

LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EFECTOS EN EL DESARROLLO HUMANO.

LUIS ANDRES FAJARDO ARTURO*

RESUMEN

La justicia y la paz, son elementos indispensables para el Desarrollo Humano Sustentable y en sí mismos son valores que se informan mutuamente, se condicionan y se retroalimentan. Sin embargo, la búsqueda de la paz puede implicar, en casos de conflicto como el que vive Colombia, el sacrificio de una parte de la justicia así como algunas restricciones a otros derechos humanos.

El presente estudio versa principalmente sobre la ley de Justicia y Paz (ley 975) para lo cual empieza por analizar su validez constitucional y la forma en que fue reglamentada, luego de ello entramos a revisar hasta que punto la restricción de los derechos particulares relacionados con la justicia se legitima con la búsqueda de una paz sustentable y en especial, cuál es el límite de la jurisdicción internacional en la materia, a fin de determinar si el proceso de Justicia transicional que se desarrolla en Colombia es compatible con el Desarrollo Humano Sustentable y si sus consecuencias se justifican frente a dicho objetivo.

PALABRAS CLAVE

* Luis Andrés Fajardo Arturo, Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, DSU de la Université Panthéon-Assas, Paris II. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares. CEJ del Institut d’Hautes Etudes Internationales IHEI de la Universidad Paris II. Doctorante en Derecho de la Universidad Paris II. Estudios en el Instituto de Derecho y Relaciones Internacionales de Tesalónica, Grecia. Consultor en Derechos Humanos, Investigador del grupo “de las Casas” de la Universidad Sergio Arboleda.

Derechos Humanos, Desarrollo Humano Sustentable, Paz, Justicia Transicional, Procesos de reinserción.

ABSTRACT

Justice and peace are vital elements for the Human Development Sustainable and in themselves they are principles that are mutually conditioned, and they are mutually reloaded. Nevertheless, the search of the peace can imply, in cases of conflict like which Colombia lives, the sacrifice of a part of justice and restrictions for the human rights.

Study of law “Justicia y Paz” (law 975) begins to analyze his validity constitutional and form in which it was regulated, soon has to review to what extent the restriction of the particular rights related to justice is compatible with the search of a sustainable peace and in special, which is the limit of the international jurisdiction in the matter, in order determining if the process of Justice and Peace that is developed in Colombia is compatible with the Human Development Sustainable and if their consequences are justified this objective as opposed to.

KEY WORDS

Human Rights, Human Development Sustainable, Peace, Transitional Justice, Process of Peace,

INTRODUCCION

El presente artículo constituye un informe de avance de la investigación que el grupo De las Casas realiza con relación al tema del Desarrollo Humano y específicamente, la relación justicia y desarrollo. El problema que se plantea el autor, es determinar si el proceso de justicia transicional propuesto por la ley

925 del 2005 constituye un paso adelante hacia el sustento del Desarrollo Humano en Colombia, o si por el contrario arriesga el futuro social del país en la búsqueda de una reconciliación superflua que finalmente no tiene cabida en los marcos jurídicos nacional e internacional.

El Desarrollo Humano Sustentable depende fundamentalmente de las políticas públicas sobre economía y prestación de servicios relacionados con la protección de los Derechos Humanos, especialmente Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, los efectos de dichas políticas así como ellas en sí mismas, no pueden valorarse sino a la luz de la realidad social y de las coyunturas históricas que conforman el marco fáctico en el que se mueven los supuestos beneficiarios de esas políticas. Desde esa perspectiva, la relación entre el respeto por ciertos valores y principios fundamentales en el devenir social y las coyunturas políticas de Colombia, se revelan como estructuras intangibles de los modelos de desarrollo que se van a implantar en el país.

La hipótesis de la cual parte este estudio es simple: la paz es una condición esencial para el desarrollo humano, puesto que proporciona las condiciones elementales para que los derechos humanos, cualquier sea su especie, puedan realizarse eficazmente. Sin embargo, a partir de la idea Kantiana, de que el bienestar colectivo es la suma de los bienestares individuales, no puede tenerse como legítima la paz construida en la injusticia contra algunos.

El método en el que se desarrolla este informe, es un método deductivo comparativo, que se plantea desde dos perspectivas, la constitucional y la internacional, para lograr determinar, finalmente la adecuación y legitimidad del proceso de *justicia y paz* frente al derecho al Desarrollo Humano Sustentable de todos los Colombianos.

Siendo la Justicia transicional una herramienta repetidamente utilizada como puente entre el cambio de un régimen a otro, es indispensable hacer un análisis de la utilidad de este sistema habida cuenta de la situación fáctica y del marco jurídico en que se mueve Colombia.

El proceso de justicia transicional al cual nos referimos en este estudio es concreto y puntual. Primero, porque el concepto in abstracto de justicia transicional es completamente equivoco, puesto que cada proceso tiene sus propias dinámicas que dependen de una serie indeterminada de variables lo cual hace imposible una calificación general de estos procesos y de sus efectos en el desarrollo humano; segundo porque al conocer el marco legal y judicial en el que ha de desarrollarse el proceso de Justicia y Paz en Colombia se hace necesario hacer una evaluación de lo que puede significar en el devenir del pueblo Colombiano. Por estas razones este estudio se limita al proceso de justicia y paz en Colombia, limitándonos para ello al análisis concreto de la ley 975, primero a través del estudio de Constitucionalidad realizado por la Corte en la sentencia C-370 de 2006 y su posterior reglamentación en el Decreto 3391 del 2006.

Con el estudio anterior, tendremos una visión aproximada y a priori del proceso de justicia transicional dibujado por la ley de justicia y paz, sin embargo, es insuficiente para poder juzgar su trascendencia frente al desarrollo humano sustentable.

La segunda parte del estudio analiza la competencia de las jurisdicciones internacionales, de forma específica la competencia de la Corte Penal Internacional frente a Colombia, y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscando establecer la función que cumplen estos organismos frente al proceso de paz y si su existencia es un muro de contención para el proceso o una garantía de la eficacia del mismo.

Finalmente, a título de conclusión, retomaremos el concepto de Desarrollo Humano Sustentable explicado en el artículo anterior^[1], y analizaremos hasta que punto y bajo que condiciones el proceso de justicia Transicional trazado por la ley 975 afecta positiva o negativamente este derecho.

^[1] Fajardo, Luis; *Desarrollo Humano Sustentable: Concepto y Naturaleza* En Revista CIVILIZAR N°10, Universidad Sergio Arboleda, Junio de 2006

Sumario: I. la Ley 975 de Justicia y Paz. Examen de constitucionalidad II. La Jurisdicción internacional frente al proceso de Justicia y Paz. III. Conclusión: El efecto del proceso de justicia y paz en el Desarrollo Humano Sustentable de los Colombianos.

I. La ley 975 de Justicia y Paz. Examen de Constitucionalidad

1. La ley de Justicia y Paz.

El autor considera innecesario adentrarse a la exposición de motivos y a un análisis histórico del conflicto armado en Colombia y de las repetidas y fallidas ocasiones en que se ha intentado llegar a un proceso de paz. Sobre la ley de justicia y paz cabe anotar, que es el resultado de una política gubernamental actual de “seguridad democrática” en la que se han enmarcado una serie de medidas tendientes a combatir a los grupos armados ilegales y que luego del combate busca la negociación, en una posición de poder para lograr resultados efectivos.

En el país, el conflicto se ha hecho cada vez más complejo, no solo por la intervención del elemento narcotraficante como fuente financiera de los grupos armados e incluso como base de actividades de los mismos, sino que a ello, se suma la multiplicación de agentes combatientes, específicamente la conformación de grupos de autodefensa o “paramilitares” cuya objetivo principal era el combate contra las guerrillas.

