

Peritaje ante la Corte Interamericana de

Derechos Humanos

Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia

CDH-10-2018

Por Mark Freeman

Toronto, febrero de 2021

Tabla de contenidos

1. Objeto del peritaje	3
2. Datos del perito.....	3
3. Estructura del peritaje	3
4. Resumen ejecutivo.....	4
5. Metodología del peritaje	4
6. Desarrollo del peritaje	4

1. Objeto del peritaje

De conformidad con la Resolución de 18 de diciembre del 2020, la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que mi peritaje se referirá “al concepto de justicia transicional y a la importancia de este campo en el alcance de las obligaciones internacionales del Estado relacionados con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición. En este marco el experto analizará el modelo de justicia transicional en Colombia, desde una perspectiva comparada”.

2. Datos del perito

Nombre: Mark Freeman

Nacionalidad: Canadiense y Belga

Resumen de datos bibliográficos:

[Mark Freeman](#) es actualmente el Director Ejecutivo del Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT, por sus siglas en inglés). Es abogado internacionalista y experto reconocido en temas de derechos humanos, que ha trabajado en contextos de negociaciones y transiciones como Argelia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Burundi, Colombia, Congo, El Salvador, Kenia, Mauritania, Marruecos, Nepal, Serbia, Sri Lanka, Túnez, Turquía, Venezuela y Zimbabue.

Entre 2008-2011, Freeman ocupó el cargo de Jefe de Relaciones Exteriores de la organización International Crisis Group (ICG) y entre 2001-2007 ayudó al lanzamiento y a la dirección del International Center for Transitional Justice (ICTJ) en Nueva York y en Bruselas.

Freeman es también autor de varios libros que son obras de referencia en asuntos de justicia transicional, tales como ‘Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice’ (Cambridge University Press, 2010) y ‘Truth Commissions and Procedural Fairness’ (Cambridge University Press, 2006) que recibió el premio anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional. Su más reciente libro, en coautoría con Iván Orozco, se titula ‘Negotiating Transitional Justice: Firsthand Lessons from Colombia and Beyond’ (Cambridge University Press, 2019).

Mark Freeman tiene título de pregrado en Estudios Humanitarios de la Universidad McGill (Canadá), es licenciado en Derecho de la Universidad de Ottawa (Canadá), y tiene un Máster en Derecho de la Universidad de Columbia (EEUU).

3. Estructura del peritaje

Para abordar el objeto del peritaje requerido por la H. Corte Interamericana, me referiré al concepto de justicia transicional y la importancia de este campo al equilibrar el alcance de las obligaciones internacionales del Estado, de igual jerarquía y que se desprenden de los derechos a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición. A paso seguido, analizaré el modelo de justicia transicional en Colombia, desde una perspectiva comparada. La argumentación que presento en este peritaje se basará en varias ideas contenidas en mis escritos o las publicaciones de la organización que dirijo (IFIT).

4. Resumen ejecutivo

El sistema de justicia transicional colombiano no existe en el vacío: hace parte de un modelo y un proyecto de paz negociado mucho más amplio, sin el cual, su existencia no tendría sentido ni justificación. Así pues, la primera pregunta en relación con la validez del modelo de justicia transicional en Colombia debe versar sobre la validez prima facie del modelo de paz negociado, por cuanto es necesario para avanzar tanto en prevenir futuras violaciones como en remediar violaciones pasadas. Si se entiende que el modelo de paz negociado es válido en estos términos, entonces es pertinente preguntarse hasta qué punto el modelo de justicia transicional -uno de seis sub-acuerdos- contribuye en la misma medida a la prevención de futuras violaciones y a dar respuestas por violaciones pasadas.

En este ejercicio, no se puede pasar por alto el análisis del impacto que tendría cualquier revisión del sub-acuerdo de justicia transicional sobre el acuerdo de paz en su totalidad. En este sentido, para evaluar la conformidad del sistema de justicia transicional colombiano, éste se debe analizar en concordancia con (i) el contexto en el cual fue creado, es decir, una situación extraordinaria de negociación para terminar un conflicto armado y (ii) la coexistencia e interdependencia de obligaciones –prevención e investigación, juzgamiento y sanción– e, incluso, derechos –verdad, justicia, reparación y no repetición–. De no ser así, se crearía un derecho vaciado de significado. Un derecho defendible debe hacerle frente a los hechos objetivos y, en este caso, exige distinguir entre lo ordinario y lo extraordinario, y lo contextualizado y lo abstracto.

5. Metodología del peritaje

La argumentación en este peritaje se hace con base en mi experiencia profesional y libros de mi autoría, así como varias de las publicaciones y documentos públicos y privados de IFIT, organización que dirijo. Para este peritaje se tuvo en cuenta, entre otras, los siguientes:

- Mark Freeman, "Truth Commissions and Procedural Fairness," Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Mark Freeman, "Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice," Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Mark Freeman e Iván Orozco, "Negotiating Transitional Justice: Firsthand Lessons from Colombia and Beyond," Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), "Consideraciones prácticas para el diseño de procesos de negociación política y de paz," Barcelona: IFIT, 2017.
- Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT) - Grupo de Derecho y Paz, "Replanteando la paz y la justicia," Barcelona: IFIT, 2019.
- Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), "[Recomendaciones IFIT sobre el Régimen de Condicionalidad del Sistema Integral Generalidades y la condición de aportar verdad plena,](#)" Bogotá: IFIT, 2019.

6. Desarrollo del peritaje

Concepto de justicia transicional

1. Esta sección presenta una definición del concepto de la justicia transicional y examina la relación entre los derechos humanos y la justicia transicional, con referencia a: 1) lo "extraordinario" y lo "contextualizado" como características intrínsecas en la conceptualización y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; y 2) la

evolución de la justicia transicional en paralelo con los derechos humanos, resaltando sus coincidencias y diferencias.

2. Aunque sus raíces históricas se remontan a Núremberg, o incluso momentos anteriores, el término justicia transicional no entró en el léxico político moderno sino hasta poco después de la Guerra Fría.
3. La justicia transicional es un campo multidisciplinario de investigación y práctica vinculado 1) a la lucha contra la impunidad y 2) a los ámbitos más amplios de los derechos humanos y la prevención y resolución de conflictos.
4. La justicia transicional se centra en el desafío de enfrentar legados de las violaciones más graves, y de violaciones masivas o a gran escala, en aras de asegurar, entre otras cosas, la no-repetición. Sus métodos y enfoques suelen aplicarse en sociedades en transición de la guerra a la paz, o del autoritarismo a la democracia, cuando se presenta una ventana de oportunidad para la transformación política y social. También pueden aplicarse en otros contextos, como en democracias bien establecidas que buscan hacerle frente a contextos de abusos pasados.
5. En este sentido, la justicia transicional consiste en un conjunto de estrategias que velan por la garantía de los derechos humanos en contextos excepcionales como los descritos.
6. Naturalmente, cada contexto de transición democrática o de posconflicto es único en términos económicos, políticos, sociales y culturales, así como en cuanto a la senda de la transición. Por ejemplo, son obvias las diferencias de las transiciones nacionales que ocurrieron en América del Sur en la década de 1980, en comparación con las de Europa central y oriental después del colapso de la Unión Soviética, en comparación, a su vez, con las del sur de África después del final de la era del apartheid.
7. No obstante, a pesar de las tantas diferencias entre estos y otros ejemplos, hay al menos una característica que todos tienen en común: la existencia de legados de abusos cometidos a gran escala. En tales contextos, por su naturaleza “extraordinarios”, la demanda de justicia suele estar en su punto más alto, mientras que la posibilidad de impartirla -por lo menos en cualquier grado proporcional a la escala de los crímenes- suele estar en su punto más bajo.
8. La justicia incompleta, también llamada “brecha de impunidad”, no es simplemente probable en contextos de transición. Es una realidad inevitable. Cuando el crimen se convierte en la regla, como es el caso durante cualquier período de represión o conflicto armado, ningún sistema de justicia puede, razonable y de manera realista, hacerle frente a las consecuencias de manera adecuada. Menos aún en un estado de transición y/o fragilidad institucional. En tales contextos, por lo tanto, las medidas no judiciales como las comisiones de la verdad, los programas de reparación de víctimas y las reformas al sector de seguridad, deberían adoptarse en acompañamiento a los juicios, en donde estrategias de persecución penal enfocadas en los máximos responsables y en los crímenes o delitos más graves, tales como la priorización o la selección, contribuyen sustancialmente a cerrar dicha brecha. En su conjunto, estas constituyen los principales mecanismos de justicia transicional.
9. Si bien las herramientas de la justicia transicional se desprenden en parte del marco universal de los derechos humanos, y en convergencia con el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario, el campo se caracteriza por una búsqueda de soluciones que ponderen (o “contextualicen”) reivindicaciones universales con realidades locales, lo cual a su vez pone a prueba los límites de dichas reclamaciones. Por esta razón, la teoría y la práctica de la justicia transicional hacen énfasis en la necesidad de adaptar, razonablemente, el derecho a las condiciones locales.
10. Ahora bien, esa búsqueda de la contextualización no sólo es propia de la justicia transicional; también lo es del derecho internacional de los derechos humanos. Lo extraordinario y lo contextual son características intrínsecas de su propio diseño. En este sentido, existe una identidad entre la teoría y los conceptos que soportan la justicia transicional y los derechos humanos.
11. A continuación se desarrollan estos argumentos.

