

## EL CAMINO HACIA LA PAZ PASA POR LA JUSTICIA

***Pretender desarrollar fórmulas jurídicas para la desmovilización de las guerrillas, sin contemplar la desmovilización o depuración del establecimiento criminal incrustado en la economía, en la política y en el Estado, no es una apuesta para la paz, sino para la perpetración del statu quo y la violencia estructural. Por tanto la paz integral pasa, porque todos los responsables de crímenes internacionales contra la población colombiana se sometan a un proceso de justicia transicional.***

En todo proceso de terminación de una dictadura o de conflicto armado a través del diálogo y la negociación, suelen pactarse distintas formas de impunidad a través de lo que ha dado en llamarse justicia transicional, mediante la cual se aceptan ciertas formas de verdad, de justicia y de reparación. Lo cierto es, que no hay modelos óptimos, y muchas experiencias han demostrado que las víctimas terminan siendo limitadas en sus derechos, cuando no la sociedad en su conjunto, que termina asimilando que en aras de la paz, los actores de la guerra gocen de distintos privilegios, los cuales serán más o menos amplios según la correlación de fuerzas lo determine<sup>1</sup>.

Que los actores armados pretendan la impunidad total frente a sus crímenes y quieran imponerlo en una mesa de negociación es comprensible, porque es muy difícil que quien no ha sido vencido en combate ni sometido por el adversario, acepte como culminación del proceso irse a prisión. Lo que resulta cuestionable, es que la sociedad o las comunidades que han sido afectadas en la vulneración de sus derechos más fundamentales, terminen aceptando que en aras de rendir el poder de las armas, sus verdugos escapen a la justicia, no tengan que redimir sus crímenes, ni pedir perdón, ni reparar a las víctimas. Esta opción, no deseable, impide transitar a escenarios de no repetición de los crímenes causados por las múltiples violencias (estatal, paraestatal, insurgente).

Frente a los procesos de la llamada justicia transicional, los retos de una sociedad consciente de sus derechos, para no hipotecar su futuro a la fuerza de las armas, ni dejarse arrinconar por los crímenes y el terror, debe lograr la mayor suma de verdad, de justicia y de reparación integral como garantía de no repetición del pasado violento. Frente a las negociaciones, la sociedad y en particular las víctimas tienen derecho a participar y exigir el respeto de sus derechos, frente a las decisiones que les reconozcan, limiten o nieguen.

En Colombia, los conflictos armados se han saldado en su mayoría a través de pactos que han concluido con amnistías o indultos -63 indultos y 25 amnistías desde 1820 hasta 2011<sup>2</sup>-

---

<sup>1</sup> Esto sucedió en los procesos de paz o fin de las dictaduras de Chile 11 de marzo de 1990, Sudáfrica 90-94, El Salvador 16 enero de 1992 en Chapultepec, México, Guatemala 29 de diciembre de 1996, Timor Oriental 20 de mayo de 2002, Angola 94-2002.

<sup>2</sup> Mario Aguilera, Amnistías e Indultos Siglos XIX y XX, Revista Arcanos, noviembre de 2011, p. 14.

. Podría afirmarse que ha sido la ausencia de una movilización adecuada de la sociedad en defensa de sus derechos y en construcción de la democracia, lo que ha permitido que los escenarios de la violencia se reproduzcan cíclicamente. Hoy la paz no puede circunscribirse a la desmovilización de un solo actor armado, la paz que requiere Colombia, implica la depuración profunda de la fuerza pública, el desmonte de las nuevas estructuras paramilitares y el sometimiento a la justicia de los poderes económicos y políticos que han sembrado el país de violencia.

El país no resiste otro exterminio como el genocidio del movimiento gaitanista o el de la Unión Patriótica, hay necesidad de cambiar la cultura política de exclusión violenta de los que opinan diferente al establecimiento.

## **I. DE LAS RESPONSABILIDAD DIFERENCIADA DE LOS ACTORES ARMADOS EN LA COMISION DE CRIMENES INTERNACIONALES**

Si bien es cierto en Colombia todos los actores armados han cometido crímenes de carácter internacional, a la hora de establecer las responsabilidades históricas frente a los mismos, con las consecuentes cargas de responsabilidad política y penal, no se pueden admitir tratamientos simétricos.

En primer lugar, el Estado que se pretende legítimo con un orden constitucional y legal que tiene como presupuesto de la convivencia pacífica el respeto de los derechos humanos y el deber de garante a través de sus autoridades, en particular con el poder depositado en la fuerza pública, no puede pretender que frente a graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, -que constituyen crímenes de lesa humanidad y prácticas de terrorismo estatal-, ser tratado de manera idéntica a cualquier actor armado de carácter irregular.

