

LA SALIDA JURÍDICA DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN CON LAS FARC

Reinserción, alternatividad penal, participación
en política y garantía de no repetición

LA SALIDA JURÍDICA DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN CON LAS FARC

Reinserción, alternatividad penal, participación
en política y garantía de no repetición

ABELARDO DE LA ESPRIELLA

DE LA ESPRIELLA
Lawyers | Enterprise®
Consultorías y Servicios Legales Especializados

ABELARDO DE LA ESPRIELLA

PUBLICACIONES DE LA ESPRIELLA Lawyers Enterprise

Carrera 13 No. 82-91 Pisos 5 y 6

Bogotá, D.C. – Colombia

www.lawyersenterprise.com

Primera Edición, 2015

ISBN: 978-958-46-6969-8

Diseño y diagramación:

Jesús Alberto Galindo Prada

almadigital2010@gmail.com

Imagen de carátula:

Revista Semana

Corrección de estilo:

Clara Galindo

Impresión:

Panamericana Formas e Impresos S.A.

Quedan reservados todos los derechos sin previa autorización de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por la Ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

ÍNDICE

I. Beneficios, reinserción, garantía de no repetición y cumplimiento del acuerdo de paz	19
1. Reinserción y finalidad del acuerdo de paz.....	21
2. Principios y normas de Derecho Internacional en función de la garantía de no repetición.....	25
3. Medidas fundamentales para efectos del cumplimiento del acto legislativo y beneficios jurídicos generales para los desmovilizados	27
A. Mecanismos de transición y jurisprudencia constitucional.....	27
B. Medidas generales que se proponen en cuanto a beneficios de las penas	29
II. Aspectos generales de los beneficios jurídicos para los desmovilizados y lo que se requiere conforme al derecho	45
1. El marco jurídico para la paz y el acto legislativo	47
A. Delitos y su fundamentación jurídica.....	48
B. Limitaciones en el Derecho Internacional para entregar beneficios a los desmovilizados en virtud del acuerdo de paz	49
C. Límites derivados de las normas internacionales de derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional - marco jurídico	51
D. La responsabilidad internacional del Estado por la comisión de delitos internacionales en su jurisdicción y la obligación de investigación y acceso a la justicia en el marco del Derecho Internacional	51

E. Aspectos sobre el carácter <i>ius cogens</i> del acceso a la justicia	52
- <i>Ius cogens</i> y la garantía colectiva por reinserción	
- <i>Ius cogens</i> y las garantías relacionadas con el cumplimiento de la garantía de no repetición	
- Precisiones en cuanto a la investigación y la finalidad establecida en las normas internacionales	
- De las penas y la garantía de no repetición	
F. Generalidades en relación con el Estatuto de Roma	63
III. Expectativas generales sobre el cumplimiento de requisitos para acceder a beneficios por parte de los desmovilizados	67
1. Entrega de secuestrados antes de la recepción del beneficio	69
2. Familiares de secuestrados	70
3. Desmovilización con desarme	70
4. Menores desmovilizados en concreción inmediata	71
IV. Generación del mecanismo idóneo para controlar la constitucionalidad de los fundamentos del acuerdo de paz y sus beneficios jurídicos - control previo de constitucionalidad de los aspectos de las medidas penales, procesales y responsabilidad en cumplimiento de las mismas por parte de las autoridades competentes	73
1. Control de constitucionalidad para efectos del acuerdo de paz	75
2. Control en las bases del acuerdo y cumplimiento de las mismas por parte de las autoridades públicas	76
3. Control previo para evitar una interpretación contraria al acuerdo de paz y generar la seguridad jurídica requerida	78
4. Las medidas correctivas o de protección incluyen la confianza jurídica y el deber de controlar el riesgo del ordenamiento	79
V. La aprobación de un mecanismo ciudadano en función de la participación en política de las FARC	81
1. Formas de participación en política de las FARC - El acto legislativo y las restricciones vigentes	83

2. Referendo participativo en relación con el acto legislativo y el desarrollo de la posibilidad de participar en política en cumplimiento del acuerdo de paz que se celebre	87
--	----

VI. Proceso judicial y cumplimiento de penas bajo las modalidades de libertad y reinserción

1. Beneficios jurídicos en el proceso judicial	93
--	----

A. Reinserción y eximentes de responsabilidad penal a la luz del Estatuto de Roma	93
---	----

B. Pena alternativa	94
---------------------------	----

C. Rebajas de pena	95
--------------------------	----

D. Entrega de información veraz sobre los secuestrados y desaparecidos	96
--	----

E. Cumplimiento de la pena y alternatividad libre	97
---	----

- Fase 1. Cumplimiento de pena en función de la reinserción y garantía de no repetición
- Fase 2. Libertad y programas de reinserción

F. Garantía colectiva internacional y pena	99
--	----

2. Estructuras económicas, desmantelamiento y garantía de no repetición – Requerimientos sobre judicialización y reformas legales..	102
---	-----

A. Desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las FARC, desarticulación del narcotráfico y garantías colectivas	102
--	-----

B. Judicialización y garantía de no repetición	102
--	-----

VII. Desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las FARC y la posibilidad de generar beneficios para la reinserción de grupos armados al margen de la ley en general

VIII. Conclusiones	111
--------------------------	-----

“La dificultad atrae al hombre de carácter,
porque es en la adversidad que el verdadero
hombre se conoce a sí mismo”.

CHARLES DE GAULLE

A los amores de mi vida y motores de mi existencia: Ana Lucía,
Lucía y Salvador.

A los maestros Jacques Vergés (QEPD), Antonio Cancino y Juan
Fernández Carrasquilla, por todas sus maravillosas enseñanzas
jurídicas y humanas. Y al gran y leal equipo que me secunda en la
lucha diaria por buscar la justicia.

PRÓLOGO PARA LA PAZ

A BELARDO DE LA ESPRIELLA es bien conocido y reconocido en el país como fundador y director de un renombrado bufete internacional de abogados penalistas que ha llevado, con originalidad sobresaliente y muy buen éxito, casos muy resonantes de la vida nacional. Pero aquí no se trata de su ejercicio profesional sino de que el doctor De La Espriella me ha encomendado escribir un prólogo para las reflexiones que contiene este libro sobre los diálogos de paz que se adelantan hoy entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

La obra se titula *Salida jurídica del proceso de negociación con las Farc*, y lleva por subtítulo, adecuado cabalmente a su contenido, “Reinserción, alternatividad penal, participación en política y garantía de no repetición”. Y, en efecto, el tema desarrollado versa sobre las salidas jurídicas al proceso de paz con la muy afirmativa tesis de que *sí hay vía*, sin necesidad de incurrir en posturas de penalización a ultranza, que podrían frustrar el proceso hacia los acuerdos de paz, o en algún momento dar resultados sociales contraproducentes. Está claro que el modelo que se adopte con las FARC-EP tendría que servir también para ulteriores intentos de paz con el ELN.

Como ciudadano y como jurista, él ha decidido, pues, vincularse al esfuerzo colectivo por encontrar salidas jurídicamente viables al conflicto

armado que nos aflige desde hace varios lustros. Yo he aceptado gustoso su invitación y el compromiso que encarna, no solo por el aprecio y el respeto profesional que él me merece, sino porque se trata de un tema urgente y candente de todos los colombianos que a mí también me importa e implica; y está muy bien que todos nos esforcemos por aportar nuestro granito de arena para hallar y fundar una solución socialmente adecuada y jurídicamente firme para tan noble cometido.

Puede que los aspectos políticos del tema no nos incumban directamente a los juristas, pero las propuestas jurídicas sobre el mismo no pueden sino asentarse sobre un trasfondo político que, en este caso, para el autor y para el prologuista, no puede ser si no la común aspiración a la paz social como un sueño válido y posible para Colombia. Hay quienes, ciertamente, no aspiran a la paz sino, al parecer, a la continuación indefinida de la guerra interna. pero esta no es, para nosotros, una opción aceptable, porque partimos de la base de que el país necesita con premura la paz, sin duda alguna en el marco de la justicia, y de que su obtención traería para el país entero pingües ganancias de todo orden. Lo primero para la paz nacional son los acuerdos y sigue en importancia su consolidación jurídica, inamovible, con un sentido inequívoco.

El libro del Doctor De La Espriella aborda directa y exclusivamente los problemas jurídicos de un inminente Acuerdo de Paz con las FARC-EP. Es decir, aporta con sus planteamientos –y no es poca cosa- la visión de los aspectos legales y supralegales que deben ser tenidos en cuenta en las conversaciones de La Habana. Por ello no se encuentran en él meditaciones explícitas sobre el perdón y la reconciliación, que son temas psico-éticos anexos o complementarios, o tal vez precedentes, en todo caso elementos requeridos para la construcción subsiguiente de una paz estable y duradera, que no recaiga ni ramifique en nuevos brotes de violencia colectiva.

Yo he abordado recientemente este asunto del perdón y no es mi propósito re exponer aquí mis puntos de vista porque están al alcance de cualquiera que desee consultarlos*. Simplemente reiterar que sin perdón no hay reconciliación y que sin ellos la paz duradera no es posible. Por

* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del derecho penal*, Cap- III.2, págs. 162 y ss., Edit. Temis, Bogotá, 2014.

el contrario, pienso, los colombianos tenemos el deber moral y cívico de prepararnos para los acuerdos de paz y para las múltiples derivaciones del posconflicto y que la mejor vía para ello es desarmar primero nuestros corazones, despojarnos de todo ánimo vindicativo –y por tanto de justicia vengadora– y disponernos a participar sin prejuicios ni discriminaciones en la construcción de un nuevo país. El perdón redignifica a víctimas y victimarios, los reinserta en la comunidad pacífica con miras a la cimentación de un nuevo ideario colectivo de cooperación y solidaridad incluyentes, ajeno a banderismos. La venganza y el enardecimiento de la guerra parece a muchos un camino mejor, porque sin duda la venganza es más primaria y fácil que la reconciliación total, pero no soluciona nada y por su senda hemos caminado ya 50 años o más sin resultados decisivos. Justo en este momento (julio de 2015), el Gobierno Nacional acaba de hacer severas reducciones en el Presupuesto Nacional para el 2016 en virtud de la severidad del alza del dólar (depreciación del peso colombiano) y de la fuerte baja internacional en los precios del petróleo. Era apostable de antemano cuáles sectores de la inversión nacional serían favorecidos y cuáles resultarían afectados negativamente ante una eventualidad semejante: se refuerzan, en efecto, el presupuesto de defensa y el de justicia (más guerra y más represión) y se merman los correspondientes al agro, la vivienda de interés social y la infraestructura vial, especialmente. Salta a la vista que así el país no despegará y que si las ayudas internacionales al posconflicto se administran de la misma manera, quedaremos al final en las mismas o peores condiciones sociales de desarrollo e igualdad.

Es muy curioso que sean los movimientos de derecha –que se suponen con más cercana afinidad a las fuentes bíblicas del perdón acuñadas tanto en el Viejo como en el Nuevo Testamento– los más reacios a aceptar los perdones recíprocos que la situación político-social del país requiere, los que más insisten en una interpretación retaliativa de las exigencias, hoy universales, de verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición que las víctimas y la sociedad entera reclaman sin esos ribetes. Claro que en la cesación definitiva de un conflicto crónico y cruento como el nuestro es indispensable la justicia para víctimas y victimarios, pero esta no tiene por qué ser tallada al viejo estilo de la venganza.

Si se ponen de por medio justicia, verdad y reparación en la solución del conflicto, junto a los principios de reinserción y no repetición, destaca

con razón el autor, ninguna norma ni organismo internacional podrían interponerse a los acuerdos de paz que logren firmarse en La Habana porque de ese modo no se violan compromisos internacionales ni normas imperativas de *ius cogens*. Ninguna norma de derecho internacional exige que las penas propias de la justicia transicional consistan solamente en encarcelamiento. El Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar, con las debidas garantías, a los autores de crímenes internacionales, pero no tiene que condenarlos a todos –lo que, por otra parte, podría resultar fácticamente imposible–, y a los responsables puede encararlos con un gran abanico de penas alternativas, algo que el autor también relleva. Aunque nadie pida ahora amnistías, indultos y perdones de olvido, porque ni siquiera son internacionalmente posibles, es indudable que la justicia transicional –que es una justicia alternativa para la solución de graves conflictos sociales requiere actitudes emocionales positivas hacia la reconciliación y comportamientos de reconstrucción social sin discriminación. Por eso son igualmente importantes el perdón y la memoria histórica. Perdón sí, pero con verdad y reparación, y justicia sin olvido, pues todos ellos son necesarios para garantizar socialmente la no repetición. Para decirlo con Ricoeur, “ni favor ni cólera. Ni complacencia ni espíritu de venganza”¹⁰. En fin, ni perdón fácil ni memoria odiosa, ni justicia vindicativa ni indemnizaciones imposibles, y tampoco más abandono de la inversión social.

En todo caso, el lector tiene en sus manos una disertación elegante y concisa que se distingue por responder a un plan exquisitamente trazado de antemano y rigurosamente desarrollado con gran sindéresis. Su autor hace gala de un plan metódico, acabado y preciso y de una exposición que se distingue por la claridad y la economía del lenguaje, sin que el escrito deje de ser denso –sin ser jamás prolijo ni tortuoso y de exigir, por tanto, del lector, esfuerzo y concentración. Es indudable que De La Espriella hubiera podido hacer, en estos temas, un gran despliegue de erudición, porque la bibliografía disponible es abundosa, pero no lo hizo porque su fin es plantear problemas específicos y proponer soluciones concretas a los múltiples problemas jurídicos que pueden presentarse en la elaboración de los acuerdos de paz y en su ulterior consolidación legal frente al ordenamiento nacional y la normativa internacional.

¹⁰ RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, FCE, Bs. Aires, 2ª ed., 2008, pág. 413.

Sin eludir las dificultades, sino más bien planteándolas escuetamente sin elucubraciones ni discursos ideológicos, Abelardo De La Espriella dirige su mirada, y las nuestras, hacia la intrincada red de normas de diversas jerarquías que deben ser tenidas en cuenta, desde la Constitución Política y el Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz, hasta la jurisprudencia constitucional e internacional, el Tratado de Roma de 1998 –fuente de la CPI que a tantos preocupa en este contexto– y los diversos Tratados y Convenios internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Sus interpretaciones son serias y razonadas y su prospectiva muy bien ponderada. Está claro que sus planteamientos se iluminan con la perspectiva humanista de la reinserción social, y está bien que así sea porque, sin ésta, cualquier acuerdo de paz estaría condenado de antemano al fracaso (además de que sin ella toda sanción penal es una barbarie inútil). Su preocupación también va dirigida a la firmeza jurídica de los acuerdos y para ello propone soluciones lúcidas y viables que van desde la expedición de normas constitucionales y legales hasta el control previo de constitucionalidad de las mismas con el fin de evitar los desastres o desinterpretaciones a que podría conducir una jurisprudencia variable. No se trata de propuestas abstractas que se exhiban en fórmulas vacías, sino que cada tema y subtema aterriza, sin dilaciones, en recomendaciones concretas y completas.

En los planteos jurídicos del Doctor De La Espriella me llama particularmente la atención su tratamiento de la aspiración de las FARC a la participación en política tras la firmeza de los acuerdos de paz. El autor señala normas jurídicas de diversa jerarquía que de momento tornan imposible esa posibilidad para quienes sean judicializados o condenados por crímenes internacionales. Entiende el ensayista que la solución solo puede venir de un referendo o una asamblea nacional constituyente porque solo el (poder casi absoluto) del pueblo soberano podría derogar y sobrepasar tales prohibiciones. En suma, creería yo, sería menester una reforma constitucional cualquiera para salir de esa encrucijada. Empero, yo entreveo otra salida que, sin embargo, solo podrían alcanzar fuerza imbatible al ser refrendada por la Corte Constitucional. Se trata de que *un acuerdo de paz como el requerido es un nuevo contrato social*, una modificación sustancial al pacto social para una nueva convivencia pacífica y una nueva institucionalidad. Y este tipo de acuerdos de reconstitución social entraña una normativa superior a la Constitución positiva, que justamente le daría a

ésta sustento jurídico y político. Prácticamente, estaríamos con ello frente a un nuevo país (si es que nuestras élites dirigentes y los beneficiarios de la guerra permiten al menos por una vez que algo de fondo cambie en Colombia).

El filósofo Jean Wahl dijo una vez, en su brillante *Introducción a la filosofía*, refiriéndose a las cuestiones centrales de la vida, que no seremos demasiado infelices si no vemos la solución pero entrevemos el problema y nos ponemos en el acto en camino hacia la búsqueda de soluciones. Algo parecido es lo que ha hecho Abelardo De La Espriella en este bello libro, nada facilista por cierto: plantea los problemas y las dificultades y propone, en su especialidad del campo del derecho positivo, soluciones para el camino que estamos recorriendo hacia la paz. Este, su plexo de propuestas, debe ser bienvenido y examinado con atención por los protagonistas de los diálogos de La Habana y por todos los colombianos –en especial juristas, políticos y académicos– porque se trata de un asunto que a todos nos incumbe, a título vital, para el logro de una paz trascendente.

El propósito de la obra, que es el de contribuir a la paz de Colombia con reflexiones jurídicas ponderadas que deberían ser tenidas en cuenta en las conversaciones de paz en curso, ha sido bastante bien logrado. El autor debe darse por satisfecho porque su grano de arena para alcanzar la paz ha sido puesto con un brillo particular que, sin duda, llamará la atención y será de gran utilidad práctica en la actual coyuntura política nacional. Las cartas están echadas: que las recoja todo aquel que prefiera a la hora actual jugar a la paz. Mis parabienes.

Juan Fernández Carrasquilla
Doctor h.c. en Derecho
Bogotá D.C., julio de 2015.

I.