El alcance de las obligaciones internacionales del Estado en relación con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición

Argumentación preliminar:

12. En el presente acápite, abordaré el alcance de las obligaciones internacionales del Estado y la sintonía entre la justicia transicional y los derechos humanos desde la óptica del otorgamiento de amnistías y utilización de herramientas como la selección, dado que 1) las amnistías y la selección son medidas extraordinarias asociadas con la justicia transicional que imponen límites significativos respecto del alcance ordinario de derechos, y 2) la justificación de dichos límites a menudo se basa en cierta contextualización y en el balance que resulta necesario en situaciones excepcionales. Este balance se debe hacer: a) entre la prevención de futuras violaciones y la necesidad de garantizar algún tipo de respuesta por violaciones pasadas; y b) el derecho a la verdad, la justicia y la reparación como componentes de la garantía a un recurso efectivo. La contextualización permite también tener en consideración, de manera pragmática, la capacidad de administración de justicia o respuesta de un estado y sus instituciones.
13. ¿Cuáles son las razones para objetar ciertos tipos de amnistía, y sobre todo los que dan inmunidad para graves violaciones? Uno de los principales argumentos tiene que ver con las disposiciones sobre el derecho a un recurso efectivo, contempladas en varios tratados de derechos humanos y que existe desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Otros ejemplos destacados son el artículo 2, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). Las disposiciones sobre el derecho a un recurso efectivo también se contemplan en varios tratados regionales, entre ellos la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (AfrCHPR) y, por supuesto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
14. El derecho a un recurso efectivo abarca, entre otras cosas, el deber y la autoridad del Estado para garantizar la sanción de los infractores. Esto parece estar en conflicto directo con la función principal de las amnistías, a saber, eliminar las posibilidades de la acción penal y las consecuencias del juicio a nivel doméstico, así como con el uso de la selección que, como herramienta de investigación penal, busca concentrar los esfuerzos de la acción penal en los máximos responsables de los delitos más graves. Sin embargo, el derecho a un recurso efectivo no es tan amplio como parece ya que los Estados, desde sus diferentes instituciones -ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales- conservan altos grados de discrecionalidad respecto de la manera en la que concentran los recursos para la investigación, procesamiento y sanción.
15. La función principal del derecho a un recurso efectivo es, en realidad, la de garantizar el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a un remedio efectivo, a través de un procedimiento, ya sea judicial o no judicial. En este sentido, y a manera de ilustración, una amnistía que impida el acceso de las víctimas a los tribunales para obtener una reparación por la vía civil y que, en su defecto, tampoco contemple un mecanismo de respuesta no judicial, contradice el derecho a un recurso efectivo. Incluso una amnistía que preserve la capacidad de las víctimas para ir a los tribunales para la reparación civil podría, sin embargo, infringir el derecho a un recurso efectivo si la disponibilidad de dicha ayuda se encuentra realmente supeditada a una condena penal previa, como suele ocurrir en los sistemas de derecho civil. Tal amnistía entraría en conflicto con el derecho en el sentido de que la consecuencia derivada de la no persecución, a saber, la incapacidad para obtener una recuperación civil efectiva, produciría la violación. Por su parte, una estrategia que persiga de manera desordenada e indiscriminada, sin importar el nivel de responsabilidad o gravedad de

la violación, en un escenario de macro victimización, muy probablemente colapsaría al sistema y profundizaría la brecha de impunidad.

16. Pero este análisis aplica únicamente en un nivel muy general y abstracto y la materialización de estos derechos no se da como se darían experimentos en laboratorios secos sino en terrenos complejos en los que inciden muchas consideraciones jurídicas, sociales, y económicas, entre otras.
17. Ahora bien, como ya se indicaba, la importancia de tener en consideración los hechos y el contexto es clave tanto para la justicia transicional como herramienta de materialización de los derechos humanos, como para el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, este, por diseño y concepción, se funda en el reconocimiento de la importancia del contexto, ya sea de naturaleza ordinaria o extraordinaria.
18. Esta premisa se sustenta, por ejemplo, en los ejercicios de ponderación entre derechos humanos adelantada por los Tribunales o la aplicación de límites o restricciones a tales prerrogativas fundamentales¹. Dichos mecanismos son inherentes al derecho internacional de los derechos humanos y exigen, de parte del Estado y de los entes nacionales, regionales o internacionales encargados de velar por su garantía, un estudio en el caso a caso, con base en consideraciones del contexto, para determinar su legitimidad.
19. La CADH contempla una ilustración por excelencia de esta práctica, al establecer en su artículo 32 (2) que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.” La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha convertido en un referente en el ámbito de los derechos humanos, entre otros, dados sus avances y desarrollos respecto del test de proporcionalidad².
20. Otro ejemplo de la contextualización como elemento propio de los derechos humanos consiste en la facultad que se otorga a gobiernos de suspender temporalmente algunos derechos de conformidad con ciertos tratados que contienen cláusulas de excepción explícitas. Por otra parte, en tiempos de emergencia pública que amenaza la vida de un Estado, los gobiernos pueden suspender temporalmente algunos derechos de conformidad con ciertos tratados que contienen cláusulas de excepción explícitas, aplicables en tiempos de emergencia. La mayoría de las cláusulas de excepción estas cláusulas, incluyendo las de la CADH, establecen que determinados derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la vida y las prohibiciones contra la tortura y la esclavitud) no pueden ser objeto de excepción³.
21. Además, esta H. Corte, expresamente, ha acudido al contexto de los Estados o a fuentes de derecho interno, incluso, como parámetro de valoración de actuaciones adelantadas por los Estados en contextos de transición. Así pues, por un lado, en el caso Herzog y otros vs. Brasil destacó la naturaleza de la transición para analizar la aplicación de una amnistía⁴, y, por el otro lado, en Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador acudió al Acuerdo de Paz suscrito con el FMLN como parámetro de valoración⁵.

¹Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Sentencia de 15 de octubre de 2019; Caso López y otros Vs. Argentina. Sentencia de 25 de noviembre de 2019; Caso Jenkins Vs. Argentina Sentencia de 26 de noviembre de 2019; Caso Usón vs. Venezuela, Sentencia del 20 de noviembre del 2009; Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004; Caso Canese Ricardo vs. Paraguay, Sentencia del 31 de agosto del 2004; entre otros.

² Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001; Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008; y Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011; entre otras.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2), Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 15.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 28).

⁴ Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353. Párr.

⁵ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252. Párr. 292.

22. Ahora bien, la contextualización en un escenario de transición cobra aún más importancia cuando la implementación de mecanismos contemplados para tal propósito constituye un presupuesto esencial para garantizar el cumplimiento de la obligación de prevención de los Estados. Este punto es clave, ya que muchos insisten en que los Estados tienen una obligación absoluta de investigar, juzgar y sancionar a los presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. A primera vista, esto pareciera acertado cuando se trata de infracciones graves a los Convenios de Ginebra, genocidio y tortura. Sin embargo, esta afirmación requiere también de un análisis más profundo pues si bien puede constituir una inferencia jurídica razonable, no es una conclusión jurídica ipso facto. Ello se debe a que, además de las obligaciones de investigar e imponer sanciones a los responsables de esos crímenes internacionales, los Estados también tienen obligaciones de evitar y prevenir esos mismos delitos. Todas estas obligaciones son, por lo demás, interdependientes y deben ser armonizadas –en tanto no existe una relación de jerarquía entre aquellas–.
23. Diversas normas de tratados contemplan o se refieren a la existencia de la obligación de prevenir graves violaciones a los derechos humanos. Como señaló la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Genocidio de Bosnia: “La Convención sobre el Genocidio no es el único instrumento internacional que prevé la obligación de los Estados partes en ella de adoptar determinadas medidas para impedir los actos que pretende prohibir. Muchos otros instrumentos incluyen una obligación similar, en diversas formas: véase, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (Art. 2); la Convención sobre la Prevención y sanción de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973 (Art. 4); convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 9 de diciembre de 1994 (art. 11); Convención Internacional sobre la represión de los atentados terroristas con bombas, del 15 de diciembre de 1997 (Art. 15)”⁶.
24. Ahora bien, las obligaciones de prevención de violaciones a los derechos humanos no siempre son explícitas. Por el contrario, varios tratados se refieren a estas de manera implícita, como lo es el mandato de prohibir ciertos tipos de acciones (por ejemplo, tortura) o de respetar y garantizar los derechos humanos de una manera más general (como lo ha interpretado la H. Corte respecto del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En cualquier caso, hoy en día es poco común que un Estado niegue tener obligaciones de prevención de graves violaciones de los derechos humanos. En los casos más extremos, los Estados niegan haber cometido las violaciones, lo que implica per se el reconocimiento de la obligación de haber tenido que prevenirla en un comienzo. También cabe señalar que, en las raras ocasiones en que la CIJ ha optado por declarar que una norma relacionada con los derechos humanos constituye el *jus cogens*, lo ha hecho con sustento en las obligaciones de prevención.
25. Con todo, sería indebido hablar de la existencia de una “obligación general” de los Estados de impedir la comisión, por parte de otras personas o entidades, de actos contrarios a ciertas normas del derecho internacional general. Lo anterior, teniendo en cuenta que no tendría mucho sentido exigirle a un Estado total control sobre las personas y entidades, más allá de su debida diligencia. A este respecto, es importante reconocer que la obligación de prevención es una de medio y no de resultado, y así lo ha reiterado también esta H. Corte en su jurisprudencia⁷.

⁶Aplicación de la Convención en la Prevención y Castigo del crimen de genocidio (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Sentencia, I.C.J. Informes 2007, p. 43.

⁷ Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.Párrafo 207; Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.Párrafo 130; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.Párrafo 208; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

26. De lo anterior se desprende la pregunta sobre cómo tratar una decisión de un Estado que ve y asume la necesidad extraordinaria de limitar toda o parte de su obligación de asegurar un recurso efectivo -en su concepción tradicional- en aras a cumplir con su obligación -ni menor ni mayor- de prevenir futuras violaciones.
27. Por supuesto, la posibilidad de invocar el uso de una amnistía u otro límite del ejercicio de la acción penal fundamentándose en este raciocinio, no puede hacerse con ligereza. Estas medidas requieren de un análisis complejo y multidimensional que incluya cuestiones de prueba, ponderación y equilibrio de las diferentes obligaciones de los Estados. En efecto, en contextos extraordinarios de conflicto o autoritarismo en los cuales hay escenarios de violaciones masivas a los derechos humanos, las obligaciones estatales de investigación, judicialización y sanción, así como las de reparación de las víctimas del pasado, y las obligaciones de intervención y prevención para las víctimas de hoy y de mañana, pueden llegar a ser moral, jurídica y políticamente contradictorias. Por ejemplo, ¿debería un gobierno frágil pero democrático, acorralado por una insurrección violenta pero también incapaz de imponerse contra un poderoso ejército, priorizar las obligaciones de justicia y reparación en sus concepciones retributivas más tradicionales y, por lo tanto, insistir en excluir de cualquier futuro pacto de transición la posibilidad de una amnistía para las violaciones a derechos humanos? ¿O debería dicho Estado ponderar sus obligaciones y considerar alternativas para evitar mayores sufrimientos? La primera posición podría tener consecuencias en la vida real para las personas de dicho país, ya sea para aquellos que trabajan en la esclavitud hoy, para quienes sean secuestrados mañana, o quienes serán violados y torturados si las mismas circunstancias permanecen. En contextos de violencia masiva, no se pueden caracterizar, razonablemente, tales consecuencias terribles como especulativas.
28. Este argumento se puede presentar aún más contundentemente. Uno podría preguntarse, por ejemplo, si hay algo más central en los deberes jurídicos mínimos de un Estado que garantizar que sus ciudadanos estén protegidos y se les brinde seguridad humana básica. Si un Estado está dispuesto pero no puede proteger a sus ciudadanos, y la comunidad internacional no está dispuesta o no puede intervenir con apoyo coercitivo, ¿realmente importa la protección de cualquier otro bien jurídico y en cualquier grado de manera comparable? Si una medida jurídica extraordinaria pudiera ayudar a facilitar el cese de un genocidio emergente o en curso, ¿no sería una obligación bajo los derechos humanos adoptarla y evitar que eso ocurra? Si la amenaza de enjuiciar a un puñado de líderes está objetivamente en el camino de la paz en el contexto de una horrenda guerra civil, ¿quién no podría considerar un recurso a la amnistía o unos arreglos jurídicos razonables si pudiera prevenir el asesinato y la mutilación de potencialmente cientos o miles de personas? En resumen, si una medida extraordinaria realizada por la vía negociada pudiera detener o impedir un actual o futuro cataclismo social, ¿podría defenderse su rechazo simplemente sobre la base de una obligación legal previa de enjuiciar, mientras que esta obligación ni es superior ni es inferior a otras obligaciones tal como la de prevenir nuevas violaciones?
29. El punto es que, de tratarse sería y exhaustivamente los derechos humanos de las víctimas, se debe reconocer la importancia tanto de la prevención como de la sanción y, en algunos casos, de un tipo de límite extraordinario y contextualizado. Esto no es sólo un argumento moral y político; también es legal. Las obligaciones estatales de prevención, investigación,

Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307. Párrafo 107; Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277. Párrafo 135; Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283. Párrafo 139; Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269. Párrafo 118; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párrafo 252; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. Párrafo 185; Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párrafo 175.

judicialización, sanción y reparación con respecto a las violaciones de derechos humanos son todas importantes y deben ser equilibradas entre sí y no evaluadas en el vacío. Como se ha mencionado en el presente concepto, en el derecho internacional no existe una jerarquía explícita de las obligaciones estatales entre la prevención y la investigación y sanción. En cambio, existe el desafío de conciliar dichas obligaciones respetando los principios generales de interpretación jurídica internacional, tales como el de armonización, según el cual en casos de conflictos o superposiciones entre distintas obligaciones los Estados deben, en la medida de lo posible, buscar interpretarlas de modo que den lugar a un conjunto único de obligaciones compatibles, de forma que se maximice la efectividad de cada una de ellas.

30. Válgase la aclaración que, de ninguna manera, las observaciones presentadas arriba pretenden negar que la sanción sea una obligación implícita o una condición necesaria para la prevención. No se está afirmando, por ejemplo, que se puede renunciar a la ligera a la obligación de judicializar. Todo lo contrario: los procesos internos de persecución penal pueden ser muy importantes para avanzar en la disuasión general y específica, ayudar a fortalecer y reconstruir la administración de justicia y la confianza de los ciudadanos en ella, así como ayudar a consolidar el estado social de derecho en general. Sin embargo, en algunos contextos puede ser necesario dejar de investigar y juzgar en aras de poner fin a una guerra civil que, en sí misma, está minando la capacidad del Estado de perseguir penalmente a los responsables y de brindar reparaciones a las víctimas. En estos casos, las medidas de flexibilización en las obligaciones del Estado de investigar, juzgar y reparar pueden incluso funcionar como un refuerzo del enjuiciamiento de violaciones de los derechos humanos que, de otra manera, serían inviables. En este sentido, por ejemplo, la selección es una herramienta, que si bien limita honesta y abiertamente algunos derechos de las víctimas, permite garantizar la administración de justicia y la rendición de cuentas de manera pronta y efectiva, por los crímenes más graves.
31. Omitir o rechazar el uso de estas herramientas no significa mayor rendición de cuentas, sino una rendición de cuentas más demorada, sin verdadera estrategia o visión penal. Esta herramienta ha sido utilizada por Cortes nacionales, híbridas e internacionales y su justificación se ilustra claramente a partir, por ejemplo, de la experiencia del modelo de justicia transicional colombiano creado luego de las negociaciones con los paramilitares, la Ley de Justicia y Paz de 2005.
32. Existe, por cierto, el riesgo de que los gobiernos cínicos comiencen a tratar las diferentes obligaciones como un menú de opciones discrecionales, en lugar de un conjunto de obligaciones unificadas. Sin embargo, tal riesgo existe con respecto a cualquier conjunto de principios, y puede mitigarse de manera razonable y eficaz mediante el uso de una métrica de buena fe junto con el principio de armonización.
33. Además, algunos podrían objetar la importancia de lo extraordinario y lo contextualizado en el corazón de los derechos humanos, argumentando que ciertas obligaciones de enjuiciamiento son absolutas y que los delitos a los que se refieren (por ejemplo, tortura, genocidio e infracciones graves de los Convenios de Ginebra) no son objeto de ejercicios de ponderación o de limitaciones, independientemente de las circunstancias. Sin embargo, si las obligaciones de enjuiciamiento por tales delitos son absolutas, ¿cómo podrían caracterizarse, por su lado, las obligaciones de prevención? Si crímenes como estos preocupan a toda la humanidad y, por lo tanto, exigen ser procesados, seguramente por esa misma razón tenemos un interés internacional colectivo igual, si no mayor, en su prevención. Si ese es el caso, volvemos a donde comenzamos con el mismo dilema en el que hacer compatibles las diversas obligaciones es un imperativo jurídico.
34. Yendo más allá, podemos observar que el verdadero alcance de las obligaciones internacionales del Estado relacionadas con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición tienen una dimensión adicional. En efecto, además de provocar la necesidad de evaluar y equilibrar los tipos de obligaciones que compiten con respecto a determinados

delitos o violaciones (por ejemplo, la prevención y la sanción en materia de tortura), las situaciones extraordinarias también crean la necesidad de ponderar las obligaciones que compiten para garantizar derechos diferentes. Puntualmente, aunque una amnistía u otro tipo de límites a la acción penal, así como la priorización o la selección pueden dar lugar a una limitación o restricción de determinados derechos, estas pueden ser necesarias simultáneamente para garantizar otros.

35. Consideremos el derecho humano indiscutiblemente primordial: el derecho a la vida. Este derecho aparece en todos los tratados generales de derechos humanos. Sin ella, todos los demás derechos realmente dejan de tener sentido. Si poner fin a la amenaza de enjuiciamiento mediante una medida extraordinaria y contextualizada puede permitir potencialmente a un Estado garantizar este derecho a gran escala, ¿con qué motivos jurídicos y morales se puede insistir en las medidas que implicarían el mantenimiento de la amenaza? De hecho, si el derecho a la vida es el último derecho humano, ¿es razonable sostener que el derecho a la justicia o la reparación integral prevalezca sobre este? Al fin y al cabo, ¿qué tan persuasivo es el argumento de que es menester preservar la persecución penal para enjuiciar a criminales de guerra, incluso si ello implica la permanencia de ciertas condiciones y con estas, a su vez, la pérdida de miles de vidas?
36. Es natural que hablar de este tema de esta manera cause cierta incomodidad. Todos preferimos evitar cualquier afectación de los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, esta discusión es necesaria para tener un análisis intelectualmente honesto y jurídicamente completo. Este dilema existe, y el derecho a la vida, entre muchos otros, se ve inevitablemente perturbado en algunos contextos ante la amenaza de enjuiciamiento. Por ello, reitero, el derecho no existe en el vacío; no es algo que se pueda entender como un experimento de laboratorio.
37. Otro ejemplo que sirve para ilustrar el presente argumento es la tensión que puede existir entre las obligaciones del Estado para garantizar la justicia y la democracia, expresadas en diversos tratados de derechos humanos. En ningún tratado se establece que la obligación de enjuiciar violaciones graves es superior a las diversas obligaciones relacionadas con la garantía de la gobernanza y los principios democráticos. En los derechos humanos, siempre se insiste en la igualdad de los diferentes derechos humanos y en la necesidad de garantizarlos todos. Sin embargo, esta noción de igualdad está en contradicción con el principio de progresividad y planificación racionales mediante los cuales un Estado -a través de leyes, políticas y finanzas- prioriza diferentes derechos, en diferentes grados y en diferentes momentos. Teniendo esto en cuenta, ¿no existe un argumento jurídico y político sólido para priorizar, en algunas circunstancias, la importancia de restaurar o preservar la democracia, si es necesario, mediante una medida extraordinaria y contextualizada?
38. En efecto, es difícil refutar las decisiones tomadas en lugares como España y Sudáfrica, donde se concedieron o negociaron amnistías por violaciones graves de derechos humanos para asegurar el retorno de la democracia ¿Se equivocaría el actual movimiento de oposición siriana al tomar la misma decisión? Por supuesto, el incumplimiento de cualquier obligación relacionada con la democracia en tal situación sería presuntamente atribuible al gobierno inconstitucional saliente y no a la oposición democrática chantajeada; pero una parte de la jurisprudencia internacional establece que los sucesores democráticos de tales regímenes, en la medida en que la amnistía particular siga en vigor, serán responsables internacionalmente por violar el derecho a garantizar y respetar los derechos humanos ¿Tiene sentido esto cuando fue precisamente el incumplimiento original de la obligación de castigo, mediante amnistía, lo que facilitó la capacidad de un gobierno sucesor para posteriormente respetar y garantizar un conjunto más amplio de derechos humanos? De hecho, el restablecimiento de la democracia, ¿no es, en términos relativos, el mejor garante, a largo plazo, del cumplimiento de la mayor parte de la panoplia completa de los derechos humanos?

39. El hecho es que, nos guste o no, a veces las medidas extraordinarias y contextualizadas como la amnistía y la herramienta de la selección pueden servir como facilitadoras para un futuro mejor en el que la limitación de las obligaciones, ocasionados por las mismas es sólo temporal. En definitiva, las amnistías pueden ser ocasionalmente el precio necesario para llegar a la línea de partida de los derechos humanos. La selección, por su parte, puede ser la única opción que tenga un Estado, con sus limitados recursos y capacidad de persecución penal, de responderle a las víctimas y la sociedad por lo menos por los crímenes y violaciones más graves.
40. Pero, incluso, como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, los mecanismos de racionalización de la acción penal y estrategias de enjuiciamiento son presupuestos necesarios no solo para la garantía del deber de prevención –no repetición–, sino también una mejor alternativa para satisfacer el derecho de las víctimas al acceso a la justicia⁸. Esto, por cuanto permiten un abordaje comprensivo de escenarios de victimización masiva y, principalmente, evitan caer en un escenario de ‘impunidad extendida’⁹.
41. La anterior premisa se refuerza si se tiene presente que otros mecanismos propios de escenarios de transición como las comisiones de la verdad, los programas de reparación integral a las víctimas, entidades humanitarias de búsqueda de desaparecidos, las disculpas públicas, las reformas institucionales, y los juicios penales y civiles de tribunales internacionales, mixtos o extranjeros siempre pueden complementar esos esfuerzos derivados de la persecución penal.