Esta situación trajo como resultado la desintegración del territorio a manos de los *señores de la guerra* con dominio sobre vastos territorios en los cuales la presencia del Estado era casi nula.

El proceso de Justicia y Paz surge de las negociaciones que se han realizado con los grupos de autodefensas, como un medio para lograr la paz, bajo el entendido de que no es una imposición unilateral por parte del gobierno, sino el

resultado de un consenso que implica por lo tanto la cesión de algunos elementos por parte del Estado.

En general, la ley 975 de 2005 que es la norma que establece el dicho proceso, consagra un procedimiento especial aplicable a aquellas personas que han sido parte de grupos armados ilegales, tanto de autodefensas como de guerrilleros^[2] y que voluntariamente deciden entregarse, confesar sus delitos (cometidos durante y en consecuencia de su participación en dichos grupos) y entregar los bienes que tengan ilegalmente en su poder. Los beneficios de dicha ley se fundan en tres pilares: el primero de ellos es el establecimiento de una pena alternativa^[3] que oscila entre 5 y 8 años de prisión y que reemplaza a la pena principal, aplicable a aquellas personas que hayan cometido graves delitos contra los derechos humanos. El segundo elemento importante es que

^[2] La ley 975 del 2005 establece en su “Artículo 1°. *Objeto de la presente ley.* La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002.”

Si bien la ley es el fruto de negociaciones con grupos paramilitares, la redacción de la misma así como las explicaciones que ha hecho el gobierno sobre ella indican que está abierta para ser aplicada a guerrilleros que decidan desmovilizarse. Sin embargo, se prevé que para el caso de ciertos grupos guerrilleros, los beneficios concedidos por esta ley resultan insuficientes por lo cual habrá que renegociar nuevos puntos.

^[3] **Artículo 3°. Alternatividad.** Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.

Artículo 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan. **Parágrafo.** En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

el procedimiento para dichos juicios es especial y se funda principalmente en la confesión de los beneficiarios. El tercer pilar es el respeto por los derechos de las víctimas^[4] para lo cual se establecen medios de reparación colectivos e individuales, así como herramientas de participación en el proceso.

El análisis más importante, desde el punto de vista jurídico que se pueda hacer a esta ley en Colombia, lo ha realizado ya la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la misma originado en una extensa y compleja demanda presentada por varios peticionarios, en la cual se hacía un examen detallado de la ley y se alegaba un gran número de cargos de inconstitucionalidad por vicios de forma y por inconstitucionalidad material, principalmente por violación al debido proceso y a los derechos de las víctimas.

La Sentencia, cuyo valor histórico radica en que establece cuáles son las condiciones que debe seguir un proceso de justicia transicional en el país, la analizamos a continuación, con la pretensión de un análisis detallado y didáctico de la misma.

2. La Sentencia C-370/06: La ponderación entre derechos fundamentales.

La sentencia C370/06 desarrolla el examen de constitucionalidad de la ley 975 de 2005, a través del estudio de los múltiples cargos que fueron presentados en la más amplia de las demandas de inconstitucionalidad contra dicha norma.

La demanda, se estructura fundamentalmente sobre cuatro pilares: 1) Inconstitucionalidad formal por no haberse tramitado como una ley estatutaria. 2) Inconstitucionalidad formal de algunos artículos, por faltas graves en el

[4] **Artículo 4º.** *Derecho a la verdad, la justicia, la reparación y el debido proceso.* El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

Los capítulos VIII Derechos de las víctimas frente a la administración de Justicia, IX Derecho a la reparación de las Víctimas y X Conservación de Archivos, que van desde el Art. 37 hasta el Art. 58 de la ley 975 se refieren a la protección de las víctimas en el proceso.

procedimiento. 3) Inconstitucionalidad material de la ley por generar un perdón general al modo de indulto frente a graves violaciones de derechos humanos. Y 4) Inconstitucionalidad material de algunos artículos de la norma por desconocer parcialmente los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, justicia y reparación por los hechos sucedidos.

Para realizar el examen, la Corte Constitucional analiza los textos bajo el presupuesto de que se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, por lo que el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer en caso de ser contrarios.

El método usado por la Corte en el examen de esta ley, ha sido tradicionalmente utilizado por ella cuando se trata de determinar la afectación de un Derecho por el ejercicio o la protección de otro. Este método se fundamenta en las posturas conflictivistas que conciben los derechos fundamentales como realidades jurídicas cuyo ejercicio tiende a colisionar, por lo que en muchas circunstancias los conflictos se hacen inevitables.

Cuando se dan las situaciones de conflicto, existen dos soluciones posibles, la primera consiste en jerarquizar los derechos y admitir que algunos tienen más valor intrínseco que otros, por lo cual el conflicto se define prefiriendo un derecho sobre el otro.^[5] El otro mecanismo de solución que se emplea dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales es la ponderación de derechos. Este mecanismo, ha sido principalmente desarrollado en el ámbito anglosajón,^[6] y actualmente cuenta con gran acogida en los sistemas de protección de los derechos humanos. Consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que en abstracto son iguales, con las

^[5] Ver Castillo, Luis Fernando, *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°12, UNAM enero a junio 2005. Pp.

^[6] Por citar algunos, Aleinkoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 96, 1987, pp. 943-1005; Watkins, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990; y Pildes, Richard, *Conceptions of Value in Legal Thought*, Michigan L. R., 90, 1992, pp. 1520-1532.

características que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar si en las circunstancias concretas un derecho "pesa" más y justifica por lo tanto la restricción del otro derecho. Se trata de una jerarquización en concreto, revisando las medidas impugnadas a la luz de la legitimidad del objetivo perseguido, la adecuación de las medidas y la necesidad de la restricción. Bajo la visión Dworkin^[7], se trata del típico "problema difícil" en el que el juez tiene que decidir entre el interés público y los derechos particulares, entendiendo que bajo una óptica liberal. "hablar de los derechos en serio" significa reconocer que los derechos individuales son "triumfos" que no se pueden dejar de lado.

Robert Alexy, ha escrito, con relación a los exámenes de ponderación que:

El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental". Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad *sin más*". Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.^[8]

Se entiende pues, que el sistema de ponderación actúa a través del principio de proporcionalidad puesto que no es posible definir bien una relación de ponderación sin tener clara la relación de proporcionalidad entre las medidas impugnadas y los derecho en juego. Así, Barnes afirma que "aun

[7] Ver: Dworkin Ronald, *Los derechos en serio (Taking Rights Seruiously)*, Traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1.984

[8] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, CEC, 1993 (trad. de *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 90).

presuponiendo que ninguno de los derecho en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte".^[9]

La Corte Constitucional Colombiana ha adoptado en su jurisprudencia el Test de proporcionalidad para la solución del conflicto entre dos derechos o valores constitucionales, en ejercicio del método de ponderación, según la siguiente fórmula:

Corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.^[10]

En el caso que nos ocupa, la Corte empieza por analizar la constitucionalidad de la finalidad perseguida, para responder tajantemente que la Paz es un valor fundamental del Estado Colombiano y representa por lo tanto un objetivo legítimo.^[11] En Consecuencia la Corte pasa a hacer el examen sobre la

^[9] Barnes, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, 1998, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, pp. 35-36.

^[10] Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. (subrayas ajenas al texto)

^[11] Sentencia C-370/06, Párr. 4.1.8. En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. (...)4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho

adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas en la ley.

Explica la Corte en la sentencia:

“El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y

plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.”