Debemos por otra parte indicar con toda claridad, que todo ser humano tiene derechos y obligaciones frente al Estado y para con la sociedad, pero quienes ejercen cualquier función pública, son responsables tanto por acción como por omisión en el cumplimiento de sus responsabilidades, máxime si se trata de quienes utilizan las armas en defensa de un orden constitucional y legal. Una sociedad no puede permitirse que se rebaje la responsabilidad del Estado al nivel de cualquier organización armada irregular. Una sociedad que acepta esto, o bien es una sociedad con gran debilidad política y poca conciencia de sus derechos o es una sociedad moralmente enferma o bien es una sociedad sometida por el terror.

El Estado y las máximas autoridades civiles y militares que faltan a su deber de garante, no solamente comprometen la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, sino también comprometen su responsabilidad penal cuando han promovido, tolerado o aceptado que en aras de “combatir al enemigo armado interno” se perpetren crímenes de carácter internacional o incluso cuando tienen el deber de prevenir y sancionar dichos crímenes terminan promoviendo políticas o leyes que empoderan más a los verdugos.

En segundo lugar, el “tratamiento diferenciado” impone reconocer la distancia que existe entre el delito político y el delito común.

La Corte Suprema de Justicia en una de sus sentencias relativa a los crímenes cometidos por el paramilitarismo señaló que la finalidad del delito común cometido por la delincuencia organizada y mediante “la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios”<sup>3</sup>. Los delitos comunes -a diferencia de los políticos- no se dirigen contra el Estado, no pretenden subvertir el orden político, ni tienen fines altruistas. El tratamiento punitivo es diferente porque los delitos comunes no pueden ser objeto de amnistía ni indulto y en consecuencia el “perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno, autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado”<sup>4</sup>.

Por su parte, el delito político “tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de concierto para delinquir”<sup>5</sup>.

En tercer lugar, de los casos documentados de violencia sociopolítica en Colombia, la mayor responsabilidad es del Estado, porque a menudo ha actuado como un Estado infractor y terrorista. Las cifras de responsabilidad criminal frente al conflicto armado interno comprometen en primer lugar a las fuerzas armadas y los grupos paramilitares que las primeras han promovido como estrategia de “guerra sucia”. El paramilitarismo es un producto espurio del establecimiento y del Estado que ha minado su legitimidad, convirtiéndose en uno de los principales factores de reproducción de la violencia política y social en Colombia<sup>6</sup>. La impunidad con que se sigue cubriendo a los determinadores de cientos de miles de crímenes de lesa humanidad, no puede resolverse en una mesa de negociación con las guerrillas con un “borrón y cuenta nueva”, para que la paz tenga perspectiva y estabilidad se requiere desmontar al tiempo las prácticas del terrorismo estatal y paramilitar, como depurar profundamente al Estado de agentes involucrados por acción u omisión en crímenes internacionales.

De acuerdo con las cifras de investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad:

“Entre 1988 y septiembre de 1990 fueron perpetradas 313 masacres, de las cuales 287 fueron cometidas por las Fuerzas Militares en conjunto con grupos paramilitares. En la década del 1990, en el país fueron asesinados cada año por

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado acta 117, Bogotá. 11 de julio de 2007, segunda instancia 26945 contra Orlando Cesar Caballero Montaña título V.1.1 punto 4

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.* título V.1.1 punto 5

<sup>6</sup> Ver las declaraciones de “El Alemán”, de “Pedro Bonito”, de “Don Berna”, Salvatore Mancuso y otros jefes paramilitares recogidas en <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/36-jefes/4228-posible-paz-con-guerrillas-alborota-las-denuncias-de-los-paras/>

agentes estatales una cifra muy superior a las personas ejecutadas extrajudicialmente en Chile durante los 17 años de la dictadura del general Augusto Pinochet.

Amnistía Internacional consideró que en Colombia, entre 1986 y finales de 1993, 20.000 personas han perdido la vida por motivos políticos, la mayoría de ellos a manos de las Fuerzas Armadas y los grupos paramilitares aliados a éstas”<sup>7</sup>

La Fiscalía ha reportado que bajo el marco jurídico de Justicia y Paz adelanta procesos contra 4634 integrantes de grupos armados ilegales de los cuales 4131 eran paramilitares y 503 de la guerrilla<sup>8</sup>.