Argumentación ampliada:

42. Tal como se mencionó anteriormente, las cláusulas de limitación, los ejercicios de ponderación y de suspensión de derechos humanos son muestras, por excelencia, de la presencia estructural de lo extraordinario en los derechos humanos y también de la necesidad de tomar en consideración el contexto para valorar su legitimidad.
43. Ahora, más allá del tema de la contextualización en el derecho internacional de los derechos humanos, el alcance de las obligaciones internacionales del Estado en relación con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición también implica evaluar cómo conciliar las tensiones inherentes entre estas obligaciones.
44. No se puede negar que, a menudo -y de manera más evidente en contextos de macro-victimización-, privilegiar la rendición de cuentas sacrifica, en algunos niveles, la posibilidad de garantizar otros derechos como la verdad -conocer, por ejemplo, el paradero de los desaparecidos- y el derecho a la no repetición, tal y como se explicó previamente. Es más, la experiencia ha demostrado que incluso estrategias muy rigurosas de persecución penal, que pretendan investigar y juzgar, en el caso a caso, todos los responsables y por todas las violaciones a los derechos humanos terminan por defraudar los derechos de las víctimas. En escenarios de macro-victimización, los sistemas judiciales que le apuntan a este tipo de metas, se desbordan, y si no colapsan, toman años que no tienen las víctimas para administrar justicia.¹⁰ Hasta la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha reconocido que “cuando han sido miles de personas las que han participado en

⁸ Corte Constitucional. Snetencia C-080/18.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-579/13.

¹⁰ En el 2005, en Colombia, la Ley de Justicia y Paz contempló un sistema muy ambicioso punitivamente que pretendía la persecución de cerca de 5.000 personas y por todos los delitos que hubieran cometido. En 2013, la Fiscalía General de la Nación reconoció que “(...) la dimensión no esperada que debió afrontar el aparato judicial diseñado para tal fin por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura, al tener que procesar bajo este esquema judicial especial a más de 32.500 desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley y con un registro de más de 417.000 hechos delictivos reportados por las víctimas del conflicto armado atribuidos a estas, hizo que los resultados después de 6 años de entrada en vigencia de las disposiciones legales, no fueran los esperados por las mismas víctimas, la sociedad, el país y la comunidad internacional. Hasta el momento, se han proferido 14 sentencias, ninguna de ellas contra quien ostentara la doble condición de máximos responsables y miembros representantes.” Plan de Acción de Casos a Priorizar por la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz, p. 1. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>.

la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados”¹¹. Es más, la selección ha sido utilizada por tribunales internacionales como los Tribunales de Núremberg, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Especial para Sierra Leona y el Tribunal del Khmer Rouge en Camboya, así como en los juicios en contra de algunos miembros de la Junta Militar en Argentina.

45. Sin embargo, no hay respuestas exactas, fijas o rígidas sobre la manera en la que se deben materializar las obligaciones del Estado en relación con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición. Por ejemplo, ¿cuáles son las leyes y prácticas esenciales necesarias para poner fin eficazmente a la tortura o prevenir crímenes de lesa humanidad? ¿Cuál es el alcance de discrecionalidad de un fiscal para hacer acuerdos con responsables de crímenes internacionales graves? ¿Cuántos presuntos autores de crímenes internacionales graves debe investigar o enjuiciar un gobierno cuando este número asciende a decenas de miles? ¿Qué medidas se requiere para promover que quienes tienen información sobre los menores reclutados o los desaparecidos la entreguen? O aún, ¿cuándo se entienden cumplidas las obligaciones de los Estados que garanticen los enjuiciamientos selectivos de las personas que tienen la mayor responsabilidad en la comisión de delitos graves?
46. En el derecho internacional, la respuesta a tales cuestiones dista mucho de ser una de carácter categórico o absoluto, por lo que existe un "margen de configuración" que sirve para evaluar en qué medida cualquier Estado cumple o incumple sus obligaciones, sea en clave de derechos humanos o de justicia transicional. En este hecho, una vez más, se refleja la importancia del contexto como parte de una realidad objetiva, y la consideración de lo extraordinario, en aproximación al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la garantía de los derechos humanos.
47. De allí que la prueba para evaluar el mérito de cualquier medida extraordinaria exige ver si el Estado actúa 1) de buena fe, y 2) en cumplimiento de las múltiples obligaciones internacionales que tiene, en la mayor medida posible, teniendo en cuenta el contexto particular e interfiriendo en la menor medida posible en otras esferas del derecho. Este doble criterio ayuda a alejarnos de un análisis mecánico de la legalidad internacional de las medidas tomadas por Estados para afrontar guerras, legados de violaciones masivas, y circunstancias similares. Un análisis que, al fin y al cabo, iría en contravía tanto de la concepción como de la letra de los derechos humanos.
48. No obstante, lo anterior, es necesario reconocer que, en el derecho internacional, el incumplimiento de una obligación no anula ni mitiga el incumplimiento de otra. Pero la prueba a doble criterio, propuesta arriba, no contradice este principio sino que reconoce la realidad de que, en contextos de macro-victimización, es inevitable el uso de algún tipo de medida extraordinaria de parte del Estado y, por lo tanto, se aborda la importancia de sopesar tanto la calidad como la cantidad de las diversas infracciones, así como la respuesta que se logra en la garantía de otros derechos, para evaluar el mérito de cada medida estatal en cuestión. La realidad y la paradoja de las medidas tomadas bajo situaciones extraordinarias es que pueden, simultáneamente, promover algunos derechos y limitar otros.
49. Al respecto, vale la pena preguntarse cuál fue más respetuoso de los derechos humanos en su conjunto: ¿el régimen de amnistía contemplado en la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (TRC), que no excluyó los crímenes internacionales o la amnistía de 1996 en Guatemala, que excluía ciertos crímenes internacionales, pero carecía de atributos para una efectiva rendición de cuentas? El modelo sudafricano sigue siendo sinónimo de una proposición fundamental: un solicitante que no divulgue sus crímenes no accede a la amnistía y, por lo tanto, sigue siendo susceptible de enjuiciamiento. La TRC también es representativa

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, "Iniciativas de enjuiciamiento", 2006, p. 7.

de la importancia de un proceso de amnistía que abarque las divulgaciones de perpetradores por cuanto el rol que tienen estos aportes en el esclarecimiento de la verdad sobre los delitos cometidos en el pasado, lo cual tan solo se cumple hasta cierto punto en un juicio penal ordinario. Las confesiones de los responsables pueden tener un impacto sin precedentes en la reivindicación de los derechos de las víctimas y en ayudar a desvirtuar mitos, imaginarios colectivos y a evitar el revisionismo histórico sobre la naturaleza y la escala de las violaciones pasadas; precondition de cualquier posibilidad real de evitar futuros ciclos de violencia.

50. De igual forma, las comisiones de la verdad, y otras estrategias como la Ley de Acuerdos de la Verdad en Colombia (Ley 1424 de 2010), han demostrado la importancia de proveer herramientas extrajudiciales o incluso humanitarias según el caso, para recoger información y responder al derecho de la verdad de las víctimas y la sociedad. En esto, el carácter extrajudicial es fundamental pues, de lo contrario, las personas que tienen la información, en lugar de incentivos, enfrentan riesgos físicos y jurídicos tanto en su persona como para su núcleo familiar. Habría entonces también que sopesar el tipo de verdad que se persigue en el objetivo de lograr la máxima satisfacción posible de los diferentes derechos.
51. Un análisis jurídico binario sobre las medidas tomadas en momentos excepcionales -que estudie exclusivamente si hubo o no una violación- omite la esencia de otros factores jurídicos de análisis como el contexto y la excepcionalidad. Esto, por demás, y a pesar de que la buena fe es un principio fundamental del derecho internacional, agrupa peligrosamente a los gobiernos bien y mal intencionados. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica, sobre esto, ha señalado acertadamente que “[l]as decisiones de los Estados en transición, adoptadas con miras a ayudar a esa transición, son muy diferentes de los actos de un Estado que encubre sus propios crímenes concediéndose inmunidad. En el primer caso, no se trata de los agentes gubernamentales responsables de las violaciones que se indemnizan a sí mismos, sino más bien de un pacto constitucional celebrado por todas las partes, con ex víctimas bien representadas, como parte de un proceso en curso para desarrollar la democracia constitucional y evitar que se repitan los abusos”¹².
52. Las razones de un Estado para adoptar una medida extraordinaria pueden variar enormemente, y sus motivaciones a menudo son difíciles de identificar con precisión. Sin embargo, las intenciones y objetivos de un Estado, aunque se entiendan de manera imperfecta, son conditio sine qua non para el análisis jurídico del mérito y legitimidad de cualquier medida extraordinaria -como las referidas en el presente concepto-, cualesquiera que sean los delitos que englobe o excluya.

Argumentación a la luz de tres escenarios:

53. Una última reflexión en cuanto al alcance de las obligaciones internacionales del Estado relacionados con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición tiene que ver con la diferenciación entre situaciones 1) de estabilidad, 2) de transición, y 3) de negociación. Esta distinción refuerza aún más la relevancia y la necesidad jurídica de distinguir entre el ordinario y el extraordinario, por un lado, y lo contextualizado y lo descontextualizado por el otro, en la evaluación de la legalidad internacional de un acto estatal discutido.
54. Antes de entrar en los detalles de las tres situaciones mencionadas, cabe recordar que en cualquier contexto de dictadura o conflicto armado, existe una fuerte probabilidad, si no una realidad inevitable, de que se cometan atrocidades. Incluso un gobierno en conflicto que esté ampliamente comprometido con la defensa de los derechos humanos internacionales y el derecho humanitario tendrá dificultades para prevenir los excesos en la totalidad de sus estructuras políticas o militares. Sin embargo, bajo el derecho internacional, el gobierno tendrá que rendir cuentas de una forma u otra por tales atrocidades.
55. Ahora bien, el tipo de daño causado por las atrocidades cometidas es fundamentalmente no reparable. Un grupo de personas asesinadas en el curso de una campaña genocida no puede

¹² Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 17/96. Sentencia de 29 de julio de 1996, parr. 24.

ser restaurado a la vida por los tribunales. Tampoco un individuo, esclavizado y torturado como parte de un ataque sistemático dirigido contra una población civil, podría ubicarse en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de la violación. Esto es un hecho independientemente de la gravedad con la cual los torturadores son sancionados, de cuánta compensación se paga, y de cuánta rehabilitación se ofrece.

