

Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia: una reflexión sobre el sistema integral de justicia transicional en Colombia

Judicial mechanisms to guarantee the right to justice: a reflection on the comprehensive transitional justice system in Colombia

Autor: Cristian David Ocampo Macías

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1919>

MECANISMOS JUDICIALES PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA JUSTICIA: UNA REFLEXIÓN SOBRE EL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA*

Judicial mechanisms to guarantee the right to justice: a reflection on the comprehensive transitional justice system in Colombia

Mecanismos judiciais para garantir o direito à justiça: uma reflexão sobre o sistema integral de justiça transicional na Colômbia

Cristian David Ocampo Macías^a
ocampo.cristian@correounivalle.edu.co

Fecha de recepción: 5 de junio de 2020
Fecha de revisión: 1 de julio de 2020
Fecha de aceptación: 21 de julio de 2020

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1795>

Para citar este artículo:

Ocampo Macías, C. D. (2021). Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia: una reflexión sobre el sistema integral de justicia transicional en Colombia. *Revista Misión Jurídica*, 14(20), 236 - 260.

RESUMEN

En este artículo se realiza un análisis jurídico del estándar internacional sobre el derecho a la justicia con miras a su implementación por parte del Estado colombiano mediante la expedición del Marco Jurídico para la Paz. Se examinan los mecanismos judiciales de justicia transicional establecidos para garantizar en la mejor medida posible “los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (A.L. 01/2012, art. 1). Sobre todo, se busca responder a la cuestión de: ¿cómo garantizar la implementación del deber internacional de investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario mediante los mecanismos judiciales de justicia Transicional establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2012?

PALABRAS CLAVE

Deber internacional de investigar y sancionar; Marco Jurídico para la Paz; justicia transicional; Colombia; impunidad; derechos de las víctimas.

* Este artículo de investigación hace parte de la investigación titulada «Análisis jurídico y politológico a los mecanismos de justicia transicional y de participación en Política establecidos en el marco jurídico para la paz», adelantada por el Grupo de Investigación en Ciencias Políticas, Derecho y Relaciones Internacionales -GICPODERI, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

a. Docente de la Especialización en Derechos Humanos y Territorios de la Universidad Autónoma de Occidente (Sede, Cali). Magister en Filosofía de la Universidad del Valle (Colombia). Diplomado de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University Washington College of Law (EE.UU.). Abogado cum laude de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). <https://orcid.org/0000-0002-6197-1535>.

ABSTRACT

This article describes a legal analysis of the international standard on the right to justice with a view to its execution by the Colombian State, through the expedition of the Legal Framework for Peace. The judicial mechanisms of transitional justice established to guarantee, to the maximum extent possible, "the rights of victims to truth, justice and reparation" (A.L. 01/012, art. 1) are examined. Principally, it seeks to answer this question: how to guarantee the implementation of the international duty to investigate and to punish serious human rights violations and grave international humanitarian law infringements by means of the judicial mechanisms of transitional justice set in the Legislative Act 01 of 2012?

KEY WORDS

International duty to investigate and punish; Legal Framework for Peace; transitional justice; Colombia; impunity; victims' rights.

RESUMO

Este artigo realiza uma análise jurídica da norma internacional sobre o direito à justiça com vistas à sua implementação pelo Estado colombiano por meio da edição do Marco Legal para a Paz. São examinados os mecanismos judiciais de justiça de transição estabelecidos para garantir o melhor possível "os direitos das vítimas à verdade, justiça e reparação" (A.L. 01/2012, art. 1). Acima de tudo, busca responder à questão de: como garantir a implementação do dever internacional de investigação e punição de graves violações de direitos humanos e graves infrações do direito internacional humanitário por meio dos mecanismos judiciais de justiça de transição estabelecidos no Ato Legislativo 01 de 2012?

PALAVRAS-CHAVE

Dever internacional de investigar e punir, Marco legal para a paz, justiça transicional, Colômbia, impunidade, direitos das vítimas.

INTRODUCCIÓN

¿Cómo garantizar la implementación del deber internacional de investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario

mediante los mecanismos judiciales de justicia transicional establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2012? La hipótesis de lectura es que el Estado colombiano ha cumplido con sus obligaciones de implementación del estándar internacional de justicia de investigación y sanción de los crímenes más graves y representativos a partir de la puesta en marcha de una variedad de mecanismos judiciales y extrajudiciales de justicia transicional (en adelante JT). Este artículo se centra únicamente en los mecanismos judiciales. Estos mecanismos fueron contemplados inicialmente en el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 14 de junio de 2012, mejor conocido como el Marco Jurídico para la Paz (en adelante MJP), y fueron incorporados a la Constitución Política de 1991 mediante el Acto Legislativo 01 de 2017. Inicialmente, el MJP establece una variedad de instrumentos de naturaleza judicial y extrajudicial de JT cuyo objetivo principal tuvo dos vertientes: (1) facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera, y (2) garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Posteriormente a la aprobación del MJP el Gobierno colombiano firmó el 24 de noviembre de 2016 con la guerrilla de las FARC-EP el «Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». El Acuerdo se edificó sobre seis aspectos fundamentales: (1) política de desarrollo agrario o integral, (2) participación política, (3) fin del conflicto armado, (4) solución al problema de las drogas ilícitas, (5) víctimas y, por último, (6) implementación, verificación y refrendación de los acuerdos. La firma del Acuerdo Final, además de todas las repercusiones que tuvo, comprometió al Estado colombiano de manera decidida con la lucha contra el fenómeno de la impunidad en América Latina, es decir, a garantizar el mayor nivel de justicia posible (Gómez, 2008).

La importancia de analizar estos mecanismos a la luz de los estándares internacionales corresponde a la necesidad de que los Estados garanticen en sus ordenamientos jurídicos internos unos "mínimos éticos" durante las transiciones políticas de la guerra a la paz. Pero, ¿por qué razón los Estados deben garantizar estos mínimos éticos en las transiciones políticas de la guerra a la paz? Esto se debe, *inter alia*, al legado de un fuerte movimiento en pro de los derechos

humanos surgió a principios de los años 60's en el ámbito mundial. Tal como indica el jurista chileno José Zalaquett:

(...) a principios de la década de los sesenta surgió un fuerte movimiento internacional en pro de los derechos humanos que más adelante se esparció por distintas regiones del mundo. Su aparición respondía en buena medida a la necesidad de una ética política que permitiera un acuerdo universal con respecto al tema de los medios. En lugar de tratar de emitir juicios de valor sobre una amplia gama de asuntos políticos, económicos o sociales, el movimiento pro derechos humanos exigía de todos los gobiernos, independientemente de la naturaleza o la ideología de cada cual, el respeto de ciertas normas mínimas de conducta humanitaria. Estas normas habían tenido su origen en los tratados de derechos humanos del período de posguerra y ahora se convertían en bandera de la lucha de un movimiento internacional. (Zalaquett, 1998, s.p.).

Algunos voceros de este movimiento se manifestaron a propósito de la siguiente paradoja: que los hechos ocurridos durante el holocausto Nazi habían estado respaldados por el ordenamiento jurídico de Alemania. Hannah Arendt (2003) ilustra esta paradoja cuando evoca las palabras del abogado Robert Servatius, defensor de Adolf Eichmann en el caso que se llevó en su contra en el marco de la Ley de Nazis y Colaboradores Nazis de 1950 por la ejecución de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra: "Eichmann se cree culpable ante Dios, no ante la ley" (p. 18). Arendt revela cómo en el caso que se siguió en contra de Eichmann se argumentaba que no había cometido ningún delito, sólo actos de Estado:

Según el ordenamiento nazi ningún delito había cometido, y en que, en realidad, no le acusaban de haber cometido delitos, sino de haber ejecutado «actos de Estado», con referencia a los cuales ningún otro Estado que no fuera el de su nacionalidad tenía jurisdicción (*par in paren imperium non habet*) (Arendt, 2003, p. 18).

Tarapúés y Cote identifican el que es para ellos el elemento más novedoso del MJJ: "la autorización que este hace al legislador, para

que mediante ley estatutaria defina criterios de selección aplicables ante el universo de delitos graves cometidos no sólo por miembros de grupos armados, sino también por miembros de la fuerza pública" (2014, p. 198). *Grosso modo*, los criterios de selección pueden definirse como aquellas medidas que le permiten a la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) seleccionar los casos más graves, relevantes y representativos de aquellos sometidos a su conocimiento, para hacer posible la investigación judicial penal de los máximos responsables (vale decir, los cabecillas y mandos altos).

El artículo se divide en tres secciones: en la primera se hacen aproximaciones al concepto de JT y se sugieren algunos interrogantes de la mano de José Zalaquett. En la segunda se fija el balance actual sobre el estándar internacional en materia del derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad, tomando como referencia los documentos de *soft law* proferidos por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas. En la tercera sección se argumenta a favor de la implementación por parte del Estado colombiano del deber internacional de investigación y sanción mediante los mecanismos judiciales de JT establecidos en el MJJ. A su vez, en esta sección se muestra el fracaso del enfoque maximalista de la justicia transicional implementado en Colombia mediante la Ley 975 de 2005, se profundiza en los criterios de selección y priorización de casos y examinan los cinco mecanismos judiciales especiales de JT establecidos en el MJJ.