La Corte examina a lo largo de la sentencia si las medidas propuestas por la ley 975 e impugnadas por la demanda son, individualmente consideradas, adecuadas para lograr el objetivo de la paz, y si se justifican las restricciones a los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para ello se vale de una serie de herramientas de su propia jurisprudencia y de la valoración de los tratados internacionales firmados por Colombia en materia de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario. De dicho examen surgen unas “subreglas constitucionales”^[12] cuya importancia radica en que son el marco constitucional al que deberá sujetarse todo proceso de *justicia transicional* con que se busque lograr la paz en el país.

3. Herramientas de Constitucionalidad: subreglas jurisprudenciales en material de análisis de constitucionalidad:

Hablar de subreglas jurisprudenciales es una práctica doctrinal que se ha puesto de moda en los últimos años en el país^[13], y que corresponde al testimonio académico de una evolución en el sistema jurídico colombiano, en que a los jueces constitucionales se les ha ido reconociendo un papel protagónico en la formación del derecho. La jurisprudencia ha pasado de ser una fuente auxiliar para convertirse, poco a poco, en una fuente formal principal de derecho colombiano.

La discusión sobre el valor jurídico de estas “subreglas” no es accidental, puesto que tiene como objeto un elemento estructural de nuestro sistema

^[12] Se entiende por sub reglas las razones que motivan la decisión o ratio decidendi, en el sentido en que tienen carácter vinculante y constituyen reglas jurisprudenciales que pueden ser usadas como argumentación para un caso similar.

^[13] Ver entre otros: López Diego; *El Derecho de los Jueces*, 2000. Rodrigo Uprimny et alias, *Libertad de Expresión y Derechos Fundamentales*, 2006 entre otros.

identificado generalmente como continental francés o legalista, a diferencia del sistema del Common Law o anglosajón.^[14] Sin embargo la realidad jurídica demuestra que el papel de la Corte Constitucional, por lo menos en materia de interpretación de los Derechos Fundamentales, no se limita a la sola revisión de los casos particulares, sino que constituye un ejercicio de unificación de la jurisprudencia en el sentido de determinar la interpretación autorizada de dichos derechos.^[15]

Desde esa perspectiva, vale la pena enumerar las “subreglas” jurisprudenciales que la Corte establece en la sentencia de constitucionalidad de la ley 975, en el entendido de que dichas subreglas constituyen el marco jurídico en el que debe ajustarse todo proceso de justicia transicional que afecte los derechos a la verdad, justicia y reparación y que esté justificado en la búsqueda de la paz.

1. <u>Sobre la libertad del Estado de buscar las herramientas necesarias para lograr la Paz y los límites a dicha discrecionalidad:</u>	
6.2.2.1.7.2.	“(…)no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. (…) en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el

^[14] En el primero, la jurisprudencia no constituye precedente ni obliga a terceros, en la segunda en cambio, el derecho se forma a través de los precedentes jurisprudenciales que son estrictamente obligatorios.

^[15] Por una parte, el principio de universalidad implica que los derechos humanos deben interpretarse de la misma manera para todas las personas, y por otra, la Corte Constitucional a través de las tutelas contra sentencias y de las sentencias unificadas SU, ha ejercido en la práctica el control final para el respeto de sus interpretaciones. De hecho, actualmente cursan en el Congreso proyectos tendientes a evitar el llamado “choque de trenes” causado por la tutela contra sentencias, pero lo cierto es que ninguno de los proyectos tiende a eliminar el poder de control de la Corte Constitucional y en los debates, especialmente en las intervenciones de Jaime Arango y Eduardo Uprimny se defiende la necesidad de tener una interpretación unívoca de los Derechos Fundamentales en el país.

	Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales. ”
6.2.2.1.7.3.	(...)los procesos de negociación con grupos irregulares deben respetar unas normas mínimas , cuyo núcleo esencial, por mandato de la propia Constitución, aparece como el límite constitucional inquebrantable del ejercicio del poder de negociación del Estado (arts. 5, 93, 94, 150-17, 201-2 y 214 de la Carta) . Estas normas mínimas, reconocidas adicionalmente en disposiciones internacionales que han sido libre y soberanamente incorporadas al derecho interno, vinculan al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones irrenunciables relacionadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a la prevención de los delitos cometidos, es decir, a la real consolidación de la importante finalidad buscada por este tipo de leyes.

2. Sobre el contenido del derecho a la verdad:

6.2.2.1.7.6.	El contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad protege, en primer lugar, el derecho a que los delitos más
--------------	---

	<p>graves sean investigados. Esto implica que tales delitos deben ser investigados y que el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación seria acorde con la normatividad nacional e internacional.</p>
6.2.2.1.7.7.	Adicionalmente, el derecho a la verdad incorpora el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos.
6.2.2.1.7.8.	De otra parte, cuando se trata del delito de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad apareja el derecho a conocer el destino final de la persona desaparecida.
6.2.2.1.7.10.	En cuanto se refiere a la dimensión colectiva de la verdad, su contenido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos.
6.2.3.2.1.5.	El derecho a la verdad, como lo ha reiterado también, presenta además de su dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva” ^[16] , una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte. ^[17]

^[16] Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

^[17] Cfr. Entre otras las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

6.2.3.2.1.6.

La jurisprudencia constitucional ha determinado que **el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso.** La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima^[18].

Las leyes deben contener mecanismos que promuevan efectivamente la revelación plena de la verdad:

6.2.2.1.7.22.

En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, **sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición.** El secreto sobre lo ocurrido, la manipulación de la verdad y la negación de graves delitos cometidos por tales grupos no sólo compromete los derechos de cada una de las personas que ha tenido que sufrir el dolor de la violación de sus derechos sino el interés de la sociedad entera en conocer lo ocurrido en toda su magnitud y a adoptar medidas para que nunca más esos delitos vuelvan a ocurrir.

Reglas constitucionales sobre la Publicidad de los documentos y

[18] Cfr. Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

actuaciones públicas.

En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, **la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla.** En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionados con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público.^[19]

3. Sobre el derecho a la justicia y al recurso efectivo:

^[19] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-527/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6.2.2.2.9	<p>(...) Exigir que la revelación sobre el destino de los secuestrados y desaparecidos aparezca como condición de elegibilidad para la desmovilización colectiva garantiza el derecho a un recurso efectivo en cabeza de las víctimas, derecho que, como ya se mencionó, hace parte del bloque de constitucionalidad.</p>
6.2.3.2.1.7.	<p>Ha señalado también que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal^[20] , y el derecho a <i>participar en el proceso penal</i>^[21], por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en "<i>que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas</i>"^[22]</p>
6.2.3.2.1.8.	<p>En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede</p>

^[20] Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

^[21] Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

^[22] Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica.

4. Sobre la condición de los beneficios de una pena alternativa: La obligación de no incurrir en conductas delictivas en el periodo de libertad a prueba.

6.2.1.7.3.

(...) Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz. Los propósitos de resocialización y de reinserción que animan estos beneficios se tornan inocuos con una expresión como la que se cuestiona. La comisión intencional de un nuevo delito durante el período de libertad a prueba, cualquiera que sea su naturaleza, genera la revocatoria del beneficio.

5. <u>sobre la existencia y contenido de la pena: No se puede dejar crímenes sin sanción.</u>	
6.2.3.3.4.5.	Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del <i>ius puniendi</i> reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aún en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución.

6. <u>Sobre la responsabilidad de reparación en cabeza de los perpetradores y la imposibilidad de limitar las reparaciones por las partidas presupuestales.</u>	
6.2.4.1.12.	(...) como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por

	<p>acción o por omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.</p> <p>De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual</p>
6.2.4.1.15.	<p>Finalmente, no sobra señalar que, en todo caso, la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad política de quienes definen las normas de presupuesto, pues es un derecho de las víctimas que debe ser satisfecho, especialmente, en procesos que persigan la paz y la reconciliación. Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas que la norma establece se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada.</p>
6.2.4.3.1.5.	<p>Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación</p>

(artículo 52.6). Lo que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. **Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido**, situación diferente a aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho.