Se debe tomar en cuenta para estas consideraciones que a diciembre de 2012, la Fiscalía General de la Nación reconoce que los postulados a la ley de Justicia y Paz han confesado 1.046 masacres, 25.757 homicidios, 3.551 desapariciones forzadas y que se han compulsado copia para que se investigue a 1.124 políticos, 1.023 miembros de las Fuerzas armadas y 393 servidores públicos por su relación con el paramilitarismo y sus crímenes<sup>9</sup>. Sobre estas compulsas de copias no se conoce resultado alguno y en ocho años de vigencia de esta ley sólo se han establecido 14 sentencias penales.

A la par de las cifras sobre investigaciones oficialmente reconocidas, las cifras sobre hechos que constituyen violaciones de derechos humanos recogidas por las organizaciones y centros de investigación dan cuenta de un panorama más claro en relación con el tipo de hechos perpetrados y la calidad de los responsables. Desde julio de 1996 hasta junio de 2010, se conocen 30.665 víctimas de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y homicidios socio políticos, bajo la responsabilidad en un 43.9% de los paramilitares, el 7.4% de agentes estatales y el 14.2% de la guerrilla, aunque solo el 65% de los casos tiene presunto autor identificado<sup>10</sup>.

“En la última década, la administración del presidente Álvaro Uribe Vélez, desde el alto gobierno y las Fuerzas Militares, promovió las prácticas de las ejecuciones extrajudiciales, mal llamadas “falsos positivos”, a tal punto que la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estimó en 2012 que “la Fiscalía General ha acumulado denuncias, entre ellas las relativas a 4.716 víctimas de homicidios presuntamente cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, muchos de

---

<sup>7</sup> Propuestas mínimas sobre Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, Movimiento de Víctimas y Movimientos de Derechos Humanos de Colombia. Marzo 6 de 2013, pág. 5.

<sup>8</sup> [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la\\_fiscalia\\_revelo\\_cifra\\_sobre\\_violacion\\_a\\_los\\_derechos\\_humanos/la\\_fiscalia\\_revelo\\_cifra\\_sobre\\_violacion\\_a\\_los\\_derechos\\_humanos.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/la_fiscalia_revelo_cifra_sobre_violacion_a_los_derechos_humanos/la_fiscalia_revelo_cifra_sobre_violacion_a_los_derechos_humanos.asp)

<sup>9</sup> <http://www.fiscalia.gov.co:8080/justiciapaz/Index.htm>

<sup>10</sup> Comisión Colombiana de Juristas. Violaciones de derechos humanos y violencia sociopolítica en Colombia: Ejecuciones extrajudiciales, homicidios sociopolíticos y desapariciones forzadas. Total de víctimas muertas y porcentaje de autoría por presuntos autores, según periodos, Julio de 1996 a junio de 2010. En: [http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif\\_2012-05-04\\_01.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif_2012-05-04_01.pdf)

los cuales corresponden al tipo de ejecuciones conocidas como falsos positivos”.<sup>11</sup>

Por su parte, las guerrillas en Colombia que son el resultado de las decisiones criminales y excluyentes del establecimiento, surgieron y se desarrollaron con un discurso revolucionario que en nombre de las causas populares de reivindicación de democracia y de justicia social convocaron y siguen reclutando sin dificultad a miles de jóvenes que no encuentran otras oportunidades para enfrentar su futuro. Las guerrillas en la medida que crecieron y consolidaron un poder territorial, militar y social, acompañaron los crímenes políticos con infracciones graves al derecho internacional humanitario -DIH-

El derecho internacional de los derechos humanos y la evolución del derecho penal internacional, no permiten hoy, amnistías, ni indultos frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio y graves infracciones al DIH. Si bien en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra, aplicable a conflictos como el nuestro, se establece la recomendación de que al finalizar el conflicto armado interno se debe procurar “la amnistía más amplia posible”<sup>12</sup>, dicha posibilidad está mediada por garantizarle a la humanidad y a la sociedad concernida en particular que los graves crímenes que ha padecido no se van a volver a cometer, por ello se ha excluido en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional la adopción de medidas que permitan la impunidad de los responsables de crímenes contra la humanidad y/o crímenes de guerra.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos ¿qué tanta verdad y qué tanta justicia podrían sacrificarse en aras de la paz?

Aceptando en rigor democrático y de conciencia civil que no son equiparables los crímenes de Estado a los crímenes que han cometido las guerrillas, el primer deber de la sociedad es exigir la verdad plena frente a los crímenes que ha promovido el establecimiento, que frente a la opinión pública no sólo han sabido esconder la magnitud de sus crímenes, sino que incluso en la mejor dosis de cinismo del poder reclaman mano dura y sanción ejemplar frente a los crímenes que han cometido las guerrillas. Develar las características y forma de actuar del establecimiento que ha utilizado el Estado en su propio beneficio, que ha sembrado la guerra y la miseria en muchas regiones del país, es un imperativo para cualquier proceso de paz sólido.