METODOLOGÍA

Para abordar el tema propuesto se acude a los documentos de *soft law* internacional y algunos tratados y convenios internacionales con el fin de identificar el balance actual sobre el estándar internacional sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad, a partir de un enfoque cualitativo que permite describir y comprender el fenómeno de la impunidad a nivel internacional. También se realiza una pesquisa de la literatura especializada con el fin de identificar de qué hablamos cuando hablamos de justicia transicional, abordado a partir de una mirada descriptiva. Finalmente, se hace una lectura detallada del ordenamiento jurídico interno con el propósito de mencionar cómo se ha implementado en el ámbito nacional el

estándar internacional de justicia. El análisis se basa fundamentalmente en el estudio y diálogo de las fuentes primarias y de la normatividad vigente en Colombia sobre justicia transicional lo que hace de éste un estudio fundamentalmente teórico-cualitativo-descriptivo.

1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL?

La JT ha alcanzado un desarrollo exorbitante en los últimos veinticinco años. Actualmente, establece el deber de los Estados de implementar un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que permitan hacer frente a pasados de abusos graves y sistemáticos de derechos humanos (Ambos, 2009). Pero, ¿qué es la JT? De un lado, el *International Center for Transitional Justice* (ICTJ) define la JT como el conjunto de medidas judiciales y políticas que varios países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. De otro lado, tal como lo indican Tarapués y Cote (2014), la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-711 de 2011 precisa que este tipo de medidas, cuyo objetivo es garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, hallan su límite en el logro y el mantenimiento de la paz social:

Ciertamente, el concepto de JT es de tal amplitud que bajo esa genérica denominación pueden encuadrarse experiencias y procesos muy disímiles, tanto como lo son los países y circunstancias históricas en que ellos han tenido lugar. Sin embargo, independientemente de sus particularidades, todos ellos coinciden en la búsqueda del ya indicado propósito de hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social (Corte Constitucional, 2011).

Zalaquett (1998) concuerda con el balance fijado en la sentencia C-711 de 2011 en que el propósito de las transiciones políticas es enfrentar los legados significativos de graves violaciones de derechos humanos, a partir de la puesta en marcha de una variedad de medidas, cuyo propósito consiste en el restablecimiento de los derechos de las víctimas. A su juicio, el propósito de los mecanismos de JT empleados por

los gobiernos de la región del cono sur de América Latina consistieron en garantizar la reconciliación de una nación durante un proceso de transición de un régimen autoritario a otro democrático y en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Si bien Zalaquett se enfoca en las transiciones de la dictadura a la democracia ocurridas durante las décadas de los 80 y 90, sus argumentos contribuyen a la discusión de la implementación de medidas de JT en Colombia. Contribuyen, por ejemplo, en cuanto que aclaran supuestos tales como, el que la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y “la reconciliación” dependen, en gran medida, de las acciones positivas que lleven a cabo los Estados para reparar este tipo de situaciones:

[...] cuando lo que se espera de los gobiernos es verdad y justicia, el problema estriba no sólo en la voluntad política sino también en la *viabilidad política*. *Se trata, por otra parte, de obligaciones positivas, en lugar de negativas. Más aún, el deber positivo de procurar la verdad y la justicia es parte de un esfuerzo de mayor envergadura*, a saber, el de alcanzar el objetivo fundamental de construir o reconstruir un sistema político estable y justo (además del objetivo intermedio de garantizar la gobernabilidad durante este proceso) (Zalaquett, 1998). (Cursivas nuestras).

Lo anterior quiere decir que la búsqueda de justicia, verdad y reparación debe ser entendida como una “obligación positiva”, es decir, como una obligación de hacer, que conlleva serias implicaciones para los Estados en el ámbito internacional (Comisión Colombiana de Juristas, 2007; Uprimny *et al*, 2014).

Las reflexiones teóricas han puesto la mirada en la necesidad de acudir a *un enfoque holístico* de JT para conseguir el nivel más elevado posible de justicia en el contexto de *macrocriminalidad* colombiano de una duración aproximada de cincuenta años. Por una parte, tal como indica Ambos (2006) la macrocriminalidad hace referencia a comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de poder caracterizada por el rol activo que desempeña el Estado. Por otra parte, el enfoque holístico de JT presenta las siguientes características:

Finalmente, el cuarto es un enfoque holístico que promueve la articulación de los distintos mecanismos judiciales —juicios penales y amnistías— y no judiciales —comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación—, bajo la consideración de que ningún instrumento es suficiente por sí mismo para satisfacer las complejas demandas que se plantean en un proceso de transición (Uprimny *et al*, 2014, p. 93).

Así, el enfoque holístico o integral, tal como el que se ha puesto en marcha en Colombia a partir del MJP, promueve la cooperación entre mecanismos judiciales y extrajudiciales de JT. A pesar de las virtudes de un modelo que no coloca todos los esfuerzos en la investigación judicial penal, sino que los comparte con mecanismos extrajudiciales como la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición, y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, ha sido objeto de fuertes críticas. Por ejemplo, frente a “la discusión en torno a si los estados están obligados en todo caso a procesar penalmente a los culpables de crímenes graves relacionados con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Gómez, 2008, p. 170), la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, remitió dos cartas a la Corte Constitucional en Colombia, con fechas 26 de julio y, 7 de agosto de 2013, en las que rechazó vehementemente la implementación de medidas especiales judiciales como la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de los casos no seleccionados, la aplicación de penas alternativas y la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, el alcance de esta crítica fue morigerada por parte de la Corte Penal Internacional al considerar años más tarde que el anuncio de la consumación de los acuerdos es un logro histórico para Colombia (El Tiempo, 2016). La intervención del entonces Alto Comisionado para la Paz, Sergio Jaramillo, en la audiencia pública sobre el MJP en la Corte Constitucional llevada a cabo el 25 de julio de 2013, ilustra esta posición:

El punto de fondo es qué es justicia en una transición y en una transición la lucha contra la impunidad y por la justicia consiste precisamente en la satisfacción de los derechos de las víctimas. Satisfacción que se logra con la justicia penal, pero no solamente con la justicia penal, sino con toda una serie

de medidas y lo que estoy diciendo acá no es ninguna idea mía, es lo que dicen desde los informes de Naciones Unidas para abajo todos los que trabajan en justicia transicional hoy. Ese es el sentido de la justicia transicional, cómo tratar un legado de violaciones.

Ahora, frente a esta discusión se pueden distinguir dos posturas teóricas contrapuestas: de un lado, Gómez Isa (2008), siguiendo a Zalaquett, afirma que: “El margen de apreciación con el que cuentan los Estados es bastante amplio, ya que son ellos los que tienen que equilibrar las necesidades individuales de justicia con las exigencias de carácter colectivo relacionadas con la pacificación y la reconciliación de una sociedad” (p. 170). Según esta primera postura los acuerdos alcanzados entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP son preponderantes frente a la opinión de órganos internacionales, aunque su acompañamiento hace parte esencial de los mismos.

De acuerdo con esta postura, el margen de apreciación permite la inclusión de medidas judiciales especiales que contribuyan a la terminación del conflicto armado interno y el consecuente logro de la paz, en la medida que su asignación esté condicionada con el aporte a la verdad. Estas medidas de *flexibilización penal* (la imposición de limitaciones al procesamiento penal) se justifican debido a la imposibilidad de llevar a cabo procesamientos exhaustivos, como lo ha señalado enfáticamente la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley 975 de 2005:

la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura, al tener que procesar bajo este esquema judicial especial a más de 32.500 desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley y con un registro de más de 417 mil hechos delictivos reportados por las víctimas del conflicto armado atribuidos a éstas, hizo que los resultados después de 6 años de entrada en vigencia de las disposiciones legales, no fueran los esperados por las mismas víctimas, la sociedad, el País y la comunidad internacional (Colombia, 2012, p. 1).

De otro lado, Gómez (2008), siguiendo a Diane Orentlicher en *Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, afirma que: “sólo cuando los

procesamientos penales pongan en serio peligro la vida de la Nación se podrían admitir ciertos límites al procesamiento penal fruto de la aplicación del principio de estado de necesidad” (p. 170). Según esta postura debe evitarse, bajo cualquier circunstancia excepto el estado de necesidad, la imposición de límites al procesamiento penal; en otras palabras, el procesamiento penal debe ser exhaustivo y debe incluir a todos los involucrados. Sin embargo, esta postura es incompatible con el enfoque integral de JT que se ha construido de cara al contexto colombiano, ya que la esencia de este enfoque radicaría en la flexibilización penal: en la flexibilización del deber de investigar y sancionar a través de medidas judiciales especiales.

