Imprimir

Lograr justicia al término de una confrontación armada siempre será muy difícil y Colombia no es la excepción, sobre todo después de un conflicto armado que se prolongó por más de 60 años y en el cual los actores en conflicto escalaron la confrontación la cual llegó a niveles dramáticos de degradación que dio como resultado una victizamización masiva. Al día de hoy y a partir del primero de enero de 1986 el Estado reconoce un universo de víctimas de más de 8.3 millones de personas que corresponde a un 16% del total de la población del país. Esto nos da una idea aproximada del reto que significa intentar dar respuesta al derecho que corresponde a las víctimas tanto en materia de verdad como de justicia, reparación y garantías de no repetición.
Para tratar de dar respuesta a los derechos de las víctimas contenidos en el punto 5 de los Acuerdos de La Habana se creó un Sistema Integral de Justicia para la Paz y un componente adicional de política pública que debería ocuparse de la reparación integral a las víctimas. Sobre el primer tema se aprobó en el Congreso de la República el Acto Legislativo 01 de 2017 y se encuentra en trámite en el Congreso de la República un proyecto de Ley Estatutaria que busca su reglamentación que enfrenta muchos problemas en su trámite a pesar que ya fueron nombrados los 51 jueces que constituyen el sistema de justicia creado en dicho Acto Legislativo pero que requieren para su entrada en funcionamiento de la ley estatutaria que reglamente esta jurisdicción especial así como una ley que determine los procedimientos para su entrada en funcionamiento, ésta última debe ser asumida por los propios magistrados recién elegidos. El segundo componente, es decir, la política pública de reparación a las víctimas apenas surtió un proceso de consulta restringido y no hay hasta el momento ni siquiera un proyecto de ley que tenga como propósito su implementación.

Ahora bien el Acto Legislativo 01 de 2017 contempla la creación de una Unidad de Búsqueda de Personas desaparecidas en relación con el conflicto armado, una Comisión de la Verdad y una jurisdicción especial para esclarecer la responsabilidad de los diversos actores del conflicto armado, específicamente dentro de estos actores destaca que tanto los agentes del Estado como los terceros responsables y la guerrilla, deberán responder ante este sistema de justicia por los graves crímenes cometidos por ellos relacionados con el conflicto armado. Los paramilitares responden ante otra jurisdicción que es la creada por la Ley 975/2005

comúnmente llamada Jurisdicción de Justicia y Paz. La Unidad de Búsqueda de personas desaparecidas ya cuenta con el nombramiento de su directora por parte del Comité de Escogencia quien deberá estructurar su funcionamiento y su entrada en operación mientras que a finales de este mes de octubre el Comité de Escogencia deberá nombrar a 11 comisionados/as que integrarán la Comisión de la Verdad que deberá funcionar durante tres años.

El Sistema de Justicia dentro del Sistema Integral de Justicia para la Paz deberá ocuparse centralmente de juzgar los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra que como se sabe no pueden ser objeto de indultos o amnistías de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. El tema central del debate hoy es sí el Acto Legislativo que creó el sistema de justicia transicional para la paz garantiza los estándares internacionales en materia de garantías para las víctimas tal como los ha establecido tanto la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de los tribunales ad hoc creados para juzgar estos delitos en el ámbito de las Naciones Unidas. El debate no es nuevo aunque fue muy intenso en el trámite del acto legislativo y lo sigue siendo alrededor del fallo que debe proferir la Corte Constitucional sobre dicho Acto Legislativo así como el debate que se surte en el Congreso de la República sobre el proyecto de ley estatutaria que busca la reglamentación de dicho acto legislativo.

En el trámite del Acto Legislativo diversas organizaciones de la sociedad civil advirtieron sobre el intento de rebajar los estándares internacionales y la interpretación que tanto el Gobierno como el Congreso estaban haciendo de la normativa internacional específicamente sobre la llamada responsabilidad de mando, sobre la definición de los llamados crímenes de guerra así como sobre la responsabilidad de los terceros responsables en las graves violaciones a los derechos humanos. Estas observaciones fueron desestimadas por el Congreso y por el Gobierno.[i] A su turno y antes de abordar la discusión del fallo sobre la exequibilidad del Acto Legislativo la Corte Constitucional solicitó un pronunciamiento de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre el Acto Legislativo y sobre la Ley de Amnistía. Este concepto fue remitido a la Corte Constitucional este 18 de octubre y en términos generales ratifica las observaciones que se habían hecho por las organizaciones de la

sociedad civil Colombiana.

Específicamente el concepto de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, aborda cuatro aspectos directamente relacionados con el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 y de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016. En concreto se ocupa de la definición de la responsabilidad de mando; la definición de graves crímenes de guerra; la determinación de la "participación activa o determinante" en relación con los llamados terceros responsables; y la "restricción efectiva de libertades o derechos", esto es, el significado de las penas contempladas en el sistema para castigar a los responsables de estos delitos.