## **2. Frente a la responsabilidad penal de las guerrillas**

Por otra parte, la sociedad colombiana debe exigir a las guerrillas que digan claramente la verdad frente a las personas que han hecho víctimas de privación de su libertad y que

---

<sup>11</sup> Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado. Propuestas mínimas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, pp. 5 y 6

<sup>12</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, art. 6 No. 5. “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

perdieron la vida mientras se encontraban en cautiverio. Las familias y la sociedad tienen el derecho irrenunciable a saber qué pasó con ellas, lo mismo frente a cualquier homicidio fuera de combate que hayan cometido.

La justicia no puede ser sacrificada en aras de la paz, frente a la magnitud y gravedad de los crímenes cometidos. Conforme a la normativa internacional, sólo podrían ser amnistiados e indultados los delitos políticos, los considerados en el código penal como rebelión, sedición y asonada; y los conexos a estos. El otorgamiento de un perdón a las guerrillas, debe comprender la complejidad del delito político frente a los hechos de guerra y sostenimiento de la misma, pero debe excluir las graves infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de guerra. Lo mismo que, a la luz del Estatuto de Roma, los eventuales crímenes de carácter internacional que pudieran imputárseles a las guerrillas.

La no repetición de los crímenes debe garantizarse con la desmovilización total de las guerrillas tanto de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, como el Ejército de Liberación Nacional, así como de los demás actores del conflicto armado y responsables de la “guerra sucia”. Hay que reconocer las experiencias positivas de los grupos guerrilleros desmovilizados en los años noventa, frente a los cuales la sociedad constató que efectivamente desapareció la violencia armada de grupos como el M- 19, el Quintín Lame, el Ejército Popular de Liberación, el Partido Revolucionario de los Trabajadores PRT y la Corriente de Renovación Socialista, que negociaron su reinserción a la vida civil y que han contribuido al proceso de democratización en Colombia.

### **3. El Marco Jurídico para la Paz**

El acto legislativo que aprobó el Congreso como “Marco Jurídico para la Paz”, so pretexto de una negociación con las guerrillas para garantizar su reinserción a la vida civil, en principio no era necesario, porque la Constitución Política en su artículo 150, numeral 17 otorga la facultad al Congreso de dictar amnistías e indultos generales por delitos políticos y el artículo 201 faculta al Presidente a conceder indultos por delitos políticos conforme a la ley. En estas facultades constitucionales no se concede la potestad de favorecer a quienes hayan cometido delitos comunes, exclusivamente delitos políticos que tanto en la historia del conflicto armado, como en la doctrina y la jurisprudencia sólo se reconoce a los grupos guerrilleros.

Por tanto, la reforma constitucional aprobada, en realidad fue procurada para asegurar la impunidad de los crímenes perpetrados por guerrilleros, agentes estatales y paramilitares. Reconocerlo, como una fórmula de justicia transicional para todos los actores armados, hubiese sido más claro para desestructurar la violencia estatal y paraestatal.

Si esta es la intención, la población colombiana y las víctimas en particular, tenemos el derecho de exigir que no sólo se desmovilicen las guerrillas, pero sobre todo el establecimiento criminal, compuesto por empresarios, políticos, militares y paramilitares que han sido el factor principal de violencia sociopolítica en Colombia.

El Marco Jurídico para la paz contempla en su artículo 1º: La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así:

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

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o 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.”

Si el propósito es el de extender las posibilidades de aplicación de justicia transicional a actores guerrilleros, estatales y paramilitares, debe discutirse sobre el “tratamiento diferenciado” a los distintos actores armados según sus grados de responsabilidad en la violencia padecida, con el propósito de desarticular los principales factores de la violencia estructural propiciada por el Estado. La historia ha demostrado que la desmovilización de un solo actor armado no asegura la paz, se requiere desmontar la violencia estatal ligada históricamente al paramilitarismo o al neo-paramilitarismo.

Esos aparatos criminales que se han anidado por años en el Ejército, en la Policía y en sus aparatos de inteligencia inspirados en viejas doctrinas de seguridad nacional, de luchas contra el enemigo interno y más recientemente en la lucha contra el terrorismo, son un obstáculo real para la consolidación de la democracia, para abrir el país a nuevos escenarios de participación política. Es posible y necesario desarticular las estructuras criminales al interior del Estado. La experiencia del DAS enseña que existen fórmulas para desmontar las estructuras criminales estatales, lo cual incluye procesos de investigación y sanción de los máximos responsables.

