la coyuntura internacional, han demandado como urgentes. Es la fuente de mayores obligaciones para que los Estados garanticen, protejan, satisfagan, promuevan y reparen derechos.

Respecto de la costumbre es necesario recordar que algunas de sus normas importantes están codificadas en el tratado de la convención de Viena (Monroy Cabra, 1995). Que es una especie de código procesal para aplicar a todos los tratados internacionales, en tanto enfatiza procedimientos. La costumbre como práctica generalizada no es una fuente básica para los derechos humanos. En cambio, para el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Humanitario, es clave por recoger históricamente conductas normatizadas de relieve jurídico al tener vigencia y ejecutabilidad.

Los principios generales del Derecho exigen una distinción, puesto que unos son los del Derecho Internacional Público y otros los relacionados directamente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los primeros se aplican respecto de sujetos de derecho internacional —ahí cubre tanto a los Estados como a los individuos—, y algunos son denominados de *ius cogens* o de imperativo cumplimiento. Principios como *pacta sunt servanda* (deber de cumplir lo pactado) o *nemo propriam turpitudinem allegans, non est audiendus* (nadie puede alegar su propia torpeza) hacen parte del valor histórico de las relaciones internacionales en la celebración y ejecución de negocios interestatales. Son de uso permanente en las relaciones diplomáticas y en los tribunales internacionales cuando de conflictos jurídicos se trata.

En cambio, el DIDH ha logrado construir principios relacionados con su teoría que clasifica el Dr. Manili, así:

2.5.1.1. PRESUNCIÓN DE AUTO EJECUTIVIDAD: se refiere a la aplicación inmediata de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos e implica que dicha aplicación sea enseguida, sin tardanza, sin recurrir a leyes del derecho interno que los reglamenten.

En la carta política de 1991, en el artículo 85 (Henaó Hidrón, 2013) se señalan 23 artículos y, por ende, 23 derechos de aplicación inmediata, para mayor seguridad y confirmación de este criterio. En el Pacto de San José hay una norma que contradice lo anterior al señalar que los Estados deben adoptar disposiciones normativas para hacer efectivos los derechos y libertades. La Corte Interamericana ha interpretado de manera diferente o más bien corregido el alcance de dicha preceptiva: «el sistema mismo de la convención está dirigido a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los Estados para hacerlo» Manili (2012, pág. 316).

2.5.1.2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos funcionan en forma supletoria, secundaria, respecto de las jurisdicciones de cada Estado. Esta coadyuvancia respeta la soberanía estatal y espera que las justicias propias actúen, so pena de activarse los sistemas internacionales —por ejemplo, Comisión y Corte Interamericana, Tribunales Europeos de Derechos Humanos— si se cumple el requisito esencial de *agotamiento de los recursos internos*.

2.5.1.3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: En el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos (ONU, 2013, pág. 15) se establece que: «todos los pueblos y naciones... aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos».

Lo que dicta esta norma es que la eficacia de algunos derechos exige medidas progresivas como emitir políticas públicas y generar presupuestos que hagan viable esos derechos. Nos referimos ante todo a los derechos económicos, sociales y culturales. Busca extender los derechos a cada vez más personas, sean reclamado o no.

2.5.1.4. PROVISIÓN DE UN ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN: Se debe establecer pautas mínimas a las que los Estados se obligan. Apuntan estas pautas a los derechos en cantidad y calidad. Igualmente, en cuanto a estudiar estándares se colige hablar de grados, y posibilita que el Estado se comprometa con escalas de los mismos hasta su plena y real garantía o protección. Precisamente la selección de los estándares internacionales frente a los derechos de las víctimas y como referente el proceso de paz, le da significado a esta investigación, y es desarrollo de este principio.

2.5.1.5. IRREVERSIBILIDAD: Si un tratado reconoce un derecho como inherente a la persona humana, no puede haber posibilidad de retroceso y derogatoria. Manili señala: «creemos necesario hacer una precisión: que el principio requiere, para su funcionamiento, la existencia de una cláusula de derechos implícitos o no enumerados en la constitución nacional. En Derecho Constitucional Comparado, las cláusulas derechos implícitos,

invariablemente hacen referencia expresa o implícita a la dignidad de la persona humana como fuente de derechos, la cual —huelga decirlo— es también fuente de inspiración de los derechos humanos contemplados en el derecho internacional.» (Manili, 2012).

2.5.1.6. CONVERGENCIA CON EL DERECHO INTERNO: El Derecho Internacional Público, el Derecho Penal General, el Derecho Administrativo contribuyen en sus relaciones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a generar instituciones y procedimientos, para su adecuada aplicación. Siempre han existido teorías monistas y dualistas en la historia de las conexiones Derecho Internacional Público vs Derecho Interno, que han apelmazado posturas a veces radicales.

Respecto del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Interno, la institución francesa que se ha copiado del Bloque de Constitucionalidad, por decisión de la Corte Constitucional *9, ha solucionado la aparente contradicción, puesto que la integración de los tratados de derechos humanos a las normas constitucionales, han permitido una adecuada vinculación obligatoria de sus contenidos con las leyes internas y la jurisprudencia de los jueces constitucionales, así como las teorías del sistema de protección interamericano, se han armonizado incluso con decisiones sobre reparaciones y derechos de víctimas, emitidas por el Consejo de Estado, máxima autoridad contenciosa administrativa en Colombia.

Las soluciones en cada caso concreto y la herencia de una jurisprudencia juiciosa en sentencias de casos paradigmáticos por la Corte Interamericana, han influido para que se unifiquen posiciones y se sepa el camino procesal y el alcance de muchos derechos

humanos, a pesar de que los ciudadanos reclamen en cantidad más unos —vida, libertad, prohibición de desaparición— que otros menos desarrollados.

2.5.1.7. PRINCIPIO PROHOMINE: Mónica Pinto de manera sintética expresa:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 2000).

Está consagrado en varias normas internacionales, pero destacamos el artículo 5 del PIDCP (ONU, 2013) pues manifiesta con contundencia que ninguna norma puede destruir derechos y libertades, y el artículo 29 de la CADH que en cuatro incisos declara que ninguna norma puede impedir el goce y ejercicio de derechos y libertades, así como consagra la prohibición de excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática de gobierno.

Respecto de otras fuentes, las declaraciones, resoluciones y otros pronunciamientos de órganos internacionales, creados en virtud de tratados, son necesariamente de consulta, mas no son reconocidos como fuentes vinculantes y los documentos de una organización

internacional o intergubernamental no obligan tampoco para otra organización con diferentes o iguales miembros adscritos como socios.

Igualmente es conocido el criterio acerca de que la Doctrina y la jurisprudencia son fuente subsidiaria de Derecho, pero son tenidos en cuenta, puesto que por ejemplo los informes de relatores especiales, de grupos de expertos, contribuyen e influyen en la toma de decisiones en la ONU como en la OEA y tienen valor jurídico. En esta investigación, la Jurisprudencia es muy importante puesto que ha precisado el alcance de normas internacionales y sus decisiones están incorporadas por el bloque de constitucionalidad para el caso colombiano; ha adquirido entonces el talante de fuerza vinculante al igual que un tratado internacional de primera línea. La Jurisprudencia ha alineado a los jueces y académicamente los ha puesto a conversar en el contexto latinoamericano y mundial desde el DIDH y para sus aplicaciones concretas.

2.5.2. EL DEBATE EN COLOMBIA POR LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Ahora, dados los elementos teóricos que nos ubican en los estándares enlistados en relación a las víctimas; dadas las fuentes del derecho internacional, y ubicados en un entorno de negociación política de paz, la polémica en Colombia sobre dos asuntos nucleares, se convierte en conversación cotidiana y en asunto académico básico. Los dos asuntos se refieren a dos problemas y al asumir su significación, hay que remitirnos a la existencia de estándares internacionales.

El primer asunto tiene que ver con las sanciones a la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en la cual han incurrido miembros del Secretariado de las FARC, así como militantes rasos; los primeros en calidad de autores intelectuales, los segundos, en calidad de autores materiales. Este problema se interroga así: ¿van a pagar pena por graves crímenes de trascendencia nacional? ¿Solo van a pagar penas alternativas? ¿La impunidad sobrepasa sobre el derecho a la justicia? ¿Por qué los paramilitares pagaron de cinco a ocho años como pena mínima y los de las FARC, no van a pagar nada?

El segundo asunto tiene que ver con el acuerdo parcial de participación política o los derechos políticos de los guerrilleros y terroristas. El problema es de este tenor: ¿Le vamos a dar derechos políticos a los guerrilleros de las FARC? ¿Pueden ser candidatos o miembros del Estado en cargos públicos? ¿Por qué se dice que les van a devolver las curules que tenían algunos de ellos cuando estaban representando a la Unión Patriótica?

Estos dos asuntos y el de reparaciones definen el futuro y presente de la negociación política de paz; sin resolverlos adecuadamente, no habrá paz política en Colombia y por sus ramificaciones e importancia los hemos escogido para estudiarlos en capítulos separados. Sobre estos problemas hay que preguntarnos como investigadores sociales, si los estándares internacionales son un obstáculo para su negociación o si una hermenéutica contextualizada permite decidir resolverlos, aunque en la opinión pública, los comentarios y posiciones ideológicas indican que existe una postura desfavorable a su aceptación, si hubiese solución jurídica en contravía de las demandas ciudadanas. En Colombia no se conocen los acuerdos de paz y ya existen actitudes comportamentales en contra de los nudos que se nos ofrecen como problema a resolver. El tema de la paz y de la justicia transicional debe superar los mecanismos que sirven de barreras mentales o ataduras rígidas para cambiar de posición

desde el punto de vista racional o para superar temores o para comprender que ante ciertos hábitos hay que romper radicalmente la conducta, porque la realidad primero nos demostró dicho cambio.

Humberto Sierra Porto, hoy magistrado de la Corte Interamericana de derechos humanos, señala que:

Una de las funciones principales de los tribunales internacionales a través de su jurisprudencia, es la de crear estándares, reglas comunes de comprensión de los instrumentos sometidos a su vigilancia y control, que permiten a los países desplegar un margen de configuración interna de la norma internacional de que se trate, todo lo cual revela un respeto a su soberanía y al principio democrático (Sierra Porto, 2013).

Los estándares entonces hacen efectivos ciertos derechos y depende de la interpretación de estos dos asuntos y de su salida jurídica, como accedamos los colombianos a una probable refrendación de los acuerdos de paz o a su rechazo parcial o referido a estos dos temas.

Se considera que es evidente y claro que los estándares internacionales de derechos humanos, entendidos en su naturaleza como reglas y principios, son de obligatorio cumplimiento para los *Estados—Parte* firmantes de la convención americana de derechos humanos. Y Colombia lo es desde el 31 de julio de 1973 y el 21 de junio de 1985, fecha última esta cuando aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esto implica que el Estado sea denunciado por los individuos ante presuntas vulneraciones de derechos humanos.

Es prudente recordar finalmente que el derecho a la verdad es consecuencia de los artículos 8.1, acerca del debido proceso; 25, sobre garantías judiciales y 1.1, sobre obligaciones de respeto y garantía de la CADH. Igualmente, la Corte IDH ha deducido que el derecho a la justicia está protegido en los artículos 8 y 25 referidos y sobre el derecho a las reparaciones se señala su garantía desde el artículo 63.1 de la misma carta, sobre el principio del resarcimiento de daños.

2.5.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIOPOLÍTICAS

En el discurso de justificación de apertura del proceso de negociación política de paz, el Señor Presidente Juan Manuel Santos señaló entre otras cosas lo siguiente:

Hoy podemos hablar de paz porque el uso de la violencia para alcanzar objetivos políticos es cosa del pasado. Ningún país de la región lo tolera, y en varios hay gobernantes que dejaron atrás la lucha armada y optaron por el camino de la democracia... (El Tiempo, 2012).

Respecto del acuerdo marco entre el Gobierno nacional y las FARC, recordó los temas así:

...El segundo punto son las garantías para el ejercicio de la oposición política y de la participación ciudadana. No solo en la norma, sino en la realidad. Es decir, que quienes disientan y protesten lo hagan sin ningún temor, y que se rompa para siempre el lazo entre política y armas... Y el quinto punto son los derechos de las víctimas. Nadie puede imaginar el fin del conflicto sin atender a quienes han sido sus víctimas, que-precisamente-

es lo que comenzamos a hacer con la ley de víctimas. Satisfacer los derechos de las víctimas es una obligación de todos. Eso significa también emprender un ejercicio de esclarecimiento de la verdad porque no solo las víctimas, sino todos los colombianos, tenemos derechos a saber qué pasó y quienes fueron los responsables (El Tiempo, 2012).

El máximo dirigente de las FARC, el Comandante Timochenko señaló el mismo día entre otras frases y propósitos, los siguientes:

Llegamos a la mesa de diálogos sin rencores, sin arrogancias, a plantearle al Gobierno que considere importante un debate; que no juzgue con ingenuidad nuestros anhelos, que no nos crea incapaces de emprender grandes empresas, que nos reconozca el derecho a tomar parte en las grandes decisiones nacionales (El Tiempo, 2012).

Desde ambas partes estaban claro los fines, los principales temas y la intención de pensar la política y el bien común para el país; ya despuntaba allí el tema de la participación política de los alzados en armas y los derechos de las víctimas como asunto básico del debate. Con el paso del tiempo, hubo acuerdo parcial en los dos primeros temas relacionados con el desarrollo del agro y la participación política y al hacerse los anuncios, la oposición partidista de derecha —el Centro Democrático del Dr. Álvaro Uribe Vélez— fustigó algunos aspectos del procedimiento de la negociación, por su alta reserva y algunos temas de su contenido.

El año 2014 fue clave en la coyuntura política, puesto que se desarrollaban las elecciones presidenciales y se enfrentaron dos fuerzas que polarizaron al país: las gubernamentales construidas por los partidos Cambio Radical, Liberal y la U y las opuestas

del CD. En la primera vuelta asustó el candidato de la oposición Oscar Iván Zuluaga con un triunfo parcial, que llevó a que la izquierda alineada en el Progresismo dirigido por Gustavo Petro y sectores del Polo democrático, encabezados por Clara López Obregón y el senador Iván Cepeda, justificaran la alianza con sectores gubernamentales por la bandera de la Paz. El resultado final fue favorable al Presidente Santos Calderón reelegido (El Colombiano, 2014) por 7.816.684 votos, equivalentes a un 50.95% respecto de 6.904.996 votos o el 45.0% por el Dr. Zuluaga candidato del uribismo.

La oposición, a través de su máximo líder, el ex presidente Uribe era de este tenor:

En nombre de la paz, el Gobierno Santos impulsó la mayor corrupción de la historia caracterizada por el abuso del poder, entrega de sumas de dinero a parlamentarios para compra de votos, oferta de dineros del gobierno a alcaldes y gobernadores para forzarlos a intervenir ilegalmente en la campaña en favor del *presidente—candidato*, compra de votos, violación de la ley de garantías, propaganda ilegal con dineros del Estado con pauta publicitaria que coincide con la publicidad del *candidato—presidente* (El Colombiano, 2014, pág. 5).

La denostación y el denigrar del enemigo político fue la constante durante dos años y jamás hubo posibilidades de acercamiento para el diálogo entre el Presidente regente y el ex presidente Uribe Vélez. Con el pulso de los twists, el uso exagerado de las redes sociales, la presencia en los medios masivos de comunicación, el CD se ganó un lugar en la opinión pública y fue quebrantando los índices favorables al Gobierno Santos de los primeros 2 años de su primer gobierno. Su crítica reiterativa a las políticas del Gobierno y ante todo a la Paz, se fue imponiendo con un martilleo que fue estratégico, pues la

metodología del diálogo de la Habana implicaba pocas ruedas de prensa, confidencialidad de las exploraciones y solo visibilidad para los acuerdos parciales. Mientras tanto, la oposición con la malicia del zorro horadaba y transmitía desconfianza mediante rumores e ideas en borrador que se dejaban traslucir en medio de tanta reserva, respecto de cómo iba desarrollándose el proceso.

Lo curioso de la polarización es que, en las encuestas, los colombianos opinaban a favor de una negociación política de paz, pero a la hora de concretar acuerdos en temas específicos, los resultados eran diferentes. En el año 2013, el proyecto de Opinión pública de América Latina de la Vanderbilt University (El Nuevo Siglo, 2014, pág. 12) o el barómetro de las américas, señalaba que, ante la pregunta de una hipotética victoria de las FARC en las elecciones locales del 2015, un 53.7% no aceptaría dicho resultado, mientras un 35.1% opinaba lo contrario.

Por su parte, el Fiscal General de la Nación, cuestionaba el sistema penal acusatorio para mejorarlo, atacaba las graves penas de la codificación penal y disciplinaria y anunciaba una reforma al código de procedimiento penal, ambientando el tema de las penas, al que ya el CD le había apuntado, pues uno de sus íconos, el ex viceministro Rafael Guarín, había demandado desde el año 2012 el acto legislativo marco jurídico para la paz, buscando su derogatoria ante todo en el asunto de flexibilidad de penas que podría cobijar a las FARC. El Fiscal, ante una pregunta del periodista Yamid Amat, contestó:

¿Esa reforma al código de procedimiento tiene que ver con el posconflicto?

Está ligado al fortalecimiento de la justicia penal en el posconflicto. Es indiscutible que solamente pueden entrar en un proceso de justicia transicional los actores del conflicto, es decir: la insurgencia, las

autodefensas y la fuerza pública. Constitucionalmente las BACRIM, y en general, las bandas criminales no son actores del conflicto y no pueden entrar en la justicia transicional. No pueden ser objeto de las modalidades de justicia transicional. Con las BACRIM no puede haber ningún tipo de negociación dentro del proceso de paz (El Tiempo, 2014).

Uno de los alfiles del Uribismo, el Dr. Alfredo Rangel, respondía en reportaje realizado por María Isabel Rueda, lo siguiente:

Recientemente el expresidente Uribe se reunió con el Fiscal, una de las personas que más ha apoyado al gobierno en las propuestas de máxima generosidad judicial con las FARC. ¿sirvió para algo? ¿Quién debería haber convencido a quién? ...Tenía como propósito hablar de manera franca y abierta de las diferencias con el Fiscal en relación con el tema de la justicia en el marco de los diálogos de paz. Pero desafortunadamente, él no ha variado sus posiciones sobre justicia para la paz. Y nosotros seguiremos insistiendo en que no puede haber paz con impunidad, porque eso seguirá repitiendo ciclos de violencia hacia el futuro y enviaría un mensaje muy perverso a la sociedad colombiana de que el crimen si paga en Colombia. ¿Si una persona mata a otra tiene 60 años de cárcel, pero si mata a mil se perdonan sus crímenes? ¿Y además se le entregan unas curules en el Congreso? (El Tiempo, 2015, pág. 15).

La tensión *Paz—Justicia* estaba en su hervor inicial, el debate pena retributiva-penas alternativas, se extendía en la opinión pública (Ambito Jurídico, 2014, pág. 10); la impunidad total es un asunto que está en el sentimiento de los colombianos, pero que para

el investigador social tiene muchas aristas para poder interpretarlo y resolverlo. Juzgar, por ejemplo, 4000 homicidios de un criminal de guerra es imposible a la luz de la justicia penal ordinaria. La Justicia Transicional se presenta como una opción viable ante una negociación política de paz, pero el timbre de las emociones, el dolor acumulado que ha producido las FARC, está en contravía de los acuerdos.

La academia tiene sus propios dilemas jurídicos: ¿si la competencia de la Corte Penal Internacional es subsidiaria, estará atenta a los sucesos de la negociación, para asumir competencia si considera que se dan ejercicios de impunidad relevantes que no responden a las medidas de los estándares internacionales?

Voces asesoras del gobierno Santos, como el ex juez Baltasar Garzón, ante el interrogante de que si un acuerdo de paz no incluía pena efectiva de la libertad tenía futuro, contestó:

El futuro de la paz de Colombia no depende exclusivamente del establecimiento de penas privativas de la libertad. Tampoco existe un estándar internacional que limite la efectividad de la pena a la pena privativa de libertad tradicional. Que tenga futuro el acuerdo de paz dependería en primer lugar de la voluntad de las partes, y el honor que hagan del cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él. También de la sociedad en su conjunto que vea en su concreción la oportunidad de transitar al fortalecimiento de las instituciones democráticas, inclusivas y garantistas. No se puede tergiversar el papel de la CPI y su competencia ante el incumplimiento del deber de investigar y sancionar las más graves violaciones internacionales. Su rol proviene de una obligación contraída de

manera voluntaria y convencional del Estado colombiano, el cual no limita la capacidad de crear medidas especiales de cumplimiento de penas, o penas alternativas, siempre y cuando estas sean efectivas y permitan contribuir a la garantía de los derechos de las víctimas, la verdad y a garantizar la no repetición de los hechos atroces del pasado (El Tiempo, 2015, pág. 4).