La responsabilidad de mando

El escrito de la Fiscal señala que la definición de la responsabilidad de mando incluida en el Acto Legislativo 01 de 2017 "se aparta del derecho internacional consuetudinario, y en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales. La definición parecería revivir consideraciones de jure para establecer si un superior podría ser considerado responsable por no haber prevenido o castigado a sus subordinados, y podría dar lugar a la sustracción de la responsabilidad penal de individuos que tienen la mayor responsabilidad por actos atroces". Como está redactado el Acto Legislativo y como es examinado en el concepto de la Fiscal de la CPI queda claro que lo que el legislador trato de hacer fue diluir y hacer inaplicable la responsabilidad de mando.

La primera crítica está relacionada con la supresión como referencia para definir esta responsabilidad de mando del derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así como incluir como factor para determinar la responsabilidad de mando la legislación colombiana y dentro de ella las llamadas reglas operacionales de las Fuerza Pública. El Acto Legislativo señala que "la determinación de la responsabilidad de 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 mando correspondiente; y
4. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las 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".
   Lo que señala el documento de la Fiscal General de la CPI es que estos criterios no garantizan el establecimiento de la responsabilidad de mando pues se supone que para hallar a un superior como responsable por las conductas de sus subordinados debería demostrarse que él sabía con antelación sobre la realización de esas conductas punibles o demostrar que supo después de cometidas esas conductas punibles y no actuó. El derecho internacional es más exigente pues una parte sustancial de la responsabilidad de mando tiene que ver con la responsabilidad por omisión es decir por no actuar frente a denuncias o señalamientos de graves hechos violatorios de los derechos humanos. En resumen este contenido del Acto Legislativo lo que busca es diluir la responsabilidad de los altos mandos de las Fuerzas Armadas en delitos internacionales tales como las ejecuciones extrajudiciales llamadas eufemísticamente como falsos positivos, por ejemplo.

Los crímenes de guerra

Señala el documento de la Fiscal general de la CPI que “con respecto a la definición de “graves” crímenes de guerra, el requisito de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría conducir a que se concedan amnistías, indultos o renuncias a la persecución penal a individuos responsables por crímenes de guerra bajo la jurisdicción de la CPI que no hubiesen sido cometidos de forma sistemática. Esto sería inconsistente con la jurisdicción de la Corte con arreglo al Estatuto de Roma y podría también violar normas del derecho internacional consuetudinario. Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable”.

Este aspecto del Acto Legislativo tampoco satisface los estándares internacionales a juicio de la Fiscal de la CPI sobre todo en dos aspectos: el primero la exigencia de que haya sistematicidad para que una conducta o un hecho sea calificado como crimen de guerra y en segundo lugar que los terceros responsables hayan participado directamente de los hechos punibles.

Finalmente con respecto a la efectividad de las penas que involucran restricciones de libertades y derechos dice en el concepto señora fiscal, Fatou Bensouda, que “dependerá de la naturaleza y alcances de las medidas que, combinadas, podrían conformar una sanción, así como también de su implementación efectiva, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción no frustre el objeto y fin de la pena”. Es decir que las sanciones que constituyan “restricción efectiva de la libertad” así como ofrecer plena verdad y reparación a las víctimas deben ser rigurosas y deben ser verificadas durante el tiempo que incluya la sanción.

Emitido el concepto ahora corresponde a la Corte Constitucional evaluar e incorporar en su fallo las consideraciones del mismo para blindar la Jurisdicción Especial para la Paz. Sabido es

que la Corte Penal Internacional viene haciendo un seguimiento a diversos procesos que cursan por ahora en la justicia ordinaria sobre graves violaciones a los derechos humanos cometidos tanto por las guerrillas como por agentes del Estado y por terceros responsables. Uno de los casos más emblemáticos corresponde a los llamados falsos positivos en que ha advertido lentitud en el proceso sobre todo de 23 generales y 5 coroneles investigados por éstos hechos. Haría bien la Corte Constitucional en responder al documento de la Fiscal de la Corte Penal Internacional en el fallo que deberá promulgar en las próximas semanas.

PEDRO SANTANA RODRÍGUEZ: Director Revista Sur

Bogotá octubre 26 de 2017.

NOTAS

[i] Estas observaciones fueron consignadas en el “Comunicado sobre el proyecto de Acto Legislativo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, Bogotá 13 de febrero de 2017, suscrito entre otras por Dejusticia, la Comisión Colombiana de Juristas, La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Codhes y la Misión de Observación Electoral. Se puede consultar en www.moe.org.co