

Justicia de Transición y Constitución*

Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, John Zuluaga, LL.M., Gotinga**

Este artículo pretende analizar la sentencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el Acto Legislativo 01 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz. La sentencia C-579 de 2013 es un importante aporte para la comprensión de mecanismos de justicia transicional, incluso más allá del caso colombiano. A esos fines, primero se presenta el contexto normativo, o sea, el Acto Legislativo 01 de 2012 que reformó la Constitución colombiana y estableció los parámetros legales para orientar procesos de paz y de justicia transicional en Colombia. Segundo, se describen los principales contenidos de la sentencia C-579 de 2013 que evaluó la constitucionalidad de dicha reforma. Tercero, se hace un análisis crítico al fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. Efectivamente, algunos aspectos resultan problemáticos para la comprensión del alcance del Acto Legislativo 01 de 2012 y de expresiones concretas de su articulado. Se abordan tres escenarios: Por un lado, el juicio de sustitución como método de análisis. Por otro lado, la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Finalmente, las comprensiones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

I. Introducción

La conciliación y aprobación del llamado “Marco jurídico para la paz” (MJP) por el Congreso colombiano el pasado 14.6.2012¹ es un hecho que no tiene precedentes en América

* Este artículo sintetiza las conclusiones generales del seminario “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional sobre el Marco Jurídico para la Paz”, que fue realizado el pasado 7.1.2014 en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y fue organizado por el CEDPAL y la Konrad-Adenauer-Stiftung (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica). Más información en <http://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/2013-12-29-19-06-16/seminarios>.

Los más importantes trabajos del seminario han sido publicados en *Ambos* (coord.), Justicia de Transición y Constitución, Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, 2014.

** Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Juez del Tribunal Provincial (Landgericht) y Director del CEDPAL. John Zuluaga, LL.M., es Doctorando e investigador adscripto al CEDPAL.

¹ Véase la publicación oficial del Acto Legislativo 01 de 2012 en Gaceta del Congreso 534 (2012), 17.8.2012. El Acto Legislativo se encuentra disponible en

Latina. Esta reforma dimensiona la justicia transicional (JT) como un parámetro constitucional a partir del cual se deben concretar posibles negociaciones de paz. Vía reforma constitucional, con este Acto Legislativo (AL) se adecuó el marco normativo previo que había definido tanto los procesos de desmovilización, desarme y reinserción (DDR) como también la investigación y judicialización de los integrantes de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML) en Colombia.² Dos propósitos esenciales orientaron el trámite de la reforma constitucional: “facilitar la terminación del conflicto armado” y el “logro de una paz estable y duradera” (art. 1 inc. 1). A esos fines, el MJP introdujo en la Constitución política los artículos transitorios 66³ y 67⁴, con los que estableció unas condiciones legales básicas para el desarrollo de las conversaciones entre el gobierno colombiano y las

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>

(visto por última vez el 29.3.2014).

² Sobre dicho marco normativo véase *Ambos et al.*, Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, 2010, pp. 9-147 (párr. 17-327).

Una versión resumida en inglés de dicho estudio puede verse en *Ambos*, The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: an inductive, situation-based approach, 2010.

³ Art. 1 inc. 1. “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.” El artículo transitorio 66 constituye la parte más extensa del AL 01, el mismo se compone de cinco incisos y dos párrafos, véase en Gaceta del Congreso 534 (supra nota 1).

⁴ Art. 3. “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así: Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.”

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)⁵ orientadas a la determinación de un acuerdo de paz.

Esta específica orientación de la Constitución a los fines de influir procesos de negociación con GAOML se concretó mediante la autorización a la creación de mecanismos extra-judiciales de JT (art. 1 inc. 2), el establecimiento de criterios de priorización y selección de casos, así como mediante la posibilidad de fijar la “aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados” (art. 1 inc. 4). Esta reforma se defendió como una estrategia realista que permitiría facilitar una desmovilización masiva de los GAOML, así como garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.⁶