Ahora bien, el Acuerdo Final firmado en Colombia para transitar de la guerra a la paz contiene un sistema de justicia transicional profundamente complejo y singular que aún está bajo estudio. ¿Cuántas personas que juzgan el acuerdo lo han leído en su totalidad? ¿Cuántas lo han releído ante su complejidad? Y, por último, ¿cuántas han determinado la coherencia de dichos acuerdos con lo establecido en el año 2012 en el MJP? Zalaquett anticipa algunos cuestionamientos que se ubican en la línea de reflexión que se enfrentan en este artículo en relación con el deber internacional de investigar y sancionar crímenes atroces:

(a) ¿La obligación de enjuiciar y castigar supone necesariamente imponer penas privativas de libertad y llevar a cabo procesos criminales como los reconocidos en la mayor parte de los países? ¿O bien puede contemplar procedimientos alternativos consuetudinarios o, como en el caso de Sudáfrica, el otorgamiento de amnistías (con excepción de los crímenes que no pueden ser calificados de políticamente motivados) sujetas a la condición de una revelación pública y completa de lo ocurrido y de la participación del declarante? (b) Si una persona ha sido condenada por crimen de guerra o crimen contra la humanidad, ¿es legítimo que se beneficie de medidas ulteriores de clemencia, en la medida en que éstas no sean, de hecho, un modo de evadir los efectos de la justicia? (2007, p. 194).

Si bien se está afín con el pensamiento de Zalaquett y, se comparte la tesis de que los Estados deben tener un amplio margen de

apreciación para resolver los conflictos internos como parte del ejercicio de su soberanía y, sobre esa base, construir el modelo de JT que mejor se adapte a sus necesidades. También se toma distancia en la medida en que se considera que al momento de equilibrar las necesidades de justicia con las exigencias colectivas de reparación y memoria es necesario adherirse a los estándares internacionales de justicia que actúan como un punto de partida, pero también de llegada, en el diseño e implementación de medidas de JT.

2. EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA JUSTICIA Y LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

El objetivo de esta sección es conocer el estándar internacional sobre el derecho a la justicia y los avances en el ámbito internacional en la lucha contra la impunidad, principalmente a partir de una lectura de los documentos de *soft law* adoptados por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de confrontar este balance con la forma en que el Estado colombiano ha aunado esfuerzos para cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de este estándar.

¿Cuál es la relación entre el estándar internacional sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad y el deber internacional de investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos? La relación que existe entre estas dos categorías se establece en virtud de que la investigación y sanción es una parte del estándar internacional sobre el derecho a la justicia; en otras palabras, el estándar internacional sobre el derecho a la justicia contiene el deber de investigación y sanción. Así se confirma por el CEJIL: “la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta *un componente clave para la obtención de justicia*, y con ello, para el fortalecimiento de un verdadero Estado de Derecho” (2010, p. 3) (cursivas propias).

El desarrollo de la justicia internacional y en la lucha contra la impunidad comienza a consolidarse en el 2002 con el coloquio «Luchar contra la impunidad: Desafíos y perspectivas», realizado del 11 al 13 de marzo por el Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional gracias a la égida del Ministerio Belga de Asuntos Exteriores y de la Coalición por la Corte Penal Internacional. Allí se contempla una variedad de principios

contra la impunidad y por la justicia internacional cuyo propósito es el de contribuir a su desarrollo. Estos principios no solo realizan una importante síntesis histórica de los fenómenos que causaron que la opinión pública internacional fijara su mirada en el fenómeno de la impunidad, sino que además están dirigidos a un público más amplio, conformado por Estados, sociedad civil, las ONG, fiscales, los jueces, investigadores y abogados, que resultan ser un punto de partida en este análisis (Marullo, 2015, pp. 9-47).

Los Principios de Bruselas abordan dos cuestiones fundamentales, con nutridos argumentos históricos: la primera, se refiere a las razones que han intensificado la lucha contra la impunidad en el ámbito global; la segunda, tiene que ver con las razones que confirman que la lucha contra la impunidad es una exigencia vigente. Algunos de estos argumentos son: (1) el juzgamiento de los crímenes más graves por parte de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) son un reflejo de los esfuerzos de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad; (2) la lucha contra la impunidad se fortalece en el 2002 con la conformación de un tribunal especial para Sierra Leone por las Naciones Unidas; (3) la entrada en vigor el 01 de julio de 2002 de la Corte Penal Internacional para juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional constituye un ataque frontal a la impunidad a nivel global; (4) los procesos llevados a cabo por los Estados a la luz del *principio de competencia o jurisdicción universal*, un principio que exige que se investigue penalmente ciertos crímenes con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima (Philippe, 2006), han afianzado la legitimidad de la justicia internacional; (4) finalmente, la lucha contra la impunidad ha sido respaldada por los documentos de *soft law* de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas y *The Princeton Principles On Universal Jurisdiction*, los cuales se perfilan como directrices y pautas de interpretación vinculantes (Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional, 2002, p. 1).

El primero de estos principios define impunidad en los siguientes términos: “Por *“impunidad”*, se entiende la omisión de investigar, enjuiciar y juzgar a las personas físicas y moralmente responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional

humanitario” (p. 2). Según esta definición, la impunidad nace de manera negativa como la omisión del deber de investigar. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, también conocidos como los Principios Orentlicher, van más lejos al establecer la condena a penas apropiadas como elemento de su definición:

Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocido culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 37).

De la misma forma, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos ha hecho una contribución notable a la definición de la impunidad en diversos escenarios, principalmente en contextos de desaparición forzada, a partir de la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[Impunidad es] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, [bajo la obligación general del] Estado [de] combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (Corte Interamericana, 2001, párr. 56)¹.

1. La definición de impunidad es destacada por buena parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; entre otros, véase *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 56*; *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 120*; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 175*; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C. No. 270, párr. 359, 361, 370*; *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones*

Las definiciones precedentes de impunidad indican que el debate sobre la implementación de una estrategia de investigación judicial de fuertes violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario con fundamento en la selección y priorización de casos constituye una alternativa a la investigación judicial penal exhaustiva. Es una alternativa (viable y coherente) porque no renuncia a la investigación judicial en su totalidad, sino que se enfoca en los delitos más graves y representativos del conflicto armado y en los máximos responsables, de acuerdo con los criterios de selección y priorización definidos en la Constitución (el Acto Legislativo 01 de 2017 incorporó en la Constitución la aplicación del componente de Justicia del SIVJNRN aplicable a agentes del Estado investigados, procesados o condenados por delitos ocurridos en relación con el conflicto armado) y en la ley. Además, esta alternativa contiene penas apropiadas para aquellos que sean seleccionados como máximos responsables y se complementa con otro tipo de medidas judiciales especiales penales como las concebidas en el inciso 4 del artículo 1 del MJP y las contempladas en el Acto Legislativo 1 de 2017.

Ahora, los avances en la lucha contra la impunidad han dado lugar a un verdadero marco normativo internacional sobre el derecho a la justicia: (a) la Declaración y programa de acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos; (b) el Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, (c) el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, (d) el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, (e) los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, (f) el Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad y, (g) el Informe del

y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. Sobre este asunto, el CEJIL considera que "el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano ha estado ligado a la persistencia de graves violaciones de derechos humanos y de impunidad en la región" (2010, p. 6).

Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, entre otros.

De este conjunto Felipe Gómez Isa (2008) resalta la importancia de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada del 14 al 25 de junio de 1993 en Viena (Austria), sobre la cuestión de la impunidad y su posicionamiento en la agenda internacional:

El fenómeno de la impunidad y sus consecuencias en el respeto efectivo de los derechos humanos ha comenzado a estar presente en la agenda de los derechos humanos a mediados de los años 80 y principios de los 90, sobre todo tras la preocupación mostrada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993 y su apoyo a todos los esfuerzos que, en el marco de las Naciones Unidas, se estaban haciendo para tratar de luchar contra ella (p. 165).

Hasta entonces solo se conocían dos antecedentes sobre este tema: de un lado, los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; y de otro, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Sin embargo, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías ya había encargado al experto internacional Louis Joinet la realización de un estudio sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. Joinet expone cuatro etapas fundamentales en la toma de conciencia de la opinión pública internacional respecto de los pilares de la lucha contra la impunidad. La primera etapa, transcurre en la década de los 70 caracterizada por la defensa de la amnistía de los presos políticos en países de América Latina como Uruguay, Brasil y Paraguay. La segunda etapa, se presenta durante la década de los 80 en la que la amnistía perdió su preponderancia al considerarse un incentivo a la impunidad. En la tercera etapa, la cuestión de la impunidad se ubica en el centro de atención del debate que busca un equilibrio entre la lógica del olvido y la lógica de la justicia. La cuarta etapa, en palabras del propio Louis Joinet: "refleja la toma de conciencia por la comunidad internacional de la importancia que

reviste la lucha contra la impunidad” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p.72).

En la misma línea, los Principios Orentlicher (2005) consideran desde su preámbulo la exigencia de adoptar disposiciones eficaces en la lucha contra la impunidad, según se desprende del deber internacional de los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos. Allí el derecho a la justicia es un elemento necesario de la reconciliación justa y duradera. En ese sentido, el Principio 1º contempla la obligación general de los Estados de adoptar medidas eficaces para la lucha contra la impunidad:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, *adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores*, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 38, cursivas nuestras).