**BENEFICIOS, REINSERCIÓN, GARANTÍA
DE NO REPETICIÓN Y CUMPLIMIENTO
DEL ACUERDO DE PAZ**

1. Reinserción y finalidad del acuerdo de paz

Los diversos mecanismos del Acuerdo de Paz implicarán que la sociedad entienda que no hay lugar para propiciar impunidad cuando se trata de allanar el camino hacia la paz. Medidas como las propuestas buscan la reconciliación nacional, sin generar nuevas lesiones, para fortalecer la paz y la seguridad colectiva. Todo acuerdo que busque la paz y las medidas jurídicas que se consagren para la reinserción de los desmovilizados, de cualquier grupo armado al margen de la ley, debe considerar que en el marco internacional existen límites impuestos por normas imperativas y, así mismo, obligaciones para todos los Estados que implican la investigación y juzgamiento de todo delito que constituya un medio para la realización de los crímenes tipificados por el Derecho Internacional.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula las obligaciones en materia de administración de justicia y, a su vez, el derecho penal internacional regula, en materia de corresponsabilidad individual, lo relativo al delito. Ambos ordenamientos guardan concordancia y deben ser tenidos en cuenta para efectos de cualquier medida que se pretenda adoptar.

En cuanto a la finalidad del Acuerdo de Paz, se ha entendido que la reinserción es la manera en que se concretan las garantías reales del esfuerzo humano y para ello se requiere la existencia de justicia, verdad y condiciones en las cuales los desmovilizados se puedan desarrollar sin

reincidir en la comisión de hechos delictivos. La garantía de restablecimiento conlleva la conciencia social y la visión de la posibilidad de generar cambios que permitan perdonar y conlleven a la inclusión social de quienes fueron actores del conflicto.

En conclusión, la implantación de mecanismos de justicia transicional es, dentro del marco colombiano, una oportunidad para materializar beneficios jurídicos y sociales que permitan generar paz y generosidad, sin alterar la esencia de las exigencias internacionales y los derechos humanos.

A su vez, en la medida en que la responsabilidad de proteger a los civiles es de todos¹, se ha configurado una oportunidad real para entender que la garantía de no repetición no solo involucra al país sino a los Estados en conjunto. Para ello se ha tenido en cuenta que la normatividad, además de clara, ha sido desarrollada en documentos como el de la Cumbre Mundial de 2005², en donde se estableció de manera contundente que todos los Estados son responsables de proteger a las poblaciones de las graves violaciones y que dicha responsabilidad incorpora la prevención de tales conductas, lo cual incluye medidas de garantía colectiva.

Sobre el particular, los párrafos 138 y 139 del Documento de la Cumbre Mundial disponen que todos deban incluir lo que corresponde al cumplimiento de la responsabilidad de proteger. En consecuencia, este documento es base de lo que aquí se sugiere y que se formula como garantía colectiva de no repetición y reinserción. Al respecto se recuerda que los párrafos en mención señalan:

138. Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias.

¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. *Resolución 1674 (2006)*. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2006. En esta reafirma sus resoluciones 1265 (1999) y 1296 (2000) sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, sus diversas resoluciones sobre los niños y los conflictos armados y sobre la mujer, la paz y la seguridad, así como su resolución 1631 (2005), sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y además su determinación de asegurar el respeto de estas resoluciones y su seguimiento.

² Cumbre Mundial de 2005 de los dirigentes del mundo, reunidos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 14 al 16 de septiembre. Resolución aprobada por la Asamblea General 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005

Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana.

139. La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el Derecho Internacional. También tenemos intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos.

De manera que la cooperación internacional incluye la obligación de contribuir, **de forma efectiva y práctica**, a la tarea de prevenir las violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas; así como también incluye la obligación del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, que se afectan con la comisión de dichos delitos.

De otro lado, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reafirmado las disposiciones citadas respecto de la responsabilidad

de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y, además de la responsabilidad individual que cada Estado tiene frente a su sociedad, se ha señalado que incumbe a todos ellos la responsabilidad colectiva de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad.

Así las cosas, siendo un propósito de las Naciones Unidas, y una tarea de todos sus Estados Miembros, promover la responsabilidad de proteger y mantener una actitud vigilante con respecto a las violaciones de los derechos humanos, dondequiera que se produzcan, se recalca que, la protección en mención incluye “el aumento de la cooperación internacional en esta esfera”. Adicionalmente se señala que deben contribuir “de forma efectiva y práctica a la urgente tarea de prevenir las violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas y al fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales” y, del mismo modo, que deben abstenerse de realizar actividades que no tengan en cuenta la exigencia de medidas de protección de parte de las autoridades. Todo ello para prevenir la materialización de las conductas violatorias de los derechos humanos.

También se reconoció en la Cumbre que “la mejor manera en que se puede proteger un Estado no es actuando aisladamente, y que todos los Estados requieren un sistema de seguridad colectiva eficaz y eficiente”. Por ese motivo, este deber general de protección es una **garantía colectiva** y en conjunto implica una obligación entre los Estados y sus miembros, válida tanto en tiempos de paz como de conflicto.

En consecuencia, las propuestas que se presentan se centran en el cumplimiento de mecanismos compatibles con el Derecho Internacional, permitiendo la entrega de secuestrados y de información sobre la ubicación en que se encuentren. A su vez busca generar estímulos bajo estándares de no repetición y de justicia, entender la aspiración política de los desmovilizados de las FARC y proponer la generación de empleo para efectos de garantizar su reinserción, resocialización y no repetición de conductas delictivas.

2. Principios y normas de Derecho Internacional en función de la garantía de no repetición

A la luz de los principios y normas de Derecho Internacional aceptados por Colombia, puede señalarse lo siguiente:

A. La amnistía y las medidas selectivas que impliquen la inexistencia de acción penal son contrarias a los **deberes de acceso a la administración de justicia** y a los deberes de investigación y juzgamiento. No resulta posible para el Estado, en materia de responsabilidad internacional, alterar su deber en casos como el secuestro, la desaparición forzada, la tortura, ejecuciones extrajudiciales y otros delitos donde la acción penal es obligatoria en virtud de la norma internacional. Así las cosas, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos han señalado que las leyes de amnistía representan una violación de los principios del Derecho Internacional.

B. Todo lo anterior, si se considera que la garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a toda persona en la jurisdicción nacional conlleva el deber del Estado de cumplir con las obligaciones de investigación, juzgamiento y sanción, y garantías de no repetición que impliquen la prevención de tales conductas.

De manera que la extinción de la acción penal y de la pena no se recomiendan para el caso de las conductas cometidas por las FARC relacionadas con tales delitos, así como tampoco es viable acudir, en tales eventos, a mecanismos que impliquen la renuncia a la investigación, juzgamiento o sanción y que no tengan garantía de no repetición. Lo precedente debido a que no encuadran en lo que se establece en el Derecho Internacional y no son concordantes con lo exigido frente a conductas que a la luz del mismo son penalizadas o cumplen con tal efecto el ordenamiento nacional. En consecuencia:

- A la luz del Derecho Internacional, solo podrían operar eximentes de **responsabilidad individual** aquellas que, siendo compatibles con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, posibiliten que el Estado, dentro del proceso judicial respectivo, las incluya en la legislación interna.

- En lo que respecta a los miembros del grupo armado al margen de la ley, no pueden pretender exonerarse de responder penalmente con el simple argumento de que ejecutaron operaciones en cumplimiento de órdenes del jefe del grupo. A su vez, el Estado tiene un **régimen especial de responsabilidad agravada** que comporta la obligación de investigación, juzgamiento, sanción y reinserción.

De manera que la insuficiencia de investigación y la falta de sometimiento a la justicia de los autores de violaciones que constituyen tales delitos puede, de por sí, constituir violación separada de los Tratados de Derechos Humanos.

C. La noción de **tolerancia oficial** ha sido utilizada internacionalmente en casos en los cuales, pese a conocerse las violaciones, se niegan las medidas para investigar y sancionar a los responsables y prevenir, a través de la verdad, la repetición de tales conductas. Ese concepto debe considerarse al momento de expedir las medidas que tienden a investigar y sancionar a los responsables, por cuanto se ha señalado que si la autoridad manifiesta indiferencia y no investiga, se estaría en presencia de conductas que también son punibles en el Derecho Internacional³.

Así mismo, la Corte Constitucional concretó que la vigencia permanente de los derechos humanos comporta la obligación de sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional y nacional⁴, los cuales reflejan la moral universal reconocida por la comunidad en su conjunto y, como consecuencia de ello, “explica que jurídicamente los derechos humanos sean normas imperativas de Derecho Internacional o de *Ius Cogens*, que limitan la soberanía estatal, ya que los Estados no pueden transgredirlas en ningún caso”⁵.

D. También ha de entenderse que la obligación de adecuar la normativa interna a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y demás

³Entre otros muchos, ver: Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Países Bajos vs. Turquía, decisión del 6 de diciembre de 1983, *Decisions and Reports* 35, pp. 163-64; el caso Griego, *Yearbook* 12, pp. 195-96; y casos posteriores contra Turquía, como *Akdivar y Otros vs. Turquía*, sentencia del 16 de septiembre de 1996, *Reports* 1996-IV, así como *Chipre vs. Turquía*, Solicitud N.º 25781/94 [2001] TEDH 331 [10 de mayo de 2001]).

⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-408 de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

instrumentos internacionales que el país se obligó a cumplir, excluye, utilizando las palabras textuales del artículo 2 de la citada Convención, “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta”⁶.

3. Medidas fundamentales para efectos del cumplimiento del acto legislativo y beneficios jurídicos generales para los desmovilizados

Para facilitar el abordaje conjunto de lo relativo a la reparación de las víctimas y a la protección frente a la no repetición de tales hechos, se ha entendido que la ley de víctimas recoge lo dispuesto en las normas internacionales y por eso el tema específico no se concreta en el presente escrito. En consecuencia, se da por cierto que tanto el Acuerdo de Paz al que lleguen el Gobierno Nacional y las **FARC**, como el desarrollo legal del mismo, cumplirán lo allí previsto.

A. Mecanismos de transición y jurisprudencia constitucional.

El Derecho Internacional reconoce que las normas de *ius cogens* son **inderogables** y penaliza todos los crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Así mismo, la evolución del Derecho Internacional contemporáneo, en el ámbito universal e interamericano, apoya la visión de la justicia transicional que no implica impunidad.

A su vez, la Corte Constitucional ha precisado que no son las amnistías o indultos las únicas formas en que el Estado puede limitar la justicia en aras de lograr la paz. También estableció distintas alternativas como parte del margen de configuración del Congreso de la República, advirtiendo que las mismas han de reconocer el derecho a la justicia y los derechos de las víctimas y la sociedad⁷.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18 y punto resolutivo segundo.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006, apartes 5.12 y s.s. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Así, la Corte Constitucional ha considerado que muchos mecanismos pueden servir en materia de alternatividad, sin perjuicio de haber declarado inconstitucional varias leyes y, en consecuencia, ha expresado lo siguiente:

“Existen instituciones usuales en la justicia transicional, la mayoría de las cuales suelen adoptarse oficialmente por los Estados mediante la aprobación de leyes o la expedición de normas jurídicas de otro tipo, incluso en algunos casos, reformas constitucionales. Dentro de tales herramientas **deben destacarse todas aquellas normas de carácter penal**, tanto sustanciales como procesales, que implican un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas”⁸. (Cursiva y negrilla nuestras).

De otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que existe la posibilidad de extinguir la pena por medio de figuras como el indulto. Al respecto, ha estimado que podría utilizarse para delitos diversos de los políticos, buscando así un mayor beneficio en función de la paz. La Corte precisa que, a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación, se admiten figuras jurídicas en aras de no repetición de los hechos constitutivos de delito cuando los mismos implican un atentado contra la base del conglomerado social. Citando textualmente al Máximo Tribunal Constitucional:

“Incluso figuras tradicionales como el indulto y la amnistía, normalmente **reservadas para los denominados delitos políticos**, a través de las cuales se extinguen, respectivamente, las penas que se hubieren decretado e incluso la acción penal, aunque muy anteriores a la aparición de este concepto, podrían actualmente mirarse como posibles medidas de justicia transicional, al menos en los casos en que tales beneficios se ofrecen buscando propiciar un mejor entendimiento entre grupos y facciones previamente enfrentados, en cuanto, tanto como en los otros mecanismos comentados, se acepta a cambio mayor lenidad en la sanción de hechos constitutivos de delito.

Son también instrumentos de justicia transicional las estrategias a través de las cuales se busca privilegiar la búsqueda de la verdad,

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

especialmente en su dimensión colectiva, en algunos casos a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación para las víctimas. Entre esas figuras pueden mencionarse: i) las comisiones de la verdad, que tienen como fin primordial investigar e informar a la sociedad sobre determinados hechos, normalmente constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, paralelamente o en subsidio de las investigaciones judiciales; ii) los programas de reparación, usualmente patrocinados por el Estado, que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado; iii) la justicia de género, que promueve iniciativas contra la impunidad de la violencia sexual y de género, y que propendan por la igualdad de condiciones para el acceso de las mujeres a programas de reparación por transgresiones a los derechos humanos, y iv) los actos de conmemoración, entre ellos la realización de ceremonias y la erección de monumentos públicos, a través de los cuales se busca preservar la memoria de las víctimas y aumentar la conciencia moral sobre las **violaciones cometidas contra la sociedad**, como dique de no repetición, entre otras.”⁹.

La Corte Constitucional, en relación con la ley 1424 de 2010 y en vista del beneficio correlativo que puede obtener la **sociedad** dentro del contexto de la justicia transicional, señaló que consagra mecanismos de tipo colectivo para hacer efectivo el núcleo esencial de los mismos. En consecuencia, en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional precisó que toda decisión al respecto ha de ser, para la sociedad y para las víctimas, acorde con los fines de justicia y verdad, de manera **que bien puede operar un mecanismo como el expuesto cuando se asegura que hay lugar para la investigación y el juzgamiento.**

B. Medidas generales que se proponen en cuanto a beneficios de las penas.

- *Primera medida: la entrega oportuna de secuestrados. Medidas para facilitar la entrega de secuestrados como beneficio para desmovilizados y responsabilidad consecuente.*

El delito de secuestro es un crimen proscrito por el *ius cogens*, ya que se ha señalado que el solo hecho del aislamiento y la incomunicación coactiva

⁹ Ídem.

es un tratamiento cruel e inhumano que desconoce los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos¹⁰.

De otro lado, la Corte Constitucional ha recalcado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un límite que debe entrar en consideración cuando haya lugar a la emisión del marco para el efecto, por cuanto dichas limitaciones resultan concordantes ¹¹ con lo dicho en los artículos 167 y 171 del Código Penal para efectos de la aplicación de rebajas punitivas a quienes, siendo autores o partícipes del delito de secuestro, revelen lo realizado con miras a liberar al secuestrado o entregar la información sobre el particular.

La responsabilidad con ocasión del delito de secuestro no puede ser modificada y, en consecuencia, si se configura el tipo penal de secuestro no habría lugar a exonerar a la autoridad judicial de investigar, así como tampoco podría exonerarse a quienes han participado de su respectiva responsabilidad. Así mismo, las causales de agravación que establece el Código Penal se presentan en los casos de secuestros perpetrados por las FARC y se aumentarían de una tercera parte a la mitad las penas.

De acuerdo a lo precedente, una propuesta razonable es que se establezca una rebaja punitiva, siempre y cuando tenga lugar la entrega real de secuestrados y el suministro de información al respecto.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 105, párr. 188, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*, supra nota 105, párr. 166.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-936 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. En ese pronunciamiento, la Corte Constitucional precisó: “Entre los asuntos que han objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes: (i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas. (ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: (iii) La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una referencia a un caso colombiano. (iv) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales. (v) La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz. (vi) El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos. (vii) El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad. Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno”.

-Deberes para los casos de secuestro y desaparición forzada.

Al ser clave en el proceso de paz, por la afectación descomunal de las vidas en el país, la obligación de prevención, protección e investigación frente a delitos como el secuestro, que se han enmarcado en el Derecho Internacional, y atendiendo a que en el Acto Legislativo se permite incluir directamente un mecanismo para priorizar la investigación judicial de conductas punibles. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas consideró que la obligación en relación con el secuestro es perentoria en tanto constituye “una amenaza para la paz y la seguridad internacional”¹², así como a los principios de la Carta de Naciones Unidas enunciados en su Artículo 2 (párrafos 1 a 7), en particular, los que fundamentan la seguridad y el bienestar colectivos, por cuanto se reconoce que el desarrollo, la paz, la seguridad y los derechos humanos están interrelacionados y son base de todo lo que realiza el hombre.

También, según se ha dicho, el Legislador prevé las consecuencias para la realización de cada tipo penal contemplando su sanción y fijando los criterios que ha de atender el operador judicial para su dosificación; de manera que la cantidad o grado a imponer en el **proceso dosimétrico** debe descansar en pilares como la **discrecionalidad reglada** y la razonabilidad.

Conforme a lo dicho, y teniendo en cuenta criterios dosimétricos, los mecanismos implican que lo que se propone como beneficio permite cumplir y generar un mecanismo de incentivo para conocer dónde se encuentran los que estarían secuestrados, su posibilidad de entrega efectiva y el suministro de información en cuanto a lo dicho.

El mencionado beneficio se formalizaría en cuanto a la entrega de las personas secuestradas en el momento del Acuerdo y su concreción judicial se realizaría dentro del proceso judicial al respecto y **podrían ser beneficiados todos los miembros del grupo desmovilizado que participaron en el acto, una vez el propio jefe del grupo señale lo pertinente a la realización del mismo.**

Los requerimientos para estos crímenes implican la obligación de **comparecer** ante la justicia, tal como lo establece la norma internacional

¹² CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución No. 808 de 1993.

y lo recalcan los organismos de derechos humanos y las organizaciones de Naciones Unidas y de la OEA.

Al imputarse el delito al jefe del grupo, lo que se comprueba es lo relativo a la manera como fue realizado, a la vez que se cumple lo pertinente para los demás y que se hace tal señalamiento en favor de todos los posibles participantes en la actuación, quienes podrían también solicitar al jefe que incluya su participación en el documento a entregar a la Fiscalía. Tal aspecto se acredita en relación con la manera en que concurren a cometer el delito, mediante prueba implícita directa o, de no encontrarse esa prueba, inferirse de las circunstancias.