#### **4. La valoración preliminar de la CPI sobre los crímenes cometidos por grupos guerrilleros, paramilitares y agentes estatales:**

La Fiscalía de la CPI, reconoce en su examen preliminar publicado en noviembre de 2012<sup>13</sup> que desde que es competente para conocer crímenes de lesa humanidad y genocidio – 1 de noviembre de 2002- y crímenes de guerra – 1 de noviembre de 2009-, todos los actores armados son responsables de cometer crímenes que podrían ser de su conocimiento, en caso

---

<sup>13</sup><http://coeuropa.org.co/files/CPI%20Informe%20Intermedio%20Publico%20RESUMEN%20Fiscalia%20so bre%20COLOMBIA%20Nov12%20Esp.pdf>

de que no se administre justicia en Colombia frente a los principales determinadores de los mismos.

En su informe, la Fiscalía consideró que grupos guerrilleros y grupos paramilitares desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, podrían haber cometido los crímenes de lesa humanidad:

“asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; traslado forzoso de población, en virtud del artículo 7(1)(d) del Estatuto; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto; tortura, en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto; y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 7(1)(g) del Estatuto.”

“y los siguientes actos que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8 (2)(c)(i); ataques dirigidos contra la población civil, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); toma de rehenes, en virtud del artículo 8(2)(c)(iii); violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi); reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades, en virtud del artículo 8(2)(e)(vii).”

Por otro lado, en el informe preliminar la Fiscalía de la CPI frente a los crímenes promovidos por el Estado o por agentes estatales reconoce que:

“8. Presuntamente, actores estatales, en particular miembros de las fuerzas armadas, han dado muerte intencionalmente a miles de civiles con el fin de potenciar su tasa de éxito en el contexto del conflicto armado interno y obtener beneficios monetarios procedentes de fondos del Estado. Una vez alterada la escena del crimen, se reportó que los civiles ejecutados eran guerrilleros muertos en combate. Se cree que estos asesinatos, también llamados “falsos positivos”, se remontan a la década de los ochenta y que ocurrieron con mayor frecuencia del 2004 al 2008. De la información disponible se desprende que estos asesinatos fueron obra de miembros de las fuerzas armadas que a veces operaban conjuntamente con paramilitares y civiles en el marco de un ataque dirigido contra la población civil en diferentes partes de Colombia. Los asesinatos estuvieron a veces precedidos por detenciones arbitrarias, torturas y otras formas de malos tratos.

9. Existe fundamento suficiente para creer que los actos descritos se cometieron conforme a una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas que constituye una política del Estado o de una organización para cometer esos crímenes. Las Salas de la Corte han señalado que lo que se entiende por política del Estado “no tiene por qué haber sido concebida en las esferas más altas del aparato estatal, sino que puede haber sido adoptado por instancias estatales regionales o locales. Así, una política adoptada a nivel

regional o local puede cumplir los requisitos relacionados a la existencia de una política del Estado. No obstante, la Fiscalía sigue analizando información para esclarecer si esa política se podría haber formado a niveles más altos del aparato del Estado. En consecuencia, sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de la existencia de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existe un fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2002, como mínimo los siguientes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto, y desaparición forzada, en virtud del artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma. La Fiscalía seguirá analizando si existe fundamento suficiente para creer que en los casos de “falsos positivos”, se cometió tortura de forma sistemática o generalizada como parte de una política de una organización.

10. Existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas armadas han cometido, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra civiles, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi).”

Por último, la Fiscalía de la CPI advierte su voluntad de dar seguimiento a la aplicación del acto legislativo 01 de 2012, llamado Marco Jurídico para la paz y las leyes estatutarias que le dan desarrollo. De igual forma, si bien no se menciona de manera explícita las amnistías o indultos en el Estatuto de Roma de manera a habilitar su competencia, se entiende que cualquier acción u omisión por parte del Estado que propicie la impunidad de determinadores de crímenes contemplados en este Estatuto, puede ser perseguidos por la CPI, con algunas posibles excepciones:

El Estatuto de Roma faculta en el art. 16, al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y conforme a las obligaciones que le confiere el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para garantizar la paz, a suspender por un año la acción de la CPI, en períodos que pueden renovarse, si a través de esta medida se contribuye a la consolidación de la paz en cualquier región o país del mundo. Esta previsión podría invocarse en caso de que la Fiscalía de la CPI decidiera abrir una investigación penal y se adelantara un genuino proceso de paz que involucrara a los principales responsables de la violencia.