Es de advertir que la Dra. Fatuo Bensouda, Fiscal General de la CPI, envió una comunicación al gobierno nacional señalando que una posible pena privativa de la libertad para los criminales de guerra debe ser efectiva y no un simulacro, lo cual generó una polémica que aún continúa en los medios de comunicación y en los académicos. Exactamente, dijo: «llegué a la conclusión que una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada(...) invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional» (Revista Semana, 2013). Un aire de tranquilidad y de optimismo entregó a la opinión pública el jefe de los negociadores del Gobierno, Dr. Humberto de la Calle, cuando recordando la sentencia de la masacre de Mozote (Sentencia 25/10/2012, 2012) y un salvamento de voto de uno de los jueces, indicó: «en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente» (El Tiempo, 2015, pág. 2).

Pero el entorno político estaba ya subido de tono y en una perspectiva; la que planteó el expresidente César Gaviria en el periódico el Tiempo con su propuesta de justicia transicional. Afirmar que:

Comienzo por señalar que hasta ahora solo se ha hablado de justicia transicional para los integrantes de las guerrillas como para los miembros de la Fuerza Pública tanto por parte del Presidente de la República como de los negociadores. Tal decisión deja por fuera a miles de miembros de la sociedad civil, empresarios, políticos, miembros de la rama judicial que de una u otra manera han sido también protagonistas de ese conflicto y que tienen muchas cuentas pendientes con la justicia colombiana (El Tiempo, 2015, págs. 6-7).

Señaló que otorgar consideraciones especiales a esos otros miembros, ante la experiencia de las normas laxas con los paramilitares, no era justo sin aplicar el principio de igualdad y recomendaba el indulto para los no combatientes.

A su vez concluyó que:

Debemos dejar claro que las responsabilidades de los miembros de las fuerzas armadas, a la hora de aplicar justicia transicional, deben limitarse a las faltas comprobadas y no por omisión. La teoría de los máximos responsables de que habla el marco jurídico para la paz puede ser aplicada a la guerrilla, pero solo puede aplicarse en sentido muy restringido para la alta oficialidad de la Fuerza Pública. Si no actuamos en ese sentido restringido se pueden cometer muchas injusticias que los colombianos no queremos ver contra oficiales o miembros de nuestras fuerzas armadas (El Tiempo, 2015, pág. 6).

Encendido el debate sobre opiniones concretas como estas, el país ha soportado el silencio por los desacuerdos dados entre las partes en el primer semestre del año 2015

respecto de los derechos de las víctimas; entre telones se advertía que a las FARC les interesa sobremanera participar políticamente como una fuerza social que tiene derecho a opinar y que no pagaría cárcel, sino lo hacían otros; de ahí las recomendaciones del Ex presidente Gaviria, puntal de apoyo del Presidente Santos.

Una muestra inequívoca del pensamiento de las FARC, la da Carlos Antonio Lozada en reportaje realizado en junio del 2015. Ante la inquietud ¿qué significa la paz digna para las FARC—EP? Respondió:

El conflicto armado en Colombia no tiene vencedores ni vencidos. La agenda, como un acuerdo entre partes iguales, es un documento que refleja y recoge esa realidad. Siendo así, en la mesa no caben presiones, imposiciones, ni mucho menos ultimátum. De lo que se trata entonces es de consensuar unos mínimos, unos cambios de orden económico, político y social que sienten las bases para que sea posible la participación política abierta en igualdad de condiciones, con plenas garantías de seguridad y derecho a ser gobierno, de las fuerzas alternativas al régimen opresor que hoy existe en Colombia; y aquí nos referimos no solo a las fuerzas rebeldes alzadas en armas; esas mismas condiciones deben darse para todas las organizaciones sociales y políticas que lucha por abrir esos espacios dentro del estrecho comarco del sistema actual (Voz, 2015, págs. 8-9).

En conclusión, la coyuntura política del segundo semestre del año 2014 y del primer semestre del año 2015, ofrece la apertura de discusiones relacionadas con estándares internacionales de derechos humanos y ante todo seleccionamos dos asuntos que consideramos de enorme importancia: la participación política de los alzados en armas y

dentro del derecho a la justicia, las definiciones que se darán en torno al deber de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, relacionado con las sanciones carcelarias o las penas alternativas para los dirigentes y miembros de la base de las FARC.

Estos temas consolidan cualquier acuerdo parcial anterior o precipitan la ruptura de los mismos, estando la justicia transicional en el centro de dicha discusión. Por ello, en capítulos independientes, aportaremos criterios políticos y jurídicos para comprender en su dimensión, las consecuencias que traen para la actual negociación política y para el futuro de la sociedad colombiana.

CAPÍTULO 3: LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

JUSTIFICACIÓN

La participación política de los alzados en armas que firmen un tratado de paz en Colombia es una tradición, y por ello un tema obligado de discusión política para los gobiernos, el parlamento y de discusión jurídica por sus alcances y limitaciones para la rama judicial. Los derechos políticos están en la raíz de las causas motivacionales del conflicto armado, en la justificación de ampliar los espacios democráticos con mejores normas de disputa por el poder político; son fundamentales para el “subversivo” en tanto el desarme y el cese al fuego solo son posibles si reconquistan un lugar en la vida civil y social, aportando ideas, proyectos políticos y ejerciendo la adscripción partidista mediante

la construcción de nuevas fuerzas orgánicas cuyo objetivo es transformar el sistema político colombiano.

Detrás de los derechos políticos hay una confrontación ideológica, unas garantías en juego y la generación de mecanismos prácticos desde el derecho electoral, que posibiliten la mutación del “guerrillero” o delincuente político en ciudadano. Hoy, existe más escepticismo respecto de la capacidad de las FARC de adquirir y consolidar una fuerza política respetuosa de las reglas democráticas, por las heridas dejadas como secuela a lo largo del conflicto armado en la sociedad e igualmente dudas profundas acerca de su nuevo proyecto de sociedad, en tanto “el socialismo” es una utopía frustrada en América Latina y el único prototipo-Cuba- siente la remezón de una crisis económica y política en plena globalización, que lo hace ofrecer sectores de la economía con reglas capitalistas, sin abortar su modelo definitivo.

Garantizar derechos políticos a los miembros de las FARC, bien algunos de ellos o en su integridad, origina simultáneamente otro debate: los acusados por crímenes de lesa humanidad y de guerra, no pueden alegar que su rol era el de delincuentes políticos, pues la comunidad internacional no lo permite, por lo menos en el seno de la ONU y diferencia los grandes crímenes internacionales de los clásicos delitos políticos de rebelión, sedición y asonada.

Su importancia al lado del reconocimiento de los derechos de las víctimas es de insuperable gradación, ya que hace parte del potencial y futuro de los miembros del enemigo del Estado, pues este asunto redefine los cambios al interior de la organización armada. Sin derechos políticos y sin participación electoral, las FARC serían un grupo humano jubilado de la guerra, sin orientación definida. Su destino depende esencialmente

de que en la negociación haya garantías de seguridad, reglas de juego claras con reforma electoral para su participación próxima con nueva identidad política.

Por ello, hacer historia política no solo de algunas disputas por el poder en el Estado colombiano por otras fuerzas, hasta arribar al siglo XX con presencia de las guerrillas, tiene justificación porque muestra ciertos caminos, nuestras formas de solución de conflictos armados y el uso de herramientas jurídicas, que hoy perdieron vigencia parcialmente.

La moderna pregunta por los estándares internacionales tiene conexión con los derechos políticos y se pretende asumir, sin eludirla, porque detrás de su respuesta existe una necesaria confrontación nueva: ¿se conceden derechos limitados o no!

3.1. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS POLÍTICOS?

Los derechos civiles y políticos hacen parte de la trama general de los derechos humanos y se fundamentan en la ideología liberal, por la cual, las libertades cumplen un rol esencial como valores del individuo. La obligación del Estado es la de no violarlos ni por acción ni por omisión, pero ante todo de garantizar su existencia y desarrollo en cada persona.

Tanto la convención americana —en sus artículos 3 a 25— como la declaración universal de los derechos humanos del año 1948 de la ONU, contienen explícitamente el listado de estos derechos, para terminar concertando entre muchos Estados el pacto internacional de derechos civiles y políticos como antecedentes jurídicos (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012, pág. 26), y se convierte en un documento influyente en las cartas constitucionales de América Latina.

Si bien, la consagración de estos derechos es el primer paso. Y el segundo, es el cubrimiento de garantías para su reconocimiento práctico, como obligaciones estatales. Un avance cualitativo ha sido precisar su contenido y alcance, a través de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del sistema OEA y en el caso colombiano, de la Corte Constitucional.

Exactamente los derechos políticos están ligados a la participación —otro derecho— que es conducta básica para darle sentido a la reflexión acerca de la democracia como régimen político y como forma de gobierno. Tanto es así, que en artículo 40 de la constitución política colombiana (Henaó Hidrón, 2013, pág. 26), la descripción de estos derechos posee un enunciado relacionado con la conformación, ejercicio y control del poder político, donde la relación individuos-estado- sociedad civil, es el contexto lógico para comprender cómo se materializa una participación vinculante de la cual se pueda predicar que es una forma democrática de asociación de sus individuos.

Agrupando el listado de derechos políticos, podríamos decir que son cuatro (4) las modalidades, a saber:

- El derecho a elegir o el derecho del sufragio, relacionado con todas las formas de participación que los mecanismos constitucionales y la democracia participativa posibilita: plebiscitos, referendos, consultas populares, revocación de mandatos, elecciones centrales relacionadas con presidencia, cuerpos colegiados, etcétera. Igualmente, la iniciativa ciudadana para proponerle al legislativo, proyectos de ley o de ordenanzas o de acuerdos o la iniciativa para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad.

Es de advertir que esta breve referencia no está ignorando que en la base social se habla de participación ciudadana, en vez de participaciones electorales, respecto de aquellas actuaciones en asuntos micro de interés gremial o por sectores, como lo son, las asociaciones de padres de familia, la pertenencia a consejos de planeación o en áreas de la cultura o de la salud y otros asuntos, donde el individuo en el pensamiento liberal construye democracia por su identidad política con temas de interés específico, donde forja la discusión pública, vive la sociabilidad sana y asume como decisión de su vida personal, interesarse por promover enfoques o perspectivas de problemas propios de la cotidianidad, para avistar soluciones en pro de la comunidad.

Igualmente la facultad de *elegir* en algunas constituciones se transforma en derecho y deber, por ejemplo, en la Constitución Ecuatoriana, en la parte donde rige el voto obligatorio (Constitución de la República del Ecuador, 2008), adquiriendo una naturaleza diferente y ejerciéndose masivamente por mandato legal, no exento de críticas por imponerse como práctica so pena de sanción, lo cual no sería propio e inherente a la construcción de la democracia.

- Ser elegido: derecho relacionado con la convicción profunda de que el individuo se muestra como candidato para representar intereses colectivos o plataformas políticas sistémicas en beneficio de la comunidad. Es un derecho donde se profundiza el reconocimiento por el otro. En tanto el candidato se manifiesta como *voz colectiva* y el sufragante ejerce un pacto de confianza en el elegido. De múltiples formas y en variadas elecciones se realiza este ejercicio y en todos los planos: nacional, departamental o municipal.

- Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos: participar de la estructura del Estado, ofrecer las competencias académicas y laborales que se tienen para su aplicación, desarrollar políticas públicas y llevarlas hasta su ejecución, atender en persona a los propios ciudadanos electores, pensar la solución efectiva a necesidades económicas y sociales, es pues la expresión concreta de este derecho político que transforma al individuo en servidor público, en miembro del poder político, lo cual lo hace responsable según la teoría constitucional y de orden disciplinario por acción y por omisión.
- Constituir partidos y movimientos sociales, realizar su membresía y adscripción, como práctica es el cuarto derecho político. Es una forma general del derecho de asociación. Alude pues a la organización de sectores sociales para representarlos; en su contenido posibilita la generación de luchas sociales que se canalizan en vocerías colectivas con intereses definidos, bajo criterios ideológicos. Muestra de ello son las ideas feministas orgánicas, el movimiento de resistencia indígena o estudiantil, los diferentes nombres de partidos políticos que surgen en cada elección y sus alianzas para acceder al poder. Es un derecho propio de lo público, en tanto el escenario social de conjunto, sus intrincados problemas y sus niveles de aproximación para otorgarles respuesta, son el marco general de interpretación.

Ya se adivina entonces, que suscitar una reflexión respecto de un sujeto —el enemigo del estado— denominado *guerrillero*, *subversivo* y *terrorista*, por su levantamiento en armas contra el Estado y la sociedad. Y pensar en los derechos políticos que podría obtener, bajo una negociación política de paz, es analizar si dicho sujeto pasa del status de delincuente político al de ciudadano que admite las reglas de juego

democráticas. Pero simultáneamente sufre rechazo y estigmatización social, transitando por otro dilema: ¿la sociedad civil, que fue su enemiga, le concede el perdón y lo habilita para ser miembro de la comunidad política que antes atacaba? ¿La sociedad civil lo incorpora en su trabajo, utopías y proyectos, o su reinserción es condicional, bajo los criterios de la desconfianza y animadversión?

Se está en presencia de nuevos planos de discusión:

- El moral, puesto que la culpa y el arrepentimiento se le pueden exigir al delincuente político y el perdón de la víctima es innegociable.
- El jurídico penal, porque se ha incurrido en innumerables delitos de diferentes grados y la sanción estatal se exige.
- El sociológico, porque el levantado en armas debe no solo desarmarse sino integrarse a la sociedad, bajo nuevos parámetros, aceptando las estructuras laborales y de capital productivo que antes denegaba.
- El político, porque reclama acceder al poder, a su lucha y control, sin armas, sometido a reglas democráticas desde el consenso y la participación pública.

3.2 UN POCO DE HISTORIA

Se entiende por derechos políticos aquellos que por reconocimiento explícito de los ordenamientos jurídicos y ante todo de las cartas constitucionales, tienen por característica esencial influir y afectar el funcionamiento del Estado y de la organización administrativa, desde la perspectiva de la lucha por el poder político.

Si bien, la revolución francesa fue el parto de estos derechos, en la medida en que un concepto como el de *ciudadanía* les otorgaba nueva identidad a los antiguos súbditos del rey y los dignificaba en el ejercicio de la democracia, la consolidación de estos derechos es más la realidad del siglo XX, en tanto las constituciones políticas y con posterioridad a la mitad de este siglo los tratados internacionales, fueron precisando su alcance y contenido.

La declaración universal de los derechos humanos del 10 diciembre de 1948 al reconocer los derechos de reunión y asociación y a participar en el gobierno de un país, bien directamente o a través de delegados o la redacción del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (Alto Comisionado Naciones Unidas, 2001, pág. 31), que expresamente plantea participar en la dirección de los asuntos públicos, votar, ser elegido y tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas, concretan y materializan un contenido que venía discutiéndose por los doctrinantes, que incluía el derecho de petición, como un derecho de esta naturaleza por su comunicación directa con los servidores públicos y las exigencias que aquel demandaba.

Con el paso del tiempo, el derecho de formar partidos políticos quedó acá inmerso, siendo una forma del derecho genérico de asociación, pero nutriente con los movimientos sociales de lo que es la democracia en la base, pues allí se organiza y toma forma el constituyente primario para manifestar sus demandas.

Ahora, conflictos armados y constituciones renovadas se confunden en la historia para confirmar aquella frase que repetía el Dr. López Michelsen: "Las constituciones son un tratado de paz entre fuerzas antagónicas" que algunos le atribuyen al "Canciller de hierro" Otto von Bismarck (Biografías y Vidas, 2015) y que en el fondo de su intencionalidad expresa que en las constituciones políticas no solo se define la armazón del

Estado, los derechos fundamentales, los controles de todo orden, sino que ante todo simbolizan en épocas de crisis, una negociación de la gobernabilidad futura con instituciones nuevas.

La conquista de los derechos políticos es una tarea permanente, porque los poderes políticos autoritarios los rechazan o los acomodan a sus intereses y en las democracias, no exentas de altibajos, de ciclos tensos y hasta de desbordamientos, los derechos políticos negados son aliciente, motivo de insurrecciones populares o alzamiento en armas por grupos que dicen representar mayorías sociales, como las FARC ; así mismo no se puede negar que en los debates de la asamblea nacional constituyente que dieron origen a la actual constitución de 1991, fueron básicos estos derechos, para modernizar la carta constitucional.

Pero si retrocedemos en el tiempo y nos situamos a fines del siglo XIX en plena guerra civil denominada de los *mil días* (Villegas, 1978, pág. 323) como en sus antecedentes nos encontramos: las divisiones en el partido conservador (entre nacionalistas e históricos), los efectos de una ley que despojaba al liberalismo de representación electoral, donde en minoría los únicos congresistas eran los Drs. Luis E. Robles y Rafael Uribe Uribe (Martínez Carreño, 2011, págs. 362-363); un poder concentrado en Miguel Antonio Caro, ante la muerte de Rafael Núñez, con un país empobrecido, sin conocerse la cuantía del dinero circulante, con los precios internacionales del café por el suelo, estalla la guerra el 17 de octubre de 1899 en el Departamento de Santander que durará mil días con consecuencias dolorosas como más de ochenta mil muertos, una agricultura arrasada, graves problemas sociales y de salud pública y nuevamente el liberalismo derrotado, excluido del poder.

A pesar de fuertes derrotas, pues fue una guerra con mucha dificultad para conseguir munición y pertrechos, con muchos combates cuerpo a cuerpo con base en armas como el machete, el liberalismo había retomado la iniciativa y manejado Panamá con la dirección del General Benjamín Herrera, con el apoyo externo de los gobiernos de Nicaragua y Guatemala y con una disyuntiva, el no poder tomarse la ciudad de Panamá, como se cita a continuación:

...puesto que los Estados Unidos, alegando defender los intereses económicos de su país tanto como la comunidad internacional que residía en la capital de este departamento, le amenaza con emplear sus cañones y sus marines contra los liberales. Estas razones llevan a que Herrera tome el sentido de los vientos de paz que ya soplaban entre los rebeldes y siga el ejemplo de Uribe Uribe, quien venía de firmar un acuerdo de paz en la hacienda magdalenense Neerlandia. Triunfador en Panamá, Herrera firma su rendición en el acorazado Wisconsin, buque insignia de la armada norteamericana. Documento de paz que a la postre, es reconocido históricamente como la fecha oficial de terminación del conflicto de los mil días: 21 de noviembre de 1902. (Gran enciclopedia de Colombia, 2007, pág. 77)

Dicho conflicto armado entre los partidos tradicionales se negocia entonces, a través de 3 tratados de paz conocidos como: tratado de Wisconsin, Tratado de Neerlandia, tratado de Chinácota; este último era un tratado firmado por los generales liberales derrotados Ricardo Tirado Macías y Ricardo Jaramillo, combatientes del Departamento de Santander y por el General triunfante, Ramón González Valencia. Fue común a los tres documentos, el

armisticio, con entrega de armas, la no persecución política. El tratado de Chinácota en su artículo segundo (Tratado de Chinácota, 2009) señalaba que el Gobierno dictaría un decreto provisional concediendo amnistía, con efectos inmediatos como la libertad de presos políticos y de guerra, pues hubo extranjeros militantes y apoyo de gobiernos externos y se usó este lenguaje.

El artículo cuarto suspendía penas como la exacción de empréstitos, los confinamientos, la cancelación de fianzas. Mientras el artículo quinto, era suficiente y diáfano, para entender las causas de la guerra:

Artículo quinto: El Gobierno dictará un decreto provisional legislativo por el cual reforme las circunscripciones electorales de una manera equitativa, consultando las condiciones topográficas y económicas de cada región. El objeto de esta medida será principalmente garantizar a todos los Partidos, la eficacia de sus derechos políticos, a fin de que pueda tener la representación que les corresponda en el poder público. (Tratado de Chinácota, 2009)

Por su parte el tratado de Wisconsin decía:

Artículo 7º. Conforme lo desea el gobierno y en general la nación, tan pronto como se restablezca el orden público se hará una convocatoria a elecciones para miembros del Congreso, respecto de las cuales se compromete el gobierno, valiéndose de toda su autoridad, a que se efectúen con pureza y legalidad, como lo prometió el señor vicepresidente de la república en la respuesta que dio al memorial suscrito por varios liberales de Bogotá, con

fecha 14 de abril del presente año. Al citado Congreso se le someterán para su estudio las siguientes cuestiones de altísimo interés nacional:

- Las negociaciones relativas al Canal de Panamá;
- Las reformas presentadas al Congreso de 1898 por el señor vicepresidente de la república;
- Reforma del sistema monetario del país, en que tenga el papel moneda como base de amortización los proventos que derive la república de los contratos sobre el Canal. (Tratado Wisconsin, 2009)

Nótese entonces como el liberalismo luchaba por defender los derechos políticos de sus integrantes, por reformas de contenido que provenían de años anteriores, entre ellas, la discusión del Canal de Panamá y sus réditos probables y por la pureza y transparencia en los derechos electorales.