7. Sobre la definición de víctima y el acceso procesal a los familiares:

6.2.4.2.11.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que **debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó.**

6.2.4.2.14.

En suma, según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado esta obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los

familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo si se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que **la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación.**

4. Aporte jurídico de la sentencia: El marco constitucional para los procesos de paz.

De todo lo expuesto y analizado por la Corte, así como del conjunto de decisiones se pueden resumir algunas conclusiones que constituirían el marco jurídico para cualquier proceso de justicia transicional en Colombia. Ese es evidentemente el verdadero aporte de la sentencia y la justificación de un ejercicio intelectual que se concreta en más de 333 páginas.

El resultado, de forma general y bastante sintética, es el siguiente:

1. El Estado tiene el deber de buscar los medios para lograr la paz y en ese sentido, el legislador tiene un amplio margen discrecional para decidir cuales son los medios adecuados a tal fin. La paz es un valor constitucional y un derecho fundamental y como tal, es un fin legítimo cuya persecución admite restricciones a algunos derechos, siempre y cuando, dichas restricciones sean proporcionadas y necesarias. En cualquier caso, el derecho al recurso efectivo y a la justicia de las víctimas no puede desaparecer. Por ello todo proceso de paz debe sujetarse al cumplimiento de los parámetros constitucionales e

internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

2. El indulto para delitos graves contra los derechos humanos está prohibido. Todo crimen debe ser castigado, y no pueden plantearse penas o sanciones que en realidad se conviertan en formas de indulto disfrazado. El Estado puede calcular la gradación de la pena, que en todo caso debe respetar un cierto margen de proporcionalidad, pero en ningún caso, un crimen grave contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario puede quedar impune.
3. La utilización de penas alternativas, es decir a penas que reemplazan condicionadamente a la pena principal, como herramientas para buscar la paz es un medio aceptable constitucionalmente siempre y cuando, para la adjudicación de esa pena se esté condicionado: 1) a la verdad completa, 2) a la reparación del daño y 3) al cumplimiento de las garantías de no repetición.
4. El derecho a la verdad implica que: 1) Que el Estado establezca en el procedimiento especial, medidas destinadas a lograr eficazmente que las confesiones sean completas y veraces, condicionando la elegibilidad a esos elementos. 2) En caso de secuestros, es condición de elegibilidad de los grupos el que sean liberados todos los secuestrados. 3) Las víctimas tengan derecho a participar del proceso y acceder a todos los documentos. 3) Los familiares de las víctimas, sin ninguna limitación, tengan derecho a conocer la verdad de los hechos. 4) Los familiares de las víctimas tengan derecho a conocer el paradero de los restos de los desaparecidos. 5) La sociedad tenga acceso a los documentos y procesos, con la limitante de los derechos de las víctimas. 6) La sociedad tiene derecho a que se construya un relato histórico sobre lo sucedido, con la finalidad de crear memoria colectiva sobre los hechos.

5. El derecho a la justicia, implica que: 1) No haya indultos disfrazados y todas los delitos tengan una pena. 2) Que las víctimas y sus familiares tengan acceso al proceso y puedan alegar los daños causados. 3) Que los procedimientos respeten el derecho a la defensa y tengan en cuenta términos razonables para la instrucción y juicio. 4) Que de aplicarse una pena alternativa está debe estar condicionada a la no reincidencia, a que la confesión haya sido completa y veraz y a que entregue todos los bienes ilícitos y lícitos necesarios para la reparación. 5) Que la pena alternativa no admita ninguna clase de rebajas o descuentos.

6. El derecho a la reparación implica que: 1) Todo daño debe ser reparado y toda víctima tiene derecho a una reparación integral. 2) La obligación de reparar continúa en cabeza del responsable de los hechos. 3) El Estado solo entra a reparar cuando los bienes del responsable son insuficientes para reparar. 4) Para ser beneficiario del procedimiento, el desmovilizado debe entregar todos los bienes ilícitos que tenga en su poder. 5) La reparación se hace, además con los bienes propios, sobre los cuales el juez podrá imponer las medidas cautelares que vea necesarias. 6) Si el beneficiado no entrega todos los bienes ilícitos en su poder, o esconde sus bienes propios para tratar de esquivar la reparación, pierde inmediatamente los beneficios del procedimiento especial. 6) El Estado tiene derecho a organizar un fondo para las reparaciones, pero una vez decidido judicialmente el monto de la reparación, el Estado no puede desconocer esos derechos, ni siquiera fundándose en consideraciones de tipo presupuestal.

7. Las garantías de no repetición, que son finalmente las que hacen palpable la adecuación de las medidas de justicia transicional a la búsqueda de la paz y que en ese sentido justifican la existencia del procedimiento especial, implican que: 1) El Estado se compromete a vigilar a quienes hayan sido beneficiados por la pena alternativa, para que dentro de un periodo de prueba, no menor a la mitad de la pena alternativa, en caso de reincidencia en la delincuencia, el responsable

pierda todos los beneficios del procedimiento. 2) La reincidencia implica cualquier tipo de delitos y no únicamente los delitos por los cuales fue condenado. 3) La reconstrucción general de los sucesos para la generación de una memoria histórica de la sociedad, es una forma de garantizar la no repetición de los hechos.

5. Las condiciones del proceso de paz.

En estas circunstancias existe un marco normativo claro que además fue complementado, al parecer de forma innecesaria^[23], por un decreto reglamentario de la ley (el 3391 del 2006) de tal manera que las reglas del procedimiento sean claras para todos.

Sin embargo, es evidente y las experiencias lo demuestran, que todo proceso de paz de este tipo, se acoge más a las realidades coyunturales y al manejo que de las herramientas hagan las partes implicadas, que a las normas o marcos legales que se impongan por una de las partes.

En especial es importante hacer énfasis en que los grupos a los cuales nos referimos han ganado una participación política y económica bastante importante en el país, lo cual implica una compleja situación en la que se entrelazan poderes de toda índole y en la que los intereses de algunos pueden fácilmente sobreponerse al clamor nacional de la paz y la justicia.

En ese sentido, algunos importantes observadores internacionales han fijado su objetivo en el proceso que se sigue en Colombia, con miras a advertir las

^[23] La reglamentación de la ley 975 por el Decreto 3391 de 2006, no solo era innecesaria puesto que la Sentencia de la Corte Constitucional fue suficientemente expedita y minuciosa de forma que para el juez del caso, había suficiente claridad para poder ejecutar la ley, sino que además el Decreto comete, aparentemente algunas contradicciones con la sentencia constitucional. Así por ejemplo, al parecer, el decreto 3391 revive la computación del tiempo que los beneficiarios hayan pasado en zonas de concentración como parte de la ejecución de la pena, aspecto que fue declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional y para hacerlo se vale de la creación de “Establecimientos de reclusión de Justicia y Paz” en los que se computa el tiempo de reclusión antes y después de impuesta la pena.

nefastas consecuencias que podría traer un manejo irresponsable del proceso fijado en la ley.

Se hace indispensable por ello, revisar cuál es la competencia de las jurisdicciones internacionales frente al proceso de justicia transicional y hasta que punto podrían influenciar en los resultados del mismo.

II. La jurisdicción Internacional frente al proceso de *justicia y paz*.

1. Colombia y la Corte Penal Internacional.

La creación de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma de 1998, tuvo como principal objetivo el de garantizar que los graves crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no quedaran impunes. El preámbulo del citado estatuto reza:

*“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,
Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,^[24]*

En ese sentido la Corte Penal Internacional conserva una competencia residual para juzgar a aquellas personas que han cometido alguno de los cuatro tipos penales que incumben su competencia^[25]: Genocidio, Lesa Humanidad, crímenes de guerra y Crimen de agresión.