Para tal efecto, se propone que toda medida que implique la obtención de un beneficio debe haber constatado la no existencia de secuestrados. En temas como la investigación del secuestro y la desaparición forzada existe la obligación internacional de garantizar el derecho a la integridad personal de los familiares por la vía de investigación efectiva¹³. La Corte Interamericana reiteró, en el caso de Anzualdo Castro, que el deber del Estado es determinar e impulsar investigaciones efectivas.

En conclusión, siendo uno de los delitos más graves que puede cometerse, se propone que tenga lugar la implementación de un mecanismo judicial que concrete beneficios que tengan como finalidad garantizar la no repetición y restablecer la armonía en la vida del secuestrado y su familia.

-Segunda medida: la rebaja de pena para delitos internacionales como mecanismo de transición.

Es posible que, **como mecanismo de transición**, se señale que las penas para **delitos internacionales** pueden ser rebajadas mediante la modificación en el respectivo tipo penal de los límites máximos y que tal disminución sea aplicable en forma retroactiva para todo aquel que, antes de la entrada en vigencia de la ley, los haya cometido. Esto implicaría que no se excluya de los beneficios a los militares que hayan participado de ellos, toda vez que se entendería que lo han hecho por causa y en función de combatir el conflicto.

¹³ Cfr. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo, *supra* nota 42, párr. 114; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra* nota 58, párr. 174, y *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 58, párr. 125.

Este beneficio significa que la rebaja es establecida en la ley y lo sería en porcentajes que se determinen para permitir la recuperación de los secuestrados. Lo dicho implica que lo dispuesto en las normas se aplicaría incluso a:

- Quienes, habiendo sido miembros de grupos que participaban en el conflicto, no encontraron mecanismos reales de reinserción y, además, volvieron a delinquir.

- Quienes no han participado en el conflicto, caso en el cual el beneficio se limitaría a una vez y frente a actos que se relacionen directamente con el conflicto, realizados previamente a lo dispuesto en la ley. A tal efecto, se sugiere que la pena se reduzca, para lo cual se requiere de la concreción legal.

-Tercera medida: la rebaja de pena mediante la dosificación especial en función de la participación de varios sujetos en el mismo hecho y a la distribución de la reparación de las víctimas.

La ley propende por la **culminación abreviada del proceso**. En esa medida es viable que, mediante acuerdo, se concrete la participación en el hecho investigado por parte de los miembros del grupo y que la reparación de las consecuencias sea determinada de manera conjunta por los miembros del grupo y la Fiscalía General de la Nación.

Es decir, se establece en un marco de referencia que, de manera similar a lo señalado en la ley 906 de 2004, implica negociaciones y preacuerdos, así como formas de concretar la pena y la reparación derivada de la conducta. A su vez, al supeditar el acuerdo a la autoridad judicial, se garantiza el debido proceso y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley en materia de víctimas.

La forma en la cual se debe dividir objetivamente el nuevo sistema de dosificación **excluye la aplicación del sistema de cuartos**.

Así mismo, se tendría en cuenta lo siguiente:

- Se facilita toda investigación sobre un solo hecho.
- Se genera claridad sobre la circunstancia del delito.

- Las demás conductas también podrían ser investigadas, pero debe formalizarse su proceso.

- La individualización del monto de la pena a imponer sería en función de la participación de los integrantes, apuntalando lo dicho, beneficiaría la manera en que se repararán las consecuencias del actuar.

En adición, para imponer la pena y para efectos de la individualización de la misma, **no concurriría a conformar las circunstancias agravantes y atenuantes que se aplican de manera ordinaria**. Contrario a ello, se establecerían bases relacionadas con **parámetros que tendrían en cuenta la forma de participación y de distribución de la reparación de víctimas entre los integrantes del grupo desmovilizado**.

De ahí que la Fiscalía General de la Nación estaría en capacidad de acometer la investigación, a la vez que podría, con elementos que facilitan la información, determinar aspectos sustantivos en cuanto a la participación de los implicados en el hecho. Cada miembro del grupo de participantes sería beneficiario y, una vez se negocie con la Fiscalía General de la Nación y se someta a la **verificación formal** del juez que la ley establezca como competente, el acuerdo sería la **pena y la base de la distribución de la reparación a cargo de cada uno**.

De manera que, en función de cumplir la obligación de compensación a las víctimas, se convierte en un estímulo que fija la dosificación penal específica.

Al acudir a este mecanismo se está consagrando una alternativa distinta al sistema de cuartos, ya que se funda en una dosificación preestablecida en criterios objetivos de participación en la reparación colectiva y de las víctimas individualmente consideradas. Sobre el particular se ha propuesto que la solicitud de perdón, conforme al ordenamiento legal de víctimas, se materialice de manera pública y se logre así crear una conciencia colectiva consecuente con el deber de no repetición de esas conductas.

En consecuencia, el ejercicio de dosificación punitiva se fundamenta en una pena individual, resultante de una imputación igual a todos, y su participación se tiene como equivalente en la causación del delito. Para ello, los criterios de priorización y selección de que trata el Acto Legislativo

tendrían cabida en la escogencia del tipo de conducta que podría ser objeto de esta mecánica y fundamento de la penalización de las graves conductas.

Lo anterior, a su vez, en tanto el Acto legislativo, al haber autorizado al legislador para establecer algunos aspectos en relación con la persecución judicial, ha señalado que la Ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los mismos para determinarlos. Una conducta grave que podría ser objeto de ésta dinámica es, sin lugar a dudas, el secuestro.

La determinación del acuerdo sobre la responsabilidad de cada uno de los que participaron en el mismo hecho, del beneficio resultante de la dosificación en materia de la pena¹⁴ y de la reparación de las víctimas, se extendería a todo aquel que participe en el acuerdo al presentarse ante la Fiscalía General de la Nación y, para ello, se debería considerar que, salvo en los casos que desconozcan o quebranten garantías fundamentales, resultaría aplicable.

Así mismo, las consecuencias de lo actuado serían vinculantes para efectos de imponer la pena al desmovilizado que haya participado en el hecho, determinando también la competencia de la autoridad para efectos de investigación del mismo.

-Cuarta medida: las rebajas que disminuyen la pena en virtud de la entrega de información que posibilite encontrar a personas que han padecido el secuestro y la desaparición forzada.

No existe discusión con respecto de que la normatividad imperativa del *ius cogens* es inderogable e inmodificable. En tal medida, la entrega de información en relación con secuestros y, en su caso, desapariciones forzadas, debe retribuirse en función de mejorar la posibilidad de encontrar a personas que han padecido tal vejamen.

Para tal efecto, el sistema de formación de la pena se combinaría con otros relacionados con la ocurrencia del delito. De manera que, si la información es veraz porque conduce al paradero de los restos mortales del desaparecido, tendría lugar la entrega del beneficio. Teniendo en cuenta la importancia de esa información para las víctimas directas e

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

indirectas de los referidos delitos, así como también que la misma es, en la mayoría de los casos, conocida exclusivamente por los miembros de las **FARC**, es conveniente que la rebaja de pena concedida sea de la mitad, aplicada sobre los nuevos límites punitivos reducidos que se establezcan por el legislador para los delitos internacionales.

Lo precedente teniendo en cuenta que, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana, el secuestro no solo afecta a la víctima sino a la familia en general; ya que sus miembros son sometidos a lo que la psicología conoce como el proceso de la “*muerte suspendida*”, que es la angustia que caracteriza al secuestro¹⁵. Este concepto hace referencia al proceso de duelo que enfrentan los familiares y allegados del secuestrado, quienes, ante la ausencia del cadáver de un ser querido, o el desconocimiento de su suerte, como en el caso de los desaparecidos, inician la elaboración del duelo, el cual no se culmina con la esperanza de que en algún momento aparezca nuevamente con vida. Solo el paso de los años se va convirtiendo en la evidencia de su muerte, o al menos en una certeza de que no regresará, certeza que nunca será colmada en su totalidad.

-Quinta medida: la inclusión especial de un régimen para los militares.

Al establecerse beneficios para aquellos que han participado en momentos del conflicto y en delitos derivados del mismo, se cumple con lo dispuesto en el Acto legislativo que, en su Artículo 1, dispone:

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.

En consecuencia, se podría incluir un régimen específico para militares y, en cumplimiento de las disposiciones relativas al Derecho Internacional humanitario, se tendría en cuenta que el delito cometido con ocasión del conflicto podría tener un tratamiento especial. Para tal efecto podría pensarse en la concesión de beneficios a aquellos militares que:

¹⁵ CFR. <<http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr2425.cfm>>.

- Antes de la iniciación de la audiencia de juzgamiento colaboren eficazmente para evitar que el delito que se imputa continúe o que se realicen otros.

- Suministren información veraz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada y surgimiento de actividades delincuenciales.

- Sirvan de testigos de cargo contra otros procesados por violación de derechos humanos.

- Cuando el procedimiento implique riesgo o amenaza graves para la seguridad.

En conclusión, lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo *Marco Jurídico para la Paz*, implica que el régimen de los militares que han participado durante el conflicto en hechos delictivos podría generar beneficios que resulten compatibles con las normas internacionales.

A su vez, podría exigírseles el cumplimiento de las siguientes obligaciones para acceder a los beneficios que se establezcan:

-Contar la verdad.

-Solicitar el perdón de manera pública.

El cumplimiento de tales obligaciones permitiría a las víctimas sentir que su dolor es reconocido, al tiempo que operaría como mecanismo preventivo para que no vuelva a ocurrir lo sucedido, pues se posibilita al autor o partícipe de tales hechos el tomar conciencia del daño causado.

De otro lado, el régimen específico que se establezca para los militares debe cumplir el artículo 33 del Estatuto de Roma, el cual señala:

Órdenes superiores y disposiciones legales. 1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las

órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Los tres requisitos del artículo 33, párrafo 1, son acumulativos, no disyuntivos. En primer lugar, el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes –no es suficiente el deber moral–. Las órdenes superiores no son más que eso, órdenes. En consecuencia, el funcionario del gobierno que siga instrucciones que equivalgan a crímenes de guerra no está protegido, a menos que esté sujeto a alguna obligación legal. Según se infiere, no es suficiente el hecho de que pueda perder su trabajo si se niega a seguir las instrucciones. Incluso si se supera el primer obstáculo, solo se admite invocar las órdenes superiores como eximente si el acusado ignoraba que la orden era ilícita y si la orden no era manifiestamente ilícita¹⁶.

En cumplimiento del artículo 33 del Estatuto de Roma, únicamente podría exonerarse de responsabilidad penal al militar que cometiere los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, en cumplimiento de la orden de un superior o jefe, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Existencia de una obligación legal de obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior.
- Desconocimiento de la ilicitud de la orden.
- No puede tratarse de una orden manifiestamente ilícita. Dicho en otras palabras: El militar no puede pretender ser eximido de responsabilidad penal por la comisión de delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad, alegando que incurrió en tales conductas en cumplimiento de una orden emitida por el gobierno o por su superior. Esto es así porque el referido artículo establece que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

-Sexta medida: la pena y los mecanismos de cumplimiento en función de la libertad y el empleo.

¹⁶ CHARLES GARRAWAY. *Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Tomado de <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnwm.htm>>.

El mayor descuento propuesto surge de la mano del **cumplimiento de la pena y, en adición, de la posibilidad de libertad para ello**, pues la **privación de la libertad no es la única forma de hacer justicia**.

De la misma forma puede operar la libertad en forma de condena de ejecución condicional y, de ese modo, se cumplirían las exigencias del Estado relativas a *investigación, juzgamiento y sanción de la grave criminalidad*, toda vez que la privación de la libertad no es la única sanción que puede establecerse.

Teniendo en cuenta que la cárcel no es la finalidad *per se* del Derecho Penal, en el caso de la reinserción, como forma de cumplimiento de la pena se generaría empleo¹⁷. Igualmente, en la medida en que la extinción de la acción penal o de la pena es viable en aquellos casos que no correspondan a **delitos internacionales**, la libertad del procesado es una alternativa que se propone, sin que se afecte la verdad, el juzgamiento ni la imposición de la pena.

En consecuencia, la propuesta realizada implica el ánimo de reinserter y **generar mayores oportunidades en forma de empleo**. Esto entendiendo que la pena cumple una función social, como lo señala, al relacionar las obligaciones de la pena, el Código Penal en su Artículo 4, que establece como una de ellas la de reinserción social.

Del mismo modo, en lo que respecta a los **delitos que no son internacionales** y que han sido cometidos con ocasión de la pertenencia al grupo armado al margen de la ley: **es posible renunciar a la acción penal**. En estos eventos una rebaja de pena sería eficaz y podría señalarse como un porcentaje elevado de la pena, en tanto la libertad de configuración del Congreso de la República es amplia para el caso.

¹⁷ Actualmente, la prisión ya no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen y al mismo tiempo la han justificado. Se conforma como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y, por ello, es objeto de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados —libertad—, como por su estrepitosa ineficacia en aras a alcanzar el objetivo resocializador que, en todo caso, está llamada a perseguir. Las penas largas son puestas en entredicho porque tienen efectos demasiado perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo, y las demasiadas cortas, porque dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal. CFR. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte general, 4ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p.755.

-Séptima medida: el establecimiento de la comisión de la verdad.

Las comisiones de la verdad¹⁸ tienen como fin primordial investigar e informar a la sociedad sobre determinados hechos, normalmente constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos¹⁹.

En el caso de las FARC, debe crearse una **Comisión de la Verdad que haga las veces de central de información sobre secuestrados** y que permita a los familiares encontrar a sus seres queridos y obtener la información sobre los desaparecidos. En tal medida, tendría acceso a la misma todo familiar de secuestrado y/o desaparecido. La referida

¹⁸ Entre otras ver: Alemania (Comisión de Investigación en el Bundestag alemán para Tratamiento del Pasado y las Consecuencias de la Dictadura del SED en Alemania, 1992).

Argentina (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1983).

Bolivia (Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados, 1982).

Chad (Comisión de Investigación de los Crímenes y Malversaciones Cometidos por el ex Presidente Habré, sus Coautores y/o Cómplices, 1991) Chile (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1990; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2003).

Corea del Sur (Comisión Presidencial para el Esclarecimiento de Muertes Acaecidas en Circunstancias Sospechosas, 2000).

Ecuador (Comisión "Verdad y Justicia", 1996; Comisión de la Verdad, 2007).

El Salvador (Comisión de la Verdad, 1992).

Ghana (Comisión para la Reconciliación Nacional, 2002).

Granada (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2001).

Guatemala (Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, 1997).

Haití (Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia, 1995).

Indonesia (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2004).

Liberia (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2005).

Marruecos (Comisión de Equidad y Reconciliación, 2004).

Nepal (Comisión de Investigación para Localizar a Personas Desaparecidas durante el Periodo Panchayat, 1990).

Nigeria (Comisión para la Investigación de las Violaciones de Derechos Humanos, 1999).

Panamá (Comisión de la Verdad, 2001)

Paraguay (Comisión de la Verdad y la Justicia, 2003).

Perú (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2000).

República Democrática del Congo (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003).

República Federativa de Yugoslavia (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2001).

Sierra Leona (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2002).

Sri Lanka (Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias Occidental, Meridional y de Sabaragamuwa; Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias del Centro, del Noroeste, del Centro Septentrional y de Uva; y Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias Septentrional y Oriental, 1994).

Sudáfrica (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 1995).

Timor Oriental (Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación, 2002).

Uganda (Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas en Uganda, 1974, y Comisión de Investigación sobre las Violaciones de los Derechos Humanos, 1986).

Uruguay (Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, 1985, y Comisión para la Paz, 2000).

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Comisión de la Verdad podría ser creada por el Ejecutivo y ratificada por el legislador.

Adicional a ello, esta Comisión de la Verdad construiría un registro sobre los dineros o bienes entregados por los familiares de los secuestrados o desaparecidos, a fin de llevar a cabo las posteriores restituciones.

Para tal efecto, cuando la ley ratifique la referida comisión, se sugiere que lo haga con amplias facultades para recopilar información sobre cada caso y al amparo de los tratados internacionales.

La Comisión de la Verdad no remplazaría a la autoridad judicial en la investigación procesal de los hechos, pues su obligación se contraería a conformar la central de información a través de:

- Sistemas de información que gocen de protección para testigos e informantes.
- Información proveniente de las autoridades.
- Interlocución de la Comisión de la Verdad con las autoridades.

Para que el recaudo de la información sea efectivo, la Comisión de la Verdad debe ser concebida como un organismo autónomo y descentralizado, con amplia participación de la sociedad civil, de los organismos que han actuado en la búsqueda de secuestrados y que la ley permita que las personas que hayan tenido la información sobre el lugar de ubicación de secuestrados la entreguen sin que tengan que ser identificados públicamente. Igualmente podría accederse a la información con sustento en lo dispuesto por los organismos internacionales de derechos humanos que hayan obrado en casos concretos, al amparo de Tratados Internacionales²⁰.

De acuerdo a **ESTEBAN CUYA**, históricamente, las Comisiones de la Verdad en América Latina han realizado los siguientes aportes en materia de Justicia Transicional:

²⁰ Por otro lado, ante el temor de los integrantes de las Comisiones de la Verdad, la adopción de medida deben propender por impedir que hagan de sus informes mecanismos dispersos y que impidan con ello realizar la verdadera labor de reconciliación nacional. Para tal efecto, la labor fundamental en cuanto a lo dicho se circunscribe a propiciar la documentación sobre el particular y, debidamente, se tendría en cuenta por las autoridades. A su vez, en Colombia, organismos como la Cruz Roja Internacional y Amnistía Internacional pueden aportar valiosa información.

- La difusión de las informaciones sistematizadas por la Comisión de la Verdad ayuda a la sociedad a tomar conciencia acerca del pasado de violaciones a los derechos humanos, lo cual es importante para avanzar en la reconstrucción de la Democracia y del Estado de derecho, que no se podrá alcanzar mientras persistan las heridas de los tiempos de violencia. Así pues, el reconocimiento de la verdad total, dura, compleja, libre de maquillajes, es la tarea fundamental de una Comisión de la Verdad.