La historia de la primera mitad del siglo XX es elocuente en mostrar los períodos conocidos como la *Hegemonía Conservadora*, entre los años 1900 y 1930 y la *Hegemonía Liberal*, entre 1930 y 1946, cuando el liberalismo después de 44 años por fuera del poder, lo retoma directamente alejándose de la conducta anterior: *o la guerra o la colaboración complaciente o la abstención inocua*. En 1946, reasume el poder el conservatismo en cabeza del Dr. Mariano Ospina Pérez en elecciones garantizadas por el liberalismo y por causa de la división liberal (presentó dos candidatos, los Doctores Gabriel Turbay y Jorge Eliécer Gaitán); en dicho gobierno el Dr. Gaitán había generado un amplio apoyo popular y su asesinato —1948— se considera la fecha de inicio del desarrollo de la última guerra civil entre conservadores y liberales, cubriendo toda la década de los años 50.

Fue una guerra con más de doscientos mil muertos que obligó a negociaciones políticas, pero cuyos antecedentes son los siguientes: El gobierno del Dr. Mariano Ospina Pérez, había proclamado la necesidad de que ambos partidos —el liberal y el conservador— hicieran parte de su gobierno, pero la oposición del liberalismo era sistemática. Este partido fue mayoría en el Senado y Cámara, en asambleas y concejos municipales. La lucha política partidista se centró en el control del Estado y en el año 1947 en las elecciones para el concejo, el conservatismo retrocedió en votación, mientras el *gaitanismo* hacía lo contrario, encumbrando en el imaginario colectivo a este caudillo. El dirigente conservador Laureano Gómez, consideró que había fraude electoral y acusó al liberalismo de 1.800.000 cédulas falsas (Gran enciclopedia de Colombia, 2007, pág. 150), lo cual generó un mayor enfrentamiento. La crispación y agudización partidista se dio con el debate acerca de la *policía política*, la cual fue siempre acusada de asesinar militantes liberales ante todo en los departamentos de Boyacá, Cundinamarca y los Santanderes.

Se planteó por el liberalismo una reforma a dicha institución —la Policía— que no aceptó el conservatismo en cabeza de su ministro de gobierno, Dr. José Antonio Montalvo, y el partido liberal consideró que se le declaraba oficialmente la guerra. El 20 de enero de 1948, el liberalismo presentó un memorial de agravios contra el Gobierno de Ospina Pérez y se daría la ruptura con el mandatario. Luego del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, un año después, se concretó el cierre del congreso, hubo más asesinatos en todo el país y se desarrollaron las elecciones presidenciales que hicieron posible el triunfo de Laureano Gómez, por el partido conservador, sin la presencia del liberalismo, quien se sentía sin garantías electorales para ejercer la política.

Siempre, como una constante, los derechos políticos están en el centro del debate de nuestra historia. Siempre, el control del poder político y del Estado, pasa por reducir al enemigo de dos maneras: o desde los enfrentamientos armados o desde concepciones y reformas electorales que profundizan el sectarismo y la imposición hegemónica del poder, sobre el contradictor político, a través de reformas constitucionales anunciadas con tambores de fiestas. Es evidente que existen otros factores que surgen del contexto de cualquiera época a analizar, pero nuestro énfasis, pretende hacer ver la importancia de los derechos políticos y su consagración normativa como es fruto de luchas políticas y sociales o de confrontaciones nada pacíficas.

Quisiera destacar algunos actos legislativos o reformas constitucionales, que cumplen un rol específico en medio de las tormentas políticas: Por el acto legislativo No 2 de 1.910, se derogó la pena de muerte, a principios de siglo, que debemos tener en cuenta más adelante. Por el acto legislativo No 3 de agosto 27 de 1954, se otorgaron derechos políticos a las mujeres (Diario Oficial, 1954). Por el acto legislativo No 6 de 1.954, quedó prohibida la actividad política del comunismo internacional. Advirtiendo en este caso, que, en el Gobierno de Ospina Pérez, se inicia la guerra fría y el enfrentamiento mundial entre las potencias EE UU y Unión Soviética, luego se pone a tono con las órdenes norteamericanas.

Por el acto legislativo No 1 de 1959, septiembre 15, se decreta la alternancia en el poder de los partidos políticos liberal y conservador, que marca una era, la denominada del *Frente Nacional*, excluyente de otros pensamientos y fuerzas políticas y cuyos orígenes tienen que ver con otros hechos y documentos claves que sintetizan decisiones importantes: El Gobierno de Laureano Gómez estuvo sumergido en una espiral de violencia bipartidista

y una concepción jerárquica y restringida de la democracia como régimen político, que por varios factores, pero siendo la violencia y falta de garantías el principal, llevó a la comisión de un golpe de estado —el único en el siglo XX en Colombia— en cabeza del General Gustavo Rojas Pinilla, en el que estuvieron de acuerdo gremios, Iglesia Católica y miembros de los partidos tradicionales.

Mientras el país seguía en estado de sitio, con el Congreso clausurado, la Asamblea Nacional Constituyente que había preparado el saliente gobernante Gómez, legitimó en el poder al General Rojas. Este militar emitió el decreto 1823 de 1954 (Vásquez Carrizosa), por el cual concedió amnistía e indulto por los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero de dicho año. En el inciso segundo del artículo primero decía:

Para los efectos del presente decreto, se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos. (Vásquez Carrizosa)

Si bien esta definición no recogía propiamente la teoría de los delitos políticos específica y técnica (rebelión, sedición, asonada), si indicaba sociológicamente y en forma amplia que su norte era conceder libertad a los perseguidos políticos, bien investigados o ya condenados.

Dicho decreto fue bien recibido; ya en el contexto nacional se habían creado formas organizativas levantadas en armas, por llamados de los propios dirigentes del partido liberal; estas guerrillas liberales regresaron a sus casas y su retorno fue trágico, pues encontraron las tierras ocupadas y no hubo medidas de restitución de sus propiedades; la institución de *la lesión enorme* (Ortega Torres, 1980, pág. 447) fue desconocida como

criterio legal e insuficiente, en un país de alto analfabetismo, sin cultura jurídica y con la violencia política como una marca de nuestro origen y destino como nación.

Pero Rojas Pinilla se enfrenta a la prensa, pretende prolongarse en el poder creando la Tercera Fuerza, la violencia política bipartidista continúa en nuevos ciclos; el gobierno produce rupturas en sus relaciones políticas con la Iglesia Católica —1956—. Además, buscó crear una confederación general de trabajadores oficial. El diálogo entre los principales dirigentes políticos-Laureano Gómez por el Partido Conservador, en el exilio, y Alberto Lleras Camargo y Alfonso López Pumarejo por el Liberalismo- se había iniciado. La declaración de Benidorm (Vásquez Carrizosa, pág. 163), el primero de dos documentos que indicaba los acuerdos para generar un Frente Civil señalaba entre otras ideas, las siguientes:

Solo un esfuerzo conjunto de los partidos puede restablecer un modo de vivir en que prevaleció el afortunado equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y la acción del Estado como delegatario de poderes limitados, obligado a dar cuenta de sus actos a los representantes de la nación.

Más adelante decía:

Sería insensato reabrir inmediatamente la lucha por el poder entre conservadores y liberales. Se encuentra necesario y enteramente posible crear un gobierno o una sucesión de gobiernos de coalición amplia de los dos partidos, hasta tanto que recreadas las instituciones y afianzadas por el decidido respaldo de los ciudadanos, tengan fortaleza bastante, para que la lucha cívica se ejercite sin temor a los golpes de estado o de la intervención

de factores extraños a ella y por medio de un incorruptible sufragio cuyas decisiones sean definitivas e incontestablemente respetadas.

El malestar general creció y el consenso en las élites trajo como conclusión un golpe de estado nuevo donde una Junta Militar le notificaba al General Rojas Pinilla que su gobierno había finalizado y que se le otorgaban garantías para salir del país. Era el 10 de mayo de 1.957. El 20 de julio de 1.957 se firma el Pacto de Sitges (Vásquez Carrizosa, pág. 277) entre Laureano Gómez y Alberto Lleras Camargo, afirmándose en este documento:

Necesitamos los colombianos, ante todo, una política de paz, mejor aún, una política que produzca la paz. Es indispensable que exista un orden constitucional en que cada persona conozca cuáles son sus derechos, cuáles sus obligaciones y cuales las penas para quienes violen unos y otros. Los partidos están de acuerdo en que el orden solo puede reposar sobre los preceptos constitucionales que fueron violados. Poner en vigencia la constitución en su integridad es el primero de nuestros deberes. Del armónico ejercicio de un gobierno controlado por los frenos de sus diversas ramas separadas nacerá la paz, y es inútil tratar de obtenerla si no existe un orden jurídico acatado por todos. (Vásquez Carrizosa)

El control y repartición del poder significó la decisión de la alternancia de los partidos tradicionales por 16 años, hasta 1974. Las decisiones inmediatas de orden jurídico, pasaron por la citación a un plebiscito para refrendar lo acordado por los dirigentes políticos, justificando el voto del constituyente primario. La Junta Militar emitió el decreto sobre el plebiscito el 1º de diciembre de 1957 (Vásquez Carrizosa, pág. 345) que en su primer artículo indicaba que las mujeres tendrían los mismos derechos políticos que los

varones; jugada maestra para aumentar la votación y darles carácter legítimo a los acuerdos políticos, pues las mujeres debutaban ejerciendo su derecho al sufragio. En su artículo segundo indicaba que los cargos públicos se adjudicarían hasta 1968 por mitades, para los partidos conservador y liberal. Este pie de igualdad fue la *paz* entre los partidos, pero la década del 60 vivió el desarrollo de otros hechos que hicieron posible que el incumplimiento de los decretos de amnistías e indultos con la muerte de varios dirigentes populares del liberalismo, la operación militar en Río Chiquito (Matta Aldana, 1999, pág. 219), originaran bajo la influencia del marxismo, el levantamiento en armas de sectores de la población, con liderazgos estudiantiles claros y la aparición de las guerrillas que hoy padecemos: FARC, ELN, EPL.

La organización campesina bajo conceptos de “autodefensa” para protegerse de la violencia gubernamental, había asustado al pacto bipartidista. Y el dirigente conservador Álvaro Gómez Hurtado realizó debates contra las presuntas “repúblicas independientes” o formas de autogobierno y de subsistencia que se daba en ciertas regiones del país. La operación de Marquetalia y río Chiquito, fue definitiva en 1964, para lo que sería el nacimiento de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia —FARC EP— y su presencia y evolución hasta nuestra actualidad.

El foquismo o la guerra de guerrillas, por la influencia de la revolución cubana triunfante-1959-, permeó intelectuales colombianos, formas agrarias de organización, sindicatos y la bipolaridad en las relaciones internacionales-Capitalismo vs Comunismo-marcaron una época que duró hasta 1989 en la mayoría de los países, cuando cae el muro de Berlín y la política de la Glasnost (HistoriaSiglo20, 2003) le da certificado de defunción a la guerra fría entre las potencias enfrentadas.

La nueva violencia política surgida en el territorio colombiano, no es ya enmarcable entre los partidos tradicionales; se ubica por la exclusión de otras fuerzas independientes y su pensamiento. El peso de la oposición armada fue creciendo lentamente, en un país donde los estudios sociológicos señalaban la falta de cobertura del Estado en muchas zonas territoriales (González, Bolívar, & Vásquez, 2004, pág. 336) y donde los conflictos sociales se larvaban fácilmente. Ocupaciones de tierras, paros cívicos, fueron algunas expresiones de dicha violencia, que fue en crecimiento en algunas zonas del país.

El frente nacional gobernó bajo permanentes estados de excepción (Gallón Giraldo, 1980, pág. 115), asumió políticas de defensa de la industrialización nacional, generó el empleo y las principales fuentes económicas en las ciudades, urbanizando y tratando de modernizar un país atrasado; abandonó el campo, estabilizó relaciones exteriores con los países vecinos y criminalizó toda expresión de protesta social; además, la infiltración de las guerrillas en paros cívicos y luchas sociales, para nada ayudaron a diferenciar fuerzas independientes del bipartidismo, de las fuerzas de extrema izquierda levantadas en armas, negadoras de la experiencia democrática incipiente y opositoras a los modelos de regímenes políticos con reglas de juego electorales, por considerarlas estrechas e insuficientes.

Si la reforma agraria de Alfonso López Pumarejo tuvo opositores —ley 200 de 1936—, igualmente la propuesta por Carlos Lleras Restrepo ganó mayores enemigos en los temas de distribución y tenencia de tierras, comercialización y créditos, distritos de riego, obligación de explotación agrícola por determinadas hectáreas ociosas, que llevaron de la esperanza a la frustración con el acuerdo de Chicoral de 1971 (La Pluma, 2015).

El crecimiento exponencial de las guerrillas desde su lucha político-militar con énfasis en el campo, se transforma hacia la década de los 70 con avezadas acciones e

incursiones en ciudades intermedias y en ciudades capitales. El secuestro como arma política se convirtió en un instrumento brutal de presión contra las élites, y contra la clase media. El Gobierno del Dr. Julio César Turbay Ayala, con la aplicación férrea de la Doctrina de la Seguridad Nacional (Jaramillo Cardona, *La justicia penal militar en Colombia* (Tesis), 1984, pág. 150), había golpeado las fuerzas opositoras rebeldes y desarrollado “la tortura” como método de represión, lo cual generó un ambiente internacional tenso que posibilitó desde 1979, las luchas sociales con énfasis en los derechos humanos.

El narcotráfico en los 80 y la reacción de los terratenientes y ganaderos conformando ejércitos privados —los paramilitares— envileció aún más la lucha político legal y degradó el conflicto armado; los actos terroristas en ciudades y en zonas rurales golpearon la conciencia de los colombianos que reclamaron la bandera de la Paz a fines de los 90. Ya en esta década una organización —el M19— y un sector del ELN —Corriente de renovación socialista— lograron construir acuerdos de paz, negar la lucha armada como oferta política y transar reglas de procedimiento válidas para disputar el poder regional y nacional.

En el gobierno del Dr. Belisario Betancur —1982 a 1986— se había emitido la ley 35 de 1982, una amnistía amplia y llamado al diálogo a las fuerzas insurrectas. La construcción de una agenda de paz, de un frágil cese al fuego, no fue suficiente; las FARC vinculadas a los avances de la negociación, arriesgaron su ideario político y conformaron la Unión Patriótica, una fuerza política que logró colocar senadores, representantes, diputados, concejales y hasta alcaldes en algunas regiones. Todo esto debido a la importante reforma —acto legislativo— relacionado con la elección popular de alcaldes. Las fuerzas enemigas

incrustadas en el propio Estado, en alianza con grupos paramilitares, produjeron más de cuatro mil homicidios de dichos dirigentes políticos y ante la falta de garantías civiles y políticas, la ruptura de dicho proceso desencadena hechos de tal gravedad, como la toma del palacio de Justicia por el M-19 y la retoma del Ejército Nacional, con muertos, desaparecidos, una Corte Suprema herida de muerte con el asesinato de sus principales magistrados y una polarización intelectual que confirma el sectarismo en la cultura nacional y los ejercicios bélicos como una constante de algunas instituciones políticas y de muchos de sus directivos.

Los magnicidios de cuatro candidatos a la presidencia (Vanguardia, 2009) dan al traste con cualquier propuesta democrática. El hervor político era como una olla atómica presta a expulsar los vapores producidos en su interior, regulados por una válvula, que termina siendo un fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia quien decreta una asamblea nacional constituyente, ante la audaz demanda e iniciativa de un grupo de estudiantes colombianos. Aquella asamblea, se constituye en un hito histórico que marca una nueva era con nuevos propósitos, con una dirigencia política que tiene que aceptar el multipartidismo y la diversidad cultural como raíces de nuestra alma nacional, aunque la violencia política no termina, y las FARC, no hicieron parte de este gran acuerdo entre fuerzas políticas diferentes, representadas en esa asamblea. Una vez más en nuestra accidentada historia, una Asamblea Nacional Constituyente, no los congresos, reformarían y darían luz a una nueva constitución política, donde los derechos políticos seguirían siendo herramienta fundamental.

Pero saludable a la memoria histórica es recordar, que tres años antes —1987—, en el gobierno del Dr. Virgilio Barco, se convocó a un grupo de intelectuales a conformar una

comisión de estudios sobre la violencia (Universidad Nacional. Colciencias., 1988, pág. 318), para diagnosticar las múltiples violencias que cruzadas y paralelas confluían en el nacimiento y desarrollo de conflictos sociales. La violencia política, la violencia socioeconómica, la violencia sociocultural, la violencia sobre los territorios, reproducidas por distintos factores, hacían parte de un nuevo y complejo escenario, donde predominaba para las políticas públicas la violencia política y el narcotráfico, existiendo descuido para enfocar acciones gubernamentales, respecto de las otras violencias.

Aquel documento y sus conclusiones señalaban que el ciclo *Violencia — Amnistía — Rehabilitación* era caduco y no se aprendía de las negociaciones y errores del pasado. Mientras en los ciclos violentos del siglo XX y guerras civiles —siglo XIX— se luchaba por reincorporarse al poder, las guerrillas de los 70,80 y década de los 90, buscaron siempre destruir y sustituir el poder, para luego contradecirse y usando un lenguaje de reformas parciales, buscar participar de la democracia económica, política y social, como objetivo. Hoy la participación política como acuerdo parcial en las negociaciones de la Habana (Gobierno Nacional—FARC, 2012, pág. 3), prácticamente es una renuncia al socialismo, y las guerrillas, eso si no derrotadas militarmente, justifican el acuerdo de paz con la concesión de derechos políticos, entre otros fines esenciales.

3.3. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL GUERRILLERO Y/O TERRORISTA: UNA CLAVE DE LA NEGOCIACIÓN POLÍTICA DE PAZ

La suspensión de derechos políticos ha sido una sanción accesoria a la pena principal que la cultura occidental, sus códigos penales y su política criminal ha definido y mantenido durante centurias, contra todo delincuente, sea común o político, diferencia

clasificatoria que se acepta para los efectos de nuestra reflexión, por tener instituciones específicas que así lo indican en el tratamiento que el Estado ha realizado respecto de estos sujetos.

El seguimiento histórico de la *suspensión de derechos políticos*, su razón de ser, la aplicación y sus sentidos, su importancia, y el peso que pueda tener en la actual negociación política de paz de la Habana —Cuba— son los motivos que incitan a declarar este tema como un asunto relevante.

Frente a la evolución del contenido mismo de los derechos políticos, que surgen en documentos claves como paralelos o familiares a los derechos civiles, con la fundamentación que le otorga la jurisprudencia y posturas filosóficas de la Corte Interamericana de derechos humanos, hay lugar a levantar nuevos interrogantes que ofrecen un panorama del tema, amplio y problemático, en tanto al delincuente de cualquier tipo siempre se le enjuicia como persona y como ciudadano, distinción del discurso liberal, que muestra que el titular de los derechos civiles es la primera y el titular de los derechos políticos es el segundo, porque el individuo tiene una doble personalidad jurídica; la privada para hacer negocios por ejemplo, la pública para actuar ante el Estado, el escenario público y los intereses colectivos (Cantón, 2005, págs. 87-104).

Escudriñar en el tiempo, bajo la alta influencia del derecho penal romano y siguiendo todos los códigos penales presentes en la historia de Colombia, fue un camino necesario para avizorar las raíces de esta institución y medida sancionatoria, que hoy pone en vilo al país, puesto que el enemigo del Estado reclama unos derechos políticos escudado en la lucha social y política armada, por ser ínsito al rebelde la construcción de un discurso y de unas prácticas de confrontación del Estado, que pasa igualmente por sacrificar

derechos de la sociedad o de grupos de ésta, y por ser ciertas hostilidades militares un ejercicio de abierta disputa del poder político en cualquier territorio y cualquier nación.

Los jueces al definir una pena principal, aíslan al antisocial, al delincuente que atenta contra bienes jurídicos determinados, puesto que la prisión mediante el encerramiento no es más que un castigo contra quien vulneró valores que la sociedad postula como esenciales a su pertenencia e identidad. Simultáneamente, cuando el juez emite una sanción accesoria, determina la relación del delincuente con la comunidad política, si se refiere a derechos políticos y decide una interdicción temporal o permanente que deja un solo mensaje: “usted es un mal ciudadano”. La sentencia doblemente castiga, pero esa sociedad y ese Estado por encima del Juez, ¿podrá suprimir o realizar excepciones respecto de estos derechos? ¿Una negociación política de paz rechaza la justicia ordinaria a la hora de ciertas decisiones o desconoce la función retributiva de la pena?

3.4. RASTREANDO LA PALABRA...Y LA INSTITUCIÓN JURÍDICA

La pena del latín *poena* y del griego *poine*, significa *multa* (Corominas, 1973, pág. 449), pero las palabras tienen la velocidad del viento y el poder que la cultura y los usos sociales les entrega, las hace mutar de vestido, para convertirse en otras de mayor o menor significado. Es verdad que el derecho penal es hijo de la coerción, pero en la Roma antigua, tan importante por su influencia en las disciplinas jurídicas, tenía el siguiente uso:

No había una palabra con la que poder designar adecuadamente el concepto genérico de pena. En los tiempos posteriores se hizo uso de la voz *poena*, tomada del griego, la cual comenzó por aplicarse al pago o retribución

pecuniaria que había que entregar en los casos de lesiones personales; acaso la oscuridad misma de esta voz fue precisamente el motivo que permitiera adoptarla. Nunca hubo un término genérico con el que se designaran técnicamente las penas públicas y privadas (Mommsen, 1998, pág. 555).