También el Estatuto de Roma faculta al Fiscal de la CPI a abstenerse de abrir una investigación, art. 53, parágrafo 1º literal c) Si hay "razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia” se ha discutido si dicha posibilidad podría extenderse para favorecer un proceso de paz<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup>Kai Ambos (Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado

Esta disposición se acompaña de otras posibilidades del Estatuto de Roma, creemos nosotros que deja abierta las puertas a una interpretación favorable para favorecer procesos de justicia transicional, como el artículo 30 del ER que en su parte inicial dispone:

“Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte...”. Asimismo el inciso tercero del artículo 31, que establece las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, también permitiría que la CPI, en un momento determinado, analice otras causales distintas de exclusión en términos de responsabilidad. Dicho inciso dispone: “En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1º, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21”, es decir compatibles con los derechos humanos y los estándares internacionalmente reconocidos.

En todo caso, el rol preventivo que puede cumplir la CPI frente al proceso de paz en Colombia, podría contribuir como garantía de no repetición de los crímenes, al perseguir a los máximos responsables, de todos los actores armados y promotores de los crímenes, que no se sometan a un proceso de justicia transicional o que incumplan las obligaciones que se deriven del mismo.

## **II. PROPUESTA: UN MARCO POLÍTICO Y JURÍDICO QUE PROPICIE LA DESMOBILIZACIÓN DE TODOS LOS ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO, SU SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA Y LA ADOPCIÓN DE GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN**

---

proceso de “justicia y paz” en Colombia. Bogotá, 2010), en el sentido de que dentro de esos intereses de la justicia está, precisamente, la paz. Michael Otim y Marieke Wierdaem en Uganda: Pursuing peace and justice in the shadow of the ICC, como aporte al libro *Contested transitions. Dilemmas of transitional justice in Colombia and comparative experience*, publicado por International Center for Transitional Justice, expresan que la Oficina del Fiscal de la CPI, mediante una circular interna, señaló que la expresión “en interés de la justicia” no podía compararse con los intereses de la paz y que, solamente de manera excepcional, podía aplicarse el artículo 53. Goldstone, Richard J. / Fritz, Nicole (2000). "In the interests of justice' and independent referral: The ICC prosecutor's unprecedented powers". *Leiden Journal of International Law*, N° 13, pp. 355 y ss. Ellos entienden que amnistías que están de acuerdo con ciertos parámetros pueden ser consistentes con la justicia, lo cual parece en cualquier caso quedar excluido para los crímenes de competencia de la Corte. De manera similar en lo restrictivo razona Stahn, Carsten (2005). "Complementarity, Amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*, N° 3, pp. 695, 719: "The Statute leaves some room to recognize amnesties and pardons, where they are conditional and accompanied by alternative forms of justice which may lead to prosecution". Webb (2005) 338 y ss.; Scharf, Michael (1999). "The amnesty exception o he jurisdiction of the International Criminal Court". *Cornell International Law Journal*, N° 32, pp. 509, 524. Valiña requiere que haya "a certain process of accountability", no completa impunidad. Valiña, Marta (2010). "Interpreting complementarity and Interests of justice in the presence of restorative-based alternative forms of justice". En Stahn, Carsten / Van den Herik, Larissa: *Future perspectives of international criminal justice*. La Haya: T.M.C. Asser Press, pp. 167, 269, refuerza la idea de casos muy excepcionales, equiparables a un estado de necesidad en p. 277. Señala criterios específicos a considerar en p. 287; Brubacher, Matthew (2004). "Prosecutorial discretion within the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*, N° 2, pp. 71, 81.

En voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, -al cual se adhirieron cuatro jueces-, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida en el caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños contra El Salvador de 25 de octubre de 2012, estableció frente a las posibilidades de la justicia transicional:

“30. Dentro de ello, resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección”.

“31. Es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar”.

Esta decisión de la Corte Interamericana, que en decisiones precedentes se pronunció en contra de amnistías e indultos frente a graves violaciones de derechos humanos<sup>15</sup>, abre las perspectivas de una justicia transicional para todos los responsables de crímenes internacionales.

Pretender sólo la desmovilización de las guerrillas con fórmulas jurídicas, aparentemente generosas, no pueden ser garantía de que no serían sujeto de persecución penal en el futuro, podrían llegar a ser tratadas con el mismo incumplimiento con que se trató a los jefes paramilitares extraditados a los Estados Unidos. Los miembros del establecimiento que reclaman sanción penal para los líderes guerrilleros, deberían en consecuencia, estar dispuestos a someterse a la justicia e ir a la cárcel. Por tanto, insistimos en que el país debe exigir el sometimiento a la justicia de todos los que han cometido crímenes de carácter internacional, como garantía de paz y de no repetición de los crímenes.

La obligación del Estado de proveer garantías de no repetición por graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el Derecho internacional está directamente vinculada con la obligación del Estado de adecuar su aparato estatal, su legislación y sus prácticas para garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos humanos y el cumplimiento de sus

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

obligaciones internacionales<sup>16</sup>. La subordinación de las fuerzas militares al poder civil es una de las condiciones *sine qua non* para la vigencia de los derechos humanos y del Estado de derecho<sup>17</sup>.