56. Con esto en mente, ofrezco un experimento de pensamiento. Imaginemos un lugar pacífico y democrático llamado Tierra-segura, en el que rara vez se cometen graves violaciones -ya sea por parte de actores estatales o no estatales-. Los derechos prevalecen, y el crimen es la excepción y no la regla.
57. Ahora imaginemos la ocurrencia de una atrocidad individual/aislada en Tierra-segura. Más allá de la conmoción inmediata, ¿cuál sería la reacción oficial en tal lugar? La respuesta es obvia: se llevarían a cabo investigaciones, se emprenderían procedimientos de juicio y se impondrían sanciones en caso de que se estableciera la culpabilidad penal. Un fiscal o un juez de instrucción en Tierra-segura no tendría más remedio que priorizar un caso de este tipo, con base en la gravedad de los hechos, ya que la falta de investigación constituiría un escándalo público.
58. Sin embargo, incluso en Tierra-segura, el esclarecimiento y persecución de los responsables por estos hechos serían un reto para la institucionalidad: encontrar las pruebas correctas, persuadir a los testigos y cumplir con los estándares de carga probatoria para demostrar la responsabilidad, más allá de toda duda razonable, mientras que el acusado acude a un abogado de primera fila, sería todo salvo fácil. En ausencia de una admisión de culpabilidad, el caso podría durar años; e, incluso si se gana en primera instancia, podría implicar muchos años de mociones y apelaciones. Como tal, incluso en Tierra-segura, un solo caso de una violación grave podría consumir tiempo y recursos considerables del sistema judicial, sin que este pueda garantizar que el proceso llegue a buen término.
59. Imaginemos ahora un país muy diferente: uno que está en medio de una transición política frágil. Lo llamaremos Tierra-transición y presumiremos que la nueva transformación política allí surge como resultado de un proceso de movilización social, una intervención externa, la muerte de un líder, una victoria militar o electoral, o alguna combinación de las mismas.
60. Entre sus muchos desafíos, el nuevo gobierno de Tierra-transición debe enfrentar el legado de las violaciones masivas cometidas durante el período anterior de represión o conflicto armado. A efectos de ilustración, podemos ser generosos en nuestras premisas: podemos suponer que el nuevo gobierno está dispuesto a adoptar los elementos clásicos de la justicia transicional (es decir, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición).
61. Sin embargo, incluso con buenas intenciones, es casi seguro que el gobierno de Tierra-transición se verá obstaculizado por una combinación de realidades y factores negativos que afectan la búsqueda de dichos objetivos. Por ejemplo, pueden haberse cometido decenas o cientos de miles de crímenes atroces, produciendo un número desmedido de víctimas que sufrieron a manos de un número altísimo de perpetradores, mucho más de lo que podría razonablemente enfrentar el mejor sistema de justicia del mundo. El país seguramente está también empobrecido total o parcialmente después de años de represión, saqueo y violencia. Además, es probable que gran parte de la evidencia haya sido destruida o desaparecida; y en cualquier caso, los fiscales y jueces, por no mencionar las propias instalaciones judiciales, están mal equipados para ofrecer condiciones para un juicio justo, pronto y eficiente. En la transición, Tierra-transición seguramente está también experimentando un repunte de la delincuencia, con residuos de la antigua milicia o la vieja guardia, aplicando sus habilidades criminales a nuevos objetivos.
62. Así pues, en la búsqueda de la justicia, el gobierno de Tierra-transición no sólo se enfrentaría a las dificultades del primer orden de Tierra-segura; sino que también se enfrentaría a estas múltiples dificultades de segundo orden, brindando respuestas precarias y demoradas a las víctimas. La verdad y la reparación, en estos casos, quedarían seguramente supeditadas a los

resultados de una justicia incompleta frente a todos los responsables de las atrocidades pasadas.

63. Sin embargo, el gobierno podría elegir un camino alternativo. Podría optar, por ejemplo, por establecer una comisión de la verdad para reunir pruebas que podrían utilizarse para fortalecer unos esfuerzos de persecución penal y para el desarrollo de un programa administrativo de reparación de víctimas que de respuestas con base en criterios de equidad -por oposición a aquellos tradicionalmente utilizados-. Sin embargo, incluso esa comisión podría quedarse corta debido a la falta de tiempo o recursos para llevar a cabo una investigación profunda y comprensiva de las atrocidades cometidas. Del mismo modo, un generoso programa de reparaciones puede resultar inadecuado, ya que no podría ofrecer medidas de compensación, restitución, rehabilitación y satisfacción acordes con la magnitud real de los agravios físicos, psicológicos y económicos sufridos por los miles o aún millones de víctimas del país.
64. En cuanto a los juicios penales, el gobierno podría terminar descubriendo que no tiene más opción que reconsiderar sus objetivos ambiciosos iniciales -ya desde un inicio modestas-, porque las actividades judiciales podrían correr el riesgo de malgastar sus limitados recursos, demorando la administración de justicia, frustrando las expectativas de las víctimas y la sociedad e incumpliendo con otras prioridades urgentes de reconstrucción, crecimiento económico, reforma institucional, entre otras. Después de haber superado recientemente la guerra o la tiranía, Tierra-transición también tiene el riesgo de que los esfuerzos de justicia retroactiva -sobretudo contra altos funcionarios y agentes de estado- provoquen nuevos ciclos de violencia. Finalmente, es también probable que el sistema judicial del país no pueda garantizar el debido proceso, excepto a largo plazo, dejando sólo la opción de juicios internacionales políticamente sensibles a corto y medio plazo.
65. En consecuencia, a pesar de su buena voluntad, se puede esperar que el gobierno de Tierra-transición -especialmente en un entorno de posguerra- deba enfrentar enormes desafíos institucionales, sociales, políticos y económicos, afrontando a su vez el legado de atrocidades y abusos que heredó.
66. Por último, imaginemos un tercer país: Tierra-negociación. Al igual que Tierra-transición, este ha experimentado una larga historia de violencia, en la que se han cometido un gran número de atrocidades. Sin embargo, a diferencia de Tierra-transición, no es un país en transición; en Tierra-negociación el conflicto persiste, lo que hace problemática la invocación misma del término justicia transicional.
67. Para añadir color al escenario imaginado, presumamos que Tierra-negociación está viviendo una guerra civil entre las fuerzas estatales y las fuerzas rebeldes, y en donde no hay perspectivas serias de victoria total por parte de ninguno de los dos bandos. La única salida sensata parece ser a través de la negociación, un hecho que, de forma independiente, ambas partes en el conflicto finalmente llegan a aceptar.
68. Pero muchas preguntas surgen inmediatamente con el público: ¿El orden del día implica que la rendición de cuentas judicial será parte del acuerdo? Si es así, ¿qué tipos de concesiones tienen que hacer cada uno de los bandos para que eso suceda? ¿Cómo garantizar la reparación de las víctimas? ¿Cómo evitar que la mera posibilidad de la rendición de cuentas bloquee el camino hacia un acuerdo de paz? ¿Cómo garantizar el máximo de los derechos de las víctimas pero a la vez lograr que cese la violencia?
69. Para responder a estas preguntas, un impulso inmediato de muchos será seguramente el de acudir al conjunto de herramientas estándar de la justicia transicional. Después de todo, aunque estamos en Tierra-negociación, y a pesar de la ausencia de transición, la situación tiene el aura de un desafío típico de Tierra-transición.
70. Dos realidades explican este impulso; y juntas, constituyen la razón de ser de la justicia transicional. La primera es la masividad de la violencia en cualquier contexto de guerra. En términos cuantitativos, esto conlleva inevitable y pragmáticamente a una forma muy

incompleta de remedio colectivo, teniendo en cuenta el número de violaciones. La segunda es la descomunal degradación de las violaciones en cualquier guerra. En términos cualitativos, esto garantiza una forma profundamente insatisfactoria de remedio individual, incluso para aquellos que algún día pueden tener la suerte de tener sus casos incluidos en una política de justicia transicional. Ambas realidades justifican el uso de la selección en tanto una herramienta pragmática que busca maximizar y potencializar el uso de la acción penal.

71. Debido a estas dos realidades, es comprensible que muchos tienden automáticamente en sus mentes (y en sus acciones) a la lógica y los métodos de justicia transicional. Después de todo, Tierra-negociación tiene los mismos impedimentos al remedio individual y colectivo.
72. Sin embargo, si bien la justicia transicional puede ser un punto de llegada, no es, decididamente, el punto de partida analítico adecuado para Tierra-negociación ya que acá, el punto de partida es el hecho de la negociación y su carácter extraordinario y sus limitaciones intrínsecas.
73. Hay tres factores acumulativos y diferenciadores (que podemos llamar dificultades de tercer orden) que permiten explicar lo anterior.

Factor 1: La diferencia entre una negociación bilateral y la toma de decisiones unilaterales

74. Fuera de los confines de una negociación formal, un gobierno toma las decisiones de manera unilateral, en los márgenes de su autoridad legal y política. Si bien sus actuaciones se deben ceñir a los procesos democráticos dentro del sistema de pesos y contra-pesos propio del Estado Social de Derecho, y aun cuando puede ser prudente que consulte a los opositores políticos o al público sobre sus planes de justicia transicional (o cualquier otra cosa), no está obligado a obtener el consentimiento formal de nadie a menos que exista una obligación legal independiente de hacerlo.
75. En una negociación, en cambio, siempre se requiere el consentimiento formal de las partes y las concesiones mutuas le son intrínsecas. Estructuralmente, estas son el único camino para llegar a un acuerdo, ya sea en cuestiones de justicia transicional o cualquier otro tema.
76. Naturalmente, en una negociación, el equilibrio de poderes en la mesa puede variar permitiendo que una parte tenga más capacidad de presión sobre la otra. Pero lo que no significa es que alguna pueda imponer su voluntad y visión sobre el otro, ya que en este caso se dejaría de hablar de negociación.
77. Desde una perspectiva intelectual y práctica, el impacto del "hecho de la negociación" es difícil de exagerar. Repercute profundamente en el campo de lo moral, en la medida en que los intereses opuestos y las cosmovisiones -algunas de ellas quizás fuertemente anti-liberales- deben reconciliarse. Afecta también el terreno de lo jurídico, en la medida en que la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones jurídicas nacionales e internacionales en el ámbito de los derechos humanos y el derecho humanitario y penal se debe entender en el marco de las decisiones que allí se adopten. Y, a nivel práctico, se afecta la celeridad en la toma de decisiones; no sólo porque las partes deben pasar por un proceso de identificación de consensos sobre cuestiones controvertidas, sino también porque las discusiones y puntos de encuentro deben aglutinarse meticulosamente en un texto conjunto.
78. Estas limitaciones morales, legales y prácticas son especialmente pronunciadas en un escenario de Tierra-negociación caracterizado por un conflicto armado interno. Las negociaciones en esos contextos tienden a requerir un altísimo nivel de formalidad, rigor y densidad. Por diseño, requieren una «ficción de igualdad» entre las partes que favorezca intrínsecamente a la más débil, ya que la imagen y la realidad de la negociación deben ser de igualdad procesal. De hecho, las partes llegan a un acuerdo mediante un ejercicio de consentimiento mutuo en el que, como se describió arriba, nadie es un claro perdedor o ganador. Esto, por supuesto, es un entorno que difícilmente incentiva la negociación de la responsabilidad penal.