Pena, signo de que determinadas conductas merecen castigo; palabra quizás ligada a *culpa*, puesto que es sancionar un comportamiento para que no se repita buscando que el condenado se arrepienta; pena, vocablo casi mágico que en su intencionalidad genera una justificación pública: evitar la venganza y para ello, el Estado dispone de una variedad de penas. De la pena se habla tanto en el discurso liberal reciente, de nuestros últimos 300 años, que la teoría del delito indica que cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado por medio del artículo 4 de la ley 599 de 2000 (2000, pág. 6). Pena, una conducta que debe tener presente otra esencial. El preso paga su delito con la privación de la libertad, pero no pierde su condición humana. La evolución del derecho penal le concede derechos al anti-social, aquel que ofendió con su conducta a la propia sociedad.

En la Roma antigua, el fundamento por el cual la comunidad se creía autorizada para imponer penas públicas era que los individuos que no pertenecían a la comunidad romana estaban fuera del Derecho y frente a los enemigos de la patria era necesario defenderse.

Al individuo que era ... “perteneciente a la comunidad que se juntara al enemigo de la patria o se colocara en situación análoga a la de este no podía la comunidad privarle de su derecho de ciudadano; pero en virtud del acto mismo cometido dejaba *ipso iure* de

pertenecer a aquella” (Mommsen, 1998, pág. 555) ...Y por este motivo, el individuo era excluido de la comunidad política en el lenguaje de hoy.

En este derecho también había penas privadas autorizadas, como las del amo contra el esclavo, pero no son materia de nuestro análisis. Incluso había un carácter fundamentalmente religioso en las penas personales y la pena de muerte respondía a un ritual empleado para los sacrificios, técnicamente era considerada una expiación de la comunidad «a causa de una culpa que pesaba sobre la misma» (Mommsen, 1998, pág. 558) y la ofrenda consistía en el sacrificio humano a los dioses por la ofensa permitida y el sacrificio era precisamente, la muerte del reo.

Muchos años después, en la época del Principado, hubo la ejecución de la pena de muerte como espectáculo popular, entregando los condenados a las fieras para servirles de cebo, como ejercicio del naciente derecho de guerra.

La evolución del derecho penal romano implicó imponer la pérdida de la libertad o convertir en no libres a aquellos ciudadanos que hubiesen causado daños graves a la comunidad, ante todo si faltaban a obligaciones militares o si incurrían en ofensas al derecho internacional de los legados donde intervenían los magistrados y ésta no era una pena principal, sino secundaria; el reo se convertía en propiedad del Estado y era costumbre que aquel ciudadano no libre, que no podía residir en Roma fuese vendido en el extranjero (Mommsen, 1998, pág. 582).

La propia pérdida de los derechos ciudadanos a causa de la deserción en el ejército, era entendida como una renuncia, más que como una sanción. Este doctrinante señala:

Ya sabemos que Sila introdujo en el sistema penal romano la pena del destierro, conminando además con la de muerte al que lo quebrantara; pues bien, Tiberio, el año 23 a. de C, aumentó dicha penalidad con la pérdida del derecho de ciudadano (Mommsen, 1998, pág. 589).

Esta pena implicaba el destierro, la confiscación de bienes y se volvía permanente o perpetua.

Aunque existiese una igualdad jurídica entre todos los ciudadanos perteneciente a la comunidad y este era el fundamento de las instituciones del Estado romano, hubo variadas excepciones, ante todo respecto de la privación de los derechos civiles, tales como la privación del derecho de sepultura y de la buena memoria, aplicable en los casos del suplicio por hacha y de la crucifixión, permitiendo que el cadáver se pudriera —horrores institucionales de la época—. Esta pena se aplicaba entre otras, al delito de *perduellion* que Ulpiano definía como «aquél que emprende algo contra el Estado o maquina su ruina» (Marichalar, 1861, pág. 17), diferenciándose del *crimen de lesa majestad* en el cual se excitaba a alguna sedición en el ejército o por haber resistido a cualquier Magistrado que obraba en ejercicio de sus funciones. Por ventura aquí están las raíces de los delitos políticos a los cuales nos referiremos más adelante.

Es en la República, forma de gobierno que se extiende desde el año 509 A.C. (fin de la monarquía romana) hasta el año 27 A.C., cuando se inicia el imperio romano (Historia Universal, 2010), donde se empezó a aplicar la incapacidad para ocupar cargos públicos y para formar parte del consejo de la comunidad respecto de Roma como de otros municipios; sanción que en época anterior fue perpetua y luego temporal aplicada a senadores que cometían delitos.

Igualmente se dieron como sanciones las incapacidades de representar al reo en juicio civil, previa condena; la confiscación total o parcial de bienes, el destierro, el confinamiento, las indemnizaciones pecuniarias, las cuales tienen sus peculiaridades y características específicas, pero se considera innecesario en este recuento hablar de cada una. Lo cierto es que el Derecho Penal Romano construyó un discurso propio, leyó la cultura, los rituales religiosos y fue consolidando concepciones de la pena, que han influido el derecho penal de toda la cultura occidental.

3.5. LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS

Un rastreo a nuestra historia criminal nos señala que desde el código penal de 1.837, hemos consagrado la pena de privación o suspensión de derechos políticos o civiles (Cancino Moreno, 1990, pág. 277) la cual incluía estas conductas: prohibición de elegir, ser elegido, ejercer empleo, jurisdicción, comisión, ser jurado, ser perito ni testigo, ni albacea, curador o árbitro y hasta limitaba los derechos de herencia. En el fondo, impedía algunas posibilidades de empleos públicos.

A su vez, el código penal de 1858 incluyó el artículo con igual redacción y lo mismo hizo el código penal de 1873 en su artículo 28, numerales 1, 2, 50, 51 y 52 (Cancino Moreno, 1990). Estos textos tenían la influencia del código francés de 1810.

En el código penal de 1890, artículo 73, la redacción cambia ligeramente porque permite que el condenado sea empleado por el Estado en asuntos militares. A continuación, el autor citado, hace un recuento pormenorizado y con extractos del debate, relacionado con proyectos de ley sobre códigos que en nuestra historia tuvieron álgidos tropiezos

legislativos: se hace referencia al proyecto de José Vicente Concha convertido en ley 109 de 1922, donde esta pena accesoria se denomina *interdicción perpetua o temporal de los derechos*, que incluye ya otra sanción: la posibilidad de privar de la pensión oficial.

Entendiendo por ésta, no las modernas pensiones o retribuciones del final de la vida laboral que acoge la seguridad social de hoy, sino el sueldo. Puesto que, para la época, los delincuentes políticos eran aquellos que participaban parcialmente de las funciones estatales y perdían el poder y desataban nueva violencia política u otra guerra civil, en la larga disputa republicana entre conservadores y liberales, que reseñan nuestros historiadores.

La ley 20 de 1933 organizó la comisión de asuntos penales y penitenciarios que sería la encargada de definir el código penal mediante la ley 95 de 1936, en pleno siglo XX, que siguió utilizando la expresión *interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas*. Finalmente, el actual código —ley 599 del 2000— les da peso e importancia a las consecuencias jurídicas de la conducta punible. Y en cinco capítulos del título cuatro con base en teoría consolidada entre los artículos 34 al 100, precisa sus funciones, modalidades y graduación.

En este código vigente, se hace una tipología de tres penas: principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos. Entre las penas principales se radica las privativas de otros derechos, que encabeza «la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas» —artículo 43— simultáneamente a «la pérdida del empleo o cargo público» y en el artículo 44 explícitamente señala que el penado queda censurado en la facultad de elegir, ser elegido, de cualquier otro derecho político, de dignidades y honores.

En conclusión, se está incurso en una historia y una tradición: suspender los derechos políticos, en todo su alcance, aunque con excepción de la frase genérica aquí citada en el último código, en los demás no aparece la crítica y prohibición respecto de «la iniciativa de formar partidos y movimientos políticos» que es deducible del principio de representación democrática. Son 20 siglos repitiendo un mandato que afecta al delincuente común y al político y que se agrava con el acto legislativo No 001 de 2009 —en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez—, que se permite transcribir para su interpretación, en sus dos últimos incisos:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño (Henao Hidrón, 2013, pág. 92).

Aquí la suspensión de derechos políticos se extiende a la celebración directa de contratos con el Estado o incluso a través de terceros; se extiende a servidores públicos

corruptos y por vez primera a integrantes, bien promotores o financiadores de grupos armados ilegales —habría que estudiar si cubre a organizaciones macro criminales de delincuencia común— y a quienes cometieron crímenes de lesa humanidad (no se menciona los crímenes de guerra, extraña omisión) como a los narcotraficantes igualmente condenados.

Más grave aún, el último párrafo cobija todos los casos de reparación patrimonial (medio de control: acción de reparación directa) por dolo o culpa grave, que encuadra muchos casos históricos de masacres, de ejecuciones extrajudiciales, de desapariciones forzadas y demás, que afecta a servidores públicos de las fuerzas armadas, si se les quisiere por mecanismos de justicia transicional, interrumpir la suspensión de sus derechos políticos que simultáneamente con la condena penal, se les interpuso; aunque consideramos que este inciso ni siquiera exige la investigación penal, pues solo alude a la acción administrativa en contra del presupuesto estatal, lo cual implica hacer un listado amplio con base en las sentencias del Honorable Consejo de Estado. Si algunos militares y columnistas de opinión, reclaman simetría en el trato a delincuentes políticos y militares presos, téngase presente que el anterior gobernante les cerró las puertas, pues basta una condena de orden administrativo para quitarles derechos políticos, ni siquiera una condena penal.

3.6. EL DELINCUENTE POLÍTICO Y UN TRATAMIENTO ESPECIAL

De una manera simple son delitos políticos los hechos violatorios de las normas destinadas a proteger el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cuando esos hechos se producen por causas o móviles sociales. La historia enseña que las luchas por el poder y por el control del Estado, convierten en delito, a las conductas que se

proponen lograrlo fracasando en sus intentos, actividades que son esencialmente con el uso de las armas y la violencia.

El delincuente político es un actor social que bajo motivaciones ideológicas confronta al poder y hace la guerra. Y si bien Hobbes (1990, pág. 305) lo trató como un *hostil* externo al Estado, G. Radbruch le impone un tratamiento diferente al justificarlo como un delincuente por convicción (Orozco Abad, 1992-, págs. 32-33) puesto que no se podía afirmar una mayor dignidad moral del Estado, estigmatizando a sus oponentes, sino incluyéndolos. El Estado democrático está para asumir esas disidencias, defenderse de esas minorías armadas, debe entender que este contradictor armado no se opone al bien común, sino a formas de gobierno y de funcionamiento y a sectores sociales —una clase gobernante— no al conjunto social.

Y esto traía como consecuencia que:

La función de la pena para el delincuente por convicción no puede ser otra que la de aplicarle una suerte de medida de seguridad o, mejor todavía, la pena debe ser entendida como una acción militar contra el enemigo. (Orozco Abad, 1992-, pág. 37)

Ya que para este delincuente su confrontación con el Estado obedece a normas y criterios filosóficos-políticos superiores.

A lo largo de la constitución de la república de Colombia, gobernantes y jueces le han dado un tratamiento privilegiado a este delincuente. Desde el decreto orgánico de la dictadura de Simón Bolívar del 27 de agosto de 1828 o ley constitucional del Estado (Sánchez Triana, 2010, pág. 451) hasta la actualidad, con algunos recientes cambios, ese

tratamiento ha implicado la prohibición de la extradición, la concesión de innumerables amnistías e indultos, la supresión de la pena de muerte a principios del siglo XX, la construcción de conceptos como el uso de la *conexidad* con delitos comunes, pero conservando el conjunto de acciones una unidad para fines políticos; la de equiparar en *combatiente* al delincuente político con base en el derecho internacional humanitario ; la exención de pena en los códigos de 1936 y de 1980 para delitos cometidos en pleno combate, hasta los nuevos cambios de orientación jurisprudencial emitidos por la Corte Constitucional en 1997.

Pero, los añejos procesos de paz de la década del 90 —casos M-19, ELN, EPL, PRT, Quintín Lame, Milicias Populares del Valle de Aburrá y otros— se negociaron en otro contexto histórico y con parte de estas *instituciones jurídico—penales* anteriormente citadas, sin conocer aún las nuevas realidades de una justicia universal, con el aporte de la ONU al reconocer y sistematizar los derechos de las víctimas, crear la Corte Penal Internacional y avanzar los jueces colombianos y del sistema interamericano en los *estándares internacionales de derechos humanos*, que son verdaderas murallas o límites a una negociación política de paz. En la siguiente página se presenta la figura 1, la cual contiene el cuadro de resumen de varios procesos de paz (Jaramillo Cardona, 2014).

	GRUPO ARMADO	INCORPORACIÓN A LA VIDA CIVIL Y POLÍTICA	DEJACIÓN DE ARMAS	REFORMAS SOCIALES	INDULTO Ó AMNISTÍA	REFORMAS LEGALES	GARANTÍAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
a c u r d o s d e p a z	M-19: movimeinto 19 de abril (9 de marzo de 1990)	Mediante circunscripción especial de paz: partidos políticos surgidos de movimientos alzados en armas, desmovilizados y reincorporados a la vida civil.	Mediante comisión internacional. Creación de consejo Nacional de Normalización para la coordinación del plan de desmovilización.	Fondo Nacional para la paz: para las comunidades donde estaban los actores armados.	Indulto e inicio a los programas de reinserción social y productivos.	Establecer tarjeta electoral para elecciones de alcaldes. Ampliación de la representación parlamentaria de las minorías, a través de circunscripción Nacional.	Protección a los dirigentes.
	PRT: Partido Revolucionario de los Trabajadores (25 de enero de 1991)	Plan de reconciliación: reincorporación de la fuerza desmovilizada a la sociedad (gobierno otorgó subsidios). PRT partido político	Inutilización del armamento ante la Comisión de Verdad conformada por miembros de la Asamblea constituyente y con testigos del Gobierno Nacional	Comisión para la Defensa y promoción de los DDHH. destinación de recursos para las víctimas. Planes regionales de participación e inversión	Indulto: extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos. Incluye los miembros encarcelados.	Dentro del ordenamiento de la Policía Nacional se de la creación de una policía Indígena.	Legalización del PRT como partido político. Seguridad para sus dirigentes. Documentación personal
	EPL: Ejército Popular de Liberación (15 de febrero de 1991)	Proyectos de reinserción educativa y productiva. Población desmovilizada favorecida con subsidios y créditos.	Entrega de armas a una veeduría Internacional, las cuales se inutilizarán.	Comisión de superación de la violencia apoyada por organismos internacionales y ONG. Planes regionales para el desarrollo socio-económico	Indulto y amnistía para todos los miembros (también los privados de la libertad) siempre y cuando se trate de delitos políticos o en conexidad con ellos.	Fortalecimiento de la democracia y la difusión del proceso, se crean "casas de la democracia"	Legalización del EPL como partido político. Protección por niveles a los miembros expuestos a más riesgos. (niveles del 1"maxima" al 3"minima").
	MAQL: Movimiento Armado Quintín Lame (27 de mayo de 1991)	Proyectos de de inserción educativa y productiva. Se otorgan créditos, vinculando cabildos y las comunidades indígenas.	El Consejo Mundial de Pueblos Indios, fue el encargado de recibir las armas, para después ser inutilizadas.	Obras regionales de desarrollo, buscando beneficiar las comunidades y fomentar el desarrollo socio-económico.	Amnistía e indulto para los delitos políticos y conexos. Entregar salvo conductos cuando sea necesario.	Sustancialmente no hubo	Vinculación de miembros a la comisión de superación de la violencia. Tramitar la documentación necesaria.
	Comandos Ernesto Rojas (20 de marzo de 1992)	Presencia de un representante en el programa para la reinserción. 3 de sus miembros salen al exterior y otros habilitados para el porte de armas, como medio de protección.	Dejación de armas las cuales se fundieron en Santafé de Bogotá.	Se acoge a beneficios del EPL, por ser una disidencia suya.	Indulto o Amnistía para delitos políticos y conexos. No son beneficiarios aquellos que sean reincidentes.	Sustancialmente no hubo. Se une a acuerdos del EPL	Acogimiento a los acuerdos suscritos por el Gobierno Nacional y el EPL. Documentación personal.
	CRS: Corriente de Renovación Socialista (9 de abril de 1994)	Programa de reinserción, garantizando aspectos básicos como salud, educación, trabajo psicosocial, capacitación y asistencia técnica, vivienda cultural, productividad.	Ante comisión veedora internacional. Armas posteriormente fundidas.	Programa de inversión social (mejorar condiciones de vida). Desarrollo Regional: vivienda y de tierras	Indulto o amnistía, concurrente con la ley 104/93	Impulso a las acciones populares. Impulso para la conformación de los consejos de planeación, participación de los usuarios en la gestión y control de las E.S.P	Comisión (CRS-Gobierno Nacional) revisión de los beneficios jurídicos. El Gobierno designó por única vez a dos representantes a la Cámara de Representantes
	Milicias de Medellín (26 de mayo de 1994)	Compromiso de construir dos núcleos de convivencia. Capacitación para el trabajo. Servicios especiales comunitarios. COOSERCOM.	No, a ellos se les permitió seguir armados con salvoconducto para otorgar seguridad ciudadana.	Municipio de Medellín se comprometió a realizar una serie de obras de infraestructura. Mesas de trabajo para el análisis de los problemas de la comunidad	Indulto o amnistía, cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria. Ley 104/93	Incluir a Medellín dentro del área de aplicación de circunscripciones electorales especiales que incorporen la organización política de desmovilizados.	Protección para los dirigentes de las milicias
	Frente Francisco Garnica (30 de junio de 1994)	El gobierno se comprometió a garantizar salud, educación, financiación de proyectos productivos, asistencia técnica, VIS, subsidios.	Si hubo en zona de distensión.	Beneficio de proyectos productivos, asistencia técnica, programas de vivienda pero para beneficio del grupo armado	Indulto y amnistía, concurrente con la ley 104/93	Establecer circunscripciones electorales especiales, para movimiento político que se derive del grupo guerrillero.	Protección para los dirigentes del grupo armado
MIR-COAR: Movimiento Independiente Revolucionario-Comandos Armados (29 de junio 1998)	Subsidio mensual por 12 meses, deben vincularse a los programas que ofrece el departamento de antioquia. Salud, proyecto productivo, trabajo.	En acto público, en el palacio de exposiciones de las ciudad de Medellín se dejan armas	Comisiones para la superación de la violencia urbana y el desarrollo juvenil. Obras de infraestructura. Proyectos de investigación.	Indulto, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción, resolución inhibitoria de acuerdo con la ley 418/97.	No hubo claridad, por ser grupo urbano antioqueño	Legalización partido político Movimiento de Integración Regional (MIR). Seguridad para los dirigentes	

Figura 1. Cuadro resumen procesos de paz. (Jaramillo Cardona, 2014)

Como se puede ver en el cuadro resumen de los procesos de paz de los 90, en la mayoría de los acuerdos con estos grupos alzados en armas, las instituciones jurídicas de la amnistía y el indulto se permitieron, al lado de un conjunto de reformas legales y/o sociales y de garantías jurídicas que pasan por el fin de fortalecer la democracia, realizar reformas electorales, con circunscripciones especiales en beneficio de los líderes de estos grupos armados, legalizar al ejército popular de liberación —EPL— y al movimiento M-19.

Primó entonces la sensatez, pues el fin de la guerra fría entre las potencias mundiales EE.UU. y URSS, coincidía con la aceptación de la Democracia como régimen político por estas fuerzas de izquierda que negociaban la paz política, quienes lucharían por acceder al poder respetando la regulación que ofrecía el Derecho Electoral. Mientras tanto, otras guerrillas, como las FARC y la mayoría de los integrantes del ELN, no negociaban por múltiples factores.

El presente vivido en Colombia es de alto desarrollo y aplicación de los derechos humanos, procesal y sustancialmente, con medidas de carácter penal diferentes a las décadas anteriores, con los reclamos de los movimientos de víctimas, con una sólida oposición política de sectores de la extrema derecha, a las negociaciones marcadas por la ausencia de justicia retributiva o explícita impunidad, aunque se anuncie por teóricos y expertos, que la justicia transicional está más preocupada por reparar a las víctimas que por penalizar al culpable, precisamente nodo de contradicción con el Gobierno nacional.

La denominada justicia transicional es una justicia de mínimos que permite mecanismos alternos de justicia restaurativa pero condicionados a contraprestaciones en materia de contribución a la paz, verdad y el reconocimiento y reparación de las víctimas entre otros. Los mecanismos

alternos de justicia hacen referencia a la necesidad de iniciar investigaciones por delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, en el sentido que se prevén medidas alternas de cumplimiento de penas, sanciones extrajudiciales, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento; así como también la renuncia condicionada a la persecución judicial penal en todos los casos no seleccionados... (Garzón, 2014)

Lo anterior lo expresa el ex Juez Baltazar Garzón (Garzón, 2014), señalando como marco general lo que se debe tener en cuenta a la hora de las negociaciones.