Los Principios Orentlicher (2005) revelan que la impunidad es producto de la infracción al deber internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. Estos principios contienen en el capítulo III algunas directrices políticas que definen los contornos del derecho a la justicia: 1. Los deberes de los estados en materia de administración de justicia (Principio 19º). 2. La competencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados (Principio 20º). 3. Las medidas para reforzar la eficacia de los principios jurídicos internacionales relativos a la competencia universal e internacional (Principio 21º). 4. Las medidas restrictivas incorporadas a determinadas normas del derecho que se justifican por la lucha contra la impunidad (Principios 22 al 30).

De este conjunto cabe distinguir el Principio 19º porque contiene el deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los delitos atroces: “los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas,

independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 45). Además, contempla que los Estados velarán por “la amplia participación jurídica en el proceso judicial de todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga interés legítimo en el proceso” (p. 45), lo cual contribuye en la dirección del acceso a la justicia.

Por último, el 16 de diciembre de 2005 la Asamblea General de la ONU aprobó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Al igual que en los Principios Orentlicher (2005), este documento de *soft law* dispone desde el preámbulo la obligación que tienen los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos mediante el enjuiciamiento de los responsables de ciertos crímenes, contribuyendo de este modo a la eliminación de la impunidad. De ahí se sigue “que el derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los responsables de determinados crímenes internacionales conforme a *las obligaciones de los Estados y a los requisitos del derecho interno*” (Resolución 60/147, 2005). Al mismo tiempo, dispone que la obligación de respetar comprende el deber de investigar y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables:

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: [...] b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional (Principio 3º).

El principio 4º de esta resolución de la Asamblea General extiende este deber de respeto al “juzgamiento” y “castigo” de los responsables de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario: “Los Estados tienen la obligación de

investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de violaciones y, si se les declara culpables, la obligación de castigarlas” (Principio 4º).

Frente a este escenario de un complejo entramado de disposiciones internacionales sobre el derecho a la justicia, los teóricos del deber de castigar en las transiciones políticas se inclinan por la necesidad de establecer no solo un juzgamiento de los responsables de los crímenes más graves, sino además de asegurar su castigo con penas apropiadas. Por ejemplo, en Uprimny *et al*, se defiende la siguiente postura: “los tratados internacionales que consagran el deber de investigar, juzgar y sancionar, lo hacen en términos de un enjuiciamiento penal de los responsables de los crímenes a los que se refieren” (2014, pp. 21-22). Este planteamiento confirma que “la investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido a las víctimas” (CEJIL, 2010, p. 17), en el sentido que se dice que son claves para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Según tal postura, “esta obligación no puede ser sustituida por medidas como el establecimiento de la verdad” (Uprimny *et al*, 2014, pp. 21-22), toda vez que “el derecho a la justicia goza de amplio reconocimiento en el panorama internacional, reconocimiento en el que las Naciones Unidas han jugado un papel fundamental” (Gómez, 2008, p. 169-170). Este reconocimiento le otorga al derecho a la justicia un cierto grado de preponderancia frente a otros derechos. En un sentido similar se expresa Felipe Gómez Isa cuando afirma que el derecho a la justicia implica en esencia que “los Estados tienen el deber de crear el entramado judicial necesario para la denuncia, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos casos de violaciones de los derechos humanos” (2008, p. 170), y exige que “los Estados extremen las medidas para evitar la impunidad ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” (p. 170).

En conclusión, el estándar internacional sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad contiene deberes que deben ser observados por los Estados a la hora de lidiar

con pasados de abusos graves y sistemáticos de derechos humanos. Los documentos de *soft law* que aquí se presentan y comentan constituyen sin duda un punto de partida y de llegada en la implementación de un enfoque holístico de justicia transicional en Colombia que no se pueden desatender.

3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN PREVISTO EN EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

En esta sección se identifican algunas estrategias para la implementación del deber internacional de investigación y sanción mediante el análisis de los mecanismos de JT establecidos en el inciso 4, del artículo 1, del Acto Legislativo 1 de 2012. El propósito es reflejar cómo el desafío de implementar el deber internacional de investigación y sanción, que enfrenta actualmente el Gobierno colombiano, puede ser acompañado desde un diálogo reflexivo con los especialistas en la materia respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y las normas jurídicas proferidas hasta el momento.

La hipótesis que se defiende se estructura a partir de tres momentos: primero, que el enfoque maximalista de JT o enfoque investigativo “*case by case*”, puesto en marcha a través del «Proceso Especial de Justicia y Paz» que se implementó mediante la Ley 975 de 2005 y otras normas concordantes, debe ser abandonado totalmente debido a su fracaso consistente en la imposibilidad de lograr imputaciones exhaustivas de todos y cada uno de los hechos cometidos por los postulados, tal como sostienen autores como López (2010), Ambos (2015) y Halling y Zuluaga (2015, pp. 205-206). A título ilustrativo, el jurista López Medina sostiene que:

La mejor forma de garantizar la verdad, justicia y reparación de las víctimas no se hallará en la realización de imputaciones exhaustivas de todos y cada uno de los hechos cometidos por los postulados, por la imposibilidad de lograr tal estadio. Por el contrario, este objetivo de la ley se desarrollaría más plenamente si se efectúan investigaciones integrales que logren dar cuenta de la empresa criminal acometida por los grupos armados al margen de la ley y que ofrezcan narrativas ampliadas que les permitan conocer no sólo a las víctimas sino a la comunidad en general lo que ocurrió en

este período de la historia de Colombia (2010, p. 60).

Segundo, deben implementarse, en la mayor medida posible, los criterios de priorización y selección de delitos que fundamentan su legitimidad en la adopción de un sistema integral (u holístico) de JT a partir de lo expuesto en el MJP, donde la investigación penal se enfoca en los delitos cometidos por los “máximos responsables”. Estos dos criterios se deben acompañar con la aplicación en la praxis de algunas medidas judiciales especiales y diferenciadas: entre otras, la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas y suspensión condicional de la ejecución de la pena. Tercero, los diversos mecanismos judiciales de JT deben comprenderse en el marco de su naturaleza complementaria, articulada y condicionada tal como se desprende de la integración de la unidad normativa del inciso 4 del artículo 1 del MJP (Díaz, 2019).

Los mecanismos judiciales especiales que se establecen en el sistema integral de JT en Colombia se formulan sin perjuicio del deber internacional de investigar en tanto que los Estados (en general) y Colombia (en particular) están sometidos tanto a los instrumentos internacionales a partir del momento en el que se hacen parte de él (CEJIL, 2013) como a los documentos de *soft law* enunciados en el acápite anterior. Es por eso que, por ejemplo, el Estado colombiano se encuentra vinculado desde el 21 de junio de 1985 a la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos luego de ratificar el instrumento que reconoce la vinculación a este sistema regional de protección. Desde esta perspectiva, el Estado colombiano se encuentra vinculado no solo por los principios de *soft law* enunciados en la primera sección, sino además por las obligaciones generales contraídas en virtud de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana².

2. Dicho lo anterior, es importante hacer la siguiente salvedad. Este artículo no se enfoca en el importante trabajo de explorar de manera sistemática el estándar construido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el deber internacional de investigar y sancionar en contextos de conflicto armado. Por ejemplo, en relación con el precedente fijado en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

3.1. El fracaso del enfoque maximalista de la Justicia Transicional

En adelante se expone la forma en que fracasó el enfoque maximalista de la exhaustividad a partir de una observación de algunos documentos de la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN). Las actuales dimensiones del conflicto colombiano y la ausencia de recursos hacen insostenible el enfoque maximalista en la investigación judicial penal. Este enfoque fracasó debido, *inter alia*, a la imposibilidad de investigar a todos los postulados por cada uno de los delitos acaecidos durante el conflicto armado como se pretendía a partir de la ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz (en adelante LJP), modificada por el artículo 13 de la Ley 1592 de 2012 y normas concordantes. En particular, la Ley 1592 de 2012 “*Por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005*” reformó la LJP introduciendo el artículo 16A en donde prevé la implementación de criterios de priorización, así:

Artículo 16A. Criterios de Priorización de casos. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento. Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el “Plan Integral de Investigación Priorizada. (L. 1592/2012, art. 16A).

La FGN, siguiendo esta línea, profirió el 4 de octubre de 2012, la directiva 0001 en la que adoptó criterios de priorización de situaciones y casos y, anunció la creación de un nuevo modelo de investigación judicial penal en el marco de la JT en Colombia (Colombia, 2013). Allí la Fiscalía se propone:

Combatir de forma más eficiente la criminalidad organizada; conocer mejor el contexto del conflicto armado en Colombia para abordar mejor los procesos de justicia transicional; legitimar y hacer más efectiva la administración de justicia mediante

la racionalización de los recursos y su transparente gerencia, y atender las exigencias de la sociedad civil para desarticular a los grupos que vulneran gravemente los derechos humanos (D. 0001/12, párr. 3).