A pesar de los buenos propósitos que parecen haberla impulsado, la reforma generó múltiples preguntas y críticas⁷: por un lado, respecto a sus finalidades, se ha cuestionado la capacidad que tiene la misma para determinar el logro de los objetivos planteados y resolver los problemas prácticos de la JT en Colombia. Por otro lado, acerca de la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, se ha señalado como una reforma incoherente frente al marco de exigencias para el acceso al beneficio de pena alternativa de la Ley 975 de 2005. Una detallada discusión ha recibido el art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012 respecto a la incorporación de instrumentos de JT de carácter judicial y extra-judicial. Las críticas al art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012 se han manifestado directamente en

acciones públicas de inconstitucionalidad.⁸ La única acción de inconstitucionalidad contra el MJP resuelta hasta el momento, instauró una demanda contra las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidas en el art. 1 del AL 01 de 2012. Dicha demanda fue justamente resuelta en la sentencia C-579 de 2013⁹ que es objeto de este artículo. En un fallo muy extenso (más de 400 págs.) y sin antecedentes en Latinoamérica, la Corte Constitucional (CC) declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas. Esta sentencia es de especial relevancia pues aborda la discusión sobre la constitucionalización de mecanismos de JT, concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales. La misma es un aporte importante para la comprensión de mecanismos de JT, incluso más allá del caso colombiano. En ella la Corte intenta plantear unas líneas de interpretación que comprometan tanto el respeto de la obligación de investigar y juzgar, como también los derechos de las víctimas y el fin de la “paz estable”.

Sin embargo, es necesario abordar algunos puntos de la sentencia que hacen difícil establecer el alcance de las expresiones demandadas y del mismo MJP. El problema jurídico planteado y resuelto por la Corte fue el de si representaba una sustitución de la Constitución “la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás”.¹⁰

⁵ Al contrario de lo que viene sucediendo con las FARC, los acercamientos con el grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional (ELN) se han desvanecido. A lo largo del año 2013 hubo en dos ocasiones un claro intento de inicio formal de diálogo, sin embargo, después del anuncio del actual presidente Juan Manuel Santos, no se ha concretado nada. Véase declaración presidencial en

http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Abril/Paginas/20130408_08.aspx (visto por última vez el 31.03.2014).

Sobre el estado actual de las negociaciones con el ELN véase *Voelkel*, Es el tiempo para el ELN, en: *Razón Pública*, 30.3.2014, disponible en

<http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7502-es-el-tiempo-para-el-eln.html>

(visto por última vez el 31.3.2014).

⁶ Véase las declaraciones del Senador Roy Barreras en <http://www.congresovisible.org/agora/post/roy-barreras-radico-nuevo-marco-legal-para-la-paz/2364/>

(visto por última vez el 29.3.2014).

⁷ Un desarrollo más amplio de las críticas puede verse en *Ambos/Zuluaga*, Sobre el marco jurídico para el logro de la paz, en *Semana.com*, 3.10.2012, disponible en

<http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 29.3.2014);

asimismo véase *Ambos/Zuluaga*, en: *Ambos* (coord.), *Justicia de Transición y Constitución, Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, 2014, núm. 1.

⁸ La primera demanda fue presentada el día 18.12.2012 por la Comisión Colombiana de Juristas. El texto original de la demanda puede ser consultado en

http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.pdf

(visto por última vez el 29.3.2014).

Las demandas posteriores fueron presentadas por los ciudadanos *José Octavio Hoyos Gómez* y *Rafael Guarín Cotrino*.

La Sala Plena de la CC en sesión del 14.8.2013 decidió rechazar la demanda presentada por *José Octavio Hoyos Gómez* y admitir la demanda formulada por el ciudadano *Rafael Giovanni Guarín Cotrino*. Dicho auto y una reseña del contenido de dichas demandas, así como las razones por las cuales consideran inconstitucional el MJP puede verse en

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a242-13.htm> (visto por última vez el 29.3.2014).

⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 3. Problema jurídico.

¹⁰ Véase CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 4.5. Es de anotar que al aceptar la demanda presentada por *Rafael Guarín Cotrino* (supra nota 8), la CC aceptó revisar de nuevo el inc. 4 del art. 1 del AL 01 de 2013. En un segundo auto, la Corte consideró que ante la no publicación de la sentencia al momento de la segunda demanda no resultaba proporcionada una inadmisión de los cargos contra el inc. 4 del art. 1 del AL 01 de 2013. Véase CC, auto del 14.1.2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

A esos fines, después de una descripción de la sentencia y la decisión de constitucionalidad, se abordarán algunos aspectos metodológicos de la sentencia. Primero, el uso del juicio de sustitución¹¹ a partir del cual la Corte resuelve la pregunta de si el MJP sustituye un pilar fundamental de la Constitución o sea, concretamente, como premisa mayor, el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH. Segundo, aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría JT en el modelo constitucional, tal como el concepto de JT bajo la idea de un modelo holístico y los abusos del método histórico-comparativo en su fundamentación. Tercero, se discutirán aspectos concretos del análisis de sustitución. Por un lado, se determinarán las consideraciones de la Corte sobre cómo se puede considerar que la investigación penal solamente se concentre en algunos responsables de ciertos delitos que constituyen graves violaciones a los DDHH y al DIH.¹² Concretamente, se abordarán dos elementos fundamentales: el debate sobre terminación del conflicto y consecución de la paz, así como las justificaciones entorno a la aplicación de criterios de selección y priorización como parámetros para la JT. Por otro lado, se señalan algunas imprecisiones conceptuales en la que incurre la Corte entorno a la expresión “sistematicidad de los crímenes de guerra” y la ambigüedad en la definición del concepto “máximos responsables” contenida en el art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012.