¿Son los límites, criterios imposibles de negociar? Esos límites se denominan por tratadistas y jueces como *estándares internacionales en derechos humanos* y aluden a reglas y principios a tenerse en cuenta redactados con naturaleza afirmativa o prohibitiva, como, por ejemplo: la imposibilidad de amnistiar o indultar o no sancionar la desaparición forzada, el secuestro, el desplazamiento forzado entre otras conductas, como ya lo hemos visto en capítulo anterior.

Estándares que se refieren a la verdad en tanto hay que confesar los principales crímenes; se refieren a la reparación, en tanto las FARC deben indemnizar perjuicios, proponer salidas alternas de tipo económico, pues hasta ahora solo el Estado ha reparado; en tanto se refieren a la justicia y la pena, pues los linderos definidos frente a penas principales y accesorias están marcados en la legislación nacional.

3.7. ¿QUÉ HACER EN LA ACTUAL NEGOCIACIÓN DE PAZ?

Si bien, la historia de otros procesos y negociaciones de conflictos armados internos, demuestra que el enemigo del Estado siempre demanda ser reconocido como *sujeto político*, permitirle tener iniciativa para formar partidos, hacer coaliciones, adquirir representatividad democrática en los cuerpos colegiados, ser parte de la comunidad política, sin discutir penas principales, implica estar abordando el tema de la justicia y un punto de la agenda —la participación en la sociedad— que tiene normas consagradas de orden constitucional y legal que impiden a determinadas conductas, disfrutar de los derechos políticos.

Al repasar la lectura de varios tratados internacionales de derechos humanos, no encontramos estándares de alta envergadura, pero las normas nacionales y nuestra tradición jurisprudencial y tratamiento de este delincuente, nos da a entender otra realidad: las talanqueras existen y no son fácilmente negociables.

El solo hecho de literalmente excluir de estos derechos políticos, a quienes fueren sentenciados por crímenes de lesa humanidad, narcotráfico, secuestro y otros tipos penales graves, indica que ahí caben varios dirigentes de las FARC y miembros de su cuerpo armado y esta contraparte del diálogo de paz se va a oponer rotundamente a ese límite.

Es inimaginable que el enemigo del Estado, firme un acuerdo de paz, y varios dirigentes vayan a la cárcel sin tratamiento especial y cientos de sus integrantes no puedan ser candidatos, ni votar, ni ser miembros de la estructura estatal, si su comportamiento y su convivencia social se transforma, sin incurrir en nuevos delitos; hay ahí una exclusión de fuertes lazos, además de la necesidad de responder la otra pregunta : ¿la suspensión es transitoria, solo por la duración de la pena o es perpetua?

Para responder la pregunta nos permitimos un paréntesis relacionado con un fallo de casación penal, de reciente expedición, del Magistrado Zapata Ortiz (2013, pág. 14) y cuyo resumen es el siguiente: La unidad de extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación entregó a la Dirección Nacional de Estupeficientes, una hacienda de 1500 hectáreas ubicada en San Martín —Meta— y ésta a su vez, le adjudicó el bien provisionalmente a MOPE Ltda., sociedad propietaria que tenía nexos familiares con el ciudadano Mario Tomás Mosquera —otro consignatario de inmuebles—. El administrador decidió arrendar el predio por 32 millones de pesos mensuales a Jesús María Caballero al escondido. Pero simultáneamente hubo otro contrato de arrendamiento falso entre MOPE Ltda. y el Sr. Mosquera por dos millones de pesos, con el ánimo de eludir el 92% de los rendimientos que le correspondían a la Dirección Nacional de Estupeficientes.

Se hizo la acusación de Peculado por apropiación en cuantía de 300 millones, por parte de la Fiscalía General y el Juzgado 33 Penal de Circuito de Bogotá condenó a los acusados; simultáneamente les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Esa decisión fue apelada ante el Tribunal Superior de Bogotá, pero haciendo énfasis en que se impuso en forma injusta «de manera permanente la medida de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas» (Sentencia de casación penal No 36.511, 2013, pág. 14) .

Alegaron en recursos extraordinario de casación, que el Tribunal interpretó erróneamente el inciso 5º del artículo 122 de la constitución política, ya que, por el mismo período temporal de la pena, la primera instancia había decidido en Derecho y no de manera permanente o perpetua.

La Procuraduría le dio la razón al demandante y alegó vulneración del principio de legalidad por ausencia de precisión en los términos de la sanción prevista. Para la Corte Suprema la inhabilidad consagrada en el artículo 122 cubre solamente una parte de los derechos políticos como son: ser elegido, ser servidor público a través del desempeño de cargos por nombramiento o contrato de trabajo, ser contratista con recursos públicos; derechos que son inhabilidad permanente.

Lo anterior permite que el ejercicio del voto, la facultad de revocar mandatos, interponer acciones de nulidad y de constitucionalidad contra normas jurídicas, tener iniciativa en corporaciones públicas, constituir y formar partidos políticos, no se infieren como pena accesoria de manera general.

El Magistrado Zapata indica en su sentencia:

Si en el artículo 122 de la Carta se estableció una inhabilidad vitalicia para los condenados por delitos contra el patrimonio estatal, de lesa humanidad y aquellos relacionados con el narcotráfico o con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, mal podría la ley disponer frente a los mismos supuestos previstos en la norma constitucional, una menor duración de la medida sancionatoria (Zapata, 2013, pág. 10).

El poder legislativo así lo decidió en la reforma de dicho artículo, en teoría, escuchando el clamor de la población ante crímenes tan graves. Los demás derechos políticos no quedan comprendidos en el alcance de esta norma de consagración constitucional.

Fuerza concluir, sino repetir: hoy, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-652 de 2003, 2003) y Corte Suprema, no es posible que a los dirigentes y miembros de la base del ejército de las FARC, si se les prueba enjuiciamiento y condena por la sola conformación y vinculación a los grupos armados ilegales, más apoyar su financiación, así como la comisión de delitos de lesa humanidad, se les permita el disfrute de derechos políticos claves.

¿Es esta postura una contradicción frente al tratamiento preferencial del delincuente político? Obvio que lo es. No se firma un acuerdo de paz, para aceptar las reglas electorales de la democracia como régimen político, dar el paso nuevo de conformar partido u organización política legal, otorgarse un reconocimiento de ciudadanía y de pertenencia a la comunidad política, para luego expresar que no se puede participar sino promoviendo ideas como ciudadanos ante los cuerpos colegiados o utilizando el instrumento jurídico de las demandas de constitucionalidad y nulidad, propio de expertos, como los abogados.

Estamos entonces ante una realidad compleja: debe reformarse la constitución política en el artículo 122, a menos que una interpretación laxa de la justicia transicional y sus medidas, permitan gradualmente beneficiar a unos, sancionar a otros y aplazar el disfrute de los derechos políticos enunciados, previas condiciones de cumplimiento de ciertas conductas como la no repetición de crímenes o delitos de cualquier naturaleza, la satisfacción de derechos de las víctimas, entre otros.

3.8. ¿QUÉ DIJO LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ, AL SER DEMANDADO EL ACTO LEGISLATIVO NO 001 DE 2012?

El presidente Juan Manuel Santos, adelantándose a la negociación de paz que acababa de iniciarse, presentó el proyecto de acto legislativo No 01 de 2012, que luego se denominaría *Marco Jurídico para la Paz*, con el fin de ir construyendo instrumentos legales que servirían para un soporte del futuro del proceso si se lograban acuerdos.

La norma expresa en su texto señala:

Al demandarse el acto legislativo, la Corte Constitucional, resolvió su alcance y cobertura bajo parámetros que son por consiguiente de esta interpretación: si bien el énfasis está en largos argumentos en torno de la pena y de cómo comprender el deber estatal de investigar, sancionar y aplicar estas medidas a los criminales de guerra y de lesa humanidad, por la gravedad de tales delitos, habría que destacar:

- La consecución de la paz es el principal fin y el sentido y orientación del acto legislativo gira en torno a este propósito nacional.
- Los criterios de selección y priorización que posee reglamentos y actos administrativos emitidos por la Fiscalía General de la Nación se usarán para los responsables intelectuales y materiales de delitos de lesa humanidad y de crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.
- Renuncia condicionada a la persecución judicial de la pena.
- Suspensión condicional de la ejecución de la pena y aplicación de penas alternativas.

Los primeros 3 temas específicos nos interesan para el deber de los Estados de investigar y sancionar, arriba señalado y para el próximo capítulo. El asunto de penas alternativas puede relacionarse con el de penas accesorias, siendo diferentes. La Corte

enfaticó, ante todo, que habría que prevenir la vulneración de los derechos de las víctimas, tutelarlos de manera efectiva, garantizar la verdad y la reparación y nuevamente insistió en investigar, juzgar y sancionar los más graves crímenes violatorios de las normas del derecho internacional humanitario (Zuluaga, 2014, pág. Supra nota 9. Párrafo 9.8).

La Corte Constitucional dijo que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (Zuluaga, 2014, págs. 1-17).

En síntesis, directamente no toca los derechos políticos y nos tenemos que referir a posturas de la Corte Suprema de Justicia, sala penal, para concluir lo ya dicho: los estándares internacionales en derechos humanos no permiten coartar gravemente estos derechos. Las normas, directrices y la jurisprudencia colombiana los ha agravado en el derecho interno con las posturas del artículo 122 de la carta constitucional y el acto legislativo que con fuerte rigidez limitó su alcance y praxis cuando antes no era así.

CAPÍTULO CUARTO: DEL DEBER DE INVESTIGAR, ENJUICIAR Y SANCIONAR LA COMISIÓN DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.

INTRODUCCIÓN

Esquilo, el más antiguo de los poetas y dramaturgos griegos, fue descubierto tardíamente en el siglo XVIII, por su gran obra *Prometeo encadenado*. Y la crítica literaria ofreció interpretaciones con posterioridad del conjunto de su obra. Las tragedias, que destacaron a Esquilo, habían nacido de los cantos corales que se celebraban en espacios abiertos, como rituales en honor al dios Dionisio. Según Henríquez Ureña (1964) al referirse a las Tragedias de Esquilo (1964), Dionisio era el dios del entusiasmo, del impulso místico, de quien celebraban el nacimiento, pasión, muerte y resurrección. Se trae a colación, porque en la *Orestíada*, exactamente en su primera obra, que lleva por nombre *Agamenón*, se desata una reflexión poética acerca de la venganza y el amor. Estos sentimientos y prácticas son comunes en la cultura humana a lo largo de todos los tiempos. Y el tema de investigar, enjuiciar y sancionar está relacionado con ese comportamiento repetido en la historia: el ánimo de venganza, como pago y pena, por determinado comportamiento.

En la obra titulada *Agamenón*, es dicente como la esposa del rey Agamenón, quien lo asesina, justifica su conducta, así:

Clitemnestra: —Si antes dije todas aquellas cosas, según pedía la ocasión, no me avergonzaré ahora de decir lo contrario. Pues, si no, el que prepara la ruina de un enemigo, a quien parece amar, ¿cómo podría envolverle en la red de su perdición, de modo que ni con el más poderoso salto se desenredase? Era esto para mí la decisión de una contienda ha mucho meditada. Aunque al cabo del tiempo, por fin llegó. Aquí estoy en pie y serena, en el mismo lugar donde le maté; junto a mi obra. De esta manera lo hice, y no he de negarlo, que ni pudiese huir, ni defenderse de la muerte. Le envolví como quien coge

peces, en la red sin salida de rozagante vestidura, para él mortal. Dos veces le hiero; lanza dos gemidos, y cae su cuerpo desplomado. Ya en tierra, le doy un tercer golpe más, que ofrezco en reverencia a Hades, guardián de los muertos en la mansión del profundo. Así caído, estremécese por última vez; da su espíritu, y de las anchas heridas salta impetuosa la hirviente sangre. Las negras gotas del sangriento rocío me salpican y me alegran no menos que la lluvia de Zeus alegra la mies al brotar la espiga. Esto es todo, tal como ha sucedido. Ahora ancianos de Argos, podéis alegraros, si es que queréis. Yo por mí me glorío de mi obra. A ser lícito hacer libaciones sobre un cadáver, justas, justísimas serían en esta ocasión. Este hombre había llenado la copa de los enormes y execrables crímenes de su casa y a su vuelta él mismo la ha apurado—. (Esquilo, *La Orestíada*, 1964, págs. 175-176)

Al igual que Clitemnestra, los individuos de la sociedad, justifican la venganza, la violencia política, la tortura, todos los días. Basta oír noticieros y opiniones de muchos ciudadanos colombianos. Hacer justicia, castigar por el sentido de la función retributiva de la pena es lo que dicta el Derecho Penal, como uno de sus conceptos básicos, pues al antisocial hay que sancionarle por herir valores comunes de la sociedad. Los años y los siglos y las diferentes experiencias, han enseñado que la pena intramural solo sirve para aislar al delincuente, por un tiempo, pues las penitenciarías y cárceles son escenarios de alta vulneración de los derechos humanos para los propios internos, y, además, escuelas de perfeccionamiento del crimen organizado.

Al enfrentar la pena, la justicia transicional lo que hace con realismo es entender que la justicia penal ordinaria es muchas veces inocua desde el punto de vista de la

resocialización del delincuente y simultáneamente, posee un conjunto de procedimientos para racionalizar el valor de la justicia ante la sociedad, que la hacen lenta, incompleta e incapaz de enjuiciar la suma insoportable de cientos de crímenes que deja como resultado un conflicto armado interno.

Tampoco se embellece la faz de la justicia transicional, puesto que sacrifica la misma justicia humana en aras de una *paz política* o de una *paz con contenido social* que depende de muchos compromisos gubernamentales, de mucha cohesión social, de comportamientos nuevos que confronten el odio como práctica y la venganza como procedimiento lícito.

El estándar que hay que enfrentar tiene otra justificación y otro camino de racionalización y atempera el rigor de la pena, siempre y cuando la verdad y la reparación sean coetáneamente, conductas que expresan la colaboración con la reconstrucción histórica de los hechos para aliviar el sufrimiento de las víctimas y tratar de reconstituir una personalidad rota, herida, traumatizada, con indemnizaciones de perjuicios, rituales de duelo y otras modalidades que impliquen que el victimario ha prometido cambiar su conducta.

4.1. EL CONTENIDO

Investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, es un deber estatal de primera importancia, deducido, ante todo, de las obligaciones contraídas por la firma de tratados internacionales de derechos humanos y por un amplio consenso relacionado en un marco normativo internacional, que recordaremos más adelante.

Es un deber jurídico conectado al derecho a la verdad que reclaman las víctimas, puesto que no se concibe una construcción de un relato que le muestre a un país y a la comunidad internacional, lo sucedido en un conflicto con la finalidad de que no se repita, que se asuma la conciencia histórica de los hechos brutales y de las graves violaciones a los derechos, para superarlos, sin un correlato: identificar a los autores intelectuales y materiales de los hechos, cómplices, circunstancias de tiempo, lugar y modo, y la emisión de una sanción, que desde la perspectiva de la justicia transicional es diferente a la justicia penal ordinaria.

Es un deber jurídico íntimamente relacionado con impedir procesos de *impunidad*. En tanto, desde el punto de vista político, la inexistencia de sanción y/o de justicia, origina en las sociedades, desde desgano e impotencia hasta la configuración y justificación de represalias y modelos de justicias privadas, que alcanzan con el tiempo la renovación de prácticas de barbarie.

Es un deber jurídico relacionado con los contextos e implicaciones históricas que tienen los conflictos armados y sus secuelas en la sociedad, puesto que el Estado debe identificar los autores intelectuales y materiales, debe reclamar la respuesta a la reparación de daños y perjuicios en cabeza de víctimas y familiares, debe hacer memoria e instalar una reflexión colectiva acerca de las causas y orígenes, desarrollos y etapas, desenlaces y acuerdos, con aquellos que hicieron de la lucha armada una herramienta política, para transformarse en generadores de sufrimiento y violencia sobre amplios sectores sociales, originando más males que beneficios con sus batallas perdidas.

Es un deber jurídico para el Estado, relacionado desde diferentes puntos de vista, con victimarios y víctimas, así: la investigación y juicio que se desarrolle debe respetar el

derecho de defensa y un debido proceso para que sus resultados sean transparentes y ofrezcan un raciocinio que determina sanciones ejemplares para los autores. O para que un conflicto armado sin derrota militar para ninguno de los bandos, finalice con una investigación diferente, con penas alternativas, pero donde *la tesis de los tres derechos de las víctimas*, predominen, y a cambio de una permuta: la verdad y la reparación por una justicia especial, esta investigación determine menores sanciones para el victimario que colabora. Detrás del debate y esta operación lógica, está el enfrentamiento de valores absolutos, *Paz—Justicia*, que desvela la naturaleza dialéctica de la justicia transicional.

Es deber jurídico del Estado relacionado con otro derecho de las víctimas: el *recurso efectivo*. Puesto que, derivado de la convención americana, tanto la comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han interpretado que en las legislaciones y derechos internos de los *Estados—Partes* de esta convención, no basta la existencia de un recurso formal y que las víctimas usen los recursos y se les conteste de cualquiera manera, la ausencia de indicios y pruebas que determinen no identificar probables autores. No basta la existencia de recursos como el *habeas corpus*, a veces comprometido en la práctica en excesivos procedimientos y requisitos. Es necesario respuestas que den luces, mostrando esta jurisprudencia repetida que la separación *validez—eficacia* de una norma jurídica no se compadece con este derecho, pues el *recurso efectivo* exige resultados en la praxis judicial.

Este estándar internacional de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), es una exigencia básica hacia los Estados y su aparato jurisdiccional, puesto que su incumplimiento vulnera el derecho de acceso a la justicia. Allí donde no hay

resultados y es impotente la investigación penal, no da frutos el árbol de la justicia o algunos frutos llegan con veneno. Como es el caso de las coetáneas amenazas de muerte contra víctimas denunciantes, sus testigos, apoderados y hasta contra los idóneos funcionarios judiciales que se atreven a investigar. Y desafiando la vida cotidiana de otras instituciones estatales, encontrando en algunos servidores públicos complicidades con el delito.

Es un estándar clave, pues cuando se materializa negociaciones políticas de paz, como el caso colombiano, está relacionado igualmente con el derecho a un tribunal imparcial, independiente, que juzgue las conductas confesadas o las revise si ya hay sentencias anteriores, el cual se comentó en el capítulo dos como otro estándar de relevancia.

La Justicia Transicional en este tema de un tribunal imparcial o construye un régimen especial transitorio o posibilitar procedimientos rápidos, con cambios a los asumidos en la justicia penal ordinaria, para que la imparcialidad sea un hecho y la generación de penas alternativas sea la novedad que marca la justificación principal: a cambio de verdad y reparación, unas sanciones diferentes al castigo en prisión.

En síntesis, en su contenido, estamos en presencia de un estándar relacionado en sus fines con los derechos a la verdad y de acceso a la justicia, que debe garantizar los derechos de defensa y debido proceso a los victimarios, que debe evitar *las cuatro causas de la impunidad o inexistencia del derecho a la justicia* en la hora de las investigaciones de graves crímenes:

- La falta de imparcialidad en investigaciones.

- La demora injustificada de los procesos penales.
- La violencia contra los sujetos procesales (abogados, víctimas, testigos, familiares re-victimizados).
- La emisión y necesaria derogación de normas del derecho interno que vulneran garantías y estándares internacionales de derechos humanos.

4.2. ¿CUÁLES SON LOS MAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS?

El desplazamiento forzado, la desaparición forzada, la violencia sexual a víctimas del conflicto armado, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el exterminio de un grupo poblacional, son entre muchas conductas, crímenes de lesa humanidad y de guerra que ofenden la dignidad humana. La lista es muy larga, puesto que la perversión y la conducta refinada o brutalmente destructora de la vida humana, es una constante en la cultura, siendo el hombre un depredador frente a las demás especies o seres vivos a lo largo de la historia.

La conciencia universal de los derechos humanos fue creciendo y se emitieron normas y se hicieron discusiones, ante el desarrollo de los conflictos armados internos o internacionales y sus letales consecuencias. El siglo XX ha sido una carnicería si se le mira desde el ángulo de acontecimientos tan graves como las dos guerras mundiales, el hito catastrófico de Hiroshima con la bomba atómica y los desarrollos de la energía nuclear y el sinnúmero de conflictos armados internos que crecieron a lo largo de las últimas décadas, por encima de los interestatales, originando miles de refugiados y cientos de técnicas de

tratos degradantes, como si la tecnología estuviese pensada más en términos de guerra que de generar bienestar para la humanidad.