Un año después la Unidad Nacional de Análisis y Contextos -UNAC- presentó informe de rendición de cuentas para el periodo 2012-2013 denominado *Innovación en la investigación penal*, en el que se entregaron los logros y retos en la implementación del nuevo modelo de investigación penal. Fundamentalmente, la Fiscalía presumía de haber adelantado un número importante de casos, pero reconocía la importancia de cambiar el enfoque de investigación debido a su incapacidad para responder a las necesidades actuales. El 10 de enero de 2012 se había presentado el «Plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz» por la Jefatura de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, con miras a responder las críticas realizadas al proceso de justicia y paz por sus precarios resultados. Tal como se enuncia en este Plan de Acción,

Hasta el momento, se han proferido 14 sentencias, ninguna de ellas contra quien ostentara la doble condición de máximos responsables y miembros representantes. En igual forma, se observa que las sentencias no atienden con suficiencia hechos criminales que reflejen patrones de macrocriminalidad y macro-victimización, que permitan consolidar aspectos esenciales de reconstrucción histórica de los hechos cometidos en el orden geográfico, político, económico y social, incluyendo la descripción de estrategias de la organización delictiva, sus dinámicas locales, regionales, nacionales, aspectos logísticos, modus operandi, actores públicos y privados, entre otros (Colombia, 2012).

Posteriormente, Juan Pablo Hinestrosa Vélez, el entonces Director de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, presentó el 31 de enero de 2014 la «Continuación plan de acción priorización Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz año 2014», con el objetivo de “continuar las audiencias concentradas de los 16 casos de las macro-estructuras y máximos responsables de las AUC y Grupos subversivos, radicadas ante las Salas de Conocimiento de

Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Bogotá, Medellín y Barranquilla” (Colombia, 2014), “utilizar esquemas de doble imputación en la investigación de las demás estructuras de las denominadas “autodefensas unidas de Colombia” y grupos subversivos (FARC y ELN) que no hicieron parte de la primera fase del Plan de Acción del año 2013” (Colombia, 2014) y “promover e impulsar las investigaciones en la jurisdicción permanente en contra de los desmovilizados no postulados, integrantes que tuvieron o actualmente ostentan mando, verbigracia, comandantes de Frente, Bloque, Secretariado o Estado Mayor, así como terceros que sin ser de la organización participaron de los mismos” (Colombia, 2014). Todo lo anterior no ha sido suficiente por parte de la FGN: de ahí la necesidad de profundizar en las medidas contempladas en el MJP.

En esta línea, Diego López Medina (2010) analiza el trabajo desplegado por la Unidad de Justicia y Paz de la FGN en relación con las imputaciones e investigaciones adelantadas en el marco de la LJP. Denuncia que las tesis maximalistas provocan impunidad, en lugar de justicia: “paradójicamente [las tesis maximalistas] pueden conducir a que se produzcan resultados tendientes a la impunidad por las dimensiones que ha alcanzado el conflicto en Colombia y por la correlativa ausencia de recursos para adelantar investigaciones con estas características” (p. 49). La LJP se inscribe como antecedente de una serie de normas nacionales promulgadas con el ánimo de afrontar el pasado de abusos graves y sistemáticos a los derechos humanos: entre ellas, cabe destacar las leyes 1424 de 2010, 1448 de 2011, 1592 de 2012, 1820 de 2016, 1922 de 2018 y el Acto Legislativo 01 de 2017.

La LJP, en particular, provocó al interior del derecho colombiano un debate sobre la garantía del derecho a la justicia y, en general, de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario (López, 2010). Este debate estuvo marcado por dos posturas en conflicto. De un lado, se sostuvo que la Ley 975 de 2005 constituyó un esfuerzo legítimo del Estado colombiano por desestructurar el paramilitarismo y que representó un gran aporte para la consecución de la democracia y la paz perdurable (López, 2010). De otro lado, algunos vieron “con profunda desconfianza la ley y los mecanismos e instrumentos creados por ella

para investigar y juzgar a los miembros de los grupos armados ilegales y le asignan un propósito ajeno a contribuir al logro de la paz” (p. 48). De conformidad con esta última postura, la Ley 975 de 2005 “se traduce en una legalización del accionar de los grupos paramilitares y, por ende, en una garantía de impunidad a los crímenes y delitos cometidos por sus miembros” (p. 48).

Lo cierto es que la FGN tenía bajo la LJP la obligación de adelantar imputaciones exhaustivas contra todos los postulados al proceso de justicia y paz, lo cual resultaba imposible en la praxis. Veamos:

La Fiscalía, en el marco de la Ley de Justicia y Paz (en adelante, LJP o JP), tiene el deber de investigar, imputar y acusar *el conjunto total* de delitos que hayan cometido los postulados de JP (confesados o autónomamente conocidos por la Fiscalía) para así ofrecer reparación integral a todas las víctimas de esos delitos. La tesis maximalista sostiene así que el Estado colombiano tendría, bajo la LJP y el derecho internacional, la obligación de investigar, imputar, y acusar *a todos los postulados por cada uno de los delitos* cometidos durante su periodo de integración en los grupos armados al margen de la ley a los cuales hayan pertenecido (p. 50, cursivas nuestras).

Consecuentemente, la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz, hoy convertida en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, tenía “la obligación de hacer investigaciones integrales (que incluirían el trabajo de recepción de versión libre y, luego, la comprobación de veracidad y esclarecimiento autónomo de hechos) en relación *con todos los hechos* confesados por los postulados o autónomamente comprobados por la Fiscalía” (p. 50). López Medina no solo evidencia algunas inconsistencias y dificultades que entraña la adopción de la postura “maximalista” en la investigación judicial penal, sino que además sostiene que está destinada al fracaso. Uno de los principales argumentos que moviliza para sustentar su afirmación se fundamenta en las experiencias comparadas: ellas “han mostrado las enormes dificultades que entraña la investigación de la clase de crímenes de sistema cometidos por miembros de grupos armados ilegales en contextos de conflicto armado” (p. 49).

Otra crítica que puede dirigirse a esta postura es la formulada por Kai Ambos y John Zuluaga, en los siguientes términos:

El enfoque maximalista es el rótulo asignado a las estrategias de instrucción que incorporan la exigencia de investigaciones integrales. Se señala que dichos enfoques desencadenan un alto nivel de complejidad de los procesos de imputación y acusación y, por lo tanto, de los juicios. A esta concepción compleja (integral) de la investigación *se le imputa la consecuencia de la actual irrealizabilidad del proceso de justicia y paz* y se le señala como una de las causas a la violación de estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas (2014, pp. 13-14, cursivas nuestras).

Estas críticas le costaron al enfoque maximalista de la exhaustividad su lugar preeminente como mecanismo judicial en la investigación penal de crímenes graves en el contexto del conflicto armado dando paso al enfoque holístico de JT (Sánchez y Gutiérrez, 2014). Esta transición de un enfoque maximalista a uno holístico es una salida política a los errores ocurridos en el pasado con el modelo de la LJP. En lugar de investigar todos y cada uno de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, el enfoque integral de JT en Colombia asume una estrategia de investigación con fundamento en la selección y priorización de casos a partir de la crítica al principio toral de la tesis maximalista: el principio de exhaustividad de la investigación (Bergsmo y Saffon, 2011; Avocats sans frontières Canada, 2014). Así, tal como señalan Ambos y Zuluaga:

El aspecto central del concepto de justicia transicional acogido por la Corte en la Sentencia C-579 de 2013 es la importancia que se atribuye al enfoque holístico de las medidas de justicia transicional constitucionalmente admisibles. La concepción holística es, de hecho, uno de los criterios centrales a partir de los cuales se realiza la ponderación concreta de los mecanismos penales que se discuten en toda la decisión judicial (2014, pp. 13-14).

Hasta aquí, podría hacerse el siguiente balance: una respuesta al problema inmerso en la implementación exitosa del estándar internacional sobre el derecho a la justicia y la

lucha contra la impunidad, se encuentra en la actualización del modelo de LJP por un enfoque holístico de JT. Este modelo viabiliza la adopción de una estrategia de investigación penal con fundamento en los principios de selección y priorización de casos; en otras palabras, se surte un efecto de flexibilización del deber internacional de investigación que hace posible la investigación de los crímenes más graves y representativos. Así que los argumentos jurídicos expresados hasta el momento sobre la implementación de los criterios de selección y priorización son el reflejo de la tendencia a flexibilizar la investigación y sanción de graves violaciones de los derechos humanos mediante la adopción de medidas judiciales especiales.

La Corte Constitucional de Colombia justifica esta postura a partir del análisis de cuatro temas específicos, a saber:

La Corte se adhiere a esta narrativa consecuencialista y, respecto al análisis de los *criterios para una estrategia de selección y priorización*, se desentiende de una plataforma conceptual previa que ya había sido desarrollada fundamentalmente a partir de la directiva 1 de la Fiscalía General de la Nación (FGN) y que anticipó incluso la ley estatutaria que debe expedirse a tales fines. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: (i) *impacto externo e interno* de las estrategias de priorización; (ii) *contexto y gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, (iii) *profesionalismo y objetividad* de los criterios y (iv) *Legitimidad* del proceso (Ambos y Zuluaga, 2014, pp. 13-14).