^[24] Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, preámbulo, Párrs. 4, 5 y 6.

^[25] Ibid, Art. 5

En cuanto a la *rationae temporis*, la Corte es competente únicamente para conocer de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia del estatuto, es decir, el 1 de julio del 2002. Sin embargo, debe tenerse en cuenta frente a este tema dos reglas: la primera es que se debe distinguir entre hechos instantáneos, sucesivos y continuados, de forma que solo quedan excluidos de la competencia de la corte los hechos instantáneos y la parte de los sucesivos anteriores a la fecha de entrada en vigor, pero no sucede igual con los delitos de ejecución continuada como los secuestros o desapariciones de personas, en que la fecha de comisión perdura tanto como el delito. La segunda regla es la aplicación del art. 124 del Estatuto que prevé que un Estado podrá suspender hasta por 7 años la competencia de la Corte en materia de Crímenes de Guerra.

En cuanto a la persona y el lugar, la competencia de la Corte le permite juzgar a personas nacionales de Estados partes o que hayan cometido los delitos en los territorios de Estados partes incluidas las aeronaves y naves de su bandera.^[26]

Además el Art. 20 consagra la siguiente regla de competencia:

“3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

^[26] Estatuto de la C.P.I. Art. 12 Párr. 2

2. El Instrumento de Ratificación de Colombia al Estatuto de Roma.

El instrumento de ratificación por el cual Colombia acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, fue depositado ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, según la información oficial de la ONU, el 5 de agosto de 2002, es decir, un mes después de que el Estatuto de la Corte había entrado en vigor. El depositado por Colombia fue el instrumento de ratificación número 77.

Las declaraciones que el Estado Colombiano hace en su instrumento de ratificación son el resultado de un enjundioso examen de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional y plasmado en la sentencia C-578 de 2002. En dicha sentencia la Corte indicaba al Estado una serie de formulaciones que recomendaba hacer en su instrumento de ratificación. El resultado es el siguiente:

“Declaraciones

1. Ningunas de las disposiciones del estatuto de Roma referente al ejercicio de la jurisdicción por la Corte Penal Internacional privan al Estado colombiano de la posibilidad de conceder amnistías, suspensiones temporales de un castigo o perdones judiciales para los crímenes políticos, a condición de que se concedan en conformidad con la constitución y con los principios y las normas del derecho internacional aceptados por Colombia.

Colombia declara que las disposiciones del Estatuto se deben aplicar e interpretar de una manera constante con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y, por lo tanto, que nada en el estatuto afecta los

derechos y las obligaciones incorporadas a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en especial aquellas que se refieren al tema de amnistías, contenidas en el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra y en sus protocolos adicionales I y II. Asimismo, en caso que un nacional colombiano tenga que ser investigado y ser procesado por la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma debe ser interpretado y aplicado, cuando sea apropiado, de acuerdo con los principios y las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Con respecto a los artículos 61(2)(b) y 67(1)(d), Colombia declara que será siempre un interés de la justicia el hecho de que a los nacionales colombianos se les garantice completamente su derecho a la defensa, especialmente el derecho de ser asistido durante las fases de la investigación y procesamiento por la Corte Penal Internacional.

3. Referente al artículo 17(3), Colombia declara que el uso de la palabra "de otra manera" con respecto a la determinación de la capacidad del Estado de investigar o de procesar un caso, hace referencia a la ausencia evidente de las condiciones objetivas necesarias para conducir el proceso.

4. Considerando que el alcance del Estatuto de Roma está limitado exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción complementaria por la Corte Penal Internacional y a la cooperación de autoridades nacionales con esta Corte, Colombia declara que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma alteran el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de su jurisdicción dentro del territorio de la República de Colombia."

5. Sirviéndose de la opción proporcionada en el artículo 124 del Estatuto y conforme a las condiciones establecidas en él, el Gobierno de Colombia declara que no acepta la jurisdicción de la Corte con respecto a la categoría de los crímenes mencionados en el artículo 8 cuando el crimen alegado haya sido cometido por nacionales colombianos o en territorio colombiano.

6. De acuerdo con el artículo 87(1)(a) y el primer párrafo del artículo 87(2), el Gobierno de Colombia declara que las solicitudes de cooperación o ayuda serán transmitidas a través del canal diplomático y estarán dentro o serán acompañados por una traducción en la lengua española.

3. El efecto de las declaraciones interpretativas frente a la Corte Penal Internacional

El Estado Colombiano tomó, por iniciativa de la Corte Constitucional Colombiana la decisión de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional con una serie de declaraciones interpretativas, buscando hacerla coherente con el derecho interno, a pesar de que su ratificación implicaba la modificación del art. 93 de la Carta Constitucional, así como una nueva serie de relaciones entre los derechos consagrados en la Constitución, frente a las obligaciones surgidas del Estatuto de Roma.^[27]

Lo cierto es que los Estados, en la práctica recurren asiduamente al uso de “declaraciones interpretativas”, cuya finalidad, a diferencia de las reservas, no es excluir o limitar la aplicación de una disposición del tratado, sino únicamente, el de ayudar a precisar el sentido de la norma.

En el caso concreto, el Estatuto de Roma excluye la posibilidad de interponer reservas^[28] y admite como única modificación la posibilidad de suspender la competencia de la Corte por un periodo de 7 años y frente a los crímenes de guerra, de tal forma que toda declaración interpretativa hecha por un Estado frente al Estatuto carece de valor jurídico puesto que no puede producir ningún efecto frente a las obligaciones que implica el dicho tratado.

^[27] Sobre el tema es interesante el estudio realizado de Ramelli, Arteaga; La constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

^[28] Art. 120, Estatuto de la Corte Penal Internacional

En un estudio anterior sobre el tema habíamos llegado a la siguiente conclusión:

“Cuando una interpretación interpretativa se traduce realmente en una Reserva, hay lugar de calificarla como tal y de aplicarle las reglas relativas a Reservas que tenga inmersa la respectiva convención. Esta posición ha sido reiteradamente confirmada por la jurisprudencia internacional. En la célebre decisión arbitral del 30 de junio de 1977 en el asunto de la Delimitación de la Plataforma Continental del Mar de Iroise (Francia C. Reino Unido) el Tribunal consideró que una de las declaraciones interpretativas hechas por Francia a la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958, tendía a excluir o modificar disposiciones de la convención y que por lo tanto debía regularse en consideración a los efectos que de ella nacían. En el asunto Temeltasch, la Comisión Europea de Derechos Humanos, consideró que “si un Estado formula una declaración a la presente como una condición de su consentimiento a ligarse por la Convención (Europea de Derechos Humanos) y que tenga como fin el de excluir o modificar el efecto jurídico de algunas de las disposiciones, tal declaración, sin importar cual sea su denominación, debe asimilarse como una reserva en el sentido del Art. 64 de la Convención”(Reporte del 5 de mayo de 1982). El Tribunal Europeo de Justicia adoptó la misma posición en el asunto Belilos, al declarar que una declaración interpretativa hecha por Suiza era incompatible con la prohibición del Art. 64 de la Convención Europea de DDHH, que prohibía las reservas de carácter general, puesto de la declaración se podía presumir la intención de Suiza de excluir algunas disposiciones de la Convención y en el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, calificó como Reserva una declaración que Francia había puesto en relación con el Art. 27 del PIDCP.”^[29]

De tal manera, si las declaraciones interpretativas carecen de valor jurídico, la mayor parte del instrumento de ratificación de Colombia, a pesar de su argumentación y redacción, no sirve más que para adornar el sentido del acto.

