Imprimir

El Congreso de la República aprobó y finalmente promulgo el Acto Legislativo No 1 del 4 de abril de 2017 que crea y pone en marcha el sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición como un sistema de justicia transicional que tendrá una duración de 15 años y que está conformado por diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales, que busca satisfacer los derechos de las víctimas, asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido durante el conflicto armado sostenido entre las FARC-EP y el Estado Colombiano, garantizar la seguridad jurídica de quienes participaron en él y contribuir al logro de una paz estable y duradera contribuyendo a garantizar la convivencia, la reconciliación y la no repetición del conflicto.
El sistema está compuesto por la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; la Unidad de Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz y las medidas de reparación integral para las víctimas.

Como hemos señalado de tiempo atrás los sistemas de justicia transicional responden a necesidades de sociedades en que ha colapsado el Estado democrático y buscan restablecerlo –que no es el caso de Colombia- o en dónde a raíz de conflictos internos se han presentado masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que es nuestra situación. De manera transitoria, es decir limitada en el tiempo, se crean sistemas que permitan el tránsito -estableciendo medidas excepcionales- para retornar o finalmente alcanzar la vigencia del Estado Social de Derecho al tiempo que se repara a las víctimas y se reconocen sus derechos. Colombia registra actualmente reconocido por los propios organismos del Estado más de 8 millones de víctimas de las cuales un poco más de 7 millones son víctimas del delito de desplazamiento forzado; 65 mil desaparecidos en relación directa del conflicto armado; 220 mil asesinatos relacionados con el conflicto armado; cerca de 40 mil víctimas de secuestro; más de 48 mil niños y niñas víctimas de violencia sexual; con un despojo de más de 7 millones de hectáreas entre 1985 y el año 2015. Es decir en Colombia se ha registrado una masiva y sistemática violación de los derechos humanos fundamentales.

Con respecto al sistema aprobado por el Congreso se debe insistir en que es un sistema integral conformado con el propósito de hacer realidad el conjunto de derechos de las víctimas. Hasta ahora estos derechos de las víctimas habían sido reconocidos sólo parcialmente en la ley 387 de 1997 que reconoció los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado que luego fueron reivindicadas y profundizadas mediante la promulgación de la Sentencia T025 de 2004 de la Corte Constitucional que sigue vigente. Posteriormente mediante la ley 589 del año 2000 en la que se tipifican los delitos de desaparición forzada y genocidio se reconocieron los derechos de las víctimas de estos abominables crímenes. La ley 975 del año 2005 que sirvió de marco jurídico para el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares reconoció solo parcial y débilmente los derechos de las víctimas. La sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional enmendó y reforzó de manera significativa la participación de las víctimas en esta jurisdicción de Justicia Transicional pero sin lograr que realmente los derechos de la población víctima hayan sido plenamente satisfechos en ese sistema dado el bajísimo número de sentencias en contra de los paramilitares y la poca efectividad de la Fiscalía General de la Nación en esa jurisdicción.

La ley 1448 de 2011 popularmente conocida como ley de víctimas se ocupó nuevamente de manera parcial sobre algunos de los derechos de las víctimas, específicamente la ley reconoce y establece un sistema administrativo de indemnización para las víctimas, establece un procedimiento para la restitución de tierras, define los mecanismos que reconocen los derechos a la participación de las víctimas y al crear el Centro de Memoria histórica reconoce el derecho de las víctimas a su dignificación y a la conservación y restitución de su memoria. Solo ahora con la culminación del proceso de negociación entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP se avanza parcialmente en el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, se reconocen los derechos de las víctimas de desaparición forzada y los derechos a una reparación integral. Esa es la importancia del acuerdo de paz firmado entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional.

Si menoscabo de que volvamos más adelante sobre los componentes del sistema, aquí quiero ocuparme de los principales debates que se suscitaron en el Congreso de la República y de las limitaciones que dicho acto legislativo contempla con respecto al reconocimiento de

los derechos de las víctimas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La responsabilidad de mando

En el texto final aprobado por el Congreso se flexibiliza esta figura para que sea aplicada a los mandos militares y de policía. Esta figura contemplada en el derecho internacional y concretamente en el artículo 28 del Código Penal de la Corte Penal Internacional es la que permite judicializar a un comandante militar –ya sea de fuerzas regulares como el ejército o la policía, o a fuerzas irregulares como a la guerrilla- por las atrocidades cometidas por sus subalternos, si faltó a su deber de prevenir y sancionar esas atrocidades.

Según el Acuerdo final suscrito por el Gobierno Nacional y las FARC-EP tanto los mandos guerrilleros como los mandos de la fuerza pública deben responder por los graves crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y demás crímenes atroces cometidos por sus subalternos, si no previnieron ni sancionaron esas conductas criminales. Sin embargo el Acto Legislativo como fue aprobado por el Congreso de la República determina una serie de requisitos para los mandos de la fuerza pública que harán muy difícil sino imposible que se pueda probar la responsabilidad de mando en este tipo de crímenes.

En efecto el Acto Legislativo señala: Artículo transitorio 24º. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal Colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su

alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

1. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
2. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
3. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
4. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión."
   Al respecto la Fiscal General de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, había advertido en artículo publicado por la Revista Semana el pasado 21 de enero lo siguiente: "Aunque el concepto de responsabilidad de mando aparece claramente definido en el Estatuto de Roma, observo con cierta preocupación que en la versión final del Acuerdo de Paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente artículo 28 del Estatuto. No obstante, la definición que adopten en última instancia los legisladores tendrá que ajustarse plenamente a la definición establecida en el Estatuto de Roma."