- Identificación de las personas, grupos y organizaciones involucradas en los graves hechos de violencia. Así se evita que las sospechas y acusaciones de graves hechos de violencia se atribuyan a la totalidad de los miembros de las organizaciones militares, policiales, paramilitares o guerrilleras. La culpa individual no debe diluirse en la culpa colectiva.

- La personalización y humanización de las víctimas. Ponerles rostro a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, devolverles sus nombres y apellidos, sacarlos del anonimato y del simple dato estadístico, reconstruir sus historias de vida constituye una función muy importante de toda Comisión de la Verdad. Se trata de restituirles su dignidad humana.

En Chile, la Comisión de la Verdad describió brevemente las historias personales de las víctimas de la dictadura de Pinochet. Igual se hizo en Argentina con las víctimas de la dictadura militar de 1976 a 1983. Esta reconstrucción y reivindicación de la memoria personal de las víctimas es una parte importante de la verdad que esperaban los familiares de las víctimas. Así se da un paso más para la restauración de la dignidad humana de las víctimas. Este gesto significa también una reparación moral tanto a las víctimas como a los familiares que lucharon por tanto tiempo para llegar a la verdad.

- Las Comisiones de la Verdad han considerado conveniente formular una serie de recomendaciones al Estado, en materia de políticas sociales y económicas, orientadas a reparar, en cierta medida, los daños causados a los familiares de las víctimas por las violaciones a los derechos humanos. Se ha propuesto, en muchos casos, **la rehabilitación del honor de las víctimas** y la construcción de parques, museos, o monumentos conmemorativos donde los familiares o amigos puedan ir a recordarlos, llevarles flores, mensajes escritos, etc²¹.

²¹ ESTEBAN CUYA. *La Justicia Transicional en América Latina: Desarrollo, aplicación y desafíos*. CFR. <http://www.menschenrechte.org/lang/de/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional>.

Teniendo en cuenta lo precedente, se propone que las recomendaciones de la Comisión de la Verdad que se establezca con ocasión del Acuerdo de Paz con las **FARC, hagan especial énfasis en los aspectos anteriormente mencionados.**

EN VIRTUD DE LO PRECEDENTE EXPUESTO, ES INDISPENSABLE LA GENERACIÓN DEL MECANISMO IDÓNEO PARA CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS FUNDAMENTOS DEL ACUERDO DE PAZ Y SUS BENEFICIOS JURÍDICOS, CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ASPECTOS DE LAS MEDIDAS PENALES, PROCESALES Y RESPONSABILIDAD EN CUMPLIMIENTO DE LAS MISMAS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES.

Todo lo que sea objeto del Acuerdo de Paz debe ser amparado por la garantía reseñada. De igual manera, en lo que respecta a la negociación, deben existir límites y garantías de veracidad y de finalización del conflicto.

La necesidad de cristalizar el Acuerdo de Paz implica que lo dispuesto en él debe ser claro y obligatorio para toda autoridad, por lo cual se requiere una disposición que así lo ordene. Para tal efecto se le otorgaría categoría de orden público a la misma. De esa manera, el carácter prevalente e inderogable de la disposición garantizaría el interés general que en ella se encuentra inmerso²² y, en tal medida, la seguridad jurídica envolvería el cumplimiento de lo acordado.

Lo anterior teniendo en cuenta que:

-La obligación que se deriva de la Constitución Política, referente a garantizar la paz colectiva de la población, comporta la generación de garantías de cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo de Paz una vez celebrado. Tal obligación, para el caso concreto, incluye el deber de toda autoridad de cumplir cada aspecto allí contenido.

En esta misma línea de ideas, si el Acuerdo contempla lo dispuesto por el Derecho Internacional y concreta la paz que fundamenta el orden constitucional, las obligaciones que impone su observancia deben ser

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-655 de 1997 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

cumplidas de buena fe, sin que ninguna autoridad pueda invocar norma alguna para contrariarlo. Así mismo, la garantía de reinserción que se requiere implica incorporar el deber de cooperación que rige no solo entre Estados sino entre los miembros de la Sociedad.

-El Estado es responsable frente a toda la sociedad y frente a los implicados en lo que respecta a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución Política, el Acuerdo de Paz y está en la obligación de proteger a la población colombiana.

-Sobre el particular, el derecho a la seguridad que resultaría vulnerado en presencia de un incumplimiento, permitiría a la ciudadanía interponer una **acción popular** que podría reglamentarse al estar presente la satisfacción del interés común en la realización de la finalidad del Acuerdo de paz.

Lo precedente en la medida en que la acción popular resguarda el interés individual, al tiempo que reconoce la solidaridad entre los intereses de la comunidad y los del individuo, y asegura la observancia de las obligaciones ***erga omnes***, de manera que constituyen un mecanismo que refleja la acción de garantía colectiva.

II.

**ASPECTOS GENERALES DE LOS BENEFICIOS
JURÍDICOS Y LO QUE SE REQUIERE
CONFORME AL DERECHO**

Para todos los efectos es pertinente considerar tanto el marco constitucional como el internacional como pilares jurídicos de las propuestas contenidas en el presente análisis.

1. El Marco Jurídico para la Paz y el Acto Legislativo

El Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz destaca los siguientes aspectos:

En primer lugar determina que: **“Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional”**.

Al respecto, al analizar lo establecido en el Derecho Internacional y la jurisprudencia autorizada, se encuentra que la administración de justicia es prevalente, de manera que lo idóneo es la aplicación de alternativas que faciliten la concesión de beneficios jurídicos sin afectar la investigación que se realice para esclarecer la verdad y el juzgamiento de los responsables.

Ahora bien, no toda selección y priorización resultan admisibles, aun siendo consagradas en este Acto Legislativo, pues existen **límites impuestos por las normas internacionales de derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, en lo atinente a delitos de orden internacional.**

A su vez, el Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz dispone lo siguiente:

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 relacionados con el conflicto.

En este caso, las medidas eventuales deben, igualmente, atender los parámetros internacionales. Por ello, dicho Acto Legislativo establece:

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

El Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz también precisa que el mismo no se aplica para desmovilizados que sigan delinquirando, así como tampoco para aquellos grupos que no participen en el conflicto. Sobre el particular se anota que, según lo expresado, sí podría haber un beneficio general en relación con los que delinquieron en otra oportunidad y que requieren hoy la posibilidad de cumplir el marco jurídico para el efecto.

A. Delitos y su fundamentación jurídica.

La prohibición de violación de las normas de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, que proscriben los delitos de “genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad, tortura, derecho a la libre determinación” y demás delitos de carácter internacional, implica que la responsabilidad del Estado en estos eventos es derivada de las normas internacionales. Así las cosas, en el eventual caso de que se haya cometido, en su jurisdicción, un delito como los señalados, resulta obligado por los límites que se derivan de las normas de tal orden.

De igual manera, todo menoscabo a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales es un hecho imputable al Estado y, en tal medida, compromete su responsabilidad. Así lo establece el Derecho Internacional como uno de sus principios. En efecto, el Estado responde por su actuación u omisión, aún si actúa fuera de los límites de su competencia u omite el deber de protección²³.

B. Limitaciones en el Derecho Internacional para entregar beneficios a los desmovilizados en virtud del acuerdo de paz.

Recalcando la obligación de determinar los beneficios legales posibles, sin perjuicio de encontrar la fórmula adecuada al marco tanto constitucional como al imperativo internacional, se ha considerado importante realizar un estudio al respecto, señalando que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por el Derecho Internacional²⁴ y que **no se permite exoneración de norma alguna, entendiendo que todos los derechos humanos son imperativos.**

A su vez, el interés jurídico en el cumplimiento de la garantía colectiva sobre los mismos se deriva de las obligaciones estipuladas en la Carta de las Naciones Unidas y de la OEA, de manera que, en la Carta de la OEA²⁵, los Estados son garantes de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley, y tienen la responsabilidad de que los mismos existan plenamente. Así se ha establecido en la Quinta Conferencia Internacional de las Democracias (del 10 al 12 de septiembre de 2003). Así como en la Declaración adoptada sobre prácticas de la democracia, los derechos y las libertades de la comunidad.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y *cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y *cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178.

²⁵ "Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (Artículo 1).

Debe existir una estricta congruencia entre lo dispuesto por el ordenamiento internacional y las normas que se expidan como concreción de dicho Acuerdo. De manera que, para beneficiar la transición en el marco de un Acuerdo con las **FARC**, es importante considerar las siguientes limitaciones impuestas por el Derecho Internacional en lo que respecta a los delitos relacionados con la pertenencia al grupo armado:

-El Derecho penal internacional establece conductas delictivas.

-El Derecho Internacional no permite implementar mecanismos que comporten la renuncia a la investigación y juzgamiento de las citadas conductas.

-No es recomendable acudir a mecanismos que no resulten acordes con las normas internacionales y la jurisprudencia internacional autorizada.

-No resulta razonable, entre los mecanismos que se formulen, que alguno implique la falta de investigación y la sanción penal de los hechos, por cuanto, en los eventos en mención, la renuncia condicionada a la persecución judicial penal puede ser contraria a lo dicho. Al respecto, la jurisprudencia internacional ha reiterado que, en los casos de graves violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional humanitario, la impunidad solo puede contrarrestarse si el propio Estado es quien asume, por todos los medios legales disponibles, el proceso penal orientado a la determinación de la verdad y a la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos²⁶; incluidos todos los que han participado directa e indirectamente.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas reitera que “Un estado no puede dispensar a otro de la obligación de cumplir una **norma imperativa** por medio de un tratado ni de otro modo”²⁷, de manera que, **ni aún en presencia de un acuerdo interestatal**, podría aseverarse que hay condonación de las obligaciones internacionales. Incluso se ha previsto que la propia comunidad obre señalando el eventual incumplimiento.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)

²⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comentarios al respecto*. También ver Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] Enero 28 de 2002 56/83.

Por ello es que “El Estado que invoque la responsabilidad en virtud de lo dicho no actuará a título individual por haber sufrido un perjuicio, **sino en su calidad de miembro de un grupo de Estados con relación a los cuales existe la obligación, en cuanto miembro de la comunidad internacional en su conjunto**”²⁸.

En consecuencia, un Estado distinto de aquel donde se cometieron las violaciones puede exigir el cumplimiento de las normas internacionales mediante la cesación del hecho ilícito, con seguridades y garantías de no repetición e, igualmente, a través de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

C. Límites derivados de las normas internacionales de derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y derecho penal internacional - Marco jurídico.

Tal como lo ha establecido el Derecho Internacional, todos los Estados deben cumplir las obligaciones de persecución y judicialización de los delitos internacionales como el secuestro, la tortura, el trato inhumano, las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias y extrajudiciales y los delitos sistemáticos o generalizados, como son algunos de los de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.

D. La responsabilidad internacional del estado por la comisión de delitos internacionales en su jurisdicción y la obligación de investigación y acceso a la justicia en el marco del Derecho Internacional.

Se ha estandarizado como normas *ius cogens* la prohibición universal de tortura, trato inhumano, desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias y extrajudiciales, de toda privación arbitraria de libertad y de aquellos que son delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes de agresión y genocidio. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia afirma que las normas de Derecho Internacional Humanitario “también son normas perentorias de Derecho Internacional o *ius cogens*, v.g.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 1.

de un carácter no derogable y prevaleciente”²⁹. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado la coincidencia de los ordenamientos del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario señalando que “al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano”.

En tanto la comunidad internacional profesa determinados valores fundamentales y superiores y existe un **régimen especial de responsabilidad agravada**, cuando se atenta contra los mismos³⁰, se ha señalado que dichas obligaciones adquieren mayor importancia al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos, aún más ante crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, propios de un conflicto armado. Por ello no podrían ser desconocidos en una negociación de paz que busca cumplir con los estándares mínimos de humanidad, así como tampoco puede existir una inactividad estatal en cuanto a la investigación, juzgamiento, sanción y garantía del derecho a la verdad con no repetición³¹.

La Corte Constitucional precisa que, aún en **casos de transición**, el Estado se encuentra obligado a la plena observancia de garantías compatibles con lo dispuesto en tales normas internacionales. A su vez, admite que toda pena pueda ser rebajada siempre que se presente proporcionalidad y garantías de reparación.

E. Aspectos sobre el carácter ius cogens del acceso a la justicia.

El deber estatal de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de delitos internacionales es evidente e ineludible. En consecuencia,

²⁹ TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000.

³⁰ G. ABI-SAAB. *The Concept of 'International Crimes' and Its Place in Contemporary International Law*, in *International Crimes of State* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 144-145.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. A su vez, sentencias C-370 de 2006 y C-936 de 2010

no puede argumentarse ninguna disposición de derecho interno que implique una amnistía de tales acciones, tampoco prescripción, irretroactividad de la ley, cosa juzgada, principio *non bis in ídem* o cualquier otra excluyente similar de responsabilidad que tenga por efecto excusar al Estado de su deber de investigar y sancionar a los autores y perpetradores de tales delitos.³²

Sobre el particular se ha dicho que la **norma imperativa** es administrar justicia y para el efecto la Corte Interamericana ha precisado que:

En los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aun tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a **la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional** y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales³³ y universales³⁴ en la

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Párrafo 182.

³³ Carta de la Organización de Estados Americanos, Preámbulo y artículo 3.e; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y Resolución No. 1/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre juzgamiento de crímenes internacionales.

³⁴ Cfr. Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, Preámbulo y artículo 1.3; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de las Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos; Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad, resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de 26 de noviembre de 1968; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, resolución 260 A (III) de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resolución 39/46 de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984; Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, G.A. Res. 47/133, 47 U.N. GAOR Supp. (no. 49) at 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992), artículo 14; Principios de las Naciones Unidas

materia, los Estados Parte en la Convención **deben colaborar entre sí** en ese sentido³⁵ 36.

El deber de colaboración no se entenderá como cumplido mientras no se haya investigado, sancionado y judicializado al responsable en el lugar donde cometió el delito. Además, señala el Artículo 89 del Protocolo I de Ginebra:

“Cooperación: En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, de manera que el principio de territorialidad prevalece en consecuencia.

Así mismo la **jurisdicción en que ocurrió el hecho y la sociedad que resulta ser la afectada primordialmente**³⁷, de manera que el derecho a la verdad reconocido en los instrumentos de Naciones Unidas y la OEA debe realizarse en beneficio de la sociedad en medio de la cual han ocurrido los hechos.

El Acuerdo de Paz y las medidas jurídicas que se consagren para la reinserción deben considerar que la investigación y juzgamiento **de todo delito, que comporte un medio** para la realización de los crímenes del Derecho Internacional, debe entenderse como parte de lo investigado.

sobre la efectiva prevención e investigación de ejecuciones extra-legales, arbitrarias y sumarias, E.S.C. Res. 1989/65, U.N. Doc. E/1989/89 para. 18 (24 de mayo de 1989); Principios de las Naciones Unidas de Cooperación Internacional en la Detección, Arresto, Extradición y Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, G.A. Res. 3074, U.N. Doc. A/9030 (1973); Resolución sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, G.A. Res. 2840, U.N. Doc. A/Res/2840 (1971); Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996; Proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1er periodo de sesiones, tema 4 del programa, A/HRC/1/L.2, 22 de junio de 2006; Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967, y Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

³⁵ Cfr. *Caso Gaiburú* y otros, *supra* nota 1, párrs. 128 a 132.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 *Fondo, Reparaciones y Costas*.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RESOLUCIÓN N° 1/03 SOBRE JUZGAMIENTO DE CRÍMENES INTERNACIONALES.

En cuanto a la garantía colectiva, es pertinente señalar lo siguiente:

Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, en contextos de violaciones sistemáticas y entendiendo que la justicia es **norma imperativa** de Derecho Internacional, **el desarrollo de garantía colectiva es obligado** ³⁸ y la necesidad de erradicar tanto la impunidad como la reincidencia se presenta ante la comunidad internacional como un **deber de cooperación entre los Estados** ^{39, 40}.

La obligación aplicable *erga omnes* implica que cada Estado tiene un interés legal en la salvaguardia de los derechos humanos (artículo 1)⁴¹ y, a la par, de su directa obligación en relación con los individuos bajo su jurisdicción. Existe a su vez la obligación entre los Estados *inter se* de asegurar la integridad y efectividad de los instrumentos internacionales en cada Nación. Este deber general de protección es **garantía colectiva** y, en conjunto, implica una obligación entre los Estados que es válida tanto en tiempos de paz⁴² como de conflicto armado⁴³.

El interés jurídico en el cumplimiento de la garantía colectiva se deriva de las obligaciones estipuladas en la Carta de las Naciones Unidas y de la OEA, de manera que en la Carta de la OEA⁴⁴ los Estados son garantes de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley, y tienen la

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional A/ 56/10 2001. Comentarios al Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por Hechos internacionalmente ilícitos*. Página 114.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, supra nota 59*, párr. 131, y *Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 58*, párr. 160.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso anualdo castro vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Párrafos 124 y 125.

⁴¹ Cf. I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

⁴² En cuanto al deber general de garantía del ejercicio de los derechos humanos protegidos, cf. los argumentos de Irlanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el caso *Irlanda versus Reino Unido*, in: CEDH, *Ireland versus United Kingdom case (1976-1978). Pleadings, Oral Arguments and Documents*, Strasbourg, 1981, vol. 23-II, pp. 21-23 y 27, y vol. 23-III, pp. 17-19 y 21-26.

⁴³ Así, un Estado Parte en las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, aunque no esté involucrado en un determinado conflicto armado, está habilitado a exigir de otros Estados Partes - que lo estén - el cumplimiento de sus obligaciones convencionales de cuño humanitario; L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'", in *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. C. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 29 y 32-33.

⁴⁴ "Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (Artículo 1).

responsabilidad de que existan plenamente; de manera que la misión de los Estados es propiciar verdaderas garantías e instituciones que permitan su cumplimiento. También Naciones Unidas⁴⁵ describe al Estado como el que garantiza las condiciones para tal efecto y señala que las naciones, tanto grandes como pequeñas, se encuentran en la obligación de asegurar a todos sus habitantes los derechos reconocidos en el orden universal.

-El *ius cogens* y la *garantía* colectiva por reinserción.