Depurar la Fuerza Pública, sin perjuicio de las correspondientes acciones penales y disciplinarias, de aquellos servidores públicos involucrados – por acción u omisión- en graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y en grupos y/o actividades paramilitares; o que promovieron la impunidad de estos crímenes y/o de los grupos y/o actividades paramilitares.

El Estado debe derogar la doctrina de seguridad del Estado, normas, manuales, reglamentos y demás instructivos militares y de cuerpos de seguridad e inteligencia del Estado que han facilitado la “guerra sucia” en contra del movimiento popular, de los sindicalistas, de los indígenas, de la oposición política y defensores de derechos humanos.

El Estado debe depurar los registros y archivos de inteligencia (incluidos los de contrainteligencia) de las Fuerzas Militares, cuerpos de seguridad del Estado y demás entidades oficiales en los que reposa información sobre defensores de derechos humanos, sindicalistas, miembros de partidos y movimientos políticos de oposición, y miembros de organizaciones sociales entre otros. A tales efectos, y de conformidad con las recomendaciones hechas en el pasado por órganos de protección internacional de los derechos humanos, se deberá establecer una Comisión de Depuración de los archivos de Inteligencia del Estado.

La reforma constitucional aprobada mediante el acto legislativo 2 de 2012 a la justicia penal militar, presionada por los artífices de la guerra sucia como “compensación” por tolerar los diálogos por la paz constituye un grave retroceso para garantizar la seguridad pública, la gobernabilidad democrática, prevenir nuevos crímenes de lesa humanidad y constituye un riesgo frente al mismo proceso de paz. El fuero penal militar no es justicia transicional, sino un mecanismo de impunidad y no otorgará seguridad jurídica a los responsables de crímenes de Estado que es lo que pretenden quienes han cometido estas conductas. Sin duda que hay que buscar fórmulas de verdad, justicia, reparación y no repetición frente a los crímenes de Estado, y contra esas opciones atenta la ampliación del alcance del Fuero Penal Militar aprobada constitucionalmente y la negación de los crímenes.

- **El tratamiento jurídico en un marco de justicia transicional: la necesidad de establecer un Tribunal Especial de Justicia Transicional.**

---

<sup>16</sup> Ver entre otros: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 2.2) ; *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 2) Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5; y Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11.); Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Observación General N° 2)

<sup>17</sup> Ver entre otros: Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, su resolución AG/Res. 1044 (XX-0/90) de 1990; y Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, su resolución No.2000/47, de 25 de abril de 2000.

En relación con el tratamiento jurídico que deben recibir los diferentes actores armados, para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral:

1. Se debe crear un **Tribunal Especial de Justicia Transicional** que revisará las sentencias dictadas contra los comandantes guerrilleros y miembros de las Fuerzas Armadas y otros altos responsables de crímenes internacionales.
2. A dicho Tribunal se someterán voluntariamente todos aquellos que quieran beneficiarse con rebaja de penas, penas alternativas o sustitutivas, con el requisito de confesión plena de todos los crímenes, de solicitud de perdón público a las víctimas, de reparación y de garantías de no repetición de los crímenes.
3. Dicho Tribunal deberá considerar las negociaciones de paz y a quienes se han desmovilizado voluntariamente, que no sean objeto de amnistía o indulto, se les escuchará preferentemente y se les garantizará la libertad para no entorpecer su reinserción a la vida civil y el tránsito de la lucha armada a la lucha política en democracia. Las penas alternativas o sustitutivas que se impongan deberán considerar la importancia histórica de la contribución a la paz y la democracia de las personas concernidas.
4. La participación, representación adecuada y testimonio de las víctimas, tanto en relación con los hechos, como con los contextos en que se han producido los crímenes, como para la valoración integral del daño, debe ser fuente indisociable de legitimidad de cualquier acción penal en el desarrollo de este tribunal.
5. La responsabilidad de los actores de los crímenes debe ser diferenciada en términos políticos y jurídicos, tomando en cuenta el deber de garante de los agentes estatales, que deben prevenir crímenes y no cometerlos, que tienen un mandato constitucional y legal para garantizar el estado de derecho y no para convertir el Estado en un ente criminal.
6. Se debe diferenciar los crímenes políticos de los delitos comunes para efecto del establecimiento de amnistías, indultos o de la sanción penal.
7. La totalidad de los comandantes guerrilleros han sido condenados en ausencia “por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos comunes”, incluso como autores mediatos frente a hechos de guerra en los que el dolo, como elemento central de la responsabilidad penal, estaría ausente. Dichas sanciones penales deben ser revisadas por el Tribunal Especial de Justicia Transicional.
8. Lo anterior debe acompañarse de la aplicación con rigor las normas del derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para sancionar a los principales perpetradores de crímenes no amnistiables, ni indultables como los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra.