De hecho, con respecto a la primera declaración, cuya redacción a indicios de la intención del Estado Colombiano de excluir la competencia de la Corte

^[29] Fajardo, Luis Andrés; Moreno, Luis Javier. *La Corte Penal Internacional y sus Implicaciones Constitucionales*, en *Principios y Valores Constitucionales*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2006

Penal Internacional frente a los casos de amnistía o indulto, la valoración de dicha interpretación es que no produce ningún efecto, puesto que, si fuese una declaración no podría producirlos y si fuese una reserva, ella estaría prohibida por el Estatuto.

Sobre ese punto es importante aclarar que: 1. la declaración hace referencia a los “crímenes políticos” los cuales, entendidos según el concepto general, no hacen parte de la competencia de la Corte Penal Internacional, de forma que en ese sentido parece que la declaración no tiene mayor importancia. 2. Ahora bien, si Colombia pretende disfrazar como “delito político” alguno de los tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma, la declaración interpretativa, carece del valor jurídico suficiente para excluir la competencia de la Corte en ese sentido, puesto que una declaración cuyo objetivo sea el de excluir o limitar los efectos jurídicos del Tratado, deberá ser entendida como una reserva y en el caso del Estatuto de Roma las reservas están prohibidas por el Art. 120, de manera que la mencionada declaración no podría producir ningún efecto en tal sentido.

4. La competencia de la Corte Penal frente al proceso de justicia y paz

Vistos todos los elementos de la competencia de la Corte Penal, podríamos concluir que:

1. De funcionar el proceso, tal como está consagrado en la ley y el decreto reglamentario y de lograrse una reincursión efectiva con cesación de criminalidad por parte de los beneficiarios de la ley, sumada a una reparación proporcional, la Corte Penal Internacional no tendría en principio competencia para juzgar a quienes hayan sido juzgados con base en la ley 975. Habría que revisar que la pena alternativa se haya cumplido a cabalidad en respeto de todas las condiciones legales y constitucionales propuestas y que esta haya sido proporcionada dentro de los límites fijados por dicha ley. De ser así, la Corte Penal no podría conocer de estos delitos.

2. En el caso contrario, es decir, si la ley es usada de forma arbitraria, y las sentencias dan lugar a pensar que están hechas únicamente para evadir la competencia de la Corte Penal, por lo desproporcionado de la pena o por no cumplirse con las condiciones legales impuestas para obtener los beneficios de la ley de justicia y paz, la Corte podría procesar a quienes hayan cometido, crímenes de Genocidio^[30] o de Lesa Humanidad,^[31] que hayan sido cometidos después del 2002, o eventualmente y a partir del 2009 también será competente para juzgar los crímenes de guerra^[32] cometidos a partir de julio del 2002.

^[30] Art. 6, Estatuto de Roma, A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

^[31] Ibid. Art. 7) 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

^[32] Ibid. Art. 9: 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho

internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Veneno o armas envenenadas; xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles

5. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Aparte del asunto de la posible competencia por parte de la Corte Penal Internacional para juzgar a quienes hayan cometido crímenes de su competencia y cuyos juicios impliquen un indulto disfrazado, existe otro aspecto por el cual es posible que órganos internacionales intercedan en asuntos relacionados con el proceso de justicia y paz.

Se trata específicamente de la tutela a los derechos de las víctimas de los delitos cubiertos por el proceso de justicia y paz. En el entendido en que el proceso puede llegar a vulnerar los derechos a la protección judicial y a la reparación efectiva consagrados en los Arts. 11 y 25 de la Convención

que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Americana sobre Derechos Humanos respectivamente, la Corte Interamericana, sería competente para conocer las demandas que la Comisión presente en representación de las víctimas.

Frente a este aspecto se hace necesario revisar dos puntos: El primero es que la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la constitucionalidad de la ley 975 tuvo muy en cuenta la jurisprudencia de la Corte y las consideraciones de la Comisión sobre el tema, y de hecho le dedicó gran parte de la sentencia al estudio detallado de las normas de la ley para determinar finalmente la forma en que la misma podría adaptarse a los estándares internacionales en materia de derechos a la verdad, justicia y reparación.

El segundo punto, es que la jurisdicción de la Corte Interamericana se ejerce sobre casos puntuales y víctimas individualizadas, de forma tal que el estudio de las violaciones se hace caso por caso, lo que significa que las demandas solo podrían surgir de situaciones que a posteriori sucedan con la aplicación de la ley y que generen un daño específico a una persona determinada, que a su vez, debe agotar todos los recursos jurídicos internos relativos a la protección de sus derechos.

Es de esperar, habida cuenta del rol que han desempeñado algunas organizaciones no gubernamentales, que haya una vigilancia extrema en los efectos que la aplicación de la ley tendrá frente a las víctimas y sus derechos, y que muy posiblemente se presentarán peticiones ante la Comisión Interamericana. Sin embargo, también es muy posible que la Comisión, siendo un órgano principalmente político, decida reservarse la opción de presentar demandas ante la Corte, a su propia vigilancia del proceso de paz, de forma tal que la evaluación del mismo se haga bajo un método de ponderación, en el que el efecto del proceso en la paz del país sea un elemento de valoración a la hora de revisar los derechos individuales, para verificar si existe una legitimación y proporcionalidad suficiente entre los beneficios logrados y los derechos restringidos.

6. La participación de la jurisdicción internacional en el proceso de paz pende de la idoneidad y eficacia frente al objetivo de lograr la paz.

Si bien la Ley fue considerada por la Corte Constitucional como exequible, algunos autores, como el profesor Kai Ambos^[33] sostienen que ello no excluye la posibilidad de que en un lapso de tiempo, nuevas circunstancias, surgidas de la aplicación de la ley, exijan un nuevo examen de constitucionalidad, por lo que denominan la “inconstitucionalidad sobreviniente” surgida principalmente de dos elementos:

1) Un cambio de las circunstancias que sirvieron de fuente para la constitucionalidad de la ley: Puesto que la constitucionalidad se basa en una ponderación, que se sustenta en que el objetivo perseguido es un fin legítimo y consiste en la búsqueda de la paz, si el proceso diera cuenta de que realmente no se busca lograr la paz, sino por ejemplo, lograr el status político o la legitimación de ciertos grupos, las circunstancias habrían cambiado de tal manera que la Corte podría replantear su decisión.

2) La naturaleza condicional de la pena alternativa, implica que durante un tiempo correspondiente al tiempo de prueba, sea posible verificar si la ley se está aplicando según los parámetros que determina la constitución, o si, por el contrario, a pesar de la reincidencia de los beneficiados no se les han revocado los beneficios. En este último caso, los efectos de la ley serían contrarios a la Constitución y por ende podría revisarse nuevamente la exequibilidad de la misma.

Estas consideraciones son puramente doctrinarias, pero parecen viables frente a un proceso tan complejo como puede resultar el proceso de paz. En todo

^[33] Kai Ambos, Conferencia: *El Proceso de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. octubre 10 de 2006.

caso, el valor constitucional de la búsqueda de la paz, es el fundamento sobre el cual se sostiene la legitimidad de la ley, y sobre el que eventualmente se sostendría cualquier otra legislación frente a un posible proceso de paz con grupos guerrilleros. El punto clave de la sentencia, es que si el proceso de paz es real, es decir, si las medidas son adecuadas para buscar la paz y si la finalidad es esa y no la de indultar a los beneficiados y legitimar sus acciones, la restricción de algunos derechos se justifica.

De la misma forma en que la constitucionalidad podría ligarse a ciertas condiciones, lo que sí es claro, es que la responsabilidad internacional, principalmente ante la Corte Penal Internacional, parece estar igualmente sujeta a la realidad de que el objetivo buscado con el procedimiento sea el de encontrar la paz, de forma que si el proceso resulta ser un medio de evadir responsabilidades y continuar o legitimar las acciones violatorias de los derechos humanos, nada excluye la posibilidad de juicios ante la justicia penal internacional.