Lo anterior quiere decir que si bien el modelo maximalista de investigación y sanción contemplado en la Ley 975 de 2005 constituye *prima facie* un esfuerzo legítimo del Estado por acabar con las estructuras del paramilitarismo y en la búsqueda de la paz y la democracia, no puede ser sostenido actualmente dadas sus dificultades técnicas y estratégicas frente a la implementación de los estándares internacionales sobre el derecho a la justicia y los derechos de las víctimas. De hecho, el modelo integral de JT debe ajustarse al MJP, con posibilidades de selección y priorización de casos. El mismo sentido le imprime la Corte

Constitucional colombiana en la sentencia C-579 de 2013 que juzga la constitucionalidad de los apartes demandados del Acto Legislativo 1 de 2012:

La posibilidad de centrar la investigación penal en una serie de casos partió de la imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos. De hecho el enfoque investigativo caso a caso no permite establecer patrones y contexto para garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad, por lo cual es necesario centrar esfuerzos y recursos en los casos de los “máximos responsables” y esclarecer el sistema de macro-criminalidad en el que ocurrieron. (Corte Constitucional, 2013, punto 8.2.2.).

La imposibilidad a la que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013 sepulta definitivamente el modelo de investigación judicial penal de caso por caso en contextos de macrocriminalidad y abre la puerta, consecuentemente, a la selección y priorización de delitos.

3.2. Los criterios de selección y priorización de delitos

En el año 2011 el Congreso de la República de Colombia tramitó el Acto Legislativo sobre el MJP con el que pretendía otorgar rango constitucional a una variedad de mecanismos extrajudiciales y judiciales de JT. Desde 1991, año en el que la Constitución Política de Colombia fue promulgada, se contaba en el ordenamiento jurídico interno con una norma constitucional que dispone expresamente que: “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Colombia, 2012, art. 22). Sobre esta base constitucional el 31 de julio de 2012 fue expedido el Acto Legislativo No. 1 estableciendo una variedad de “instrumentos de justicia transicional [que] serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera” (A.L. 01/12, art. 1) y, que posteriormente “mediante una Ley estatutaria se establecerían instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción” (A.L. 01/12, art. 1).

Asimismo, la sala plena de la Corte Constitucional profirió el 28 de agosto de 2013 la sentencia en la que declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas de dicho Acto Legislativo. En ella la Corte abordó el problema jurídico consistente en determinar si las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidos en el artículo 1 del MJP “sustituyen un pilar fundamental de la Constitución Política que es el deber del Estado Colombiano de garantizar los derechos humanos” (Corte Constitucional, 2013, p. 113). En relación específica con los criterios de selección y priorización la Corte Constitucional asume como punto de partida el análisis de las definiciones de los expertos invitados como Iván Orozco Abad, quien hace una pedagógica distinción entre “selección” y “priorización” en los siguientes términos:

[...] la primera corresponde a decidir qué se toma y qué se descarta, qué se persigue y qué no se persigue, mientras que priorizar es decidir qué se persigue primero y qué se persigue después. En este sentido, agrega que tanto la selección como la priorización aún en relación con crímenes muy graves son operaciones connaturales al derecho internacional y doméstico en contextos de transición que tiene como trasfondo grandes y complejos procesos de victimización (Corte Constitucional, 2013, párr. 4.1.4.).

Grosso modo, la selección puede definirse como un mecanismo judicial penal que propende por la identificación y elección de los casos más graves y representativos en contextos de macrocriminalidad con el fin de hacer realizable la investigación judicial. Mientras que la priorización obedece a un mecanismo judicial que supone identificar cuál caso se investigará primero y cuál después. De un lado, John Zuluaga (2014) sintetiza el proceso de incorporación del principio de selección en el ordenamiento jurídico colombiano (concretamente en el Acto Legislativo 01 de 2012) en las siguientes palabras: “En su artículo 1º inciso 4º establece tres ámbitos básicos de selección: Primero, incorpora criterios *ratione personae* (máximos responsables); segundo, criterios *ratione materiae* (crímenes internacionales) y, tercero, la gravedad y representatividad de los casos como lineamientos para determinar los criterios de selección” (p. 170). Al permitir que la investigación se centre

en los “máximos responsables” de los “crímenes internacionales más graves” y “representativos” se asegura que el órgano investigador garantice en una mejor medida el deber de investigar y sancionar.

De otro, la directiva 0001 de 2012 concreta la adopción de criterios de priorización de situaciones y casos al interior del ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de modificar el modelo de persecución penal de caso por caso (*case by case*), y expresa las finalidades perseguidas con la adopción de este modelo, a saber: (1) seguridad ciudadana; (2) conocimiento del contexto del conflicto; (3) legitimidad y eficacia en la administración de justicia y, (4) atender las exigencias de la sociedad civil. Además, allí expone un argumento sobre la armonización de los principios examinados en relación con el derecho internacional de los derechos humanos partiendo para este fin de la exposición de las limitaciones que tendría su implementación:

La primera limitación implica un esfuerzo general de investigación. En otras palabras, el Estado no puede descuidar de manera general sus procedimientos judiciales. Esto incluye las inactividades fiscales absolutas y estructurales. La segunda limitación obliga al Estado a investigar violaciones graves de derechos humanos, lo que incluye la comisión de delitos internacionales. En estos casos, no se puede optar por algo distinto a la investigación y sanción. Lo anterior implica que una priorización objetiva de casos que comprendan las violaciones graves de derechos humanos no riñe con las obligaciones internacionales del Estado en los instrumentos de derechos humanos (Fiscalía General de la Nación, 2012).

En este contexto normativo el MJP incorpora un importante abanico de instrumentos judiciales y extrajudiciales para la lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Hasta aquí la observación de una variedad de normas jurídicas, actos legislativos, jurisprudencia de las Altas Cortes, principios y directrices políticas o administrativas, y de la doctrina nacional e internacional, arroja como resultado el fortalecimiento interno tanto de la paz como de la justicia y su reflejo en la opinión internacional.

Esto se logra a partir de la adopción de un enfoque holístico de JT centrado en la implementación de criterios de selección y priorización de casos.

3.3. Los mecanismos judiciales especiales de Justicia Transicional

El MJP otorga potestad al Gobierno Nacional para que a través del Congreso de la República se encargue de establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procede la aplicación de una variedad de medidas judiciales especiales de JT complementarias a los criterios de selección y priorización de casos. Estos mecanismos se encuentran consagrados expresamente en el inciso 4, del artículo 1, del MJP, aunque han sido desarrollados en las posteriores leyes 1820 de 2016 y 1922 de 2018. Los mecanismos contemplados son: (a) la suspensión condicional de la ejecución de la pena; (b) la autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados; (c) la aplicación de sanciones extrajudiciales; (d) la aplicación de penas alternativas, y (e) las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-579 de 2013 considera que es indispensable que el análisis de sustitución llevado a cabo tenga como punto de partida el estudio de la integración de la unidad normativa del inciso cuarto del artículo primero del Acto Legislativo, esto es, el hecho de que todos los mecanismos se complementan unos a otros. Según esta perspectiva, dichas medidas deben entenderse como partes de un sistema integral que articula coherentemente las exigencias de justicia de las víctimas con las demandas de lograr una paz estable y duradera en Colombia. El párrafo 4.5., de la sentencia C-579 de 2013 contribuye a reforzar esta idea:

De esta manera, el inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012 no consagra instrumentos aislados sino un sistema complejo de justicia transicional para cumplir con las finalidades de 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: el cual se

encuentra consagrado en el inciso cuarto del artículo primero (Corte Constitucional, 2013, párr. 4.5.).

Por consiguiente, la integración de la unidad normativa expresa la importancia de reflexionar sobre un sistema holístico de JT, es decir un sistema considerado en bloque, y la consecuente ineficacia de reflexionar sobre mecanismos aislados: esto último generaría evidentes fracturas al MJP. En otras palabras, el enfoque integral de justicia transicional demuestra que las exigencias de justicia no pueden abordarse de espaldas a las exigencias de verdad, memoria y garantías de no repetición. El centro de los acuerdos alcanzados en el contexto colombiano entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional evidencia que todos los componentes deben estar con la mirada puesta sobre el respeto y garantía de los derechos humanos de las víctimas de este conflicto, sobre el cual se viene a dar una luz de esperanza y reconciliación.

A) la suspensión condicional de la ejecución de la pena

¿Qué es la suspensión condicional de la ejecución de la pena? La suspensión condicional de la ejecución de la pena se puede definir como un mecanismo jurídico sustitutivo de la pena privativa de la libertad que entra a sumarse a los ya establecidos en el título IV del Capítulo III de la Ley 599 de 2000. La consagración de la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el MJP es solamente uno de los elementos que sustentan los esfuerzos del Estado colombiano de cumplir con las obligaciones positivas emanadas del estándar internacional sobre el derecho a la justicia. Responde al llamado constitucional de facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz, con garantías de no repetición y de seguridad para los colombianos, así como de respetar, proteger y garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

No obstante, no se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, ni libre de discusiones, sino de una medida judicial que ha sido objeto de dos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad como la 711 de 2011 y la 579 de 2013. Adicionalmente, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido reglamentada mediante la promulgación de las siguientes normas: leyes 975 de 2005 y 1424 de

2010; decretos 880 de 2008, 614 de 2009 y 3011 de 2013.