II. La sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional

La sentencia se dio a conocer por medio de comunicado de prensa en agosto de 2013,¹³ pero sólo a finales de diciembre del mismo año fue publicada de forma completa. La Corte comenzó por presentar los fundamentos del AL 01 de 2012. Para la misma, dicho AL canaliza una relación de necesidad entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de JT. En otras palabras, consideró el propósito de consecución de la paz como el fundamento para la adopción de “(i) criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal; y (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la

¹¹ El juicio de sustitución evalúa si los elementos definitorios de la identidad de la Constitución (pilares fundamentales) han sido sustituidos por un acto reformatorio. No tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, sino que busca verificar que un aspecto esencial de la Constitución no haya sido sustituido. En otras palabras, revisa el contenido de una reforma constitucional para comprobar si el órgano competente para tal reforma excedió o superó sus potestades.

¹² Para una síntesis de las premisas mayor y menor del juicio de constitucionalidad véase CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 2.4.4. (ii).

¹³ CC, Comunicado de Prensa nro. 34 del 28.8.2013, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2034%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202013.pdf> (visto por última vez el 29.3.2014).

aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento”.¹⁴

Con dicho supuesto la Corte intentó determinar si tales elementos de JT, elevados a rango constitucional por el AL 01 de 2012, eran compatibles con la Constitución. En concreto, determinó si la reforma constitucional suplantaba o sustituía el pilar constitucional esencial según el cual se exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para la Corte, en virtud de este pilar o mandato “existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”.¹⁵

Con base en el argumento de la necesaria correlación entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de JT, específicamente mecanismos de selección y priorización, la Corte fundamentó la legitimidad de la reforma constitucional. La Corte consideró que “a través de ellos es posible modificar la estrategia de juzgamiento ‘caso por caso’, tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en ‘macroprocesos’, e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez, permite cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto”.¹⁶

Asimismo analizó si la delimitación *ratione materiae* (crímenes internacionales) hecha por el MJP representa una vulneración a la obligación de investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Para la Corte “es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos”.¹⁷ A igual conclusión llegó respecto de la delimitación *ratione personae* (máximos responsables) que planteó el AL 01 de 2012. La Corte consideró que no hay una renuncia del Estado a sus obligaciones bajo los siguientes argumentos: “(i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”.¹⁸

¹⁴ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.3.

¹⁵ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.2.

¹⁶ CC, Comunicado de Prensa nro. 34 del 28.8.2013 (supra nota 13), p. 2.

¹⁷ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.5.

¹⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.6.

Por último, respecto a la discusión incorporada por el MJP sobre penas a imponer y modalidades de ejecución, la Corte encontró justificado los términos de dicho marco. La Corte estableció que “los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”.¹⁹ Asimismo, determinó como una restricción a las consideraciones especiales sobre ejecución de la pena, el hecho de que las mismas no se apliquen a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Incluso condicionó la vigencia de ello, so pena de revocatoria, a requisitos como “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores”.²⁰

De los diferentes condicionamientos impuestos a la interpretación del MJP, quedan claros algunos límites tanto para el legislador en el desarrollo de las Leyes Estatutarias, como para el operador judicial en la aplicación de dichos instrumentos. Por un lado, no sólo exige que se investiguen todas las violaciones a los DDHH, DIH y Estatuto de la CPI, sino, también plantea un escenario de priorización entorno a los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.²¹ Por otro lado, impone unas cargas a los GAOML a efectos de aplicarse el MJP, los cuales consisten básicamente en la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y, en los casos de desmovilización individual, la no comisión de nuevos delitos.²²

III. Análisis crítico de la sentencia

A pesar de que de la sentencia se desprenden importantes conclusiones sobre la trascendencia de la JT y, en materia de garantías, sobre los derechos de las víctimas, es necesario abordar algunos puntos que hacen difícil establecer el alcance de las expresiones demandadas y del mismo MJP. Primero, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemática la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución. Segundo, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el plantea-

amiento metodológico de la JT como categoría constitucional. Tercero, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