De hecho, la jurisdicción internacional, tanto de la Corte Penal, como incluso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son en cierto modo flexibles frente a una situación en que, finalmente, la restricción de algunos derechos se revela como una herramienta necesaria para lograr un fin legítimo y de importancia trascendental para el respeto futuro de los derechos humanos.

El proceso de paz, es una cuestión política más que jurídica, y bajo ese entendido es al Estado a quien compete buscar la mejor manera para lograrla. La competencia de los órganos internacionales, no está estatuida para convertirse en un muro infranqueable que impida a una nación buscar soluciones definitivas a sus problemas de violencia interna, por el contrario, se trata de garantizar que no hayan abusos injustificados de poder, pero en el caso que nos ocupa, una protección a ultranza de los derechos individuales podría convertirse en el peor enemigo para la garantía de los mismos derechos.

Finalmente entonces, queda claro que el grado de participación de estos órganos dependerá principalmente del manejo que se de al proceso y a los efectos que él produzca, en el entendido en que si bien la herramienta puede no generar responsabilidad, será del manejo de la misma del que surgirán o no responsabilidades internacionales, tanto para quienes sean beneficiarios del proceso, como para el Estado, si no logra justificar las restricciones a ciertos derechos de las víctimas.

III. Conclusiones: El desarrollo humano sustentable y el proceso de justicia transicional.

Dos elementos habría que vislumbrar para entender la relación entre DHS y justicia transicional, a partir del concepto según el cual, el proceso que establece la ley 975 es legítimo en tanto se revele eficaz para lograr el objetivo de resguardar la paz.

El primer supuesto del que podríamos arrancar es que alcanzar la paz es, sin lugar a dudas, una condición fundamental para poder impulsar el DHS. Sin embargo, para que esto sea válido, es necesario analizar el concepto de paz, de tal manera que podamos establecer si basta con la “paz” stricto sensu, es decir, con la cesación de la violencia armada, o, si para que haya desarrollo humano sustentable es indispensable la existencia de una paz en el sentido complejo, es decir implicando justicia social.

En este sentido solo podemos estudiar el proceso en su estado actual, es decir como prescripción normativa de un proceso de justicia transicional. En ese caso, y bajo los aspectos analizados en la primera parte de este estudio en el que se analizó la forma en que deberá realizarse el proceso, el análisis frente al Desarrollo Humano Sustentable se establecerá revisando si los objetivos

perseguidos, a pesar de la restricción de los derechos de las víctimas, representan un impulso para este tipo de Desarrollo.

1. El efecto de la violencia en el Desarrollo Humano

Hacer un análisis de los efectos de la violencia en el Desarrollo de las personas y de sus comunidades resultaría redundante. Es evidente que la violencia es un muro de contención a cualquier forma de Desarrollo, eso queda probado a toda escala, desde los conflictos armados internacionales hasta los efectos en las poblaciones más pequeñas, son iguales: destrucción, miedo, resentimiento y atraso.

En Colombia vivimos en una simbiosis constante entre el país violento, generalmente rural que convive con la guerra y que sobrevive entre el atraso y la pobreza, y las ciudades en desarrollo que se mueven a pasos agigantados y que solo perciben los efectos de la violencia a través de los centenares de familias desplazadas que llegan cada día huyendo de esa violencia.

El resultado de ello es una fractura social enorme entre dos tipos de colombianos que perciben la realidad desde ópticas completamente diferentes y que por ende, persiguen modelos de desarrollo completamente distintos. Mientras para algunos colombianos, las perspectivas sociales radican en la buena prestación de los servicios públicos o el buen manejo de los dineros fiscales, para otros colombianos, la preocupación diaria es poder seguir vivo y conservar a su familia y a sus pocos bienes.

El dominio ejercido por los *señores de la guerra* colombianos, se ha convertido en la frontera invisible entre el atraso y el desarrollo, puesto que implica la imposibilidad de la protección de los derechos humanos por parte del Estado y la condena a una vida de constante temor y abandono de los proyectos de vida de quienes están bajo sus poderes.

El ejercicio del poder militar ilegal en Colombia, ya no se limita a la guerra, sino que la violencia se ha convertido en riqueza y poder político. La influencia de

los grupos ilegales en sus territorios de dominio no se ejerce a través de las armas solamente, sino que ellas, directa o indirectamente a través de los dineros ilícitos, han conducido a los votos y con ellos al poder y al manejo de los recursos Estatales.

En ese círculo vicioso, la gente va quedando enredada en la telaraña de la violencia y el desarrollo humano se convierte en una utopía. La imposibilidad que conviva el desarrollo y la violencia es tal, que ni siquiera los violentos pueden desarrollarse porque se hacen esclavos de su propio poder.

En esta perspectiva, el Desarrollo Humano Sustentable solo es posible en un estadio de paz, pero no solamente entendido como la cesación de la violencia armada, sino de paz democrática, en que los elegidos sean fruto de la conciencia libre de los electores, y en el que los dineros públicos puedan enfocarse en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

2. La ley de justicia y paz y el Desarrollo Humano Sustentable

Como se ha explicado antes, el Desarrollo Humano Sustentable es un derecho colectivo con efectos individuales. En la primera perspectiva, el Desarrollo Humano, para ser Sustentable, requiere de una serie de elementos tanto medioambientales como sociológicos que permitan que el desarrollo se perpetúe y que puede continuarse transgeneracionalmente.

Algunos de los elementos más importantes que garantizan la sustentabilidad transgeneracional del Desarrollo y de la paz como elemento del mismo son la justicia y la verdad. La primera garantiza que las personas y las colectividades puedan continuar hacia un camino de paz, por el contrario, la injusticia y la impunidad se entienden como la imposición de un poder dominante contra el que la colectividad o parte de ella espera poder combatir. Es el ejemplo de nuestra historia repetida cíclicamente en círculos de injusticias y

levantamientos contra ellas, que finalmente terminan convirtiéndose en nuevas injusticias en un callejón sin salida.

El perdón puede ser un elemento de la justicia, pero solo es válido cuando lo dan las víctimas y no el Estado a nombre de ellas. La víctima que no es reparada y a nombre de la cual responde el Estado dando el perdón, es una víctima de doble violación y es el sujeto de una injusticia. Quien da el perdón no es el Estado, sino las víctimas.

En la ley 975 se establece una pena alternativa que suspende la pena principal y la extingue en caso de que el beneficiario cumpla con las condiciones. Dichas condiciones representan realmente la piedra angular del proceso, puesto que es la paz lo que se busca. Pero en lo que concierne a las víctimas, la restricción de la pena no es un elemento de injusticia.

Las víctimas de los delitos cometidos por los paramilitares exigen justicia, pero su concepto de justicia no está en un castigo largo a los delincuentes, sino a una reparación efectiva y a la garantía de poder volver a sus hogares en paz y con un futuro posible.

Más que la sanción, lo que interesa para que exista un Desarrollo Humano Sustentable es la reparación efectiva, las garantías de no repetición y el papel activo del Estado en la reconstrucción de las comunidades destruidas.

Las formas en que la ley y el Decreto 3391 han establecido los medios de reparación hacen pensar que, a priori, son suficientes para una reparación efectiva, en tanto, exigen devolver a los secuestrados y revelar los sitios en que se encuentran los restos de los desaparecidos; exigen confesar los crímenes; exigen devolver los bienes ilícitos y además, se tienen como garantía los bienes lícitos para la reparación de los daños causados.