En primer lugar, el artículo 61 de la Ley 975 de 2005 establece que el Presidente de la República tiene la potestad de solicitarla a la autoridad correspondiente, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 61. El Presidente de la República tendrá la facultad de solicitar a la autoridad competente, para los efectos y en los términos de la presente ley, la suspensión condicional de la pena, y el beneficio de la pena alternativa a favor de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley con los cuales se llego a acuerdos humanitarios.

El Gobierno Nacional podrá exigir las condiciones que estime pertinentes para que estas decisiones contribuyan efectivamente a la búsqueda y logro de la paz (L. 975/05, art. 61).

En segundo lugar, el decreto 880 de 2008, derogado por el artículo 99 del decreto 3011 de 2013, autorizaba al Presidente de la República de Colombia para realizar acuerdos humanitarios con grupos armados organizados al margen de la ley y concederles beneficios a sus miembros, tales como la “suspensión condicional de la pena” y el “beneficio de la pena alternativa”. El artículo 63 del Código Penal colombiano contiene una disposición que regula «la suspensión de la ejecución de la pena» por un periodo de 2 a 5 años, siempre que concurran los siguientes requisitos: (1) que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 3 años. (2) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En tercer lugar, dado que en Colombia las medidas de JT son entendidas para una situación especial de conflicto armado no es conveniente utilizar el mismo estándar concebido en el Código Penal. Atendiendo a ello, se expidió la Ley 1424 de 2010, la cual fue revisada posteriormente por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-711 de 2011. De un lado, la Ley 1424 contempló la posibilidad de que en el marco de la JT se pudiera conceder la suspensión de la ejecución de la pena por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la sentencia. Para este

propósito el Gobierno delineó en el artículo 7º una serie de condiciones que deberían tenerse en cuenta, como por ejemplo: (a) petición formal a la autoridad judicial competente por parte del Gobierno Nacional, (b) suscribir el Acuerdo de Contribución a la Verdad y Reparación, (c) ejecutar actividades de servicio social en las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración, (d) reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado, entre otros.

De otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia C-711 de 2011 decidió sobre la constitucionalidad de los fragmentos demandados de los artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 1424 de 2010. Si bien es cierto la Corte resolvió esta demanda declarando la exequibilidad de los fragmentos demandados, también lo es que alrededor de la imposibilidad de presentar un recurso judicial en contra de la decisión que confiere estos beneficios jurídicos específicos contemplados en los artículos 6º y 7º se desarrolló un agitado debate a la luz de los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Constitución Política; 1, 2, 3, 8 y 25 de la Convención Americana y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El problema central radicaba en que según los demandantes la decisión que se tomará a este respecto dependía mayoritariamente de la iniciativa del Gobierno Nacional, la cual no era impugnabile. Sin embargo, la Corte aclaró esta situación al distinguir entre la iniciativa del Gobierno y las determinaciones que el juez adopte frente a tales solicitudes, “pues en realidad la misma norma tácitamente deja a salvo la posibilidad de que estas últimas sean impugnadas” (Corte Constitucional, 2013, párr. 5.1.3.).

Por último, el MJP consagró la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A partir de los debates llevados a cabo sobre el MJP la Corte Constitucional sostiene que la suspensión de la ejecución de la pena sería aplicable a aquellos eventos en los cuales el caso no sea seleccionado, pero no para los seleccionados. En palabras de la propia Corte Constitucional:

A partir de esta exposición del trámite legislativo, en todo caso es claro que el Marco Jurídico para la Paz establece que la suspensión condicional total de la ejecución de la pena no se aplica a los casos

seleccionados, es decir, y tal como se ha explicado en la premisa menor, a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio [...] El mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (2013, párr. 4.5. y 9.8.8.).

En conclusión, los criterios de selección introducidos anteriormente de la mano de Zuluaga en relación con los casos que son seleccionados (*ratione personae, ratione materiae* y representatividad) permiten identificar en qué casos no es viable la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En el resto de casos (aquellos que no son seleccionados) sí es viable.

B) autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados

El MJP plasma la autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. El magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en aclaración de voto a la sentencia C-579 de 2013, permite conceptualizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal como una medida judicial penal especial adoptada en el marco de la justicia transicional, sobre la base del deber de buscar la reconciliación y la paz. La renuncia condicionada a la persecución judicial penal, al igual que los otros mecanismos judiciales de JT, “están orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Corte Constitucional, 2013, párr. 9.8.).

La renuncia condicionada de la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados no opera sobre máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. Además, la Corte advierte que respecto de los casos que sí procede la renuncia de la persecución judicial, ésta podrá revocarse cuando no se

cumplan los requisitos contemplados en el MJP, a saber: “[...] como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores” (Párr. 9.8.).

La Corte Constitucional presenta tres situaciones para ilustrar a qué hace referencia la frase “todos los casos no seleccionados”, es decir, aquellos respecto de los cuales cabe la aplicación de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal. Primero, hace referencia a personas que no siendo máximos responsables tengan participación en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Segundo, se trata de personas que hayan cometido delitos que no sean catalogados como crímenes de lesa humanidad, genocidio o crimen de guerra, como “las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, rebelión” (Párr. 8.2.7.1.). Por último, aplica en situaciones de crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática, esto es, sin relación con el conflicto, tal como quedó reglamentado en la Ley 1820 de 2016.

C) La aplicación de sanciones extrajudiciales

Además de las medidas judiciales penales especiales de suspensión de la ejecución de la pena y renuncia condicionada a la persecución judicial penal, el inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, tipificó la aplicación de sanciones extrajudiciales.

La Corte Constitucional en la conclusión a la sentencia C-579 de 2013 se pregunta si: ¿los elementos de JT introducidos por el marco jurídico para la paz son incompatibles con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de las sociedades y de las víctimas, a través del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario? En este sentido, la Corte Constitucional responde que ni la aplicación de los mecanismos especiales de suspensión de la ejecución de la pena, ni sanciones extrajudiciales,

ni ninguna otra medida judicial penal especial concebida en el inciso 4º del artículo 1º, del Acto Legislativo en mención, implicaban por sí solos la sustitución de los pilares fundamentales de la Constitución Política de 1991, toda vez que su fundamento consiste en garantizar los derechos de las víctimas sin perjuicio del deber internacional de investigación y sanción de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.

La Corte resalta, igualmente, que todos los mecanismos judiciales de JT tienen aplicación para eventos distintos: en este caso “Las sanciones extrajudiciales serían aplicadas como consecuencia de los mecanismos extrajudiciales” (2013, párr. 8.3.2.). En los acuerdos de La Habana, el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP pactaron un listado de sanciones de todo tipo, las cuales, en su gran mayoría, corresponden a sanciones extrajudiciales, verbigracia, (a) participación/ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, entre otros; (b) participación y ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento, (c) participación y ejecución de programas de limpieza de erradicación de minas antipersonas y artefactos explosivos improvisados, y (d) participación/ejecución de programas de Desarrollo urbano; entre otros.

D) La aplicación de penas alternativas

Las penas alternativas son aquellas penas que reemplazan a las que ordinariamente corresponden cumplirse. Es importante mencionar que producto de las negociaciones se pactó, en el Acuerdo de Víctimas (pp. 45-49), un listado de sanciones que se aplican a tres diferentes tipos de personas, dependiendo del grado de su contribución a la verdad: en primer lugar, sanciones aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades; en segundo lugar, sanciones aplicables a quienes reconozcan verdad y responsabilidades por primera vez en el proceso contradictorio ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, antes de dictarse sentencia; y en tercer lugar, sanciones aplicables a quienes no reconozcan Verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio ante la Sección de Primera

Instancia del Tribunal para la Paz y resulten declarados culpables por éste.

Igualmente, se “definen en la Ponencia para Primer Debate en el Senado de la República como un beneficio condicionado en el marco de procesos penales” (Corte Constitucional, 2013, párr. 8.2.8). También se considera que la aplicación de penas alternativas es uno de los elementos fundamentales del esquema de JT adoptado por el MJP.

Ahora, ninguna medida judicial penal especial concebida en el inciso 4º, del artículo 1º, del Acto Legislativo 01 de 2012, implica por sí sola una sustitución del pilar fundamental que contiene la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos. Esta afirmación aplica para el caso de la aplicación de penas alternativas. De hecho, la experiencia internacional en casos como los de Timor Oriental y Ruanda muestran la necesidad de adoptar penas alternativas u otro tipo de medidas judiciales que garanticen la reconciliación y la paz, tal como lo argumenta la Corte Constitucional:

De esta manera, las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena como mecanismos ordinarios o de justicia transicional son plenamente aceptados por la comunidad internacional y además han sido estudiados precisamente por esta Corporación, llegando a la conclusión de que no vulneran ninguna norma constitucional, por lo cual menos aún pueden considerarse como una sustitución de la Constitución. Estos mecanismos se fundan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas a través de sistemas que estén enfocados en la finalidad preventiva de la pena más allá de la retribución. Sobre este aspecto debe resaltarse que desde la sentencia C-144 de 1997 esta Corporación ha señalado de manera contundente la finalidad preventiva de la pena y la necesidad de entender que la retribución es un límite pero no una función de la misma (2013, párr. 8.3.2.).