La epistemología de los derechos humanos ha avanzado en su teoría, al avizorar nuevos problemas de conocimiento, preguntándose por el trato dado a los seres humanos por todas las manifestaciones del poder político, no solo por el Estado. Preguntándose por el debate acerca del desarrollo humano y cómo los derechos económicos, sociales y culturales son negados por políticas públicas inequitativas, que favorecen el capital y el crecimiento económico sin claros límites que exijan distribuir el conocimiento y la riqueza. Se ha preguntado por los elevados costos de la degradación y destrucción del medio ambiente y sus efectos de corto y largo plazo en la convivencia y en la sostenibilidad de los 6500 millones de habitantes del planeta, cuando los recursos naturales son limitados. Se ha preguntado por la tecnología y un conocimiento aplicado que reemplaza al hombre en muchas funciones, que alivia enfermedades y sustituye trabajo humano para aquella mano de obra no calificada, originando nuevos conflictos.

En medio de estas y otras preguntas que posibilitan una investigación social renovada, según Marino Fernandez (1999, pág. 510), tanto el sistema ONU como el sistema OEA han incrementado la responsabilidad internacional de los Estados, en otra época reducida al hecho ilícito internacional y al incumplimiento de alguna obligación internacional originada en tratados, con el conjunto de normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos, que incluye las del derecho internacional humanitario como rama de aquella, o como teorías desprendidas del Derecho Internacional Público.

Los convenios de Ginebra (ICRC, 2010) en sus artículos 51 (convenio II), 86, 87, 104 (convenio III), 117 a 126 (convenio IV) y los tratados internacionales sobre el

genocidio y la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, ya anunciaron en la primera mitad del siglo XX, la necesidad de castigar el horror y de investigarlo y descifrarlo. El Pacto internacional de derechos civiles y políticos en sus artículos 2.1, sobre el deber de investigar los graves crímenes y en sus garantías —artículos 2, 3, 4, 5 y 14— las cuales no se pueden desconocer, presentaba la necesidad de superar la impunidad. Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos —artículos 44, 45, 46-1^a— y en otros tratados específicos (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012, pág. 921) señalaba las mismas tareas y acordaba la censura y pronta investigación de graves crímenes.

Pero de manera más precisa, es solo con el Estatuto de Roma (CPI, 1998) o creación de la Corte Penal Internacional (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2012, pág. 101), como se erige un listado y descripción de conductas graves de delitos internacionales, entre los cuales nuestra jurisdicción penal en el derecho interno seleccionó algunos para tipificarlos en el Título II de la Ley 599 de 2000 (2000), otorgarles la calidad de hechos punibles enjuiciables ante todo en nuestra Justicia, para de esta manera resolver criminológicamente, lo que la comunidad internacional no tenía solucionado sin la CPI: una justicia internacional que pudiera resolverlo, justicia que aunque hoy exista, posee competencia subsidiaria, pues predomina en razón del principio de soberanía estatal, la aplicación de justicia penal de cada *Estado—Parte* si tiene voluntad política de hacerlo.

4.3. ¿QUIÉNES PUEDEN EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Hacerse una pregunta en el campo del conocimiento deja una impronta: el interrogante persigue su resolución, exige atravesar un camino que otorgue salidas, pues las preguntas cognitivas muchas veces no tienen únicas respuestas. En este caso, depende de los sujetos que puedan exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos, el que nos planteemos otro interrogante: ¿cómo cumple el Estado con el deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario?

En primer lugar, el cumplimiento de obligaciones internacionales estatales puede ser exigido por *los titulares de derechos humanos*, o sea, los individuos u ocasionalmente personas jurídicas (éstas normalmente reclaman el reconocimiento de algunos derechos como el de personalidad jurídica, debido proceso, derecho de petición, derecho de defensa). Ante todo, estamos en presencia de una teoría que, fundada en la dignidad del hombre, le otorga derechos desde valores relativos y capacidades y talentos al ser humano. Por eso, las víctimas, pueden oponerse a las soluciones que en un proceso de paz se otorgue desde el plano del derecho a la justicia y en la discusión de resolver cómo sancionar los más graves crímenes cometidos por las FARC en el conflicto armado.

¿Responder de esta manera es cambiar las reglas de juego y normas procesales?
¿Quiere decir que cualquier *ciudadano—víctima* se puede oponer a las sanciones con penas alternativas que probablemente se introduzcan en el sistema penal colombiano y deducido del proceso de paz de la Habana? Nuestra legislación en el derecho interno define bien quien es un sujeto procesal y si no soy víctima directa o indirecta del crimen grave en estudio, si a mí no se me violó directamente un derecho humano, solo puedo actuar desde la calidad de sujeto político y ciudadano, interponiendo la nulidad no de ese proceso penal,

sino de aquellas normas cuyo marco jurídico permitió o possibilitó un enfoque de sanción penal contra el criminal de guerra con el cual estoy en desacuerdo.

Así lo permite la propia constitución colombiana al indicar en el artículo 241 (Henaó Hidrón, 2013) que cualquier ciudadano puede demandar por vicios de forma o por su contenido material, las leyes de la república o demandar actos legislativos solo por vicios de procedimiento en su formación y conste que la Corte Constitucional solo estudia y define los cargos que propone el *ciudadano—demandante*, pues si no ataca argumentativamente la norma con otros tipos de cargos, el máximo tribunal no se puede pronunciar, tesis reiterada en la sentencia C-543 de 1.998.

Si se crea una jurisdicción penal especial, habrá que estudiar los procedimientos y normas generadas y repasar las garantías procesales de nuestra constitución política, para no encontrarnos sorpresas, pues mucho me temo que la oposición política —ante todo el Partido Centro Democrático— enlistará un grupo de abogados para demandar por inconstitucional determinadas sanciones, dependiendo del caso en estudio, o demandará políticamente la intervención de la Corte Penal Internacional, para que asuma el conocimiento de dicho expediente y anule sus efectos jurídicos. Ya lo hicieron con la demanda contra el Marco Jurídico Para La Paz, la cual perdieron, pues la decisión fue exequible (Cote Barco & Tarapués Sandino, 2014, pág. 269), contraria a sus argumentos.

Las víctimas deben entender que a cambio de *verdad* y *reparación* habrá la discusión de sancionar estos graves crímenes con penas alternativas. Muchos testimonios de víctimas señalan cómo la *verdad* es su principal y jerárquico derecho y cómo pueden aceptar una pena reducida, de un alcance secundario, y perdonar a sus victimarios. Pero no se puede uniformar, pues es evidente que la justicia transicional entendida de esta manera,

deja traslucir la *impunidad* como pregunta o como respuesta, pues habrá descontento para quienes sigan considerando que solo la cárcel es la sanción ejemplar para los criminales de guerra y lesa humanidad.

Es indudable que en la permuta de *verdad y reparación por justicia con penas leves o alternativas*, hay un signo de pragmatismo, de realismo político que choca contra fines éticos, puesto que los guerreros de las FARC o de otras guerrillas, como soldados del poder político, pasan de las batallas campales a las batallas jurídicas, y en una negociación de paz, no solo discuten el alcance de los estándares internacionales de derechos humanos, no solo se concentran en amnistías, indultos, definición del delito político, extradiciones y otras instituciones jurídicas que les preocupa, sino ante todo en vender la idea de que su lucha armada fue esencialmente *ideológica* contra los detentadores del poder en Colombia, y que desde su *moral revolucionaria* no merecen cárcel, sino un tratamiento diferente.

La orden de *cárcel* impide la firma de un pacto de paz o depende demasiado del enfoque y de la estrategia de la negociación de paz, políticamente, pues en otras ocasiones, las guerrillas se han dividido frente a la pregunta por las sanciones y por la renuncia a la lucha armada. Hay una relación directa entre este estándar (deber de investigar) y el de los derechos políticos, pues la negación de la cárcel y crear una modalidad de sanción distinta, implica el que los suspendidos derechos políticos de los criminales de guerra, de lesa humanidad, delincuentes políticos y/o subversivos, se puedan expresar en la práctica o garantizar para que se incorporen a la vida social. De una amenaza —cárcel— se pasa a una promesa —participar en las elecciones—. Los acuerdos políticos de paz tienen esa naturaleza híbrida.

El segundo sujeto que puede hacer exigencias de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, son *los defensores de derechos humanos*, entendiendo por estos a un grupo privilegiado existente desde la formación de movimientos sociales en cada sociedad de los *Estados—Parte* o en aquellas sociedades que han tenido luchas sociales usando la herramienta de los derechos humanos. Defensores que han surgido de diferentes procesos históricos, allí donde se han creado comités por la defensa de estos derechos o donde por el objeto social específico de algunas organizaciones no gubernamentales (ONG), dedicadas a estos temas, han promovido su liderazgo, capacitación y consolidación como defensores.

Recuérdese que, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la OEA, siempre el demandado es un Estado, nadie más, pues solo estos sujetos internacionales han firmado la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de Derechos Humanos y han aceptado la competencia tanto de la comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El demandante y denunciante siempre es un nacional de los Estados (ocasionalmente un extranjero) firmantes de la convención precitada, o un grupo de personas naturales, donde caben los defensores o le otorgan poder a una entidad sin ánimo de lucro que representan a varias víctimas y caben ubicarse con el rol de defensores de Derechos Humanos. Y en el sistema ONU, la resolución 53/144 de 1999 (1999), posibilita que estos sujetos promuevan, defiendan y protejan derechos y libertades.

Es más, la institución *Amicus Curiae*, (Barbosa, 2002, pág. 661) es una modalidad de este grupo de defensores, desde el punto de vista de esta investigación. Pues está definida como terceros ajenos al proceso que monitorean, conceptúan —alegatos— y

verifican la labor de órganos del sistema interamericano. Normalmente, son intelectuales orgánicos de ONG, que defienden los tratados internacionales, se vinculan con opiniones a procesos contra Estados y practican un papel protagónico.

¿Pueden estos defensores de derechos humanos, personas naturales o algunas ONG que así lo deseen, actuar a favor de las decisiones de justicia transicional en el tema de nuestro estudio (el deber de investigar) o en contra? Si, pues lo permite la Constitución desde el carácter de ciudadanos con derecho a ejercer la facultad constitucional de atacar o defender normas del derecho interno sobre cualquier asunto. Es más, la Corte Constitucional en diferentes temas de orden problemático, que originan polémica a la hora de ponderar derechos fundamentales, ha invitado a delegados de universidades, de ONG, de instituciones públicas, a expertos, a defensores de Derechos Humanos, para que emitan su opinión, previo cuestionario relacionado con asuntos, donde los conflictos jurídicos que originen la teoría de derechos fundamentales, la parte dogmática de la constitución o las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sean de cierto calibre y gravedad.

En tercer lugar, los *Estados—Parte* pueden demandar y denunciar a otros *Estados—Parte*, con ocasión de la violación de derechos humanos sobre nacionales afectados por la actuación de servidores públicos de otros Estados. (Rincón, Verdad, Justicia y Reparación: la justicia de la justicia transicional., 2010, pág. 200) Para hacer referencia al proceso de paz de la Habana, en construcción, no nos parece viable esta opción. Es como si imagináramos que un Estado vecino protesta por los acuerdos de la negociación de paz con las guerrillas o se siente afectado por alguna decisión del mismo.

Desde las circunstancias prácticas no nos parece que se presente, pero la dinámica de los acontecimientos podrá mostrarnos ejemplos, que hoy no tenemos a la mano.

En cuarto lugar, el último sujeto que puede exigir el cumplimiento específico de este estándar de investigación y sanción a graves violaciones de derechos humanos, es la Corte Penal Internacional, de ahí que el contexto y por momentos en la coyuntura política en Colombia se haya discutido como sería probable esa intervención, bajo cuales condiciones, conforme al Estatuto de Roma al que está sometido igualmente el Estado colombiano.

Veamos el contexto: a los 8 años del aniversario de expedición de la ley de justicia y paz —julio de 2013—, la judicialización de algunos crímenes del conflicto armado respecto de la cooperación ilícita entre paramilitares y servidores públicos de las fuerzas armadas colombianas, mostraba un panorama con más de 1000 uniformados investigados (El Tiempo, 2013), donde solo algunos generales estaban con sentencias o con cargos probatorios en avance; muestra de ello era Rito Alejo del Río, denominado *el pacificador de Urabá*, con sentencia de 26 años; Mauricio Santoyo, condenado en EE.UU. con 13 años de prisión y las investigaciones contra el General Carlos Alberto Ospina, por la masacre del Aro en Ituango y los Generales José Armando Arias Cabrales —35 años de cárcel— e Iván Ramírez por los hechos del Palacio de Justicia; al general Mario Montoya por la operación Orión. Y las denuncias de algunos paramilitares respecto del cementerio colectivo denominado la *escombrera* en la comuna 13 de Medellín — Antioquia del año 2002. O las investigaciones a los Mayores Luis Guillermo Parra y Mauricio Llorente por su labor en Montería—Córdoba y los vínculos denunciados entre el paramilitar Daniel Rendón Herrera, alias *don Mario* y el General Jesús Antonio Gómez.

Este tipo de investigaciones penales en manos de la justicia penal ordinaria, generaba en el ambiente político interrogantes relacionados con el proceso de paz de la Habana, respecto de si habría penas o no para los cabecillas de las FARC y las guerrillas en general, y que pasaría con estas investigaciones que hacían excepción del fuero penal militar y sus cuantías de años de prisión, pues no habría simetría para ambos actores armados; los unos con más legitimidad que otros, decían algunos formadores de opinión pública, como si la violación de derechos humanos no fuese grave, sea quien la dirija o materialice, siendo censurable de la misma manera.

Desde octubre del año 2012, la Corporación Human Rights Watch, organización mundial de defensa de los derechos humanos, había hecho pública una carta dirigida al Presidente Juan Manuel Santos, cuestionando el proyecto de ley que pretendía reformular el alcance del fuero penal militar. Ya que para su director, José Miguel Vivanco, (El Espectador, 2012) la interpretación que hacía la Corte Suprema de Justicia acerca de que las violaciones de derechos humanos e infracciones graves al DIH solo son crímenes de lesa humanidad si forman parte de un ataque generalizado. Y posibilitaría que la justicia penal militar estudiase y fuese competente para investigar ejecuciones extrajudiciales, torturas y violencia sexual, lo cual vulneraría estándares internacionales de derechos humanos.

En síntesis, el debate del fuero penal militar y la discusión pública de las penas para graves crímenes internacionales, que no se había tratado en aquella época en la Habana, mostraba la presión de grupos de militares activos, de constructores de opinión, del gremio de militares retirados (Acolsure), que buscaban o exigir cárcel para los miembros de las guerrillas o realizar ejercicios legislativos que permitan salidas para quienes como

miembros o exmiembros de las FF.MM., debían tener sanciones igualmente de diferente medida o la declaración de suspensión de las penas actuales.

Pero el deber de los Estados de investigar y sancionar a los máximos responsables de violaciones graves de derechos humanos está relacionado con el concepto *penas adecuadas*, que implica que una sentencia y la sanción derivada deben proferir de un juez de conocimiento, de una conducta previamente descrita, y debe responder a principios de proporcionalidad y favorabilidad o como dicen algunos, la pena debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad del autor.

Como lo recuerda el tratadista Ibañez Nájjar (2014) a continuación:

En efecto, el artículo 53-2-c del Estatuto de Roma enuncia los criterios que debe tener en cuenta el Fiscal de la CPI al determinar si hay fundamento para el enjuiciamiento. Estos criterios son: la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad, el grado de participación y la enfermedad del presunto autor. De la misma manera, el artículo 78-1 del Estatuto de Roma establece los criterios que debe tener en cuenta la Corte al momento de imponer la pena: la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (Ibañez Najar, 2014, pág. 271)

Además, la efectividad de la pena está relacionada con la reducción de la misma, si el sentenciado ha expresado desde el principio su interés en colaborar con la investigación. No es posible entonces exonerar a los máximos responsables de graves vulneraciones de derechos humanos; si es posible un tratamiento benigno desde la justicia transicional para quienes colaboran desde la verdad y la reparación, pero la discusión pública se centró en

estas preguntas: ¿deben pagar un mínimo de cárcel los miembros de las FARC que incurrieron en crímenes de lesa humanidad? ¿Qué se entenderá en casos concretos por pena adecuada? ¿Una pena alternativa es suficiente? ¿La ofensa moral reclama sanción intramural exclusiva?

4.4. SENTENCIA C-579 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las respuestas a dichas preguntas, las otorgó la Corte Constitucional cuando se demandó el acto legislativo denominado *Marco Jurídico Para La Paz* emitido en el año 2012.

En su primer artículo, dicha reforma, sin ser consultada en la mesa de la Habana, decía: Artículo 1°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, el cual posee el siguiente contenido:

Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo (Henaó Hidrón, 2013).

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

Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el *Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección* que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 2).

Una primera lectura del artículo indica tres (3) fines de la norma:

- La terminación del conflicto armado.
- Lograr una paz (política) estable y duradera.
- Garantizar los derechos de las víctimas.

Se ubica el adjetivo «*política*» al concepto «*Paz*», porque se considera que la lucha armada está fenecida en Colombia, es tardío su certificado de defunción y se espera lograrlo en el año 2016. Se concentra ese apelativo en resaltar que el numeral sobre participación política es clave, en tanto que en este país no han existido garantías para el ejercicio de la lucha política y la representación social. Como lo expresa la historia y el capítulo 3, dado que los propios partidos políticos fundadores del Estado colombiano, igualmente lo vivieron con intensidad en varias guerras civiles, y de crisis en crisis, de reforma constitucional en reforma constitucional y, ante todo, con cambios en la cultura de los colombianos, podrán advenir cambios y nuevos hábitos en la forma de hacer política, eso sí enterrando las armas de manera definitiva, para acceder al poder.

La anterior consideración es una manera de entender la paz negociada, aunque tenga otros temas, y se privilegie esa reforma electoral como asunto nodal, con garantías a la vida y seguridad personal de los dirigentes y miembros de las FARC, para que en el horizonte por construir que se avecina, otras propuestas, otras políticas públicas sean posibles. Sin la participación de las FARC, no habrá sana disputa y confrontación democrática, que permita llenar de contenido a una *paz política* para transformarla en *paz social*. Pero volviendo a los interrogantes originales: ¿Qué dijo la Corte, al respecto de la pena principal? Antes de su respuesta se mirarán elementos que enriquecen el contexto:

En primer lugar, el pronunciamiento de una consulta que se le hizo a la Fiscal de la Corte Penal Internacional —Doctora Besouda— en el año 2013, sin haberse pronunciado la Corte Constitucional sobre la reforma constitucional, *Marco Jurídico Para La Paz*, llamó mucho la atención en la opinión pública y fue el siguiente:

El 26 de julio de 2013, la Fiscal de la Corte Penal Internacional presentó un escrito al Presidente de la Corte de la Corte Constitucional en el cual manifestó que sería inadecuado utilizar la suspensión de la ejecución de la pena frente a los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o los crímenes de guerra y que en caso de llegar a hacerse podría activarse la competencia de la Corte Penal Internacional:

Como resultado de ese análisis he llegado a la conclusión que una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación del acusado, visaría el carácter genuino del proceso nacional, aún en caso de que todas las fases previas se hubieran considerado genuinas. En vista de que la suspensión de una pena de prisión significa que el acusado no pase tiempo encarcelado, deseo

aconsejarle que esta sería manifiestamente inadecuada en el caso de quienes parecen ser los máximos responsables por la comisión de crímenes de guerra y comisión de lesa humanidad. Una decisión de suspender las penas de cárcel de estas personas podría sugerir que los procesos se llevaran a cabo, o bien con el propósito de sustraer a las personas de que se trate de su responsabilidad penal, de conformidad con los artículos 17(2)(a) y 20(3)(a) o alternativamente que los procesos hayan sido instruidos de manera que, dadas las circunstancias, fueren incompatibles con la intención de someter a las personas a la acción de la justicia, conforme a lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20 (3)(b) (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 41).

El 7 de agosto de 2013 la Fiscal de la Corte Penal Internacional dirigió otro escrito al Presidente de la Corte de la Corte Constitucional en el cual afirmó que la estrategia de procesamiento de su oficina:

No debe considerarse como autoridad, precedente o directriz para interpretar los parámetros de las obligaciones que tienen las jurisdicciones nacionales con respecto a la investigación y el enjuiciamiento de crímenes internacionales. (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 42)

En este sentido, agregó que:

De conformidad con el Estatuto, la CPI continúa teniendo competencia sobre las personas que hayan perpetrado crímenes de competencia de la CPI en el territorio de Estados Partes como Colombia, aun cuando, por política interna de la oficina no sean seleccionados para su enjuiciamiento de conformidad

con la estrategia de procesamiento de la fiscalía. (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 42)

Finalmente, la Fiscal Bensouda concluyó que *«el Estatuto dispone que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»* y a la vez afirma que *«sus crímenes no deben quedar sin 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»* (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 43).

De esta manera, la Fiscal de la CPI alertaba a los juristas colombianos, a los jueces y tribunales, acerca de una interpretación propia sobre el concepto “pena adecuada” donde la efectividad de una sanción es pilar para evaluar lo que hacen las jurisdicciones nacionales y además, alertaba al anunciar que la CPI es competente para conocer de procesos penales sobre graves crímenes, realidad de la cual no estoy muy convencido pues se necesita el consentimiento del Estado para posibilitar que esa competencia se dé en la práctica y es imprescindible que falle el sistema penal o sea, que los resultados de la justicia colombiana sean altamente defectuosos.