La garantía colectiva por reinserción **reconoce el derecho a la justicia como derecho de víctimas y sociedad**⁴⁶ y se deriva de norma *ius cogens* como mandato imperativo de Derecho Internacional que no admite acuerdo en contrario⁴⁷. De manera que la **garantía colectiva** generada obliga a los Estados en materia de juzgamiento y de reinserción, señalando que los mismos **“deben colaborar entre sí”**⁴⁸.

-El *ius cogens* y las *garantías relacionadas con el cumplimiento de la garantía de no repetición.*

Entendiendo que la responsabilidad de proteger a la población es de todos⁴⁹, existe una garantía colectiva que previene la repetición de conductas y tiene una condición específica cuando se trata de delitos que han afectado todo valor. Es por eso que la importancia de contar con la garantía de no repetición es que la meta de la responsabilidad de proteger a las víctimas y a la sociedad pueda realizarse.

⁴⁵ “Los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...] a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto”. (Preámbulo)

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Apartes 5.12 y s.s. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-575 de 2006. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-772 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸ *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, *supra* nota 141, párr. 41 a 44; *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz Vs. Perú*, *supra* nota 121, párr. 190, y *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 58, párr. 187.

⁴⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Resolución 1674 (2006) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2006. En ésta reafirma sus resoluciones 1265 (1999) y 1296 (2000) sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, sus diversas resoluciones sobre los niños y los conflictos armados y sobre la mujer, la paz y la seguridad, así como su resolución 1631 (2005) sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y además su determinación de asegurar el respeto de estas resoluciones y su seguimiento.

Para efectos de formalizar los mecanismos que prevengan la realización de conductas constitutivas de violación de derechos y de delitos conexos, se tendría la cooperación referida para prevenir y garantizar la no repetición de conductas mediante convenios de cooperación internacional. Así las cosas, al generar una compensación adecuada en tanto el interés de todos en participar en la estructuración de programas de garantía colectiva y protección integral, se podría concretar con Naciones Unidas, asumiendo su deber de articular colectivamente los países. En consecuencia, para el cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo que se celebre con las **FARC**, es importante que se tenga en cuenta este tipo de garantía.

En el proceso de búsqueda de la finalidad de todo Acuerdo de Paz, la responsabilidad de proteger a la población es inminente y, según lo ha expresado Naciones Unidas, también es de todos los Estados y de la sociedad en medio de la cual se desarrolla el tema, en función de prevenir riesgos derivados de dichas violencias.

Una óptica basada en un concepto más amplio de libertad implica que el marco normativo debe reducir la tendencia de aplicación selectiva y cumplir lo dispuesto en lo que se expide.

Tal como lo ha señalado la Organización de las Naciones Unidas, la era de la formulación de leyes de transición que no garantizan su eficacia en materia de reinserción debe superarse⁵⁰.

Al respecto es evidente lo dispuesto en el Documento derivado de la Cumbre Mundial de 2005⁵¹ en relación con la **responsabilidad de todos los Estados de proteger a las poblaciones** de las graves violaciones de derechos humanos. En tal oportunidad se señaló que la **responsabilidad de proteger es de todos**⁵².

⁵⁰ SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. CFR. "Hacia la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos para todos". Informe de marzo 2005.

⁵¹ Cumbre Mundial de 2005 de los dirigentes del mundo, reunidos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 14 al 16 de septiembre. Resolución aprobada por la Asamblea General 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005

⁵² CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Resolución 1674 (2006). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5430ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2006. En ésta reafirma sus resoluciones 1265 (1999) y 1296 (2000) sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, sus diversas resoluciones sobre los niños y los conflictos

En consecuencia, también el Acuerdo de Paz debe incorporar la no repetición de delitos y para ello juegan un papel fundamental las garantías de reinserción y debida administración de justicia, las cuales permiten el cumplimiento de la pena en las modalidades especiales de ejecución que se han propuesto en el presente estudio.

-Precisiones en cuanto a la investigación y la finalidad establecida en las normas internacionales.

El deber de investigar este tipo de delitos debe ser integral. Del mismo modo, todo aquello que tenga lugar con ocasión de tales delitos debe ser relacionado en la investigación.

La obligación general de garantía de los derechos humanos incluye el deber estatal específico de investigar los casos de su violación⁵³. Para el efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha determinado que:

En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad y la vida⁵⁴. En esos casos las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y **orientada a la determinación de la verdad**⁵⁵.

El contenido del derecho a la verdad, conforme a la jurisprudencia internacional, en particular en casos de secuestro y desaparición forzada,

armados y sobre la mujer, la paz y la seguridad, así como su resolución 1631 (2005) sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y además su determinación de asegurar el respeto de estas resoluciones y su seguimiento.

⁵³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, supra nota 36, párr. 162; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, supra nota 15, párr. 287, y *Caso Peroto y otros Vs. Venezuela*, supra nota 49, párr. 298.

⁵⁴ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 136, párr. 145; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, supra nota 24, párr. 143, y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, supra nota 36, párr. 65.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO MANUEL CEPEDA VARGAS VS. COLOMBIA SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2010 (*Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*)

implica la existencia de un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”⁵⁶. En este tipo de eventos se ha precisado que los familiares de la persona son víctimas de hechos constitutivos de delito, lo que les confiere el derecho a que sean investigados y que los responsables sean procesados y, en su caso, sancionados⁵⁷. Así mismo, **la obligación de investigar y la verdad es una forma de reparación y de justicia.**

La investigación debe procurar la persecución, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos. Por otra parte, la obligación de investigar conlleva el **deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias. De ninguna manera puede limitarse a descubrir, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los perpetradores inmediatos.** Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación, para que la visión de los hechos pueda develar las estructuras de los mismos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de la formación de la Comisión de la Verdad en Brasil el 15 de mayo de 2012, señaló que el “*derecho a la verdad*” es un derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, y el mismo pertenece a las víctimas, sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el Artículo 25 de la Convención Interamericana, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención, de manera que, **en cuanto se dicten amnistías, en caso de pensarse en ello, es evidente e ineludible la obligación internacional del Estado de investigar y judicializar a los responsables.** Lo anterior pues, tal como

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, *supra* nota 11, párr. 181.

⁵⁷ También se ha concretado su alcance precisándose: “El Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios legales disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la indefensión de las víctimas, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. Por ello, el reconocimiento y el ejercicio del derecho a conocer la verdad en una situación concreta constituye un medio de reparación. Teniendo en cuenta lo anterior, así como la jurisprudencia de este Tribunal, la Corte dispone que el Estado debe conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite o se llegaren a abrir en relación con la desaparición forzada de Kenneth Ney Anzualdo Castro, para determinar a todos los responsables materiales e intelectuales de los hechos de este caso y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea. El Estado debe conducir y concluir las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos, en atención a los criterios señalados sobre investigaciones en casos de desapariciones forzadas”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 179 y s.s.

lo señala la misma Comisión, “el derecho a la verdad” surge como una consecuencia **básica e indispensable para todo Estado**”.⁵⁸

Así las cosas, es obligatorio investigar tales conductas y, según la Corte Interamericana, la demora de las investigaciones, por demás incompletas e inefectivas, exacerba los sentimientos de impotencia en los familiares de quienes son víctimas de delitos como el secuestro. Incluso, de acuerdo a la Corte Interamericana, la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares⁵⁹. Citando textualmente a la Corte Interamericana: “Es claro para este Tribunal la vinculación del sufrimiento de los familiares con la violación del derecho a conocer la verdad”⁶⁰. Esto ilustra la forma en que una falta de investigación derivada de, por ejemplo, la anticipada extinción de la acción penal, podría generar impunidad en caso de contemplarse como medida alternativa.

En cuanto a los aspectos de juzgamiento y sanción hay obligaciones concretas. Así, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos que han sido calificadas como crímenes de Derecho Internacional en contextos de ataques sistemáticos o generalizados a la población⁶¹, los alcances de la responsabilidad estatal, y sus consecuencias **jurídicas, son previstos por las normas internacionales**. A su vez existe la obligación de procesar y castigar a los autores de dichos delitos. Dicha obligación judicial no solo está regulada por tratados internacionales, sino también por el Derecho Internacional consuetudinario.

En conclusión, la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar, tiene particular intensidad ante la gravedad de los delitos cometidos por las FARC y la naturaleza de los derechos lesionados. **Ello no implica la inexistencia de modalidades que, en materia penal, puedan establecerse con miras a concretar beneficios y facilitar la reinserción a la luz de las garantías de no**

⁵⁸ párrafo 92, citando el Informe Anual de la CIDH, 1985-86 páginas 193.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 114; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 58, párr. 125, y *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, *supra* nota 59, párr. 101.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ. SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2009 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*)

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 94 a 96 y 98 a 99.

repetición. En cuanto a la pena, se ha indicado que puede ser proporcional a que se establezca en la ley y que también cumpla con la obligación de acceso a la administración de justicia y la reparación debida conforme al Derecho Internacional.

-De las penas y la garantía de no repetición.

El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de la tipificación de las conductas prohibidas internacionalmente y los elementos mínimos, por cuanto la persecución penal es la vía fundamento para **prevenir futuras violaciones de derechos humanos**. A su vez, el artículo 25 del Estatuto de Roma establece la Responsabilidad penal individual⁶² y, de manera concordante, se consagra la obligación del Estado de investigar y sancionar los crímenes contra los derechos humanos.

⁶² Artículo 25: Responsabilidad penal individual. 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional."

En similar sentido, los artículos 27 y 28 señalan lo respectivo. Artículo 27: Improcedencia del cargo oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per sé un motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho Interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Artículo 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En función de la mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, cada Estado debe generar la fórmula persecutoria que permita cumplir con los deberes preventivos y sancionatorios reales, a condición de que, al hacerlo, no vulnere las otras normas internacionales a las que está obligado. Al respecto, la Corte Interamericana ha sido enfática en afirmar que:

La sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar⁶³.

De manera que, tratándose de delitos que son sancionables conforme al Derecho Internacional, no se permite condonar al Estado la sanción en materia penal⁶⁴.

En tanto *la violencia es la negación de la inteligencia*, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en la Resolución S/PRST/2006/28 precisó que es imprescindible que no haya impunidad de los crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. Teniendo en cuenta la importancia de la promoción de la justicia y el imperio de la ley para el respeto de los derechos humanos como elementos indispensables de la paz duradera, se ha señalado que se permite una **rebaja de penas** en los eventos de los delitos internacionales. Por ejemplo, es evidente tal circunstancia en los acusados por el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.

Ahora bien, en caso de imponerse una pena, **la misma podría ejecutarse en libertad** si se señala previamente que la **garantía colectiva en materia**

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶⁴ Entre otros se ha dicho: "Ciertamente en esta Sentencia se está determinando la responsabilidad internacional del Paraguay, que es el Estado demandado ante la Corte por los hechos del presente caso, y a esto se limita el Tribunal. No puede, sin embargo, dejar de señalarse que la tortura y desaparición forzada de las presuntas víctimas, cuya prohibición tiene carácter de normas inderogables de Derecho Internacional o *ius cogens* (supra párr. 84 y 85 e infra párr. 128 y 131), fueron perpetradas con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y se encuentran parcialmente en la impunidad ante las faltas a la obligación de investigarlas. La gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron y es deber de esta Corte destacarlo, en atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 93.

de no repetición es ampliada para el caso de los desmovilizados que cumplan con lo dispuesto en la ley derivada del Acto legislativo del Marco Jurídico para la Paz.

F. Generalidades en relación con el Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma se aplica en Colombia a partir del 1 de noviembre de 2009 respecto de las conductas cometidas de tal fecha en adelante, en virtud de la reserva que realizó el país, haciendo uso de la posibilidad que confiere el artículo 124 de tal normatividad, únicamente en relación con crímenes de guerra. Adicionalmente, el país dispuso, al momento de adherir al Tratado, lo siguiente:

Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por **delitos políticos** por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas del Derecho Internacional aceptados por Colombia.

El principio de complementariedad, en el que se basa el Estatuto de Roma, implica que compete a la jurisdicción nacional realizar la investigación al respecto⁶⁵, para que no entre en competencia la Corte Penal Internacional.

Teniendo en cuenta que al tratarse de delitos que internacionalmente se encuentran sancionados, para el caso de las FARC es viable todo tipo de exoneración **que no constituya una modificación a lo que señala el Estatuto de Roma**. A tal efecto, es importante precisar que el desmovilizado subordinado no puede pretender exonerarse de responsabilidad bajo el argumento de que cometió el delito en cumplimiento de las órdenes de su superior. Lo precedente, en la medida en que las condiciones eximentes de responsabilidad contenidas en el citado artículo son de exclusiva aplicación a estructuras jerárquicas legales y no a grupos armados al margen de la ley. No en vano, el tenor literal del artículo 33 del Estatuto de Roma señala de manera enfática: “1. Quien hubiere cometido un crimen de competencia

⁶⁵ “Artículo 23. Nulla poena sine lege Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto”.

de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que **estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate**”.

En el caso de los militares, tal como se expresó al abordar la propuesta de que se incluya un régimen especial para ellos, lo dispuesto por el artículo 33 del Estatuto de Roma es plenamente aplicable.

Entonces, toda extinción de la acción penal o de la pena es viable en casos que no comprometan la responsabilidad estatal en función de la administración de justicia y en lo que respecta al juzgamiento de los jefes de las FARC y de los militares. Al respecto, el artículo 33 del citado estatuto precisa que la orden emitida por un superior **no exime de responsabilidad a quien bajo su mando la cumple**, ya que no se encuentra obligado a obedecer órdenes manifiestamente ilícitas, considerándose como tales las que se relacionan con la comisión de genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad.

La no investigación de los referidos delitos estaría propiciando que se genere la causal que, conforme al Estatuto de Roma, permite la competencia de la Corte Penal Internacional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 17, según el cual:

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, **dadas las circunstancias**, sea **incompatible** con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

En tal evento, si no se adoptan las medidas, se entendería que no hay intención de que comparezca ante la justicia.

También en los casos de impunidad por incumplimiento del deber estatal en relación con la investigación y sanción de dichas conductas, se ha dicho que no hay cosa juzgada cuando se aplica un procedimiento legal contrario a los estándares internacionales imperativos. A esto se debe el que **si se impide por cualquier mecanismo** la investigación y sanción de dichos comportamientos, habría lugar a competencia de la Corte Penal Internacional, incluso si no existen pruebas nuevas, puesto que, sin tratarse de la excepción al Principio de Cosa Juzgada, ni de un menoscabo del *Non bis in ídem*; se acepta que no se configuren dichos principios cuando no se investiga ni juzga⁶⁶.

⁶⁶ La Corte Constitucional ha señalado en diversa jurisprudencia (incluso desde la sentencia C-578 de 2002, fundamento 4.3.2.1.6) la legitimidad de esa excepción al *non bis in ídem*, no sólo en el marco del Derecho Internacional sino también a la luz de los principios y valores constitucionales. Dijo entonces esa Corporación: "Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2 CP) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y Derecho Internacional humanitario (artículo 9 CP). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.- Conforme a lo anterior, la restricción prevista por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas y al deber de las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo, cuando la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y las afectaciones graves al Derecho Internacional Humanitario deriva del claro incumplimiento del Estado de su obligación de investigar, de manera seria e imparcial, esos crímenes. En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al *non bis in ídem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese individuo. Era entonces necesario que la ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y por graves afectaciones al Derecho Internacional Humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el artículo 220 del C de PP42, que regula las causales de revisión, no prevé esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario".

III.

EXPECTATIVAS GENERALES SOBRE EL CUMPLIMIENTO
**DE REQUISITOS PARA ACCEDER A
BENEFICIOS POR PARTE
DE LOS DESMOVILIZADOS**

Los beneficios que pueden otorgarse se deben someter al cumplimiento de condiciones que resultan ser evidentes:

1. Entrega de secuestrados antes de la recepción del beneficio

La responsabilidad con ocasión del delito de secuestro no puede ser modificada. En consecuencia, no habría lugar a exonerar a las autoridades judiciales de investigar y sancionar a los autores y partícipes del mismo.

A su vez, las causales de agravación que establece el Código Penal se presentan en los casos de las **FARC** y aumentarían la pena a imponer de una tercera parte a la mitad. Por ello, una propuesta razonable es que se prescinda de imponer el aumento punitivo derivado de las agravantes, siempre y cuando tenga lugar la entrega real de secuestrados y/o el suministro de información al respecto.

La información y colaboración para la entrega de secuestrados debe establecerse como prerrequisito para acceder a los beneficios. Es importante que se concuerden el Acuerdo de Paz con la fase judicial, generando, a su vez, un refuerzo a la obligación de cumplir con la debida entrega de secuestrados. Tal obligación surgiría desde el momento mismo

en que el Gobierno se ha sentado a la mesa y su cumplimiento debería llevarse a cabo, como máximo momento, el día de la celebración del Acuerdo.

Con respecto al delito de secuestro perpetrado por las **FARC**, son pertinentes las precisiones internacionales realizadas en relación con la desaparición forzada de personas. Lo anterior, toda vez que se considera que la indeterminación del lugar de detención y la inexistencia de protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes es parte de lo que se quiere evitar con la norma penal, habría que señalar que el tipo penal del secuestro es la forma más grave de desaparición. Al sustraer a la persona del ámbito que le es propio **se inhibe su existencia y la de su familia**, por lo que la reacción del derecho imperativo (*ius cogens*) es equivalente a la señalada para la desaparición forzada y, por ende, lo mínimo esperable del Estado frente a la violación de tal conjunto de derechos⁶⁷ es que no haya lugar a propiciar impunidad.

2. Familiares de secuestrados

En el caso de los secuestrados, debe permitirse a los familiares manifestar con total claridad si han tenido noticias del secuestrado o si se ha llevado a cabo la entrega del mismo. A tal fin, de acuerdo con lo expresado anteriormente, la Comisión de la Verdad cumple un papel fundamental en la recopilación y sistematización de información sobre los secuestrados.

De igual manera, la cooperación internacional podría garantizar el cumplimiento mediante mecanismos de verificación que se presenten a la autoridad judicial en cada caso.