En este sentido y como lo anota a mi modo de ver acertadamente Dejusticia esta definición y las precisiones allí contenidas sobre la responsabilidad de mando son contrarias al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional. La regla general para determinar la responsabilidad de mando es que si el comandante no ordenó ni participó en esos actos debe responder por ello sí, pudiendo hacerlo, no evitó que estos ocurrieran o se abstuvo de

sancionar a los responsables.

Según el texto del Acto Legislativo solamente existe mando y control efectivo si hay una relación de subordinación de tipo jurídica y de facto entre el superior y quien cometió el crimen. La exigencia de estos requisitos formales para comprobar la responsabilidad de mando desconoce el derecho penal internacional. Según este, la existencia del mando efectivo sobre las tropas se determina probatoriamente, estableciendo si el superior podía o no prevenir la atrocidad cometida por los subalternos.

Si esto no cambia, es improbable que en Colombia se llegue a condenas efectivas a los máximos responsables de las atrocidades que ha vivido el país en el último medio siglo.

El Acto Legislativo establece que se juzgue a un superior si se prueba que este sabía que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer un crimen. Pero el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional también exigen que se juzgue a superiores si hay evidencia de que estos poseían información que les “permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer violaciones”. [i]

Ahora bien y como lo advirtieron en sus intervenciones la senadora Claudia López y el senador Antonio Navarro el peligro de esta aprobación es que la Corte Penal Internacional decida intervenir dada la denegación de justicia que este acto legislativo pueda promover en cuanto a la impunidad para los altos mandos responsables de estas conductas punibles. Pienso que la salida la tiene la Corte Constitucional en el control automático de constitucionalidad que tiene que abocar en las próximas semanas sobre el contenido de este Acto Legislativo. A mi manera de ver la Corte debería pedir como ya lo hizo con relación a la recién aprobada y puesta en marcha Ley de Amnistía, un concepto a la Fiscalía General de la Corte Penal Internacional sobre este tema específico para blindar de esta manera el proceso y que los miembros de la Fuerza Pública que se acojan a la justicia especial para la paz puedan gozar de seguridad jurídica pero sin impunidad.

Hasta dónde llega la Justicia Especial para la Paz

El otro gran problema que afronta la naciente justicia especial para la paz tiene que ver con los alcances y los delitos que caben dentro de ella. La definición del acto legislativo es que entran todos aquellos delitos o conductas punibles que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado que se ha desarrollado a lo largo de los últimos cincuenta años en el país. Pero esta definición es muy genérica y ya se presentan dos casos en los cuáles sin que se hayan nombrado sus jueces, cosa que deberá surtirse por el comité de escogencia en los próximos seis meses, se tendrán que resolver también en el control de constitucionalidad que haga la Corte Constitucional a los contenidos de este Acto Legislativo. En el país se cometieron por parte de miembros de la Fuerza Pública más de 4000 asesinatos de civiles es lo que en el país eufemísticamente se ha denominado como falsos positivos. En realidad se trató de ejecuciones extrajudiciales de civiles ajenos al conflicto armado, para mostrar resultados operacionales en la lucha contra la guerrilla. Parte de los responsables ya han interpuesto solicitudes para ingresar al sistema de justicia para la paz y por lo pronto un juez les ha dado la razón. Ello ha provocado la reacción de una veintena de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos que han señalado que dichos crímenes no están relacionados ni directa ni indirectamente con el conflicto armado y que por tanto deberán permanecer en la justicia ordinaria que es más drástica con estos crímenes.

Un segundo caso es el de los exministros del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) y de su secretario general de la presidencia. En efecto los exministros Sabas Pretelt y Diego Palacios y el exsecretario general de la presidencia de la República, Alberto Velásquez quienes han solicitado ingresar a la Jurisdicción Especial para la Paz argumentando que los hechos por los cuales fueron condenados por la Corte Suprema de Justicia están relacionados con el conflicto toda vez que dichas conductas buscaban mantener en la presidencia de la República a Álvaro Uribe Vélez para que derrotara militarmente a las FARC-EP. Sin reconocer el delito de cohecho que para la Corte está probado pero que ellos no aceptan buscan que se les aplique la justicia especial puesto que la condena se produjo presumiblemente por tratar de prolongar el mandato presidencial para derrotar a la guerrilla.

Como estos se van a presentar muchos más sin que el Tribunal Especial para la Paz se haya conformado aún. Por ello resulta de trascendental importancia que la Corte Constitucional en su control de constitucionalidad establezca los límites claros de conductas punibles que no tienen relación directa con el conflicto. Esto es clave si queremos que la permisividad y complicidad de los altos mandos militares con crímenes graves y delitos atroces se cierre también con este proceso de paz. La garantía que esto no vuelva a repetirse es que los principales responsables de las masivas violaciones a los derechos humanos comparezcan ante la justicia y respondan por sus conductas punibles así tengan penas reducidas ante la gravedad de sus crímenes. La justicia transicional otorga beneficios que la sociedad estaría dispuesta a conceder pero sobre la base de conocer la verdad y establecer la responsabilidad de los autores o participes de los más graves crímenes y esto debe aplicar tanto para los mandos guerrilleros como para los altos mandos de la Fuerza Pública.

Pedro Santana Rodríguez: Director Revista Sur

Bogotá 6 de abril de 2017.

NOTAS

[i] Cinco puntos que nos preocupan sobre la Jurisdicción Especial para la Paz y el tratamiento especial a la fuerza pública. Dejusticia, febrero 16 de 2017.