4.5. EL PROBLEMA JURÍDICO

Según sentencia de la Corte, el problema jurídico planteado era si se sustituye la Constitución con la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás. En todo caso, para poder

interpretar este problema jurídico era necesario estudiar además: (a) la posibilidad de centrar los esfuerzos en la investigación penal (b) en los máximos responsables de (c) todos los delitos que adquirieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra, (d) cometidos de manera sistemática, (e) autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, y (f) la aplicación de penas alternativas, sanciones extrajudiciales, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena.

En síntesis, la pregunta por la pena principal, desplegaba otra serie de interrogantes y asuntos relacionados, volviéndose central el concepto de *priorización y selección* respecto de todos los crímenes, asunto que procesal y sustancialmente es una novedad en el Derecho Penal aplicado en nuestro país y frente a graves crímenes de lesa humanidad.

La Corte Constitucional en dicha sentencia, justifica la *priorización* bajo criterios y temas como: impacto externo e interno de las estrategias de priorización; contexto y gravedad del hecho punible; profesionalismo y objetividad de los criterios y legitimidad del proceso. Esta justificación y estos conceptos son criticados por diversos sectores de la Doctrina. Como el que se señala a continuación:

El proyecto original del acto legislativo hacía referencia a criterios de priorización y selección. Con esta redacción no era del todo claro si se trataba de la misma figura o si se estaba aludiendo a dos clases distintas de criterios con efectos diferentes. Según el informe de ponencia para segundo debate en el Senado, los criterios de priorización permiten establecer un orden en la investigación, mientras que los de selección autorizan a renunciar a la acción penal. De acuerdo con este informe la priorización sin

selección no es suficiente para lograr los objetivos del Marco Jurídico Para La Paz, pues de nada sirve definir un orden entre los casos si de todas maneras tarde o temprano todos se deben investigar. La priorización sin selección supondría entonces aceptar que los casos no priorizados no serían investigados en un plazo razonable. (Cote Barco & Tarapués Sandino, 2014)

Al ser diferentes, se determinó en los debates posteriores que los criterios de priorización pudieran ser definidos por la Fiscalía General de la Nación y los de selección por una ley estatutaria emitida por el legislador ordinario teniendo en cuenta la gravedad de los casos.

Pero previa a la sentencia, se conocía la postura criminológica del Señor Fiscal General de la Nación, quien mediante una directiva adoptó los criterios de priorización de situaciones y entregó conceptos claves como: análisis criminal, caso ilustrativo del plan criminal; caso priorizado no imputable a una organización delictiva, contexto, política de priorización y criterio de priorización, entre otros.

Definía al criterio de priorización como:

Parámetro lógico que sirve para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos logísticos y administrativos. (Directiva No 001, 2012)

Y Ofrecía aclaraciones en el sentido en que estos criterios no se construyen para descongestionar la justicia ni para extinguir la acción penal en los casos no priorizados.

Además, en dicha directiva, el Fiscal General indica que hay coherencia entre los estándares internacionales de derechos humanos y la priorización de casos; cita la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en las obligaciones de garantías y protección judicial, y las sentencias de la Corte Interamericana como los casos *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, *Maritza Urrutia vs Guatemala*, *la masacre de Ituango vs Colombia*, *Almonacid Arellano y otros vs Chile* para justificar:

La definición (de impunidad) adoptada y promovida por la Corte Interamericana hace que la falta de investigación y de sanción de algunos casos particulares no constituya un acto ilícito internacional, y menos aún es la priorización de una investigación penal sobre otra; únicamente, la ausencia general de la investigación y sanción penal es prohibida. (Directiva No 001, 2012, pág. 6)

El propio Fiscal reitera que la Corte Interamericana ha favorecido el tratamiento diferencial en la investigación de los casos según su complejidad y es esta Corte la que ha exigido una investigación de *contexto macro—criminales*. Indica igualmente que hay unos criterios objetivos y otros complementarios en la priorización; los primeros, se concentran para enfatizar los delitos cuya gravedad o naturaleza se considera más reprochable según el contexto y se tiene en cuenta, el número de víctimas y la extensión geográfica de la violación y concluye que el criterio clave de orden objetivo es el de la *representatividad del crimen*.

En cuanto a los criterios complementarios ofrece experiencias como las relacionadas con «la disponibilidad de pruebas», «tiempo estimado de la investigación», «existencia de

sospechosos y personas arrestadas», «protección de testigos», entre otras. A su vez, el Fiscal presenta los fundamentos constitucionales de la priorización y entrega cinco (5) normas y conceptos, a saber:

En primer lugar, el artículo 2 de la norma de normas relacionado con el deber de proteger la vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades de los colombianos, por ser un fin estatal. En segundo lugar, el principio del derecho a la igualdad por el tratamiento que ordena a cargo del Estado en tanto se debe manejar de forma idéntica a los ciudadanos en iguales circunstancias; tratar de forma diferente a ciudadanos cuyas situaciones no tienen elemento común; tratamiento paritario a personas cuyas situaciones si presentan similitudes y diferencias, siendo más importantes las primeras y el trato o manejo diferenciado para quienes se encuentran en una posición, en parte similar y en parte diversas, pero donde las diferencias son más relevantes.

En tercer lugar, justifica a través del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia —art.229 CN— pues el Estado de Derecho posee en la Justicia a un pilar de su estabilidad y razón de ser, a un defensor del debido proceso y de las garantías procesales, generando la posibilidad de que todo ciudadano accione jurisdiccionalmente, para que esta puesta en acción dé resultados, sanciones, y se proteja los derechos de los ciudadanos.

En cuarto lugar, cita los principios de unidad de gestión y jerarquía, facultad propia del Fiscal General, con base en el artículo 142 de la ley 906 de 2004, cuyo fundamento lo otorga la sentencia C-1260 de 2005, que permite que esta institución tenga autonomía administrativa y presupuestal, y sea simultáneamente parte de la rama judicial.

En quinto lugar, observa que la participación de la institución Fiscalía General de la Nación en el diseño de la política criminal del Estado, función esencial, le permite ofrecer propuestas y estos criterios, ya que dicha política no es un monopolio del Congreso de la República. Ya en otra sentencia (Sentencia C-100 de 2011, 2011), el juez constitucional sostenía que la Fiscalía General y los organismos de policía judicial debían aplicar metodologías que vayan más allá del análisis jurídico, estudiando patrones criminales de comportamiento, tareas y actividades que superan la cotidianidad individualizada de estudio de cada delito, a lo cual se está acostumbrado, sin mirar relaciones delictivas de más amplio ámbito.

Y es que el discurso y la teoría del derecho internacional de los derechos humanos han cuestionado las categorías tradicionales del Derecho Penal. En conferencia realizada en la ciudad de Medellín, el propio Doctor Montealegre, señalaba que hay teorías nuevas como la de *la doble imputación*, por influencia del Derecho Penal Internacional, que sirven de soporte para la coyuntura de paz y el inmenso número de delitos cometidos con ocasión del conflicto armado. Decía:

Para explicar este concepto es necesario, previamente, precisar que el fenómeno de la macro-criminalidad, de violaciones masivas a los derechos humanos, violaciones sistemáticas y generalizadas, está caracterizado por la convergencia de un hecho individual que debe interpretarse o analizarse desde la perspectiva de un hecho total y de un delito de sistema. (Resolución No 2006 de 2012, 2012).

O sea, continuando con la reflexión:

¿Qué debe entenderse entonces por el criterio de doble imputación?

Significa lo siguiente: que sin abandonar las garantías del Derecho Penal de la Ilustración... ante violaciones a los derechos humanos es necesario realizar primero una imputación del hecho a la organización y, después de ello, a partir de ahí inferir las responsabilidades individuales. (Montealegre Lynett, 2013, pág. 18)

En una toma guerrillera, por ejemplo, se configuran hechos punibles variados como el homicidio en persona protegida y otros; la destrucción de bienes públicos y privados; el secuestro; el porte de armas; la rebelión; el hurto agravado a bancos o tiendas; el reclutamiento forzado de menores entre otros. Es una sola situación donde se reconstruye primero las órdenes de la organización armada ilegal, en qué consistió el operativo en la práctica, cuántos hombres actuaron, resultados en daños, la retirada hacia las montañas y uso de transporte, etc. Luego se individualiza a los autores intelectuales, materiales, cómplices. Primero se imputa el juicio de acusación a la organización, luego, la función de cada *sujeto—guerrillero* en el proceso y engranaje general.

¿Y dónde está la selección como criterio? Este se centra en la responsabilidad de los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y reconoce impunidad en la base de la organización, pero usa el concepto de *autoría mediata* para demostrar en la estructura vertical, la unidad de mando y su ejecución material de los delitos. Por esto no se hacen investigaciones penales individuales, sino en contexto, para comprender el conflicto armado, la *macro—criminalidad* y hacer un ejercicio diferente de la imputación penal.

Por su parte en la sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional señaló, a propósito de estos criterios, lo siguiente:

En este sentido, como ya se expresó, una utilización adecuada del mecanismo de selección y priorización podrá permitir que, a través de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio, se puedan investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, encausándolas e imputándolas a máximos responsables, pero ello solamente será posible a través de un compromiso serio y decidido de las autoridades penales para la conformación de contextos que agrupen las mismas.

Adicionalmente, este objetivo no solamente podrá ser cumplido a través de mecanismos penales sino también a través de mecanismos judiciales extra penales o de mecanismos extrajudiciales como la comisión de la verdad. La cual en todo caso deberá cumplir con las pautas de transparencia y participación de las víctimas para constituir un verdadero esfuerzo para garantizar la verdad. (Sentencia C-579 del 2013, 2013, pág. 60)

Manifestó igualmente la Corte, que este estándar del deber de investigar, juzgar y sancionar los más graves crímenes relacionados con violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es un deber general de garantía deducido del artículo 1.1 de la convención americana de derechos humanos, que tiene por finalidad, perseguir por todos los medios legales la verdad y simultáneamente identificar los autores materiales e intelectuales; que la búsqueda de la verdad debe ser iniciativa y liderazgo de la justicia penal de los Estados y no de las víctimas y que es una oportunidad

para que precisamente estas víctimas participen, exijan e igualmente contribuyen a la verdad de los hechos. Criterios acordes con distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.

Es de advertir que todo Estado posee cuatro (4) obligaciones en el respeto profundo y comprometido por los derechos humanos de los individuos —nacionales y extranjeros— que habiten su territorio. Nos referimos al deber de respeto, que implica obligación de abstención, pues no puede tomar medidas que restringen el goce efectivo o lo anulen. Al deber de garantía, que implica asegurar el pleno ejercicio de los derechos en lo posible, en la medida fáctica que la realidad y las circunstancias lo permitan. Igualmente, al deber de protección, para evitar que terceros no interfieran en el ejercicio de los derechos. Y en el caso de la comisión de vulneraciones, el deber de reparar, imprescindible para superar las violaciones de derechos y el escándalo social que ellas producen, por autoría de servidores públicos que abusan de sus potestades y facultades en los cargos públicos.

La sentencia aclara que los máximos responsables no se identifican necesariamente con el jefe de grupo, sino que, con criterio relacionados a las políticas o planes de ataques en el desarrollo del conflicto armado, son responsables por sus roles políticos, por su nivel de autoridad y en la comisión de los crímenes graves.

Considera igualmente que derivado de los criterios de selección y priorización son la renuncia a la persecución penal y suspensión condicional de ejecución de la pena y para ello entre el Fiscal General y el Congreso se dictarán los criterios de manera específica en una ley. A su vez, evoca la sentencia C-370 de 2006 sobre alternatividad penal, donde se dictaminó que no se afecta desproporcionadamente a la justicia con este tipo de penas

siempre y cuando se garanticen los derechos de las víctimas; incluso, la sentencia C-771 de 2011 sobre los acuerdos de contribución a la verdad histórica y reparaciones con origen en la ley 1424 de 2011, ya autorizaban la suspensión de órdenes de captura contra miembros de grupos armados desmovilizados, si ayudaban a esclarecer la verdad.

En cuanto a las penas alternativas el ambiente político se ha movido en torno a propuestas que han surgido de la propia mesa de la Habana, ante todo con dos ideas: contribuir al desminado humanitario, desenterrando minas antipersonas y otros explosivos en varias zonas del territorio nacional y la denominada sustitución de cultivos ilícitos, que pasa por dos actividades: destruir las siembras y arbustos de coca y marihuana y generar una política de siembra de productos sustitutos con crédito agrícola, comercialización y garantía de acceso a supermercados y plazas de mercado. Para algunos autores estas son sanciones extrajudiciales.

Se podría proponer revivir *el confinamiento* con precisos linderos, por ejemplo, se sanciona a determinado líder del grupo FARC, se les condena a cinco (5) años de prisión, se le ordena pagarlos teniendo por cárcel una *ciudad—domicilio*; de dicho municipio no sale en ese lapso de tiempo, pero tiene libertad de circulación y se le permite la garantía al ejercicio de sus derechos políticos; además se puede presentar mensualmente a un juzgado a firmar y mostrar el cumplimiento periódico de la pena. Es una extensión del concepto *domicilio por cárcel*.

En el plano internacional es necesario recordar que tres (3) resoluciones del Consejo de Seguridad apoyan los criterios de selección y priorización en anteriores conflictos armados internos con fuertes consecuencias en el desarrollo de la violencia organizada. Nos

referimos a la resolución No 1503 de 2003 usada en el Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia; la resolución No 1534 de 2004 utilizada para el Tribunal Penal Internacional de la ex Ruanda y la No 1312 de 2.000 usada en la Corte Especial de Sierra Leona.

Una penúltima consideración problemática hay que señalar y es la siguiente: en el Derecho Penal Colombiano, se ha considerado que la posibilidad de juzgar determinadas conductas y calificarlas como crímenes de lesa humanidad, debe respetar como es obvio, el principio de legalidad, teniendo en cuenta sus elementos estructurales, como el contexto, que el ataque se dirija contra la población civil, sea generalizado, sistemático y se tenga conocimiento del mismo. El ataque debe implicar la comisión de múltiples crímenes de conformidad con una política definida por el actor armado o por servidores públicos del Estado.

Es verdad que no hay un título exclusivo que taxativamente señale en el código penal cuales son los denominados crímenes de lesa humanidad —ya enumerados en el Estatuto de Roma—. Pero antes de ratificar este estatuto, por ley 742 de 2002, Colombia consagró el delito de genocidio —artículo 101— (Ley 599 de 2000, 2000); ubicó un título que denominó delitos contra el Derecho Internacional Humanitario en el mismo código e introdujo la desaparición forzada. Pero es verdad que no están vinculados todos los delitos y conductas que la comunidad internacional señala como de lesa humanidad, luego su tipicidad está limitada (Fernandez Mejía, 2013).

La exequibilidad entonces del acto legislativo No 01 de 2012, pasaba su examen en la Corte Constitucional, no exento de polémicas por los maximalistas en derechos humanos

que reclamaban su derogatoria, ante todo referida a algunas expresiones. Pero la opinión pública empezó lentamente a escuchar fue otro bombardeo, el de los negociadores y voceros de las FARC, quienes siempre a lo largo de varios meses señalaron que dicho marco jurídico no había sido el resultado del acuerdo en la Habana y además no les interesaba.

4.6. EL ACUERDO DEL 23 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Los acuerdos previos en las negociaciones de paz en el escenario político nacional, tienen en la nebulosa opinión pública un efecto combinado de aceptación o de rechazo, dependiendo de su presentación y justificación. A veces, parece un espectáculo propio de las artes escénicas; en otras oportunidades, un sencillo entremés, que anima la vida cotidiana de los colombianos.

El acuerdo acerca de la justicia y por la construcción de una jurisdicción especial de paz, fue anunciado por los medios de comunicación como una noticia que confirmaba que el fin de los acuerdos se acercaba y se posibilitaba acelerar los compromisos, puesto que durante más de un año se habían enfrentado posiciones de ambas partes, sin consensos. Fue necesario como lo describió El Espectador (García Segura & Laverde, 2015) que terceros intervinientes aclimataran una salida a un asunto de alta confrontación que discrecionalmente se manejaba pero que sin detalles conocidos era *vox populi* por los disensos extendidos por muchos meses.

Mediante la inteligencia y tino diplomático de un grupo de expertos nacionales e internacionales, conformada una comisión de expertos en justicia transicional, se logró dar luz al tema más difícil del acuerdo de paz. Los expertos son:

- Morten Bergsmo, asesor de la Fiscalía de la CPI;
- Carlos Beristáin, médico vinculado a asociaciones de víctimas;
- Priscilla Hayner, consultora independiente y cofundadora del Centro Internacional de Justicia Transicional;
- Luis Guillermo Pérez Casas, Abogado de la Universidad Nacional, secretario general de la Federación Internacional de derechos humanos y miembro de la ONG Colectivo José Alvear Restrepo;
- Carlos Ruiz, abogado de Colombia;
- Enrique Santiago, abogado español y exsecretario de la Comisión Española de ayuda al Refugiado
- y Rodrigo Uprimny, director de la ONG DEJUSTICIA, abogado colombiano de alto prestigio en la academia nacional.

La discusión duró meses, porque el Gobierno Nacional y sus voceros insistieron en aplicar la renuncia a la persecución penal en los términos del Marco Jurídico Para La Paz y la norma legal que rechazaba las FARC. Y en principio, al pensar en un tratamiento diferente para militares y guerrilleros, no pensaba en un Tribunal Mixto Internacional, que fue la solución propuesta.

Pero la insistencia en este punto por los expertos, al enfatizar lo contrario, un tratamiento único tanto para miembros del ejército nacional como para los subversivos,

posibilitó el acuerdo y se agregó la presencia de magistrados de Cortes extranjeras, para darle mayor independencia e imparcialidad a la modalidad de justicia ofrecida:

La idea es que además de la guerrilla, los agentes del Estado, los paramilitares, parapolíticos, empresarios y todos los que quieran saldar sus cuentas con la justicia y contribuir con la paz, tengan la posibilidad de resolver sus cuentas (sic) pendientes con ese tribunal para la paz y quedar a salvo de la Corte Penal Internacional. El Tribunal deberá decidir también si los falsos positivos tienen cabida en este modelo de justicia, aunque nadie duda que fueron sistemáticas violaciones contra la población civil. (García Segura & Laverde, 2015, pág. 5).

La pena, el otro instrumento eje, no solo la institución operativa de la justicia, se resolvió hablando de *restricciones a la libertad*. El asesor del Gobierno, Dr. Manuel José Cepeda (El Tiempo, 2015), lo explica de esta manera: El acuerdo concreta 20 años de cárcel para los renuentes y no colaboradores con el Derecho a la verdad; la restricción efectiva de libertad por 5 a 8 años en lugares preestablecidos, indicados por el Tribunal Internacional, sometimiento a un régimen de seguridad y vigilancia y unas penas complementarias relacionadas con la reparación, realización de obras comunitarias. Se le agrega un órgano de monitoreo y cumplimiento de la sanción que informará al Tribunal, sobre la conducta de los miembros de las FARC y la debida aplicación de la pena que se les imponga.

Hay que señalar, que los Tribunales Mixtos Internacionales, son permitidos en este tipo de justicia, y que existen experiencias elaboradas y en desarrollo al respecto. Se dice que la experiencia existente ha ocurrido en aquellos Estados de una justicia penal casi

inoperante o muy débil, pero Colombia aunque muestre algunos resultados y ante todo con sentencias frente a algunos crímenes de guerra cuyos autores son reos ausentes, no es razón suficiente para confiarle la definición del derecho a la justicia y su aplicación a los miembros de las FARC, por los resultados de impunidad que estadísticamente nos presentan las investigaciones de científicos sociales y las propiamente oficiales.

Los tribunales mixtos de justicia se localizan en el propio Estado Nacional afectado, son un ejercicio de imparcialidad, pero son independientes de la propia rama jurisdiccional, la cual incluso con la Fiscalía abordo, se ponen a su disposición para colaborar en la entrega de expedientes, informes, antecedentes de delincuentes y otros asuntos. Una de sus ventajas es el aporte que harán los jueces internacionales a la justicia local y otra el que su preocupación central es la defensa y aplicación de estándares internacionales de derechos humanos, para que propiamente estemos al frente de modelos de justicia transicional.

Varios son los dilemas que asoman a la intuición cotidiana y ante la disciplina jurídica para que su eficacia sea superior a la justicia penal doméstica:

- ¿Cómo se nombrarán los miembros de este tribunal? ¿Bajo cuáles criterios? y ¿Quién lo hará? —la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República—.
- ¿Cuál será su duración? ¿esta depende del número de delitos y de los criterios de priorización y selección?
- ¿Los casos no estudiados implicarán una renuncia a la investigación penal y un desistimiento que este Tribunal le ordena a los jueces penales colombianos, cuyas investigaciones no estén cerradas ni terminadas?