3. Desmovilización con desarme

También se propone que todo aquel que forme parte del grupo deba **entregar su arma y, en consecuencia, el Estado deba llevar a cabo la fundición de la misma al momento físico de la desmovilización**, así como implementar los controles de las entregas de las armas en atención a lo real. En consecuencia, además de los registros de armas que debería

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

entregar el comandante de las **FARC**, las estadísticas indican que en el momento actual cada hombre cuenta, cuando menos, con un arma y un fusil y/o ametralladora en combate. Luego, no se entendería que el desarme sea inferior en número, teniendo en cuenta la expectativa por número de integrantes vinculados al grupo que se desmovilice.

En concordancia con lo expuesto, la Ley de Víctimas y la Ley 1312 de 2009 recalcan que la dejación de las armas debe ser efectiva y que la voluntad de no participar en actos delictuales es una manifestación de la garantía de no repetición e, igualmente, un prerrequisito para cualquier acto adicional.

4. Menores desmovilizados en concreción inmediata

En tal sentido, en la Cumbre Mundial de los dirigentes del mundo se precisó:

Expresamos nuestro desaliento ante el creciente número de niños que participan en conflictos armados y se ven afectados por éstos, así como por las demás formas de violencia, incluidas la violencia en el hogar, los abusos y la explotación sexuales y la trata. Apoyamos las políticas de cooperación encaminadas a fortalecer la capacidad nacional para mejorar la situación de esos niños y ayudar a su rehabilitación y reintegración en la sociedad. Nos comprometemos a respetar y asegurar los derechos de todos los niños sin discriminación de ningún tipo, independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, capacidad económica, estado de salud, nacimiento o cualquier otra condición personal o de sus padres o representantes legales. Instamos a los Estados a que consideren la posibilidad de hacerse parte, con carácter prioritario, en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸.

La verificación de que la desvinculación de los menores de edad se ha llevado a cabo debe realizarse directamente mediante la participación de autoridades judiciales, para efectos de acreditar que sí se cumplió el

⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Cumbre Mundial de 2005 de los dirigentes del mundo*. Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 14 al 16 de septiembre. Resolución aprobada por la Asamblea General 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 Párrafos 141 y 142.

requisito. Igualmente, los procedimientos tendientes a esa desvinculación serán realizados con la participación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su calidad de entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

De manera posterior a esa desvinculación, y tal como lo dispone el artículo 19 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores de edad deben ser incluidos en los respectivos planes y programas de rehabilitación y resocialización que se establezcan para tal efecto en la respectiva ley estatutaria.

En consecuencia, tales exigencias constituyen el fundamento de todos los beneficios que se puedan conferir. De la misma manera, dichas exigencias forman parte de la garantía general de no repetición de las conductas que se pretende generar.

IV.

**GENERACIÓN DEL MECANISMO IDÓNEO PARA CONTROLAR LA
CONSTITUCIONALIDAD DE LOS FUNDAMENTOS
DEL ACUERDO DE PAZ Y SUS BENEFICIOS JURÍDICOS
CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ASPECTOS DE LAS MEDIDAS PENALES, PROCESALES
Y RESPONSABILIDAD EN CUMPLIMIENTO
DE LAS MISMAS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES.**

1. Control de constitucionalidad para efectos del acuerdo de paz.

El Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz consagró un mecanismo de control de la constitucionalidad de las medidas que se adopten en desarrollo del mismo, el cual consistió en determinar que tienen lugar mediante una ley **estatutaria**. En consecuencia, es forzoso colegir que ello implica que el control previo de constitucionalidad debe propender por la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el desarrollo de ese Acto Legislativo.

Con este control se estaría evitando que, luego de finiquitar el propio Acuerdo de Paz, pudiera aplicarse una excepción de inconstitucionalidad en relación con alguno de sus apartes, sin que se haya establecido. También, en tanto su carácter sería **integral**, ello implica que no podría oponerse algún pronunciamiento que no fuera contenido en el mismo. En consecuencia, ninguna autoridad podría entender nada diferente de lo allí contenido.

La autoridad estaría en condición de disponer expresamente que el efecto del control sea ese y ello imposibilitaría a otra autoridad, incluyendo cualquiera de las judiciales, para que desconociera dicha interpretación y/o tuviera a bien ampliar lo señalado por la Corte Constitucional en dicho mecanismo. Para tal efecto se sugiere que la Corte Constitucional señale en su propio fallo el alcance, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto. Así se evitaría que los entendimientos de criterios fueran diversos, y eso es lo que se propone.

2. Control en las bases del acuerdo y cumplimiento de las mismas por parte de las autoridades públicas

Es pertinente proponer la incorporación de un artículo en la Carta Política o, debiendo ser reglamentado el Acto legislativo del Marco Jurídico para la Paz, que se incorpore en la ley estatutaria; la cual tiene la naturaleza propia del control previo, conforme a los artículos 152, 153 y 241-8 de la Carta Política⁶⁹. El citado artículo dispondría la obligación de acatar por completo lo allí contenido, en tanto hace tránsito a cosa juzgada constitucional, lo cual implica que lo allí contenido será vinculante para toda autoridad, de manera que sería un control previo integral y también que lo allí contenido no podría ser modificado ni adicionado. Así se evitarían interpretaciones extensivas o contrarias y la jurisprudencia variante, que, para el caso concreto, sería lesiva de las garantías de estabilidad jurídica y reinsertión sin repetición.

Si el contenido del control previo se hiciera sobre el Acuerdo de Paz, se permitiría que todos conocieran de antemano el alcance de lo dispuesto

⁶⁹ ARTÍCULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana. e) Estados de excepción. f) <Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

ARTICULO 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. /Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

en él y, a su vez, sería de competencia de la Corte Constitucional evaluar su conformidad con la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad, teniendo en cuenta que, en tal caso, debería concretar los aspectos base de los parámetros allí contenidos. Entre ellos:

- Mecanismos de penas y procedimiento.
- Eximentes de responsabilidad.
- Aspectos relativos al cumplimiento de la pena y a la reinserción con beneficios jurídicos.
- Medidas penales, procesales y responsabilidad en cumplimiento de las mismas por parte de las autoridades competentes.

La propuesta de realización de un control previo surge teniendo en cuenta el trasegar que ha tenido la normatividad de justicia transicional, generando crisis en materia del alcance de reinserción. Así, la inexistencia de juridicidad en el marco, aún a la fecha, sigue produciendo consecuencias como las siguientes:

-Incumplimiento de los términos originales del Acuerdo en función de posteriores variaciones del mismo, derivadas de la interpretación de las autoridades y de los controles posteriores a él.

-La regla contenida en el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz que asimilaba el tipo penal de la sedición y la situación de los **miembros de las guerrillas y autodefensas** fue inaplicada posteriormente por la Corte y luego declarado inexecutable por vicios de forma.

-Adicionalmente a ello, se ha visto interpretado de manera general, sin ningún tipo de coherencia entre lo dispuesto en la ley y lo dispuesto en la jurisprudencia.

-La inaplicación por parte de la Corte Suprema de Justicia del artículo 70 y otras menciones de la ley 975 de 200, en ejercicio de excepción de inconstitucionalidad. De manera que, **aun siendo objeto de control de constitucionalidad, ello no implicó que siguieran argumentando que no era compatible con la Carta Política.**

-La decisión de la Sala de Casación Penal del 11 de julio de 2007, en la cual señaló que la participación en la conformación de grupos paramilitares no es asimilable al delito de sedición y, en consecuencia, determinó la imposibilidad de acceder a los beneficios que estableció la ley, por considerarse que la pertenencia a tales grupos es un delito de lesa humanidad.

-La aprobación de la Ley 1312 de 2009 que hizo nuevamente factible aplicar el principio de oportunidad y, no obstante ello, se declaró inexecutable mediante sentencia C-936 de 2010.

Las situaciones enumeradas precedentemente determinaron que para el caso del régimen legal anterior se generó una **inestabilidad** e imposibilidad de acceder a beneficios **acordados oficialmente**.

Para evitar que vuelva a ocurrir lo mismo, el nuevo régimen de **desmovilización debe ser garantizado**. Por eso la autoridad pública está obligada a desarrollar medidas generadoras de desmovilización e idóneas para la reinserción. Ese deber implica, a su vez y en función del deber estatal de estabilidad y la garantía al principio de confianza legítima, que por mandato constitucional y legal, las autoridades, en especial la Corte Constitucional, deben salvaguardar la integridad del ordenamiento, máxime cuando se trata de justicia transicional.

Sin duda, el control sobre los aspectos relativos a la pena y a la reinserción con beneficios generará estabilidad y garantizará que toda medida que se implemente cumpla con la normatividad exigible.

3. Control previo para evitar una interpretación contraria al acuerdo de paz y generar la seguridad jurídica requerida.

El marco jurídico establecido con ocasión del Acuerdo de Paz con las **FARC** sufrirá el riesgo de ser modificado a partir de interpretaciones de los organismos judiciales en relación con su concordancia con normas internacionales.

El riesgo de modificación del marco jurídico al cual se refiere el presente trabajo es alto, debido a que el Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz establece que 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.

En consecuencia, el Principio de selectividad, que precisó el señalado Acto Legislativo, puede dar lugar a interpretaciones que permiten señalar que no hay que investigar conductas y ello implica una controversia que engendra eventuales inconvenientes en el marco. Por ello debe asegurarse que tal aspecto sea objeto de precisión en la ley estatutaria.

Así las cosas, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que garantice que lo dicho en el Acuerdo de Paz, así como en el Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz (incluyendo los criterios de selectividad que plantea), implica que se ajusta a lo dispuesto en las normas internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, es realmente pertinente.

4. Las medidas correctivas o de protección incluyen la confianza jurídica y el deber de controlar el riesgo del ordenamiento.

Es evidente que la obligación constitucional de señalar el mecanismo que asegure el control previo de constitucionalidad sobre las bases del Acuerdo de Paz es beneficiosa para la estabilidad del régimen jurídico, al tiempo que evita poner en riesgo la seguridad de la población.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, aseverando, incluso, que en aquellos casos de inexistencia normativa que establezca obligación expresa se debe entender que, de todas formas, existe el deber de adoptar la medida de protección que sea consecuente con lo que se debe evitar. Tal postulado, aplicado al caso concreto, implica que las autoridades se encuentran constitucionalmente obligadas a evitar las falencias que puedan desprenderse de la inexistencia de controles adecuados de los riesgos jurídicos que, a su vez, originan riesgos reales para la seguridad de la población.

Se requiere el control previo de constitucionalidad, según las particularidades concretas que tendrían en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- Toda medida debe ser idónea para generar la debida protección.
- La obligación de garantizar la juridicidad de todo régimen expedido.
- La estabilidad en el otorgamiento de la seguridad jurídica debida implica un deber concreto de eliminar el riesgo derivado del ordenamiento jurídico.
- Toda autoridad está obligada a brindar protección y, para el caso concreto de la desmovilización que se plantea, la seguridad “en el otorgamiento de la protección debida”⁷⁰ puede llegar a comprometer la garantía de no repetición y la responsabilidad estatal.

⁷⁰ Sobre el particular, véanse las Sentencias T-1025 de 2007, T-1060 de 2006, T-558 de 2003 y T-532 de 1995.

V.

LA APROBACIÓN DE UN MECANISMO
**CIUDADANO EN FUNCIÓN
DE LA PARTICIPACIÓN EN
POLÍTICA DE LAS FARC.**

1. Formas de participación en política de las FARC – El acto legislativo y las restricciones vigentes.

La principal aspiración de las FARC es participar en forma de partido político en el escenario nacional. Sin embargo, al leer detenidamente el marco constitucional, incluyendo el Acto Legislativo del Marco para la Paz, se encuentra que ello no podría llevarse a cabo en la práctica.

La Constitución Política impide dicha aspiración, si se tiene en cuenta que el artículo 107 rige generalmente y señala que:

ARTICULO 107. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a

Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio.

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente⁷¹.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

⁷¹ Desarrollo legal en ley 1475 del 2011

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo,

Autorízase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo. El Proyecto tendrá mensaje de urgencia y sesiones conjuntas y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Igualmente según lo dispuesto por el Acto Legislativo Marco Jurídico para la Paz, puede llegarse a una conclusión análoga, en tanto indica que no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por conexidad a los delitos que adquieren la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, de tal manera que señala:

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.

De otro lado, es menester recordar que, históricamente, la Corte Suprema de Justicia ha tenido conocimiento sobre los delitos políticos y conexos y, aunque ha brindado a las **FARC** un trato de rebeldes⁷², que permitiría señalar que en principio se trataría de un delito político que avalaría el partido de la responsabilidad penal, también es cierto que ha sostenido que los integrantes de ese grupo armado ilegal incurrir en el delito de concierto para delinquir y, a su vez, ha precisado que dicho delito, en el caso de los grupos organizados al margen de la ley, es **de lesa humanidad**⁷³.

Atendiendo a los “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”⁷⁴, se ha considerado que la limitante impuesta a quienes cometan delitos de lesa humanidad, que consiste en impedir su participación política, **no puede ser removida**.⁷⁵

En consecuencia, tanto las aspiraciones de conformar un partido político como las de aspirar a un cargo público, en principio, no serían viables.

⁷² Entre muchas otras ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencias del 16 de junio de 2012, Radicado: 26680, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero y del 26 de octubre de 2011, Radicado: 3214, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Auto de segunda instancia de abril 10 de 2008, Radicado: 29.472; Sentencia del 14 de marzo de 2011, Radicado: 33118.

⁷⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005.

⁷⁵ “Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, incluidas reformas legislativas y administrativas, para procurar que las instituciones públicas se organicen de manera de asegurar el respeto por el estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Como mínimo, los Estados deben emprender las siguientes medidas: a) Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación. Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al Derecho Internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias. e) Los funcionarios públicos y los empleados, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial deben recibir capacitación amplia y permanente en materia de derechos humanos y, cuando proceda, en las normas del derecho humanitario y en la aplicación de esas normas”.

2. Referendo participativo en relación con el acto legislativo y el desarrollo de la posibilidad de participar en política en cumplimiento del acuerdo de paz que se celebre

No obstante lo anterior, la Constitución Política ofrece una alternativa idónea para validar la aspiración política de las FARC. Así, el referendo se muestra como el mecanismo de participación ciudadana adecuado a tal finalidad. Al respecto, el artículo 377 de la Carta Política señala:

Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, **a los procedimientos de participación popular**, o al Congreso, **si así lo solicita**, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral^{76, 77}

En conclusión, sí se podría eliminar razonablemente la restricción derivada del Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz. Para ello se

⁷⁶ Un total de 31.166.183 de colombianos conforman el censo electoral para las consultas de partidos y movimientos políticos.

⁷⁷ En desarrollo de lo dicho la Ley 134 de 1994, dispone que para el referendo y según el artículo 13 que toda iniciativa popular ante una corporación pública debe estar redactada en forma de proyecto de ley y referirse a una misma materia. A su vez, en su artículo 26 señala que los requisitos exigidos para la realización de tales mecanismos de participación ciudadana, son certificados por la organización electoral. Los demás artículos respectivos son:

“ARTÍCULO 34. MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE REFERENDOS. Pueden ser objeto de referendos los proyectos de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local que sean de la competencia de la corporación pública de la respectiva circunscripción electoral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de esta Ley.

Para efectos del referendo derogatorio son leyes las expedidas por el Congreso y los decretos que dicte el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias que éste le haya conferido; son ordenanzas las expedidas por las asambleas departamentales y los decretos que dicte el gobernador con fuerza de ordenanza; son acuerdos los expedidos por los concejos municipales y los decretos que dicten los alcaldes con fuerza de acuerdo; y son resoluciones las expedidas por las Juntas Administradoras Locales y las resoluciones que dicte el alcalde local, todos de conformidad con las facultades extraordinarias otorgada para tal evento.

ARTÍCULO 35. REFERENDOS DEROGATORIOS DE CIERTOS ACTOS LEGISLATIVOS.

Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral.

ARTÍCULO 36. DE CUANDO NO HAY LUGAR A REFERENDOS DEROGATORIOS. Si antes de la fecha señalada para la votación de un referendo para derogar un acto legislativo, una ley, una ordenanza, un acuerdo local o una resolución local, la corporación respectiva lo derogó, no habrá lugar a la celebración del referendo”.

ha precisado que, en los eventos en que el modelo constitucional amplía las modalidades de participación más allá de la elección representativa y, permitiendo la creación de un movimiento político de exintegrantes de grupos, en su momento al margen de la ley, que participaban en el conflicto armado, la transición debe relacionarse con el acceso a cargos públicos y creación del respectivo movimiento político.

La jurisprudencia constitucional⁷⁸ ha reconocido que, en los casos de transición, la opinión pública es valiosa y puede pronunciarse sobre el carácter de las medidas que se establezcan, en excepción, para facilitar los desarrollos del proceso de paz y la reincorporación de los desmovilizados a la sociedad.

De manera que los mecanismos de participación ciudadana serían los que determinarían, legitimando o no, la inclusión de origen democrático de las formas de participación en política de las FARC e, igualmente, las potestades de las distintas autoridades del Estado al respecto, incluyendo las de origen directo.

A su vez, la alternativa resultante para viabilizar la posibilidad de que los desmovilizados de las FARC puedan acceder a cargos públicos, sería habilitar la opción del partido constituido, respaldado directamente por el pueblo y, para ello, se sentaría un precedente que brindara legitimidad a la manera de hacerlo; pues los ciudadanos escogerían al investir con carácter político la conformación de dicho partido y lo harían teniendo en cuenta la cláusula de los artículos 3º y 40 de la Carta Política, según los cuales todo ciudadano tiene derecho a participar en el ejercicio y control del poder político.

El partido político en mención tendría que ajustarse en su organización y funcionamiento a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y deber de presentar y divulgar públicamente los programas políticos que reflejen la aspiración de las FARC en el campo social.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Ahora bien, si se considera que las leyes estatutarias que desarrollen el citado Acto legislativo también podrían ser sometidas a los mecanismos de participación ciudadana, sería pertinente que, en caso de que así fuera, se validaran, entre otros aspectos:

- La forma en que los ciudadanos apoyarían el proceso de paz.
- La manera en que se crearían los movimientos políticos y se desarrollaría la participación de los desmovilizados de las **FARC** en ellos.
- La probabilidad de acceder a cargos políticos y sus limitantes.
- La pena, las formas de cumplirla y los beneficios jurídicos; incluyendo los mecanismos de reinserción y de libertad en el exterior.
- Los aspectos de veracidad sobre el acuerdo y los mecanismos de participación que permitan su control.