9. Quienes confiesen todos los crímenes y contribuyan al desmonte de las estructuras criminales, a la individualización de los máximos responsables, a la identificación de los patrocinadores de los crímenes, a la depuración del Estado, que pidan perdón genuino a las víctimas y a la sociedad, que contribuyan a la reparación de las víctimas y al establecimiento de garantías de no repetición de los crímenes podrán beneficiarse de rebajas de penas o penas alternativas que establezca el Tribunal Especial de Justicia Transicional.
10. La administración de justicia en Colombia no ha tenido la independencia y la objetividad necesaria para investigar y castigar los crímenes de carácter internacional cometidos por agentes estatales, los pocos casos tratados han significado la persecución de los operadores judiciales que han cumplido con su deber. Por tanto, la composición del Tribunal Especial de Justicia Transicional debe ser de mayoría absoluta por juristas internacionales.
11. El Tribunal Especial de Justicia Transicional, estará compuesto por 9 expertos en derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, cinco de ellos serán nombrados por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dos de ellos por la Corte Suprema de Justicia y dos por la Corte Constitucional, de sendas ternas presentadas por el MOVICE y por las organizaciones de víctimas de la guerrilla.
12. Todas las actuaciones del Tribunal serán públicas, y el Estado colombiano garantizará la difusión adecuada de todas sus sesiones.
13. Las penas alternativas impuestas por el Tribunal Especial de Justicia Transicional, deberán tener en cuenta la gravedad de los crímenes, la motivación y forma de ejecución de los mismos y, los agravantes frente a actores estatales o su rol relevante frente a la sociedad. Para la imposición de las penas se tendrá como referencia las penas contempladas por la ley de Justicia y Paz. La rebaja de penas y las penas alternativas deben ser garantía de no repetición de los crímenes.
14. Todos los procesos con sentencia y en curso contra los responsables de crímenes internacionales que entren en un proceso de negociación y sometimiento a la justicia serán enviados al Tribunal Especial de Justicia Transicional.

### **III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La paz para que sea creíble, firme y duradera no puede ni debe ser sinónimo de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio o graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Frente a los grupos guerrilleros que se desmovilicen se debe conceder la amnistía e indultos más amplia posible en consideración a los delitos políticos y conexos, entendiendo los elementos estructurales y prácticos de la complejidad del delito político, según las obligaciones y estándares internacionales que limitan la concesión de dichos beneficios

penales a quienes sean responsables de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Las penas alternativas en este último caso, deben ser la garantía jurídica de que no serán procesados en el futuro, porque las sentencias que se dicten harán transito a cosa juzgada.

Un proceso de paz debe contemplar la desmovilización de todos los actores del conflicto y desmonte de las estructuras políticas y económicas que dan sustento a su accionar, en particular a los agentes estatales, paramilitares y auspiciadores civiles de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad trátense de políticos o empresarios.

Mientras el conflicto armado persista es obligación de la Fiscalía perseguir la responsabilidad penal de todos los crímenes y debe promover una política para perseguir con rigor a los principales perpetradores o determinadores de crímenes internacionales.

La propuesta de un Tribunal Especial de Justicia Transicional y la reducción de penas y la aplicación de penas alternativas, estará sujeto a la confesión plena de todos los crímenes, la denuncia de los promotores o coautores y beneficiarios de los mismos, sincero arrepentimiento y demanda de perdón por los delitos, reparación de las víctimas y el someterse a formas de control social e institucional para garantizar la no repetición de los crímenes. De no cumplirse con estas garantías de verdad y no repetición, la sanción penal plena debe ejercerse para proteger a la sociedad o facilitar la plena acción de la Corte Penal Internacional.

Insistimos en que la sanción penal no puede ser simétrica y la impunidad relativa que se anuncia debe ser más drástica en sancionar a los promotores de los crímenes de Estado, las inhabilidades políticas que se acuerden deben extenderse en primer lugar a estos. Las condiciones en que se realice la sanción penal no pueden convertirse en una nueva ofensa a la humanidad y en particular a las víctimas.

La Corte Penal Internacional debe cumplir un rol más preventivo frente a los crímenes de su competencia frente a todos los actores armados y promotores de los mismos, de manera a que los principales responsables que no se sometan a la justicia transicional o que evadan o incumplan sus responsabilidades con ésta, sean investigados y juzgados.

Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, 9 de abril de 2013