Nuevamente es importante resaltar que la ley es una herramienta y que será su ejecución la que de los resultados, sin embargo, puesto que nuestro estudio se

limita a la ley, cabe decir que esta forma de reparación resultaría suficiente, siempre y cuando exista una reparación colectiva que incida en la reconstrucción de las comunidades destruidas y en la reubicación y la rehabilitación de las comunidades que garantice su viabilidad como tal y que, junto a la participación activa del Estado, sirva de incentivo para el Desarrollo de las personas que conforman la comunidad.

El derecho a la verdad está bien desarrollado en el marco legal del proceso, y evidentemente representa un elemento fundamental para el Desarrollo Humano de los y las Colombianos/as, pero la verdad es realmente importante si sirve para conocer las fuentes de la violencia y deja una enseñanza para evitar en el futuro que vuelva a suceder. La verdad valdría la pena, sino se limitara a los crímenes sino a la forma en que se ha venido colando en la institucionalidad el poder de los grupos ilegales. La verdad a medias no sirve para nada, porque es igual que una mentira a medias.

3. Los riesgos de la ley 975.

Uno de los mayores temores que han surgido frente al proceso de Justicia y Paz es el de que la ley 975 sirva únicamente para legitimar las actuaciones de ciertos jefes paramilitares y permitirles que luego de una breve estadía por lugares especiales de reclusión, puedan participar abiertamente en la política nacional, usando el poder y los recursos que les ha traído el ejercicio del paramilitarismo y el narcotráfico.

Es sobre este punto que se han pronunciado entre otros, Luis Moreno Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional^[34] así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien expresó^[35]:

^[34] En Marzo de 2005 en la primera intervención de la Corte Penal Internacional con relación a Colombia, el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, envió una comunicación al gobierno del presidente Álvaro Uribe, en el que solicita información sobre las investigaciones que se adelantan frente a los crímenes de lesa humanidad y pidió al gobierno que le mantenga informado sobre los entonces proyectos de ley, para castigar a los autores de dichos delitos, es decir sobre la actual ley de justicia y paz.

La CIDH reconoce que en una situación tan compleja, dolorosa y prolongada como la colombiana requiere desactivar a los actores armados mediante mecanismos de negociación. Por ello, para asegurar la perdurabilidad de la paz, se debe garantizar la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. Ello requiere el esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar en forma integral a las víctimas a la luz de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA. La CIDH continuará ejerciendo su mandato de promover y proteger los derechos humanos en Colombia en el marco del proceso de desmovilización y la interpretación y aplicación de su marco jurídico, tanto a través de la elaboración de informes generales y especiales como del estudio y decisión de casos individuales.^[36]

La vigilancia que ejercen estos órganos, no se refiere únicamente a que se cumpla con los respectivos tratados, sino a que la ley 975 no sea usada como una herramienta de legitimación del poder de los beneficiarios de la misma, en desmedro de los derechos de las víctimas y de la paz del país.

De tal manera, un uso irresponsable de la ley, que necesariamente va a contrariar los tratados internacionales por la delgada línea en que se sostiene el proceso, implicará que el Estado sea responsable internacionalmente y tenga que pagar sumas desmesuradamente altas para reparar a quienes, siendo víctimas de los paramilitares, no fuesen debidamente reparados y por otra parte, los posibles juicios en la justicia penal internacional crearían una serie de demandas de extradición que podrían convertir al país en el infierno de

La CPI aclaró que Colombia no está blindada ante la competencia de la Corte, por haber suscrito una reserva de siete años para delitos de guerra, y precisó que a la luz del artículo 124 del Estatuto (que la creó) "no tiene jurisdicción sobre crímenes de guerra, pero sí sobre alegaciones de crímenes de lesa humanidad y genocidio".

^[35] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, Doc. OEA/Ser.L/V/ii.120, Doc 60, 13 de diciembre de 2004.

^[36] CIDH, Comunicado de prensa 26/05, Washington D.C. 26 de julio de 2005

bombas en el que fue sumido en los tiempos de las extradiciones contra narcotraficantes.

Las demandas al Estado, implicarían, además un desbalance en las finanzas del mismo, un descrédito internacional que lo pondría en la lista de los grandes violadores de derechos humanos, con las implicaciones en materia política y de relaciones económicas que ello puede implicar. El desprestigio para el gobierno y las instituciones del Estado podría implicar efectos realmente nocivos al desarrollo del país en todos sus ámbitos.

Por otra parte, la persecución de delincuentes que han sido juzgados en Colombia por parte del Corte Penal Internacional, sería un símbolo vergonzante de corrupción de la justicia colombiana, que hasta hoy, ha sido reconocida por permanecer firme ante la adversidad de la guerra y el narcotráfico. Sería un golpe mortal a la credibilidad de nuestras instituciones y al orgullo nacional.

4. Conclusión final

En conclusión, la Ley de justicia y paz es una herramienta para lograr un fin legítimo, pero implica restricciones y riesgos más allá de lo que aparenta. El Desarrollo Humano Sustentable, al igual que el avance en la protección y garantía de los derechos humanos de los y las colombianas depende sin lugar a dudas de se pueda controlar la violencia y que pueda cesar la guerra, pero el precio de la paz no puede estar por encima de los valores de un país democrático, justo y respetuoso de los derechos humanos. El Desarrollo Humano no solo necesita que cese la guerra, también necesita de justicia, de reparación, de verdad, de garantías de no repetición y de un compromiso y una acción efectiva por parte del Estado en la readecuación de las comunidades afectadas y en el impulso de proyectos de vida para las personas que fueron víctimas de la violencia.

El compromiso del Estado en este proceso debe ir más allá de garantizar que las personas beneficiadas con esta ley reparen a las víctimas y cumplan sus condenas, se debe garantizar que la paz va a perdurar, que el proceso no va a servir para legitimar el poder ilegal de los paramilitares y sobre todo, que las víctimas podrán regresar a sus hogares y podrán ver sus derechos efectivamente protegidos.

BIBLIOGRAFIA

Aleinkoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 96, 1987, pp. 943-1005;

Watkins, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990;

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, CEC, 1993 (trad. de *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 90).

Barnes, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, 1998,
Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, pp. 35-36.

Castillo, Luis Fernando, *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°12, UNAM enero a junio 2005.

Dworkin Ronald, *Los derechos en serio (Talking Rights Seriously)*, Traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1.984

Fajardo, Luis; *Desarrollo Humano Sustentable: Concepto y Naturaleza En* Revista CIVILIZAR N°10, Universidad Sergio Arboleda, Junio de 2006

Fajardo, Luis; Moreno, Luis Javier; *La Corte Penal Internacional y sus Implicaciones Constitucionales*, en *Principios y Valores Constitucionales*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2006

Kai Ambos, Conferencia: *El Proceso de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. octubre 10 de 2006.

López Diego; *El Derecho de los Jueces*, Temis, Bogotá 2000.

Pildes, Richard, *Conceptions of Value in Legal Thought*, Michigan L. R., 90, 1992, pp. 1520-1532.

Ramelli, Alejandro; *La constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000

Rosales, Mario *El Rol de la Municipalidad en el Desarrollo Humano Sustentable*, disponible en:
<http://www.infomipyme.com/Docs/GT/sidel/ponencias/municipalidad.htm>

Uprimny, Rodrigo et alias, *Libertad de Expresión y Derechos Fundamentales*,
De Justicia, Legis Bogotá 2006

Sentencias Constitucionales:

Corte Constitucional, Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-370/06 Sala Plena

Corte Constitucional, Sentencia T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes
Muñoz ;

Corte Constitucional, Sentencia C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-527/05, M.P. Jaime Córdoba Treviño

Corte Constitucional, Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes
Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez
Caballero.

Textos internacionales

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

Estatuto de Roma de 1998 sobre la Corte Penal Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica,
1969

Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los
derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