79. Incluso en un escenario de Tierra-negociación en el que un gobierno civil o militar está negociando un acuerdo político con los partidos de la oposición para restaurar la democracia o acordar el reparto del poder, el hecho de la negociación tiene una influencia determinante en lo que puede o no ser viable en el ámbito de la justicia transicional. Si bien es probable que esas negociaciones tiendan a ser menos estructuradas, más secretas, y más centradas en el poder político que las que se encuentran entre las partes en una guerra civil, es el mero hecho de la negociación lo que, una vez más, obliga a las concesiones mutuas de manera que ningún gobierno de transición tendría que reconocer. Esta es la principal razón por la que una amnistía amplia (o ausencia prolongada de justicia a nivel nacional) es mucho más probable en cualquiera de las versiones de Tierra-negociación que en cualquier versión de Tierra-transición.
80. En resumen, en Tierra-negociación nunca será suficiente -como podría ser en Tierra-transición- consultar y acomodar las opiniones de los opositores antes de tomar finalmente la propia decisión sobre cómo proceder. Todo lo contrario. En los procesos de negociación -sean aquellos de España, Chile, Guatemala, Bosnia y Herzegovina, Costa de Marfil, Mozambique, Líbano, Tayikistán, Irlanda del Norte, Nepal o cualquier otro sitio- ninguna de las dos partes tiene la última palabra.

Factor 2: Las negociaciones tienen lugar a nivel de liderazgo

81. En Tierra-transición, los líderes gubernamentales pueden establecer la política de justicia transicional que desean, limitada sólo por lo que la ley requiere y la sabiduría política dicta. En Tierra-negociación, en cambio, no sólo son necesarias concesiones mutuas explícitas; también deben ser acordadas formalmente por los líderes de las distintas partes.
82. Para la justicia, este es un obstáculo colosal. Especialmente en una guerra civil o una dictadura, donde los líderes de uno o varios lados del proceso de negociación son las personas menos propensas a aceptar cualquier forma robusta de justicia transicional, debido a las implicaciones que las amenazas judiciales les podría representar. Como tal, cualquier concesión en este ámbito sería vista por ellas como una amenaza existencial y personal, y no simplemente como riesgos institucionales. La mera evocación de la justicia puede ser imposible de integrar en la agenda de una negociación, y mucho menos en un acuerdo final.

Factor 3: La inseparabilidad de un sub-acuerdo en justicia transicional, del acuerdo global

83. La primera misión de un acuerdo de paz es lograr el fin formal del conflicto armado. Como mínimo, esto implica encontrar un consenso sobre un conjunto de condiciones bajo las cuales el grupo rebelde estaría dispuesto a dejar sus armas. En el esquema normal de las cosas, esas condiciones incluirán medidas especiales para garantizar su seguridad física, reintegración económica y participación política tras el desarme.
84. Inevitablemente, las condiciones que los líderes del grupo armado considerarán mínimamente aceptables también abarcan las expectativas sobre medidas nacionales más amplias (por ejemplo, reformas institucionales y acuerdos de redistribución de recursos) que ayudan a validar su causa y la decisión inicial de tomar las armas.
85. Por lo tanto, la justicia transicional tendría que encajar con todos estos muchos otros puntos, y no al revés. Malinterpretar esta realidad es malinterpretarlo todo. La paz, no la rendición de cuentas, es el objetivo supremo en una negociación de paz. Las cuestiones de justicia transicional son un subcomponente y, como tal, debe entenderse y diseñarse de manera que encaje dentro del pacto global, reflejando un intento serio de balancear el imperativo de la prevención y la paz con un esfuerzo de buena fe en incorporar elementos de justicia transicional que den respuesta a las víctimas pasadas.

86. Las cosas no serían materialmente diferentes en el caso de un gobierno y una oposición que negocien los términos para restaurar la democracia o compartir el poder. Las partes se enfrentarían a la misma necesidad estructural de que la justicia transicional se ajustara al acuerdo global. Lo único que puede variar es el alcance de tal imperativo superior, no su existencia.
87. Ahora bien, este carácter inescindible entre un modelo de justicia transicional y el Acuerdo que le da vida no sólo tiene un impacto en el proceso de diseño, sino también y, especialmente, en su valoración. Una interpretación contraria pondría en peligro la materialización de otros fines y mecanismos que subyacen al Acuerdo y que resultan esenciales para la consolidación de la paz.

* * * *

88. Ahora bien, los escenarios de Tierra-segura, Tierra-transición y Tierra-negociación tan solo son arquetipos. Es evidente que una transición de una guerra civil de décadas en un Estado carente de instituciones básicas y de una economía formal no tiene los mismos desafíos que una que surge en un país democrático superando una insurgencia violenta de años, pero que posee instituciones públicas funcionales. Del mismo modo, la transición de un régimen semi-autoritario arraigado, en un país industrializado y cohesionado, no presenta los mismos retos que una que surge después de una dictadura violenta pero efímera en un país empobrecido con baja cohesión social.
89. Con las negociaciones, el espectro de escenarios es, de igual manera, intrínsecamente diverso. Una negociación facilitada internacionalmente, altamente estructurada y con sólidos mecanismos de participación de sociedad civil para lograr el fin de una guerra civil en la que se cometieron atrocidades por parte de todos los bandos, es un escenario muy diferente al de una negociación ad hoc, directa y secreta en la que participan autoridades civiles y militares, que discute los términos para la restauración democrática en el contexto de una violencia abrumadoramente patrocinada por el Estado. La dinámica procesal y las opciones de política que surgen en este tipo de entornos son, ex ante, de naturaleza distinta.
90. Sin embargo, la utilidad de los arquetipos está en su aproximación a la realidad y en el hecho de que posibilitan la reflexión ordenada. En este caso, permiten destacar las implicaciones estructurales que presentan los diferentes escenarios contextuales. Estas implicaciones se desarrollan como una especie de triángulo invertido, en el cual 1) Tierra-segura implica sólo dificultades de primer orden asociadas con cualquier intento de procesar penalmente una sola atrocidad; 2) Tierra-transición presenta las dificultades adicionales que surgen al final de una dictadura o guerra civil en la que la capacidad del Estado es menor y las atrocidades pasadas se cometieron a gran escala; y 3) Tierra-negociación explica las mismas dificultades que las otras dos, más las limitaciones inherentes a un escenario de negociación en el que se deben lograr consenso entre los líderes de grupos enemigos, así como la alineación relativa de la justicia con todo los demás puntos de agenda de la negociación.
91. En resumen, cualquier versión de Tierra-negociación presenta dificultades de tercer orden que no están estructuralmente presentes ni en Tierra-transición ni en Tierra-segura. No importa cuán compleja y limitada sea la naturaleza de la transición en cualquier versión de Tierra-transición, el gobierno no enfrentará los desafíos adicionales de Tierra-negociación; desafíos estos que hacen mucho más difícil incorporar instrumentos de respuesta a los derechos de las víctimas para hacerle frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas.
92. Reconocer esta realidad estructural es fundamental para el análisis y comprensión de las diferencias intrínsecas que hacen que la negociación de soluciones de justicia transicional - especialmente, pero no sólo, en medio de conflictos armados- sea totalmente diferente -e infinitamente más difícil- que la declaración de tales soluciones por parte de gobiernos de

transición que, a lo sumo, necesitan consultar a los opositores y a los ciudadanos antes de finalizar sus políticas.

Conclusión:

93. En cuanto al alcance de las obligaciones internacionales del Estado relacionadas con la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, hemos visto que las posibilidades de cumplirlas de manera efectiva varían en función de elementos contextuales y estructurales. En este análisis, hemos contrapuesto tres tipos de contextos: 1) uno de estabilidad, 2) uno de transición, y 3) uno de negociación. La primera es una situación ordinaria; la segunda extraordinaria; y la tercera muy extraordinaria.
94. Hemos visto que la realización de estas obligaciones es particularmente difícil en la tercera situación en razón de una aglomeración de tres variables: 1) el hecho mismo de la negociación; 2) el carácter imprescindible del consentimiento de los liderazgos de las partes en la negociación; y 3) la imposibilidad de abordar la justicia transicional de manera aislada del pacto global. A esto hay que añadir las limitaciones intrínsecas de la justicia transicional en sí, a saber: 1) la masividad de las violaciones, que implican inevitablemente un alto nivel de impunidad, y 2) la degradación de las violaciones, por lo cual incluso las formas individuales de remedio serán inadecuadas.
95. Combinados, estos cinco factores explican las razones por las cuales, en una negociación, los objetivos de paz y justicia -es decir, entre la obligación estatal de prevención de las violaciones actuales y futuras y la obligación de sanción por las violaciones pasadas- entran en tensión entre sí. La realidad estructural y objetivo de un escenario de negociación es que, allí, tanto los grupos armados como los líderes políticos y militares buscan caminos para la resolución de su situación jurídica como condición del cese de conflicto; éstos no buscan negociar acuerdos que los aterricen en tribunales o en la cárcel. La ponderación entre la prevención y la sanción en el análisis de las medidas excepcionales adoptadas es, por lo tanto, fundamental.
96. De allí, en el contexto de un conflicto armado o una dictadura en curso, quien dice ser pro-negociación pero insiste en las "líneas rojas" de derechos humanos está, a priori, a favor de la continuación de la guerra y la represión. Significa una preferencia para continuar con conflictos violentos hasta que una parte domine al otro a tal punto que todo lo que queda por negociar son los términos de la rendición.
97. Tal posición es fatua. Las negociaciones más difíciles son, por supuesto, las que tienen un delicado equilibrio de poder de negociación entre las diferentes partes, lejos de ser contextos en el que el lado A simplemente está decidiendo los términos de la subyugación o entrega del lado B. Como ya lo he señalado, las negociaciones reales implican unas conversaciones arduas, la igualdad formal en la mesa de negociación y el reconocimiento de la inevitabilidad de las concesiones. Esto, entonces, no es compatible con las "líneas rojas", sobre todo cuando se trata de amenazas existenciales y personales contra personas con poder decisorio en la mesa. Tampoco es compatible con el deber jurídico de ponderar las obligaciones de prevención y sanción, y que no reconozca la importancia jurídica del contexto y lo excepcional.
98. Colombia entendió esto desde el inicio, lo que llevó al gobierno del expresidente Santos a promover el Marco Jurídico para la Paz (2012)¹³: una enmienda constitucional para reflejar su comprensión de las normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables a una negociación en consecución de la paz. En gran medida, el Marco resalta la conciencia de las dificultades de tercer nivel previamente discutidas respecto del rol de la justicia en un escenario de negociación, es decir, la necesidad de balancear la prevención con la sanción. Los principios esenciales de dicho Marco fueron ratificados y profundizados con el Acuerdo Final de Paz y las normas constitucionales y legales de implementación del Acuerdo.