En todo caso, la posibilidad de participación política de las **FARC** estaría supeditada a lo dispuesto por el Acuerdo que ese grupo armado celebre con el Gobierno Nacional; así como también, a la cesación real del fuego y de delitos internacionales.

VI.

**PROCESO JUDICIAL Y CUMPLIMIENTO
DE PENAS BAJO LAS MODALIDADES
DE LIBERTAD Y REINserCIÓN**

1. Beneficios jurídicos en el proceso judicial

A. Reinserción y eximentes de responsabilidad penal a la luz del Estatuto de Roma.

El artículo 31 del Estatuto de Roma establece:

Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:
 - a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;
 - b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere;

- c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;
- d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:
 - i) Haber sido hecha por otras personas; o
 - ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Podrían ser exonerados de responsabilidad penal, una vez adelantado el respectivo proceso judicial, los desmovilizados que se encuentren en las circunstancias previstas en el artículo 31 del Estatuto de Roma como **eximentes de responsabilidad**, en tanto las mismas rigen para los delitos internacionales y, en consecuencia, también operarían en el caso de los crímenes de guerra cometidos por los desmovilizados de las **FARC**.

B. Pena alternativa.

Para el caso de los delitos diferentes de los internacionales podría señalarse, en sustitución de la acumulación ordinaria de penas, una pena que fluctúe entre un mínimo de 3 y un máximo de 5 años. Ello también operaría cuando sólo se presenten delitos relacionados con la pertenencia al grupo, como el concierto para delinquir simple y agravado, la utilización ilegal de uniformes e insignias, la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y el porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal.

De esta manera se establecería un quantum punitivo objetivo que introduciría un criterio de distinción entre delitos más graves (delitos internacionales) y menos graves (otros delitos diferentes a los internacionales).

C. Rebajas de pena.

En los delitos internacionales resulta permisible un descuento de la pena impuesta en cada caso concreto. Para tal efecto, formalizada la pena en el proceso penal de manera ordinaria, podría precisarse una forma de descuento de penas impuestas, de manera que cumpliera la finalidad de agilizar la reinserción y, a su vez, las garantías de verdad, reparación y no repetición de delitos internacionales. Lo anterior en la medida en que el Derecho Internacional busca prevenir dichas conductas y con ello la razonabilidad de la figura sería evidente.

A tal efecto se establecen causales de rebajas de pena que se relacionan directamente con el ánimo de contribuir realmente a la paz, por lo cual resultará fácilmente ejecutable. Para que el proceso cumpla con los deberes internacionales en cuanto al impulso oficioso de investigaciones, **la gestión de intereses no dependería de confesión** de los actores ni de la iniciativa exclusiva de las víctimas o sus familiares⁷⁹. En consecuencia, se propondría que, para generar un estímulo al desmovilizado, **las confesiones y otras contribuciones con la verdad generaran rebaja de pena.**

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por la Ley 1424 de 2010, según la cual la Corte Constitucional advirtió que la inmunidad contenida en el artículo 33 de la Constitución, extendida a asuntos criminales, correccionales, de policía⁸⁰ y otros donde esté envuelta la potestad sancionatoria del Estado, conlleva a que “toda actuación de las autoridades tendiente a obtener su confesión involuntaria se encuentra prohibida, sin que esta prohibición pueda entenderse como una excusa para incumplir el deber de colaborar con la administración de justicia”^{81, 82}. Al respecto, se ha

⁷⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra* nota 11, párr. 177; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra* nota 14, párr. 101; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra* nota 145, párr. 100, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra* nota 58, párr. 144.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-426 de 1997, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía y C-622 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; reiteradas en la Sentencia C-422 de 2002, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. C-422 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

entendido que la confesión sería la base de los aspectos de rebaja y para el efecto se establece que se puede hacer lo relativo a:

-Descuentos punitivos por suministrar información relacionada con los delitos y, en cuanto a los delitos internacionales, descuentos por entrega de secuestrados.

-Descuentos punitivos por suministrar información requerida para el desmantelamiento de la estructura, incluyendo información concreta sobre el financiamiento de la misma.

-Es constitucionalmente válido importar información que obre en otro expediente relacionado. Al efecto, se ha señalado que se pueden realizar Acuerdos de cooperación para el trámite de los aspectos de la información compartida. Sobre el particular, la Ley 938 de 2004 lo establece así, con la finalidad de esclarecer todo lo relativo al grupo armado y a su financiamiento.

En conclusión, en caso de encontrarse acreditada la colaboración, bien sea mediante información que aclare la comisión de los delitos o la libre confesión sobre la participación directa en los mismos, se tendría por cierta la rebaja de la pena a imponer como un equivalente a un porcentaje de la misma que establecería la propia ley.

D. Entrega de información veraz sobre los secuestrados y desaparecidos.

Un proceso de justicia transicional que beneficia la información que conduce a la entrega efectiva de restos de los desaparecidos y la ubicación de los secuestrados es compatible con las normas internacionales, pues se garantizaría a las víctimas el derecho a la verdad y, a su vez, se les restablecería la paz conculcada y el derecho al reconocimiento de su dolor.

En desarrollo de la política estatal, se permitiría incentivar la recuperación de secuestrados. Con más razón si se tiene en cuenta que las normas internacionales propenden por un derecho a la verdad que jamás desatienda el principio humanitario. Precisamente, esa consideración motiva nuestra formulación del beneficio.

En conclusión, en caso de encontrarse acreditada la colaboración, bien sea mediante información que aclare la comisión del delito de secuestro

o confesión sobre participación directa en el mismo, podría establecerse una rebaja de la pena a imponer, cuyo equivalente en porcentaje fuera alto.

E. Cumplimiento de la pena y alternatividad libre.

Se propone beneficiar al desmovilizado con la posibilidad de rebajas de pena y con la **alternativa de cumplir la formalidad de la condena** mediante un mecanismo que permite libertad, adscrito a un programa de reinserción social. Se precisa que el mayor descuento surge de la mano del **cumplimiento de la pena y, en adición, de la posibilidad de libertad** para su cumplimiento, entendiéndose que los desmovilizados de las **FARC** pueden quedar libres a través de la condena de ejecución condicional. Aún en ese caso, el Estado colombiano cumpliría las exigencias internacionales de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad.

La posibilidad de cumplir la pena en libertad modifica el axioma de que la única pena resocializadora es la privativa de la libertad. Al respecto cobran plena vigencia las consideraciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando expresó:

La exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas...⁸³

-Fase 1. Cumplimiento de la pena en función de la reinserción y garantía de no repetición.

Esta medida comporta un espectro amplio que facilita el cumplimiento de los diversos objetivos perseguidos con la finalización del conflicto armado y ha sido concebida para que los desmovilizados de las **FARC** se puedan reinsertar cumplidamente a la sociedad.

La ocupación de los desmovilizados de las **FARC** en actividades productivas es una garantía de no repetición, en la medida en que

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-554 de 2001. Sala Plena.

vincularía la pena con actividades de empleo, favorecería la formación de los desmovilizados de las **FARC** en actividades laborales lícitas y, en esa medida, propiciaría su reinserción social.

De otro lado, ya que se ha entendido que en materia de justicia transicional las normas de carácter penal deben comportar un beneficio jurídico que permita el cumplimiento de la pena en función de la reinserción y de la garantía de no repetición, entonces, **la aplicación de las mismas debe ser amplia.**

Para el caso de las **FARC**, **la ocupación laboral desde el inicio de la pena es garantía de no repetición** y es por eso que la fórmula que se propone incorpora:

- Pena y forma de cumplirla.
- Reintegración y relación con la comunidad mediante mecanismos de beneficio social que puedan proponer para tal efecto.
- Generación de relación con la comunidad internacional.

Por esta vía los Estados estarían dando cumplimiento a la obligación imperativa que les compete en función de la garantía colectiva que rige conforme a los instrumentos internacionales.

De igual manera se ofrecería esta modalidad en los casos en que el desmovilizado permanezca en el país. Para lo cual se buscaría su implementación mediante recursos de organizaciones internacionales que han manifestado su apoyo al proceso de paz.

El referido beneficio tiene su razón de ser en la naturaleza resocializadora del mismo. El trabajo es una manera efectiva para lograr que los desmovilizados se ocupen desde el primer momento y se preparen productivamente para su incardinación en la sociedad, al tiempo que constituye la garantía social de no repetición de los delitos.

Mediante esta alternatividad de cumplimiento de la pena se estaría evitando la realización del programa de reinserción del Gobierno Nacional. En consecuencia, los recursos utilizados para tal efecto se destinarían a esta modalidad de cumplimiento de pena.

-Fase 2. Libertad y programas de reinserción.

Al respecto, los mecanismos contenidos en la Ley 1424 de 2010, como la suspensión de órdenes de captura y la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se hubiere impuesto, permiten que dentro de la actuación judicial resultante de la investigación y juzgamiento se llegue al beneficio. De esta forma se cumple con los requerimientos internacionales al respecto y podría pensarse que esta vía sí es la que corresponde a la seguridad jurídica que tanto requiere el proceso. **Por ende, es en el campo de la pena y su cumplimiento que deben formularse los beneficios jurídicos.**

Además, en estos casos, tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces de la República, velarán por el respeto de las garantías fundamentales de los desmovilizados, así como también de los derechos de las víctimas y la sociedad, incluyendo la materialización de la reparación en todos sus aspectos. Esto hasta el punto de que dichos beneficios sólo tendrán lugar cuando las autoridades judiciales competentes verifiquen los presupuestos exigidos relativos a los compromisos con la verdad y la paz y al cumplimiento de obligaciones de reparación. En su defecto, no habría lugar a su concesión.

Surtida la Fase 1 reseñada, se estaría en posibilidad de solicitar **la libertad bajo la figura de condena de ejecución condicional** ante la autoridad judicial competente.

Tratándose de comportamientos correspondientes a **graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de lesa humanidad, las figuras que contemplan los beneficios para los desmovilizados de las FARC son igualmente compatibles**, ya que la concesión de tales beneficios no constituye un incumplimiento de la oficiosidad que es exigible al Estado colombiano en todo momento. Esto debido a que tales conductas serán investigadas, juzgadas y sancionadas; sin que ello sea óbice para que, una vez examinado cada caso concreto, la autoridad judicial decida conceder los beneficios.

F. Garantía colectiva internacional y pena.

La finalidad del Acuerdo de Paz en cuanto a la no repetición de delitos, especialmente del Derecho Internacional y la debida impartición de

justicia, posibilita el cumplimiento de la pena en modalidades especiales de ejecución. Para ello se han formulado diversas alternativas que pretenden que el interés manifestado por parte de las organizaciones de derechos humanos de la ONU y la OEA se concrete mediante proyectos que puedan ser ejecutables como base del cumplimiento de las garantías judiciales, incluyendo la generación de fuentes de empleo. Al respecto es pertinente recordar que todos los Estados tienen la obligación de restablecer el orden en materia de derechos humanos y, en tal medida, una forma de cumplir esa obligación es vincularse a los programas de reinserción del Estado colombiano.

También se quiere recalcar que este sistema de cumplimiento de la pena es benéfico e impide la conformación de grupos surgidos en desarrollo de la desmovilización, como consecuencia de la falta de opciones de reinserción.

En función de la garantía colectiva se pretende que la condena de ejecución condicional sea aplicada en los eventos en que la libertad del desmovilizado, precedida de su ocupación productiva dentro un programa de reinserción, pueda hacerse efectiva no solo en el país sino en otros Estados.

Se plantean así mecanismos que dan efectividad a la **garantía de no repetición**, reconocida en el orden universal. Según esa garantía, las naciones se encuentran en la obligación de asegurar la **garantía de no repetición** a toda la población. Así las cosas, en cuanto al juzgamiento y pena, es posible que los demás Estados participen en la forma en que pueda cumplirse, conforme a la garantía colectiva, la reinserción.

Se propone incluir, como parte del cumplimiento de la pena la alternativa, que la misma se cumpla fuera del país para que los desmovilizados puedan aprender diversos oficios que les **generen fuentes de trabajo lícito**. Al respecto, la capacitación de los desmovilizados es fundamental para su reinserción, pues la baja destreza académica y la experiencia laboral limitada son las principales razones que dificultan el acceso del condenado al mundo laboral⁸⁴. Por lo tanto, el proceso de reinserción del desmovilizado

⁸⁴ MINDY TARLOW. *El rol del empleo en el proceso de reinserción. La experiencia del Centro de Oportunidades para el Empleo (CEO) de Nueva York*, en la revista electrónica *Debates penitenciarios*. <http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_08.pdf>. Página 4.

debe incluir necesariamente una etapa de transición para que este adquiera una experiencia de trabajo previa que sirva de entrenamiento⁸⁵.

En conclusión, la condena, entendida como reinserción, permite que la garantía colectiva se concrete. Lo anterior, a su vez, sería un desarrollo de lo previsto en el Acto legislativo del Marco Jurídico para la Paz, el cual establece al respecto que:

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, y para tal efecto incluye dentro de los mecanismos “modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena”.

Por otra parte, en cuanto a la protección de la población frente a crímenes de Derecho Internacional y delitos conexos, como el narcotráfico, es evidente que la comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas y la OEA, también tiene la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios, y otros mecanismos pacíficos apropiados, para hacer efectiva la obligación y competencia para que se ponga fin a toda situación que haya puesto en riesgo a la población colombiana.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para cambiar situaciones que perjudiquen a grupos enteros de la población, el Estado colombiano debe combatir el **narcotráfico**, pues existe un alto grado de conexidad de éste delito con las actividades que ocasionan y favorecen la reincidencia delictiva de los desmovilizados.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, reconoce la existencia de **vínculos entre el tráfico**

⁸⁵ ÍDEM.

ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas, como son, entre otros, los delitos de lesa humanidad y los demás relacionados con ellos. En igual sentido, las altas cortes, en los pronunciamientos, han encontrado la misma relación de conexidad.

2. Estructuras económicas, desmantelamiento y garantía de no repetición – Requerimientos sobre judicialización y reformas legales

A. Desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las FARC, desarticulación del narcotráfico y garantías colectivas.

El Gobierno Nacional puede convertir esta oportunidad de negociación con las **FARC** en la manera de generar una alternativa real que involucre a la comunidad internacional en acometer lo que se requiera en materia de justicia, reinserción de los desmovilizados y lucha contra el financiamiento de los grupos armados al margen de la ley. En materia de estupefacientes se requiere una reforma para evitar la penetración de capitales provenientes de delitos graves y de todos aquellos que sirven de medio y sustento del conflicto armado.

Teniendo en cuenta que es la principal fuente de financiación de los grupos armados al margen de la ley, el tráfico de drogas debe ser, en consecuencia, investigado y judicializado en el país. Hasta ahora, la extradición de los nacionales que han incurrido en los delitos de narcotráfico y conexos ha ocasionado el desconocimiento de los derechos de la sociedad colombiana.

B. Judicialización y garantía de no repetición.

Sobre el particular, la Ley 1448 de 2011 relaciona el desmantelamiento de las estructuras económicas “que se han beneficiado y que han dado sustento a los grupos armados al margen de la ley” como parte de las **garantías de no repetición**. Por ello, los artículos 149 y 150 de la citada ley, señalan:

ARTÍCULO 149. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN. El Estado colombiano adoptará, entre otras, las siguientes garantías de no repetición:

a) La desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la Ley; [...]

d) La prevención de violaciones contempladas en el artículo 30 de la presente Ley, para lo cual, ofrecerá especiales medidas de prevención a los grupos expuestos a mayor riesgo como mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado, que propendan superar estereotipos que favorecen la discriminación, en especial contra la mujer y la violencia contra ella en el marco del conflicto armado; [...]

g) Diseño e implementación de una estrategia general de comunicaciones en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, la cual debe incluir un enfoque diferencial; [...]

i) Fortalecimiento de la participación efectiva de las poblaciones vulneradas y/o vulnerables, en sus escenarios comunitarios, sociales y políticos, para contribuir al ejercicio y goce efectivo de sus derechos culturales; [...]

l) La reintegración de niños, niñas y adolescentes que hayan participado en los grupos armados al margen de la ley;

m) Diseño e implementación de estrategias, proyectos y políticas de reconciliación de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 975, tanto a nivel social como en el plano individual; [...]

r) La derogatoria de normas o cualquier acto administrativo que haya permitido o permita la ocurrencia de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, de conformidad con los procedimientos contencioso-administrativos respectivos.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, a través del Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, reglamentará las garantías de no repetición que correspondan mediante el fortalecimiento de los diferentes planes y programas que conforman la política pública de prevención y protección de las violaciones contempladas en el artículo 30 de la presente ley.

ARTÍCULO 150. DESMANTELAMIENTO DE LAS ESTRUCTURAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS. El Estado colombiano adoptará las

medidas conducentes a lograr el desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que se han beneficiado y que han dado sustento a los grupos armados al margen de la ley, con el fin de asegurar la realización de las garantías de no repetición de las que trata el artículo anterior.

El desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las **FARC** tiene fundamento en la ley de víctimas, además de ser una obligación internacional. A su vez, resulta claro que la información suministrada para tal efecto puede resultar eficaz para la implementación de la política de prevención de delitos, la cual guarda una estrecha relación con el conflicto que se busca superar.

En síntesis, las medidas propuestas son las siguientes:

-Los beneficios que se proponen incluyen la rebaja de penas, las alternativas para el cumplimiento en libertad y la concordante garantía de no repetición y desmantelamiento económico. Lo expresado implica que, en virtud de la información suministrada, el desmovilizado tendrá la posibilidad de recibir estímulos.