- Si el Estatuto de Roma no comprende como penas complementarias la suspensión de derechos políticos, ¿este Tribunal Internacional podrá tomar esa determinación, aparte de las penas principales por decidir?
- Como la pena principal depende de la satisfacción de los derechos a la verdad y reparación, ¿cómo se coordinarán y se harán eficaces estos, para que en su momento la pena decidida se aplique?
- ¿Tendrá facultades para revisar sentencias con efectos de cosa juzgada de criminales de los grupos ilegales y de servidores públicos ya condenados?

Hay tres asuntos más específicos que el tratadista Andreu Guzmán (2015) reflexiona: el secuestro por motivos políticos, por ser tema excluido de la amnistía y los indultos, y porque según el derecho internacional no todo crimen cometido con fines políticos es automáticamente delito de dicha naturaleza. En segundo lugar, el autor señala ambigüedades respecto de frases del comunicado conjunto número 60 (Gobierno - FARC, 2015), puesto que entre los crímenes excluidos de la amnistía, se refiere «a las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura y el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual.». El crimen de lesa humanidad no está tipificado en el derecho penal colombiano, pero también es cierto que un cúmulo de infracciones al DIH cometidas en el conflicto armado, si lo están y son parte de esta respuesta; el genocidio si lo está y otras infracciones y/o crímenes de guerra y lesa humanidad son descritos por el Estatuto de Roma, pero no comprendidas en nuestra legislación. Si estamos de acuerdo cuando llama la atención acerca de la

violencia sexual (Ley 1719 de 2014), la cual ubica como norma específica de un crimen de lesa humanidad en Colombia.

Los anteriores son algunos de los asuntos gruesos por resolver que demandará el montaje de dicho Tribunal Mixto Internacional o Jurisdicción Especial de Paz, como se le denominó en el acuerdo. No posible solucionar cada uno de estos interrogantes y problemas jurídicos, pero si es procedente indicar, que la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los graves crímenes, no se quedará en abstracta condición, puesto que la convergencia en definir por cual institución, así como sus reglas de juego —que aun hoy no se conocen— implica el compromiso de poner en marcha un tema nuclear, y disipar las dudas que la opinión pública demandaba hacía meses.

Para el Estado colombiano, esta solución, fruto de negociaciones con la contraparte y con la colaboración de Naciones Unidas, es una manera práctica de hacerle el quite a la probable intervención de la Corte Penal Internacional, fantasma que recorre a África y a Estados fallidos, cuya competencia complementaria demanda intervención política, puesto que el apoyo del Consejo de Seguridad de la ONU y de su Secretaría General, al proceso de paz de la Habana, sirven de cerradura metálica para impedir su acceso.

De todas maneras, revivir el delito político, tan maltratado por la sentencia C 456 de 1997, de la Corte Constitucional, implica que el Tribunal Mixto Internacional debe conocer la jurisprudencia colombiana y comprender el alcance y el peso de *la conexidad*, concepto que trasnocha a la oposición política y que en Derecho Penal tiene tres objetivos: provocar la no extradición de los miembros de las FARC; generar condiciones para amnistías e indultos para ciertos delitos no para los crímenes de guerra y de lesa humanidad; posibilitar el fundamento de la participación política del enemigo del Estado y de sus miembros, al

otorgársele un reconocimiento: son beligerantes, insurrectos, que trasforman su lucha armada en el respeto a las condiciones de la vida civil, donde las reglas electorales serán asumidas por ellos, aunque el escepticismo y el repudio a su pasado sean caldo de cultivo de sentimientos de furia entre muchos colombianos.

Al tratar de poner en ejecución mecanismos que posibiliten el acuerdo acerca de la Jurisdicción Especial de Paz, nuevos tropiezos se arman en el diálogo de paz con el enemigo del Estado. Mientras el Presidente Juan Manuel Santos presenta ante el Congreso, previo consenso con los partidos políticos que lo apoyan, una propuesta de acto legislativo que crea una Comisión Especial Legislativa para agilizar los trámites de los acuerdos de paz, conformada por 55 parlamentarios de las comisiones primeras de Senado y Cámara, más 12 congresistas adicionales (Semana, 2015), previa refrendación de los acuerdos antes de junio del año 2016, en la mesa de la Habana se oyen clamores en contra, pues dichos instrumentos jurídicos no han sido negociados directamente con la contraparte.

Las FARC reclaman los instrumentos jurídicos para la implementación de los acuerdos como fruto de un acuerdo bilateral. Una semana antes de los acuerdos sobre la jurisdicción especial de paz, decía en editorial el periódico Voz:

Reiteramos que en la Habana no conocemos el contenido del proyecto de acto legislativo que según la prensa se estaría socializando en el Congreso. Resulta inconveniente resolver de manera unilateral uno de los asuntos que aún no aborda la mesa de conversaciones, como es el de la refrendación, contenida en el punto sexto de la agenda, dijo Iván Márquez desde la Habana y de cuyas palabras se desprende que no estarán de acuerdo con cualquier

decisión unilateral. Santos sigue jugando con fuego y poniendo en peligro los diálogos... (Periódico Voz, 2015, pág. 32).

Se desprende de las ruedas de prensa que otorgan los voceros de las FARC y de este editorial, órgano de información de los comunistas, que los instrumentos jurídicos finales tendrán que ser negociados con las propias FARC, aunque el Estado Social de Derecho reclame soberanía. ¿Iguales dudas traen la construcción de la Jurisdicción Especial de Paz? No cabe ninguna duda. Pero también la conciencia histórica dicta que la rama judicial colombiana ha sido independiente de las ramas ejecutivas y legislativas y que sus decisiones tendrán que ser respetadas por las FARC, a menos que decidan la ruptura del conjunto del proceso.

En síntesis, en los próximos años, veremos la aplicación del estándar de derechos humanos, deber de investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, mediante jueces nacionales e internacionales, ejerciendo la jurisdicción en nuestro país, como testimonio de un ajusticia transicional en ejercicio. No solo este instrumento sino otros, pasarán el examen de la Habana y de los asesores. Pues se pone en juego el conjunto del proceso de paz, no solo desde lo sustancial sino también desde lo procedimental.

REFERENCIAS

Directiva No 001. (04 de 10 de 2012). Fiscalía General de la Nación. Bogotá, Colombia.

Alexy, R. (s.f.). *Teoría de los derechos fundamentales* (Segunda ed.). Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

Alto Comisionado de la ONU. (2001). *Informe de relator especial ONU 2000, principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas*. Alto Comisionado Naciones Unidas.

Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos. (2005). *Compilación de Instrumentos Internacionales*. Bogotá, Colombia: Panamericana formas e impresos.

Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos. (2012). *Compilación de Instrumentos Internacionales*. Bogotá, Colombia: Panamericana formas e impresos.

Alto Comisionado Naciones Unidas. (2001). *Compilación de Instrumentos Internacionales*. Bogotá, Colombia: Panamericana formas e impresos.

Ambito Jurídico. (23 de 06 de 2014). Penas alternativas y sanciones extrajudiciales en Colombia: más allá de la cárcel. Junio 23 al 6 de julio. *Ambito Jurídico*, pág. 10.

Ambos, K., & Malarino, E. (2011). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Ed. Temis.

Andreu Guzmán, F. (2015). El acuerdo sobre justicia: algunas reflexiones. *Foro*.

Barbosa, F. (2002). *Litigio Interamericano*. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad Jorge T. Lozano.

Bernal Pulido, C. (s.f.). *Estudio introductorio de sobre racionalidad de la ponderación respecto del texto precitado de Robert Alexy.*

Biografías y Vidas. (2015). *Otto von Bismarck*. Obtenido de <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bismarck.htm>

Cancino Moreno, J. (1990). *Historia de las instituciones penales en Colombia. Tomo 2.* Bogotá: Universidad Libre.

Cano Roldán , & Caro Garzón. (2011). *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas.*

Cantón, S. (2005). La experiencia de la comisión IDH en materia de derechos políticos y democracia. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de la OEA*, 87-104.

Castellanos, J. (2013). *¿Cuánto nos cuesta la guerra?* Politécnico Grancolombiano.

CIJ. (2015). *Corte Internacional de Justicia*. Obtenido de <http://www.cij.org>

CNRR. (2007). *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa. Comisión Nacional de Reparación Restaurativa - CNRR. Oficina de comunicaciones SENA.* Bogotá.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Asamblea Nacional*. Obtenido de http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Corominas. (1973). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana.* España: Ed. Espasa.

Cote Barco, G., & Tarapués Sandino, D. (2014). *MJP y el análisis estricto de sustitución de la constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 en Justicia de Transición y Constitución: Kai Ambos, coordinador*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.

CPI. (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Obtenido de http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

Diálogos. (1992). Proceso de paz en el gobierno de César Gaviria; diálogos realizados en 1992.

Diario Oficial. (10 de 07 de 1954). Diario Oficial No 28522. *Diario Oficial*(28522).

El Cocuy. (2015). Obtenido de <http://www.elcocuyboyaca.com>

El Colombiano. (16 de 06 de 2014). País dividido entre dos fuerzas. *El Colombiano*, págs. 6-7.

El Colombiano. (15 de 01 de 2015). La amenaza de las Bacrim. Edición del 15/01/2015. *El Colombiano*.

El Espectador. (28 de 10 de 2012). Entrevista a José M. Vivanco. *El Espectador*, págs. 16-18.

El Nuevo Siglo. (30 de 07 de 2014). Número significativo de colombianos aceptaría una victoria electoral de FARC. *El Nuevo Siglo*, pág. 12.

El Tiempo. (19 de 06 de 2004). *El Tiempo*.

El Tiempo. (24 de 09 de 2010). Por la operación Sodoma muere Jorge Briceño. *El Tiempo*.

El Tiempo. (05 de 11 de 2011). Por operación Odiseo muere Alfonso Cano. *El Tiempo*.

El Tiempo. (09 de 2012). Discurso televisado del Sr. Presidente Juan Manuel Santos. *El Tiempo*.

El Tiempo. (2013). El alto costo de los últimos 10 años de la guerra. pág. 6.

El Tiempo. (25 de 08 de 2013). Militares uniformados salpicados en justicia y paz. *El Tiempo*, pág. 2.

El Tiempo. (17 de 12 de 2014). *El Tiempo*.

El Tiempo. (21 de 07 de 2014). Hay una dilación injustificada de procesos. *El Tiempo*, pág. 7.

El Tiempo. (13 de 01 de 2015). ¿Uribe va hacia una actitud constructiva frente al proceso de paz? *El Tiempo*, pág. 15.

El Tiempo. (05 de 08 de 2015). FARC y bandas, socios en negocios de extorsión. *El Tiempo*.

El Tiempo. (25 de 02 de 2015). Habría luz para blindaje de justicia transicional. *El Tiempo*, pág. 2.

El Tiempo. (27 de 09 de 2015). Jamás se pensó en abrir la puerta para juzgar a expresidentes. *El Tiempo*, pág. 7.

El Tiempo. (15 de 02 de 2015). Justicia Transicional para todos. *El Tiempo*, págs. 6-7.

El Tiempo. (05 de 04 de 2015). No veo a la Corte Penal interviniendo en Colombia. *El Tiempo*, pág. 4.

Esquilo. (1964). *La Orestíada*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada.

- Esquilo. (1964). *Tragedias* (Tercera edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada.
- Fernandez Mejía, D. (12 de 2013). “Alternativas para la aplicación de los crímenes de lesa humanidad en Colombia.”. *Revista Advocatus*(21), 111-123.
- Forcada Barona, I. (2011). *Derecho Internacional y Justicia Transicional*. Navarra: Ed. Aranzadi.
- Gallón Giraldo, G. (1980). *La República de las armas*.
- García Segura, H., & Laverde, J. (27 de 09 de 2015). El acuerdo final. *El Espectador*, págs. 1-6.
- García, M. (1992).
- Garzón, B. (2014). Revista La Bagatela No 2. *Revista La Bagatela*(2), 32-33.
- Gobierno - FARC. (23 de 09 de 2015). *Informe conjunto de la mesa de conversaciones*.
Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/documents/comunicado-conjunto-60-23-septiembre-2015.pdf>
- Gobierno - FARC-EP. (2014). *Informe conjunto de la mesa de conversaciones*. La Habana, Cuba.
- Gobierno Nacional—FARC. (2012). *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (folleto)*. Bogotá.
- González, F., Bolívar, I., & Vásquez, T. (2004). *Violencia política en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos.

- Gran enciclopedia de Colombia. (2007). *Gran enciclopedia de Colombia. Tomo de Historia. Volumen 3. La guerra de los mil días*. Bogotá: El Tiempo. Círculo de Lectores.
- Guzmán, Á. (2013).
- Henao Hidrón, J. (2013). *Constitución Política Comentada*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Henkin, A. (1989). *State crimes: punishment or Pardon en Justice and society program of de Apen Institute*.
- Henríquez Ureña, P. (1964).
- Historia Universal. (2010). *Imperio Romano*. Obtenido de <http://www.historiauniversal.com>
- HistoriaSiglo20. (2003). *Glasnost (Transparencia). El sitio web de la historia del siglo XX. Historias de las relaciones internacionales durante el siglo XX*. Obtenido de <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/glasnost.htm>
- Hobbes, T. (1990). *El Leviathán*. España.
- Ibáñez Najar, E. (2014). *Justicia Transicional y Comisión de la Verdad*. Ed. Instituto Berg Oceanía.
- ICRC. (29 de 10 de 2010). *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>
- Jaramillo Cardona, R. (1984). *La justicia penal militar en Colombia (Tesis)*.

Jaramillo Cardona, R. (2014). El proceso de diálogos de la Habana: de la incertidumbre a la consolidación. *Abriendo Horizontes. Centro Fe y Culturas.*(7), 25-37.

Joinet, M. (1997). *Documents.*

Kovadloff, S. (2008). *El enigma del sufrimiento* . Emecé editores.

La Pluma. (2015). <http://www.es.lapluma.net/index>. *La Pluma.net. Agencia APP. Red de prensa no alineada.*, <http://www.es.lapluma.net/index>. Recuperado el 14 de 09 de 2015

Leal Buitrago, F. (2006). Cuatro años del Gobierno de Álvaro Uribe: Balance y Perspectivas. *Análisis Político No. 57 Mayo - Agosto.*

Lechner, N. (1983). *La esperanza en el presente en América Latina.* San José, Costa Rica: DEI Editorial.

Ley 1448 de 2011. (2012). *Mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas y la lucha contra la impunidad.* Universidad Católica de Oriente. Rionegro.

Ley 1719 de 2014. (18 de 06 de 2014). *Secretaría del Senado. Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014.* Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1719_2014.html

Ley 599 de 2000. (2000). *Código Penal Colombiano.* Medellín, Colombia: Ed. Señal Editora.

Luban, D. (2011). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad.* Ed. Temis.

- Manili, P. (2012). *Manual Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Ediciones Leyer.
- Marichalar, A. (1861). *Las penas en el derecho penal*. España.
- Marino Fernandez, F. (1999). *Derecho Internacional Público, parte general*. España, España: Ed. Trotta.
- Martínez Carreño, A. (2011). *1492-1902: Desde el descubrimiento hasta la guerra de los 1.000 días*. Ed.Norma.
- Matta Aldana, L. (1999). *Colombia y las FARC-EP: El origen de la lucha guerrillera. Testimonio del comandante Jaime Guaraca*. España: Ed. Txalaparta.
- Medina, M. (2014). *El rompecabezas de la paz*. Medellín: La Carreta Editores.
- Mindefensa. (2015). *Estadísticas Ministerio de Defensa*. Obtenido de <http://www.mindefensa.gov.co>
- Mommsen, T. (1998). *El Derecho Penal Romano*. España: Ed. Temis.
- Monroy Cabra, G. (1995). *Derecho de los tratados*. Bogotá: Ediciones Leyer.
- Montealegre Lynett, E. (20 de 09 de 2013). “Los modelos de imputación del Derecho Penal Internacional en la Justicia Transicional colombiana”, pag. 213 eDiálogo constitucional para la paz por Corte Constitucional. Medellín, Colombia: Ed. Legis.
- ONU. (1993). *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2 de julio de 1993. Comisión de Derechos Humanos*.

- ONU. (2013). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Compilación de instrumentos internacionales*. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas. Bogotá: Ed. Panamericana Formas e Impresos.
- ONU. (2013). *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Compilación de instrumentos internacionales*. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas. Bogotá: Ed. Panamericana Formas e Impresos.
- Orozco Abad, I. (1992-). *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Ed. Antropos.
- Ortega Torres, J. (1980). *Código Civil Colombiano. Artículo 1946*. Bogotá, Colombia: Talleres Gráficos Oriente.
- Pérez, L. C. (1987). *La guerrilla ante los jueces militares*. Ed. Temis.
- Periódico Voz. (16 de 09 de 2015). Editorial. *Periódico Voz*, pág. 5.
- Pinto, M. (2000). *El principio pro-homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.
- RAE. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. (22 ed., Vol. Tomo 5).
- Rangel, A. (2008). Obtenido de <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (2014). Misión de Observación Electoral. Boletín nacional No 38 de la , junio 10, hora:7:20 p.m. *El Tiempo*, pág. 2.
- Resolución de la ONU No 3074 del 03-12-1973. (1973). *Principios para la identificación y castigo a los criminales de guerra y de lesa humanidad ó la resolución No 2391 del 11-11-70 sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad*.

Resolución No 2006 de 2012. (11 de 10 de 2012). Fiscalía General de la Nación. Bogotá, Colombia.

Resolución No 53/144 de 1999. (1999). *Asamblea General de la ONU*.

Revista Semana. (17 de 08 de 2013). Carta Fiscal del CPI. *Revista Semana*.

Rincón, T. (2010). *Verdad, Justicia y Reparación: la justicia de la justicia transicional*. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad del Rosario.

Rincón, T. (2010). *Verdad, Justicia y Reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario.

Sánchez Triana, M. (2010). *Derecho Penal. Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Tomo III. El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Sánchez, G. (2013). *¡Basta ya! Colombia. Memorias de Guerra y Dignidad. Informe general del grupo de memoria histórico*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Santos Calderón, E. (2014). *Así Empezó Todo*. Bogotá: Intermedio Editores.

Semana. (20-27 de 09 de 2015). Reforma para la paz. *Semana*(1742), págs. 34-35.

Sentencia 25/10/2012. (2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Sentencia C-100 de 2011. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá, Colombia.

Sentencia C-280 de 2013. (2013). *Corte Constitucional*.

Sentencia C-578 de 1995. (1995). *Corte Constitucional*. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

Sentencia C-579 de 2013. (31 de 07 de 2013). *Alcaldía Mayor de Bogotá*.

Sentencia C-579 del 2013. (28 de 08 de 2013). Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.

Sentencia C-652 de 2003. (2003). *Corte Constitucional*. Obtenido de

<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-652-03.htm>

Sentencia de casación penal No 36.511. (19 de 06 de 2013). *Corte Suprema de Justicia* .

Obtenido de Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz.

Sentencia Serie C No 42. (1998). *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso*

Loayza Tamayo. Párrafo 169. Reparaciones del 27 de noviembre de 1998.

Sierra Porto, H. (2013). *Dialogo Constitucional para la paz. La Corte IDH y la justicia*

transicional: el caso colombiano. Corte Constitucional.

Sucasas, A., & Otros. (2010). *Memoria - Política - Justicia*. Ed. Trotta.

Teitel, R. (2003). *Genealogía de la Justicia Transicional*. Obtenido de [http://](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones)

www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones

Teitel, R. (2010).

Tratado de Chinácota. (18 de 05 de 2009). *Wikisource, La Biblioteca Libre*. Recuperado el

04 de 09 de 2015, de

https://es.wikisource.org/w/index.php?title=Tratado_de_Chin%C3%A1cota&oldid=197756

Tratado Wisconsin. (13 de 05 de 2009). *Wikisource, La Biblioteca Libre*. Recuperado el 04

de 09 de 2015, de

https://es.wikisource.org/w/index.php?title=Tratado_Wisconsin&oldid=197322

- Universidad Nacional. Colciencias. (1988). *Colombia: violencia y democracia: informe presentado al Ministerio de Gobierno*. Bogotá: Ed. Servigráficas.
- Vanguardia. (18 de 04 de 2009). *Los diez magnicidios que cambiaron el país*. Recuperado el 14 de 09 de 2015, de <http://www.vanguardia.com/historico/26096>
- Vásquez Carrizosa, C. (s.f.). *El Frente Nacional, su origen y desarrollo: Memorias. Anexos históricos, decreto sobre el plebiscito, diciembre 1 de 1957*. Cali.
- Verri, P. (s.f.). *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Bogotá: Tercer Mundo editores.
- Villegas, J. (1978). *Guerra de los mil días*. Carlos Valencia Editores.
- Voz. (03 de 06 de 2015). La verdad del Pueblo. Edición No 2790. *Voz*, págs. 8-9.
- Zapata, J. (2013). *Corte Suprema de Justicia*.
- Zuluaga, J. (2014). *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la CC. Coordinador: Kai Ambos. Justicia de transición y constitución. A manera de introducción*. Bogotá: Ed. Temis.