¹³ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012.

99. Esta orientación no determina las normas jurídicas aplicables, pero establece el margen de maniobra que el derecho permite, teniendo en consideración las múltiples obligaciones de los Estados en un contexto extraordinario por excelencia.

El modelo de justicia transicional en Colombia desde una perspectiva comparada

Relevancia de lo contextual y lo excepcional con la existencia del Sistema Integral y sus antecedentes:

100. El Sistema Integral de Verdad, Justicia Reparación y No Repetición colombiano es el resultado de un proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, la guerrilla más antigua del continente. Este abrió paso para la entrega de 7.132 armas y la desmovilización de aproximadamente 11.384 combatientes¹⁴.
101. Este Sistema es uno de los puntos de un gran acuerdo, comprensivo y ambicioso, que pretende la construcción de paz, y que incluye, además de los mecanismos de respuesta a las víctimas, líneas para una reforma rural integral, una apertura democrática, la reincorporación de los excombatientes, y la solución al problema de cultivos ilícitos en el país. Todos estos puntos están íntimamente relacionados, y el impulso o afectación de uno irradia en los demás. Este acuerdo, por ejemplo, reconoce que las víctimas en su mayoría se encuentran en los territorios más apartados, más marginados y golpeados por la pobreza, y por lo tanto que es fundamental articular la política de reforma rural integral con la de reparación integral.
102. El Sistema es, además, el resultado de un riguroso ejercicio de ponderación que le apunta a lograr al mismo tiempo la mayor satisfacción posible de los derechos de los millones de víctimas, garantizando, a la vez, el final del conflicto con las FARC-EP y con ello, la prevención de otros miles de miles de víctimas futuras. Para su creación, además, se tuvo en cuenta los más de 27.000 aportes de las víctimas recogidos a través de los mecanismos de participación contemplados para el efecto¹⁵, así como las características del contexto colombiano y de la excepcionalidad de un momento de construcción de paz.
103. Finalmente, cabe observar que este Sistema es el resultado de un análisis serio del contexto y la excepcionalidad que representa la ventana de construcción de paz. Para ilustrar lo anterior, además de la relación entre el desarrollo y la reparación, nos podemos referir a la importancia de figuras como la selección y la priorización o la del programa de reparación administrativa. En escenarios de macro-criminalidad, que sobrepasan cualquier capacidad de respuesta institucional tradicional, una intención que parecería más garantista a simple vista, como lo es la investigación caso a caso de todos los responsables y por todas las violaciones cometidas, o la determinación de montos de reparación con base en criterios de restitutio in integrum, terminan teniendo el resultado contrario: congestión judicial, demoras significativas en la administración de la justicia, desvío de recursos institucionales, falsas expectativas y las distorsiones en la distribución de recursos entre las víctimas, y entre éstas y los demás sectores sociales, son tan solo algunos ejemplos.
104. Sobre esto último, y en palabras de la Corte Constitucional Colombiana, “aunque a primera vista puedan tener un alcance más limitado y restringido, [los programas administrativos de reparación] subsanan todas las deficiencias anteriores: se trata de programas que dan una respuesta oportuna y cierta a las víctimas a partir de criterios igualitarios y de una visión global y sistémica de las necesidades, de los intereses y de los derechos de la colectividad, y de los recursos disponibles”¹⁶.
105. Algo similar ocurre con la investigación y sanción de las violaciones cometidas. Como se mencionó anteriormente, el vacío en la rendición de cuentas no es solo una probabilidad: es

¹⁴ Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT) - Fondo de Capital Humano para la transición en Colombia, “Seguridad y construcción de paz: Desafíos y oportunidades,” Bogotá: IFIT, 2018.

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) - Presidencia de la República, “Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Tomo VII: Los mecanismos e instancias de participación de la mesa de conversaciones y la construcción de paz desde los territorios”. Bogotá: OACP, 2016.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, acápite 5.5.1.10.

una realidad. Mediante la selección y la priorización, este vacío deja de ser automático e irreflexivo y se convierte en un ejercicio deliberado de concentración de los recursos de persecución penal en los más responsables, por los crímenes más graves, y develando estructuras, lógicas y prácticas criminales.

106. Estas herramientas de persecución penal se incorporan al ordenamiento colombiano mediante una reforma constitucional del 2012¹⁷, y han venido siendo cautelosamente desarrolladas por la jurisprudencia y la legislación nacional¹⁸. Esta reforma constitucional estableció que tanto los criterios de priorización como los de selección son instrumentos excepcionales inherentes a la justicia transicional que buscan centrar los esfuerzos de la acción penal en los más responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática con el fin de lograr la terminación del conflicto, garantizar la paz y lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas¹⁹. Dado que la selección contempla la posibilidad de limitar el ejercicio de la acción penal, la Constitución determinó que esto solo se podía hacer -cumpliendo el principio de legalidad-, por medio de Ley Estatutaria²⁰.
107. En 2018, el Congreso Nacional de Colombia aprobó la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, en la que se determinó que este tribunal debe tener en cuenta la gravedad de los hechos, la representatividad de los hechos para develar patrones criminales, la vulnerabilidad y características diferenciadas de las víctimas, y la participación activa y determinantes de los responsables al momento de definir cómo debe concentrar sus recursos de persecución penal. La Corte Constitucional²¹, al respecto, resaltó la importancia de esta figura para garantizar efectivamente el derecho a una administración de justicia pronta y efectiva. Así mismo, determinó que los recursos institucionales, limitados aún más por la masividad de las atrocidades, se deben enfocar desde un principio en los máximos responsables de los crímenes más graves y “permitir la revelación de las estructuras de macro-criminalidad y facilitar la construcción de verdades individuales y colectivas que vayan más allá de casos aislados”²². Determinó, además, que la selección opera de manera restrictiva²³ y excepcional. Lo anterior se sujeta a los criterios de necesidad, idoneidad y finalidad legítima desarrollados por esta H. Corte en el juicio de proporcionalidad²⁴.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012; Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

¹⁸ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017; Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017.

¹⁹ Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012

²⁰ Congreso Visible. “Tipos de leyes y mayorías”: “Las leyes estatutarias desarrollan los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. Así mismo, complementan las medidas para garantizar su desarrollo y estricto cumplimiento. En este rango se clasifican las normas expedidas sobre empleo, educación, salud, administración de justicia, organización y régimen de partidos políticos, instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Para la aprobación, modificación o derogación de leyes estatutarias en el Congreso, se requiere la mayoría absoluta de sus miembros. Igualmente, su trámite debe cumplirse en una sola legislatura”. Disponible en <https://congresovisible.uniandes.edu.co/democracia/congreso/funciones/leyesymayorias/>

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, acápite 8.2.6. Los criterios de gravedad y representatividad.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.5.3. La facultad constitucional de seleccionar y priorizar: “El artículo transitorio 66 obliga a la selección de los crímenes de guerra que hayan sido cometidos de manera sistemática en los términos conceptuales expuestos. Los otros crímenes de guerra, es decir, aquellos que no hayan sido cometidos de manera sistemática son de competencia de la JEP en virtud del inciso primero del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, y podrían ser objeto de no selección, siempre que la JEP cumpla previamente con su obligación de debida diligencia y aplique restrictivamente los criterios estatutarios de selección. Esta consideración no convierte los crímenes de guerra no sistemáticos en amnistiables pues, como lo dijo esta Corte, al estudiar la Ley 1820 de 2016, los crímenes de guerra no son amnistiables”.

²⁴ Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 83; Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, Párrafo 129; Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351., Párrafo 332; Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, Párrafo 158; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166,

La legalidad del modelo colombiano desde su integralidad y condicionalidad:

108. El Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP y el Acto Legislativo 01 de 2017 crean el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición compuesto de diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales que buscan la máxima justicia y rendición de cuentas posible sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, el esclarecimiento de la verdad, la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas, la reparación de las víctimas del conflicto armado, la transformación y reincorporación de los excombatientes y la promoción de la convivencia y la no repetición.
109. Este Sistema se compone de diferentes mecanismos y medidas que deben trabajar de manera articulada y complementaria para responder en la mayor medida posible a los derechos de las víctimas y la seguridad jurídica de quienes dejen las armas, como una medida esencial de la transición hacia la paz²⁵. Estas entidades y medidas son la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, Convivencia y No Repetición (Comisión), la Unidad de Búsqueda para las Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) y el programa administrativo de reparaciones creado por la Ley 1448 de 2011 como el cuarto mecanismo del Sistema²⁶
110. En este Sistema, en virtud del principio de integralidad, ningún mecanismo prima sobre el otro, y cada uno debe velar por adelantar su función principal de la manera más ágil posible y sin duplicar funciones²⁷. Por el contrario, y sin perjuicio de que unas entidades tengan un plazo más corto que otras, la existencia de uno depende de la existencia de los otros por cuanto hacen parte de un todo. La Corte Constitucional Colombiana determinó que todos los mecanismos que componen el Sistema tienen la misma jerarquía y que “[e]sta jerarquía es una expresión del principio de integralidad del SIVJRNR, y también del principio de interdependencia de los derechos humanos. Así, la garantía de un derecho como la reparación no puede ir en desmedro de la verdad y la no repetición.”²⁸.
111. Ahora bien, en este Sistema, nadie puede ser objeto de tratamientos penales especiales de justicia otorgados por la JEP si no cumple con las condiciones de aportar a la verdad plena, contribuir a la reparación, y garantizar la no repetición.
112. Tal condicionalidad es una variable crucial. Ha sido concebida como una manifestación de la integralidad del Sistema, como uno de los principios rectores del mismo y como un fundamento para efectivamente garantizar la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas. En virtud de este principio los mecanismos y medidas del Sistema están interconectados, ya que “los tratamientos especiales de justicia están sujetos a condiciones en relación con todos los componentes, judiciales y no judiciales (...)”²⁹.