-Todas las conductas que impliquen la financiación de grupos armados al margen de la ley, incluyendo el narcotráfico, deben contemplarse mediante mecanismos claros en el ámbito judicial y, para tal efecto, la ley contemplaría aspectos como los siguientes:

-Se requiere que el delito de narcotráfico cometido por los desmovilizados de las **FARC** sea investigado judicialmente y para hacerlo es necesario que se establezcan, en la ley, los mecanismos aplicables en el **ámbito judicial** y las medidas conducentes al desmantelamiento de la estructura derivada. A su vez, es menester que se tenga en cuenta que **saber cómo funciona** es la principal finalidad judicial. Como consecuencia de ello, la información así obtenida es válida para todo efecto y ello es fundamento de las medidas ejecutivas que se adopten.

También es importante que el **aparato judicial tenga interés en realizar dicha investigación en tanto existen incentivos y garantías para el efecto.**

-Es indispensable la implementación de los mecanismos que incentiven la iniciación de la actuación judicial. De manera que, al ser de interés colectivo, debe incluirse la acción popular como mecanismo de participación

ciudadano que permita la iniciación de las actuaciones judiciales tendientes a investigar los delitos de narcotráfico cometidos por los miembros de las **FARC**, así como también el desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las prácticas del grupo armado. Para que la acción popular pueda cumplir la finalidad propuesta, es indispensable que sea restablecido el incentivo ciudadano para su presentación⁸⁶.

-De modo explícito, la ley debe establecer, en lo que respecta a la garantía de no repetición, que la función del Estado de controlar, investigar, evitar, reprimir y sancionar la actividad de los grupos armados al margen de la ley incluye la actividad ilícita derivada de la financiación de los mismos.

-El desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que han sustentado y se han beneficiado de las **FARC**, así como también, las debidas garantías respecto al mismo. Ello implica que las acciones que incluyan la judicialización de los delitos conexos con la violencia del conflicto, como es el narcotráfico, resultan ser fundamentales para evitar la repetición de conductas punibles y, con este medio, la comisión de más. Es indudable que al contrarrestar el narcotráfico se estaría abordando el problema real que genera y alimenta el conflicto armado colombiano.

Sobre el particular se ha señalado que la droga es un motor del conflicto armado colombiano y de la violación de derechos mediante la comisión de los delitos asociados con el narcotráfico. De igual manera, los organismos internacionales han advertido que la forma de desarticular la violencia es facilitando las modalidades de reinserción real. En consecuencia, la paz duradera implica la productividad del empleo y, por ello, la sociedad debe adecuarse a permitir que se incluya el empleo al desmovilizado.

⁸⁶ Sobre el particular, véanse las leyes 472 de 1998 y 1425 de 2010.

VII.

DESMANTELAMIENTO DE LAS ESTRUCTURAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS QUE HAN SUSTENTADO Y SE HAN BENEFICIADO DE LAS FARC Y LA POSIBILIDAD DE GENERAR BENEFICIOS PARA LA REINSERCIÓN DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY EN GENERAL

De manera acorde con las normas imperativas *ius cogens*, el Estado colombiano y la comunidad de naciones están en condiciones de generar el mecanismo que desmantele de manera efectiva las estructuras económicas y políticas que continúan financiando el conflicto colombiano. **La obligación de contrarrestar ciclos de violencia que generen violaciones de derechos humanos es permanente.**

Al respecto, los organismos internacionales han recalcado que es **esencial poner fin a la impunidad** para que una sociedad **en conflicto, o que está recuperándose de un conflicto**, pueda enfrentar la realidad de los abusos cometidos contra las víctimas y la sociedad y evitar esos abusos en el futuro, por lo cual los mecanismos de justicia que inculquen la paz, la seguridad, la reconciliación y los **derechos de las víctimas y de la sociedad**, son adecuados para ser incluidos en las medidas que propicien el contrarrestar la **violencia en su conjunto**.

En consecuencia, si el interés general es lograr la paz como forma de vida, no resultaría acorde con los criterios de igualdad, que rigen en virtud de los mandatos del bloque de constitucionalidad y la Carta Política, excluir algún grupo al margen de la ley. **Menos aun cuando la ley de víctimas estableció la obligación de desarticular las estructuras económicas de tales grupos sin excepción alguna y señaló que los grupos armados al margen de la ley deben ser desmantelados con el fin de asegurar la garantía de no repetición de los delitos.**

El Estado colombiano se encuentra obligado a adoptar medidas conducentes al desmantelamiento de los grupos armados ilegales surgidos luego de las desmovilizaciones llevadas a cabo a partir de marcos jurídicos que no cumplieron con la finalidad de reinserción real. No puede desconocerse que dichos grupos al margen de la ley han sustentado las estructuras económicas del conflicto y que los desmovilizados de esos grupos persistieron en la comisión de actos delictivos a través de la conformación de bandas delictivas, como es el caso de las **BACRIM**.

A la luz del Derecho Internacional y de la normatividad de víctimas, el Estado debe asegurar la garantía de no repetición de delitos porque es Él quien asume tal posición de garantía conforme a la ley. En consecuencia, el propio Estado es quien debe asegurar que toda desmovilización se surta sin discriminación y con especificidades de reinserción, a fin de evitar la reincidencia de los desmovilizados. Al ser estatal y general la obligación de garantizar la no repetición y de incorporar en sociedad a todo desmovilizado, se propone consagrar incentivos como medio para tal efecto, buscando desarticular las fuentes de la misma y generar desmovilización y reinserción **sin discriminación**.

En cuanto al desmantelamiento de las estructuras económicas, sin generar impunidad, es importante incluir beneficios para que las **BACRIM** se reincorporen, en tanto las garantías de reinserción y seguridad para la comunidad rigen y son perentorias, pues tienen como fundamento **la obligación de desarticular las estructuras de violencia sin excepción**.

VIII.

CONCLUSIONES

1. La amnistía, la extinción de la acción penal y de la pena no pueden contemplarse para los delitos de secuestro, desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales y otros delitos cometidos por las **FARC**, en los cuales la acción penal es obligatoria en virtud de la norma internacional. Lo precedente, toda vez que la aplicación de la amnistía, la extinción de la acción penal y de la pena, en lo que respecta a esos delitos, entrañaría el incumplimiento de los **deberes de acceso a la administración de justicia**, investigación y juzgamiento impuestos al Estado colombiano por el Derecho Internacional.

2. Tampoco es viable, a la luz del Derecho Internacional, acudir en tales eventos a mecanismos que impliquen la renuncia a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos.

3. A la luz del Derecho Internacional, solo podrían operar las eximentes de responsabilidad individual.

4. La amnistía e indulto pueden aplicarse a los desmovilizados de las FARC que hayan cometido delitos comunes, exceptuando, como fue expresado anteriormente, el secuestro, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y otros delitos en los cuales la acción penal es obligatoria en virtud de la normatividad internacional. Ello dado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de tales figuras, incluso para delitos que no tengan el carácter de políticos⁸⁷.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

5. La amnistía y el indulto no son las únicas instituciones de Justicia Transicional. Además, el Estado colombiano puede utilizar como instrumento de Justicia Transicional la expedición de normas penales, tanto sustanciales como procesales, que implican un tratamiento más benigno que el ordinario. Tales normas pueden establecer penas más bajas, permitir la libertad condicional y/o reconocer descuentos punitivos.

6. El desmovilizado de las **FARC** que pretenda acceder a los beneficios debe cumplir las siguientes condiciones:

- A. Entregar a los secuestrados a quienes haya retenido o que hayan sido retenidos por orden suya. Esta entrega debe llevarse a cabo inmediatamente después de realizarse el respectivo Acuerdo de Paz.
- B. En aquellos casos en los cuales no es posible realizar la entrega, debido a circunstancias como la muerte del secuestrado o cualquier otra, quienes se desmovilizan deben suministrar la información previamente requerida por los familiares de los secuestrados. La concesión de los respectivos beneficios está condicionada a que la información sea veraz, es decir, que conduzca a conocer el paradero de los restos mortales del desaparecido.
- C. Entregar sus armas.
- D. Informar los nombres o datos tendientes a identificar a los menores de edad que se encuentren vinculados a su bloque.
- E. La desmovilización es necesaria, más no suficiente, para obtener los beneficios jurídicos. Es indispensable, además, la comparecencia posterior del desmovilizado ante la Justicia y dentro del respectivo proceso o procesos judiciales que se adelanten en su contra o en la de otros desmovilizados.
- F. Solicitar el perdón público a las víctimas, con el fin de crear una conciencia colectiva de la necesidad de no repetición de las conductas delictivas.

La solicitud de perdón público y demás manifestaciones de arrepentimiento han sido factores determinantes para la reducción de las sentencias en algunos Tribunales penales internacionales. Así, el Tribunal

Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha impuesto penas reducidas cuando el responsable se ha declarado culpable, ha rechazado los crímenes cometidos, se ha arrepentido de los mismos y ha cooperado con el tribunal en las investigaciones y la ejecución de sus sentencias. En cuanto a esto es ilustrativa la comparación de las sentencias de primera instancia proferidas por esa corte internacional en los casos **ERDEMOVIC y TADIC**. Mientras que **DRAZEN ERDEMOVIC** fue condenado a diez años de prisión, luego de manifestar reiteradamente durante el juicio su “*odio por la guerra y el nacionalismo*” y su arrepentimiento por los crímenes cometidos; **DUSKO TADIC** fue condenado a 20 años de prisión tras no mostrar ninguna señal de arrepentimiento por sus actos y “no haber cooperado de ninguna manera relevante con el Fiscal del Tribunal”⁸⁸.

7. La desmovilización general de los miembros de las **FARC debe estar precedida de la desvinculación de los menores de edad reclutados por ese grupo armado**. En consecuencia, se realizarán dos actos colectivos de desvinculación y desmovilización claramente diferenciables:

A. La entrega de todos los menores de edad vinculados a las **FARC**.

B. La desmovilización general de los miembros de las **FARC**.

8. Recibirán los beneficios por liberación de secuestrados o entrega de información sobre los mismos, aquellos miembros del grupo desmovilizado que participaron en el acto.

9. Si bien es cierto que no pueden ser concedidas amnistías o indultos para los delitos internacionales, también lo es que el Legislador puede establecer, como un mecanismo de Justicia Transicional, que las penas para los **delitos internacionales** sean rebajadas mediante la modificación de los límites máximos del respectivo tipo penal y que tal disminución sea aplicable en forma retroactiva para todo aquel que, antes de la entrada en vigencia de la ley, haya cometido esos delitos.

⁸⁸ En este caso, Drazen Erdemovic fue culpado por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra acontecidos en el municipio de Zvornic, Bosnia-Herzegovina. Según el recuento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Erdemovic y otros miembros de las Fuerzas Militares de Serbia planearon, instigaron, ordenaron y ejecutaron la muerte de cientos de bosnio-musulmanes en la finca colectiva de Pilica. Las víctimas, luego de haber sido separadas de los niños y de las mujeres, fueron llevadas hasta Pilica en vagones de tren, ordenados en escuadrones de 10, y posteriormente ejecutados por la espalda. CFR.

10. Además de los desmovilizados de las FARC, también podrían obtener esta rebaja punitiva las siguientes personas:

A. Los militares que hayan sido autores o partícipes de delitos internacionales, toda vez que se entendería que lo han hecho por causa y en función de combatir el conflicto. En el caso concreto de los militares, se propone la inclusión de un régimen específico en el cual podrían concederse beneficios en los siguientes casos:

- Si, antes de la iniciación de la audiencia de juzgamiento, el militar imputado colabora de manera eficaz para evitar que el delito que se imputa continúe o que se realicen otros.
- El militar imputado suministre información veraz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada o que permita impedir la iniciación o continuación de actividades delictivas.
- El militar imputado sea testigo de cargo contra otros procesados por violación de derechos humanos.
- Cuando el procesamiento de determinado sujeto implique riesgo o amenaza graves para la seguridad nacional.

A su vez, podría exigírseles el cumplimiento de las siguientes obligaciones para acceder a los beneficios que se establezcan:

- Contar la verdad.
- Solicitar el perdón de manera pública.

De otro lado, el régimen específico que se establezca para los militares debe cumplir el artículo 33 del Estatuto de Roma, el cual señala:

Órdenes superiores y disposiciones legales. 1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

En cumplimiento del artículo 33 del Estatuto de Roma, únicamente podría exonerarse de responsabilidad penal al militar que cometiere los delitos de

competencia de la Corte Penal Internacional en cumplimiento de la orden de un superior o jefe, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Existencia de una obligación legal de obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior.
- Desconocimiento de la ilicitud de la orden.
- No puede tratarse de una orden manifiestamente ilícita. Dicho en otras palabras: El militar no puede pretender ser eximido de responsabilidad penal por la comisión de delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad, alegando que incurrió en tales conductas en cumplimiento de una orden emitida por el gobierno o por su superior. Esto es así porque el referido artículo establece que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

B. Quienes habiendo sido miembros de grupos que participaban en el conflicto no encontraron mecanismos reales de reinserción y, como consecuencia de ello, volvieron a delinquir.

C. Quienes no han participado en el conflicto, caso en el cual el beneficio se limitaría a una vez y frente a actos que se relacionen directamente con el conflicto, realizados previamente a lo dispuesto en la ley.

11. Otra medida de Justicia Transicional, que se estima efectiva en el marco de un Acuerdo de Paz con las **FARC**, es la rebaja de pena mediante la dosificación especial para los delitos que el legislador determine según los criterios de priorización y selección contenidos en el Acto Legislativo. Esa dosificación especial debe realizarse en función de dos factores:

A. La participación de varios sujetos en el mismo hecho.

B. La distribución de la reparación a las víctimas.

Esta dosificación especial excluiría la aplicación del sistema de cuartos, así como también de las circunstancias agravantes y atenuantes tenidas en cuenta de ordinario para individualizar la pena.

Del mismo modo, la dosificación especial debe ser concretada en un acuerdo, el cual debe someterse a una verificación formal judicial posterior.

12. También pueden concederse rebajas de pena por la entrega de información de las personas que han padecido el secuestro y la desaparición forzada, siempre y cuando, se reitera, la información tenga el carácter de veraz. Teniendo en cuenta la importancia de esa información para las víctimas directas e indirectas de los referidos delitos, así como también, que la misma es, en la mayoría de los casos, conocida exclusivamente por los miembros de las **FARC**, es conveniente que la rebaja de pena concedida sea de la mitad, aplicada sobre los nuevos límites punitivos reducidos que se establezcan por el legislador para los delitos internacionales.

13. Es indispensable que el Poder Ejecutivo cree una Comisión de la Verdad que actúe como un centro de información sobre los secuestrados y desaparecidos. Para garantizar el efectivo cumplimiento de sus finalidades, la Comisión de la Verdad creada debe tener las siguientes características:

- A. Autonomía y descentralización.
- B. Amplia participación de la sociedad civil y de los organismos nacionales e internacionales que han realizado diversas labores tendientes a la búsqueda de los secuestrados.
- C. Interlocución con otras autoridades.
- D. Sistemas de información que brinden protección a víctimas y testigos.

14. El Estado es responsable frente a toda la sociedad y frente a los implicados en lo que respecta a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución Política, en el Acuerdo de Paz y en la obligación de proteger la población colombiana. Sobre el particular, el derecho a la seguridad que resultaría vulnerado en presencia de un incumplimiento permitiría a la ciudadanía interponer una **acción popular**, pues la realización de la finalidad del Acuerdo de Paz implica la satisfacción de un interés común.

15. El control previo de constitucionalidad de las medidas adoptadas en desarrollo del Acto Legislativo del Marco Jurídico para la Paz es indispensable, toda vez que el mismo evitará:

- A. La aplicación de una excepción de inconstitucionalidad.

B. La proliferación de diversidad de criterios interpretativos y de jurisprudencias variables en las diversas instancias de la Rama Judicial.

16. Para evitar tales fenómenos adversos al cumplimiento del Acuerdo de Paz con las **FARC** también es imprescindible que la Ley Estatutaria que materialice las medidas adoptadas en desarrollo del mencionado Acto Legislativo, contenga un artículo que establezca la obligación de acatar por completo lo allí contenido, en cuanto hace tránsito a Cosa Juzgada.

17. Los únicos mecanismos que permitirán validar la aspiración que tienen las **FARC** de conformar un partido y participar en política, es el referendo o una constituyente convocada para esos efectos.

Lo anterior, debido a que el artículo 107 de la Constitución Política proscribía la aspiración a cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular de los condenados por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales.

En ese orden de ideas y de acuerdo al artículo 377 de la Constitución Política, el instrumento para eliminar tal restricción es el referendo. Así, éste mecanismo de participación ciudadana, en cuanto constituye la expresión de la voluntad popular, legitimaría la participación política de los desmovilizados de las **FARC**.

Ahora bien, si la voluntad popular se expresa en el sentido de autorizar la participación política de los desmovilizados de las **FARC**; **en virtud del principio de favorabilidad, sería imperativo permitir la participación política de los desmovilizados del ELN y las Autodefensas.**

La expresión de la voluntad popular a través del referendo o de una constituyente, crearía una tercera excepción a la referida prohibición constitucional. Por lo tanto, podrían aspirar a cargos de elección popular quienes se han desmovilizado en virtud de un proceso de paz, del mismo modo en que actualmente pueden hacerlo los ciudadanos condenados por delitos políticos y culposos.

18. La pena no necesariamente debe cumplirse en un establecimiento carcelario. El condenado podría cumplirla, incluso encontrándose en

libertad, a través del desarrollo de actividades laborales que permitan su reinserción y/o de su vinculación a un programa de reinserción social.

Una vez cumplida la mayor parte de la pena, el condenado podría solicitar, en aquellos casos en los cuales haya sido privado de la libertad, que la misma le sea concedida bajo la figura de la condena de ejecución condicional. Si el condenado incumple sus obligaciones, la libertad sería revocada y, en consecuencia, debería cumplir la pena en un establecimiento carcelario.

Lo precedentemente expuesto en cuanto al cumplimiento de la pena, es aplicable, incluso, cuando el desmovilizado es condenado por graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de lesa humanidad. Ello porque la concesión de los beneficios de cumplimiento de la pena en libertad y de cumplimiento de una parte de la misma bajo el régimen de condena de ejecución condicional no acarrea la infracción de las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar esas conductas.