Por consiguiente, las penas alternativas son mecanismos judiciales configurados en el contexto del tránsito de la guerra a la paz que no vulneran el estándar internacional sobre el

derecho a la justicia y que no impiden la lucha contra la impunidad.

E) Las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena

Las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena fueron concebidas con el propósito de contribuir con la satisfacción de los derechos de las víctimas y la garantía del deber internacional de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Su campo de actuación abarca situaciones en las que se ha impuesto una sentencia en firme tanto para casos seleccionados como no seleccionados. Al igual que en los literales anteriores, debe expresarse que las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena no implican de ningún modo una sustitución del pilar fundamental de la Constitución Política, tal como lo afirma expresamente la Corte Constitucional en sus conclusiones sobre el análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012: “La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta” (2013, párr. 9.8.).

Por lo tanto, las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena son medidas judiciales de justicia transicional legítimas empleadas por el Estado colombiano para lidiar con el pasado de abusos graves y sistemáticos acaecidos durante el conflicto armado interno.

CONCLUSIONES

Es una tarea difícil pensar una propuesta definitiva para afrontar los pasados de abusos graves y sistemáticos de los derechos humanos ocurridos durante el conflicto armado en Colombia que, además, se realice de cara a los estándares internacionales sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad. El propósito de este texto no fue solucionar los problemas que encara la JT en Colombia, sino intentar poner de presente que los estándares internacionales sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad constituyen pilares fundamentales para la consecución de una paz estable y duradera, y para la reconciliación nacional.

La doctrina especializada ha contribuido al debate marcando pautas de interpretación que permiten que la discusión sobre la forma de afrontar pasados de abusos graves y sistemáticos adopte una u otra postura, como enseña Gómez a partir de la confrontación entre Zalaquett y Orentlicher. La lectura y exposición de algunas ideas sostenidas por los teóricos suministran elementos para apoyar el argumento de que en Colombia se construye un enfoque holístico o integral de JT, un enfoque novedoso, cuyas ventajas se hallan en la determinación de una variedad de mecanismos judiciales y extrajudiciales de JT que se entienden de manera armónica e interrelacionada de tal forma que la búsqueda de la paz encuentra un camino transparente para su realización.

Estos mecanismos son los que permiten hablar actualmente de implementación del deber internacional de investigación y sanción en el contexto político que atraviesa Colombia. Son estos mismos mecanismos los que deben respetar y garantizar el deber internacional de investigación y sanción de serias violaciones a los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario. La comunidad internacional debe acompañar los procesos de JT, pero no podemos fiarnos completamente en ellos. Los estándares proferidos por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, establecen solamente un mínimo ético consistente en la necesidad de evitación de la impunidad.

En Colombia no tuvo éxito en el pasado ni es viable en el presente sostener un modelo maximalista en la investigación judicial penal. En esto se debe ser insistente: el modelo maximalista fracasó. Este fracaso dio paso a la posibilidad de implementar criterios de priorización y selección de casos, así como mecanismos judiciales especiales de JT. Así, el enfoque holístico de JT constituye una renovación al antiguo modelo de LJP, pero además constituye la esperanza del pueblo colombiano por conseguir después de más de 50 años el fin del conflicto entre la guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano.

Para cerrar, se puede decir que las medidas especiales penales judiciales previstas en el inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012 no constituyen una violación del deber internacional

de investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (en esto se está de acuerdo con la Corte), aunque deben ser objeto de seguimiento. Partiendo de la unidad normativa de este inciso y del enfoque integral de JT, debe hacerse un análisis contextual, en el que los diversos mecanismos judiciales como la suspensión de la ejecución de la pena, la autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de

todos los casos no seleccionados, la aplicación de sanciones extrajudiciales, la aplicación de penas alternativas y de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, se entiendan orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como a garantizar el deber estatal de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

BIBLIOGRAFÍA

- *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.* (2012). En el que se consignaron los puntos centrales de la negociación y suscrito por el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia el 26 de agosto de 2012 en La Habana (Cuba).
- *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.* (2015). La Habana, 2015.
- *Avocats sans frontières Canada.* (2014). *Paz con justicia transicional: Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*, (Documento de trabajo elaborado por Alejandro Valencia Villa), Québec.
- Ambos, K., Cote Barco, G., Ibáñez, C., Sánchez, N., Tarapués, D., Villa, G., y Zuluaga, J. (2014). *Justicia de transición y constitución: Análisis a la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional* (Kai Ambos, Coord.). Bogotá: Temis; CEDPAL; Konrad Adenauer.
- Ambos, K. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo: Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*; Barcelona: Marcial Pons; Ediciones jurídicas y sociales.
- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K. (2015). "Evaluando la justicia transicional", *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS (9): 468-472.
- Arendt, Hannah. (2003). *Eichman in Jerusalem: Un estudio acerca de la banalidad del mal*, Barcelona: Lumen.
- Bergsmo, M., y Saffon, M., P. (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado*. Bogotá: GIZ, pp. 23-112.
- Colombia. (2010). *Constitución Política de 1991*, Bogotá: Legis.
- Colombia. (2012). *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Bogotá.
- Colombia. (2013). *Innovación en la investigación penal: Informe de rendición de cuentas 2012-2013*. Bogotá: Unidad Nacional de Análisis y Contextos, Fiscalía General de la Nación. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>

- Colombia. Fiscalía General de la Nación. (2014). *Continuación plan de acción priorización Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz año 2014*. Bogotá.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas*, (G. Gallón Giraldo y M. Reed Hurtado, eds.). Bogotá: Opciones Gráficas Editores.
- CEJIL. (2010). *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Disponible en <<https://cejil.org/es/debida-diligencia-investigacion-graves-violaciones-derechos-humanos>>
- CEJIL. (2013). *La debida diligencia en las actuaciones del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*. Buenos Aires: Eudeba.
- Díaz, J. M. (2019). *El modelo de integración normativa previsto en el proyecto de ley estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz: un análisis desde el derecho internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiscalía General de la Nación. (2012). Directiva 1 de 2012, Disponible en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>
- Gómez, F. (2008) El fenómeno de la Impunidad: Luces y sombras en América Latina. En (In) *Seguridad y violencia en América Latina: Un reto para la democracia*, Madrid: Agencia Española de Cooperación Internacional, pp. 163-183.
- Grupo de Bruselas por la Justicia Internacional. (2002). «Los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional». Disponible en <<http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02sp.pdf>> (23.11.2015).
- Ibáñez, C., y Sánchez, N. (2014). La justicia transicional como categoría constitucional. En *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, (K. Ambos, Coord.). Bogotá: Temis; CEDPAL; Konrad Adenauer, pp. 107-154.
- Halling, J., y Zuluaga, J. (2015). El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional. *Perspectivas y retos del proceso penal* (A. F. Duarte, Comp.). Medellín: UPB.
- López, D. (2010). Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: Su aplicación al caso colombiano. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 8(16): 45-80.
- Marullo, M. (2015). “La lucha contra la impunidad: El Foro Necessitatis”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3): 9-47.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. (2014). *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*, Doc. A/HRC/27/56/Add.3.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. E/CN.4/2005/102.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. 2005. *Documento final de la Cumbre mundial 2005*, Doc. A/RES/60/1. Nueva York: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. 2005. *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*, Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005.

- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad. 2004. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. S/2004/616. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Seguridad. 2004. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. S/2004/634. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 2004. 60º periodo de sesiones. *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*. Doc. E/CN.4/2004/88.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo Económico y Social. 1997. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- Philippe, X. (2006). Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión. *International Review of the Red Cross*, (862), pp. 1-27.
- Tarapués, D., y Cote, E. (2014). El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013. *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, (K. Ambos, Coord.). Bogotá: Temis; CEDPAL; Konrad Adenauer, pp. 197-271.
- Uprimny, R., Sánchez, L., y Sánchez, N. (2014). *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Colección Dejusticia.
- Zalaquett, J. (2007). El Caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad. *Anuario de Derechos Humanos*. Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, pp. 183-194.
- Zalaquett, J. (1998). Procesos de transición a la democracia y políticas de derechos humanos en América Latina. *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Costa Rica: IIDH.
- Zuluaga, J. (2014). Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal. *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, (K. Ambos, Coord.). Bogotá: Temis; CEDPAL; Konrad Adenauer, pp. 155-196.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
- *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C. No. 270.
- *Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

- Corte Constitucional de Colombia. C-711 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. C-579 de 2013.

Legislación colombiana

- Ley 975 de 2005: *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.*
- Ley 1424 de 2010: *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen la verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de Grupos Organizados al Margen de la Ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.*
- Ley 1448 de 2011: *“Por la cual se dictan*

medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

- Ley 1592 de 2012: *“Por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005”.*
- Acto Legislativo 1 de 2012: *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de la justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial (Bogotá), No. 48508, 31 de julio de 2012.
- Ley 1820 de 2016: *“Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.*
- Ley 1922 de 2018: *“Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.*
- Acto Legislativo 01 de 2017: *“Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.*