Párrafo 83; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 135

²⁵ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 128; Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.1.5. “En consecuencia, como lo establece el artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, todos los mecanismos del SIVJRNR tienen igual nivel jerárquico y se relacionan dentro de un sistema armónico que propende por la coordinación y la maximización de los derechos de las víctimas, sin que uno prime sobre otro”.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2019, parr. 46.

²⁷ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 130: “Ningún mecanismo del Sistema primará sobre otro. Cada mecanismo deberá cumplir su función principal de la manera más ágil posible y sin duplicar aquellas de los otros mecanismos, para lo cual se establecerán los protocolos de colaboración necesarios”.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.1.5.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Ver también Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 130; Acto Legislativo 01 de 2017, Artículo Transitorio 1 inciso 5; Ley Estatutaria 1957 de 2019, Artículo 20.

113. En este sentido, para acceder a cualquier beneficio penal de la JEP, los responsables deben también atender los llamados que le haga la Comisión, la UBPD, contribuir a reparar y cumplir con su programa de reincorporación.
114. Esta condicionalidad (que siempre estuvo presente en la lógica del modelo, incluso desde el Marco Jurídico para la Paz) armoniza la aplicación de mecanismos de racionalización de la acción penal –resultado de las concesiones propias de la fase de negociación³⁰ entre las partes– y la garantía de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición³¹. Precisamente, la Corte Constitucional Colombiana determinó que la condicionalidad “apunta a permitir la flexibilización en los estándares regulares y ordinarios de justicia, pero sobre la base de que esto tiene como contrapartida una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos”³². De acuerdo con lo anterior, el régimen de condicionalidad parte de las siguientes premisas: (i) la necesidad de consolidar la seguridad jurídica de los excombatientes y demás destinatarios, (ii) la pretensión de contribuir a la estabilidad de la paz; y, (iii) la satisfacción de los derechos de las víctimas”³³.
115. La condicionalidad es entonces uno de los principios rectores del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y el pilar fundamental sobre el cual reposa la garantía de una verdadera ponderación entre el derecho a la paz y los derechos de las víctimas.
116. Las condiciones para los responsables de delitos cometidos en el marco del conflicto armado que quieran acceder y mantener cualquier tratamiento penal especial en este Sistema de justicia excepcional son manifestar su compromiso de someterse a la JEP y al Sistema Integral, aportar verdad plena, contribuir a la reparación de las víctimas y garantizar la no repetición³⁴. Estas condiciones tienen varias particularidades que se mencionan a continuación.
117. Primero, la Corte Constitucional determinó que son tratamientos penales especiales las amnistías de iure, las amnistías de sala, la renuncia a la persecución penal y los tres tipos de sanciones que impone la JEP -las propias, las alternativas y las ordinarias-³⁵. Así mismo, determinó que no se pueden conceder beneficios por el solo hecho de que el responsable se someta a la JEP³⁶ por lo que se puede concluir que todos los tratamientos penales que

³⁰ Las Pautas de Belfast sobre la amnistía y la responsabilidad, por su parte, destacaron que la legitimidad de las amnistías se está atada a que su principal propósito sea crear condiciones para la protección sostenible de los derechos humanos y por ello, son más legítimas cuando sus beneficiarios deban asegurar la verdad, la responsabilidad y las reparaciones” (The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Transitional Justice Institute”, University of Ulster 2013. Disponible en español en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/331.pdf); Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Nueva York y Ginebra, 2009. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf).

³¹ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha prohibido las amnistías generales e incondicionadas (Véase Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, 2006; Caso Barrios Altos c. Perú, 2011; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador, 2012). En el mismo sentido, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado que las amnistías que carecen de condiciones efectivas “[i]nterfieren con el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y el derecho humanitario” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Nueva York y Ginebra, 2009. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf).

³² Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, acápite 5.5.1.1.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 698: “Este régimen de condicionalidades, propio del marco de los beneficios jurídico-penales previstos en la Ley 1820 de 2016, parte de las siguientes premisas: (i) la necesidad de consolidar la seguridad jurídica de los excombatientes y demás destinatarios, (ii) la pretensión de contribuir a la estabilidad de la paz; y, (iii) la satisfacción de los derechos de las víctimas”.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.7.1. Tratamiento penal especial.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz: “(...)ningún responsable de hechos de competencia de la JEP puede recibir tratamientos especiales incondicionados. La JEP no puede conceder ningún tratamiento especial por el simple hecho de que el responsable se someta a la JEP.”.

imponga esta jurisdicción, incluidas las sanciones ordinarias de la JEP, son tratamientos penales especiales y como tal deben estar condicionados (en mayor o menor medida) a la verdad, a la reparación y a la no repetición³⁷.

118. Segundo, las condiciones son más exigentes en la medida en la que aumenta la gravedad de la violación y la responsabilidad en la comisión de la misma. Así, a mayor compromiso, mayor beneficio, pero a mayor responsabilidad, mayores exigencias. Por demás, todas las condiciones se materializan a través de obligaciones de cumplimiento progresivo tanto a instancias de la JEP como de las demás entidades del Sistema. Al respecto, la misma JEP ha afirmado que el régimen de condicionalidad es inherente de un sistema que otorga beneficios transitorios o definitivos que dependen del cumplimiento de las obligaciones “en una escala dinámica y progresiva”³⁸.
119. Tercero, la Corte diferenció entre dos categorías de condiciones: a) las esenciales de acceso o de permanencia en la JEP y b) las de acceso o permanencia de tratamientos penales especiales³⁹. Mientras que el incumplimiento de las primeras, dada su importancia, tiene una sola consecuencia, esto es, la exclusión de la persona de la JEP y por lo tanto la imposibilidad de acceder a cualquier beneficio excepcional; la determinación de los efectos del incumplimiento de las segundas se rige por los criterios de gradualidad y proporcionalidad. Estos criterios también se aplican para definir las consecuencias de su inobservancia: a mayor incumplimiento, peores consecuencias, y más gravosa la sanción.
120. Para los miembros de las FARC-EP, las condiciones esenciales de acceso son a) la suscripción del Acuerdo Final, b) la dejación de las armas y c) la suscripción del compromiso de sometimiento al Sistema Integral. La condición esencial de permanencia en la JEP es no volver a levantarse en armas⁴⁰.
121. Para los demás responsables que no suscriben el Acuerdo Final y que no están sometidos a un proceso de dejación de armas, es decir, los miembros de la fuerza pública, agentes del Estado y terceros, son condiciones esenciales de acceso y permanencia en la JEP: a) la suscripción del acta de compromiso con los fines del Sistema y b) la obligación de aportar verdad plena⁴¹.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8.3. Reconocimiento de verdad y de responsabilidad: “Por último, las sanciones ordinarias se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad. Aunque parezca redundante, es necesario reiterar que la obligación de reconocimiento de responsabilidad es exigible de personas que sean responsables de delitos de competencia de la JEP. Si el perpetrador se declara inocente y la JEP prueba su responsabilidad, este deberá asumir las consecuencias derivadas del régimen de condicionalidad.”

³⁸ Jurisdicción Especial para la Paz, Sentencia Interpretativa TP-SA-SENIT 1 de 2019, p. 172. Ver también Jurisdicción Especial para la Paz, Auto TP-SA 19 de 2018.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz: “El incumplimiento de las condiciones puede conducir a impedir el acceso a tratamientos especiales de justicia o a perderlos luego de otorgados, dependiendo de la gravedad del incumplimiento y de si se trata o no de las condiciones esenciales de acceso a la Jurisdicción Especial para la Paz o de permanencia en ella.”

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz: “En el caso de los miembros de las FARC-EP, la condición esencial de acceso será, en todos los casos, la suscripción del Acuerdo Final, la dejación de las armas y la suscripción del compromiso de sometimiento al SIVJNRN”; acápite 4.2. Análisis constitucional del artículo 20: “Como se expuso en el acápite de la parte general de esta Sentencia sobre el régimen de condicionalidad para el acceso y mantenimiento del tratamiento especial en la Jurisdicción Especial para la Paz, los responsables de los hechos deben garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos. La obligación de no repetición hace referencia al compromiso de no alzarse nuevamente en armas como rebeldes (...)”.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite 4.1.8. Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz: “Tratándose de otros responsables que no han suscrito el Acuerdo y que, por sus características no están sometidos a un proceso de dejación de armas, la condición esencial de acceso es el compromiso de aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, (...). En tales casos, la obligación de aportar verdad plena es más estricta en cuanto tiene el carácter de condición esencial de acceso, razón por la que su incumplimiento podría acarrear la pérdida del tratamiento especial de justicia.”

122. El incumplimiento puede tener consecuencias en “(i) el tratamiento penal especial; o (ii) en el tratamiento penitenciario especial; o (iii) en la extinción de la responsabilidad disciplinaria o administrativa; o (iv) en la exención de la obligación de indemnizar los daños causados; (v) en la garantía de no extradición; o (vi) en el tratamiento especial en materia de inhabilidades”⁴².
123. Cuarto, la jurisprudencia de la JEP ha desarrollado en los últimos dos años con mayor profundidad este tema, introduciendo detalles de cara al cumplimiento de la condicionalidad, y enfatizando en la esencia del pactum veritatis, y en las características propias del modelo de justicia restaurativa que “se aparta de la noción retribucionista de los sistemas penales, centrándose en la víctima y en su reparación, al igual que en la reconstrucción del tejido social”⁴³.
124. Pero además, como se mencionó al principio, este Sistema es uno de los varios elementos del Acuerdo Final y, en línea con los atributos de indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos, está íntimamente ligado de manera que no se puede ni analizar ni aplicar en el vacío. A modo de ejemplo, la reparación se contempla en su relación con el desarrollo rural y la participación política, la justicia se contempla en relación con la reconstrucción del tejido social, reincorporación de los responsables y la no repetición. Así, un cambio en alguno de sus elementos tendrá inevitablemente consecuencias en los demás. Un cambio en el tipo de sanciones o en las posibilidades de determinación de las estrategias y enfoques de persecución penal, podría conllevar inevitablemente a consecuencias en el esclarecimiento, la búsqueda de los desaparecidos, la reparación o incluso la paz.
125. Por el contrario, permitir la interacción armónica entre sus distintos componentes y mecanismos puede contribuir a potenciar la realización de los derechos de las víctimas, la atribución de responsabilidades y, en últimas, garantizar la estabilidad suficiente para la no repetición.

Cordialmente,



Mark Freeman
Director Ejecutivo
Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT)

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite. 4.1.7. Tratamientos especiales de justicia dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, acápite. 4.1.9. Justicia restaurativa y sanción efectiva.