1. Sobre el uso del “juicio de sustitución”

La Corte se pregunta, siguiendo la doctrina del juicio de sustitución, si el MJP sustituye un pilar fundamental de la Constitución o sea, concretamente como premisa mayor, el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH (párr. 3). Mientras que en la demanda se afirmó de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado tenía la estructura de una regla en relación con el deber del Estado de investigar y juzgar, la Corte sostiene que tiene el carácter de principio y, por ello, puede ser objeto de ponderación. Como resultado, la Corte encontró que la incorporación a la Constitución de la estrategia de seleccionar y priorizar en la investigación de graves violaciones de DDHH, en los así denominados “macroprocesos” y su imputación a los máximos responsables (premisas menores) se encuentra justificada. La Corte alude a dos razones: por una parte, dicha estrategia contribuye de manera eficaz al logro de la garantía de no repetición. Por otra parte, dicha estrategia se justifica dado que no significa “que se dejen de investigar todos los delitos [...], sino que permite que sean imputados sólo quienes cumplieron un rol esencial en su comisión”. Adicionalmente, la Corte determinó que se debe asegurar, como mínimo, que se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Al analizar la renuncia condicionada a la persecución penal (también parte de la premisa menor), la Corte sostuvo que se encuentra justificada, dado que está limitada al no ser aplicable a los máximos responsables de los crímenes graves mencionados. Para la Corte, la renuncia condicionada se justifica como resultado de la ponderación entre la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los DDHH y al DIH, con la garantía de no repetición de dichas violaciones. La Corte afirma que las medidas orientadas a una ejecución “alternativa” del castigo (suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de cumplimiento) no implican por sí solas una sustitución de la Constitución. El fundamento de esta conclusión es la orientación de dichas medidas a la satisfacción de los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y no repetición).

Del juicio de sustitución como método de análisis y del uso del mismo dado por la Corte se podría anotar lo siguiente. Primero, como bien afirma *Villa Rosas*, “en contraste con otras decisiones en las que el juez constitucional ha complementado el juicio de sustitución – en tanto esquema derivado de la subsunción – con argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos, en la decisión C-579 de 2013 el juez constitucional ha comple-

¹⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.8.

²⁰ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.7.

²¹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.9.4.

²² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.9.2.

mentado la aplicación de dicho juicio con el uso de la ponderación. Este uso complementario de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del juicio de sustitución, y de manera más específica, de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución”.²³ Segundo, es discutible que la determinación de los elementos que resultan pilares fundamentales o elementos definitorios de la Constitución (*límites del juicio de sustitución*) la haga la misma Corte. La definición de dichos pilares, que no pueden ser modificados sin que se incurra en una sustitución, y la competencia para determinarlos, no han sido establecidas por la Constitución colombiana. Ello a pesar de que se quiera derivar el fundamento de dicho juicio de una norma constitucional que sólo hace referencia al control formal de las reformas constitucionales. Tercero, el desarrollo del método de análisis resulta deficiente en los niveles argumentativos de sus componentes sistemáticos (premisa mayor, menor y análisis de sustitución). En dichos componentes del juicio de sustitución, las cargas argumentativas en la definición de lo que es un pilar fundamental y el desarrollo del análisis estricto de sustitución carece de rigurosidad y terminan tergiversando dicho juicio como un discurso formal o superficial en una decisión de constitucionalidad.

2. Constitucionalización de la Justicia Transicional

Sobre el concepto y alcance de la JT, la sentencia C-579 de 2013 afianza la evolución jurisprudencial en Colombia, jalónada tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia.²⁴ Para el entendimiento de la categoría JT en el modelo constitucional, la sentencia analizada establece dos parámetros básicos: primero, la declaración de los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y, segundo, el concepto de JT bajo la idea de un modelo holístico en donde el juez constitucional debe encontrar un balance entre los intereses y valores enfrentados. Este modelo es extraído por la Corte tanto de los estándares normativos internacionales como de la práctica constitucional colombiana²⁵ y, a partir del mismo, considera que los mecanismos de JT hacen parte de un sistema complejo de múltiples medidas (modelo holístico). Sin embargo, las consideraciones de la Corte son discutibles por lo menos en dos aspectos.

²³ Véase *Villa Rosas*, en: Ambos (supra nota 7), núm. 2.

²⁴ Entre las sentencias más importantes en la evolución jurisprudencial a nivel de la CC pueden mencionarse las siguientes: C-370 de 2006 y C-1199 de 2008 (ambas relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz), C-771 de 2011 (relacionada con la “Ley sobre Acuerdos sobre Verdad Histórica”), y la C-052 de 2012 que controló la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

²⁵ Sobre estos aspectos y más detalladamente sobre la valoración de la Justicia Transicional como categoría constitucional véase *Sánchez/Ibáñez Gutiérrez*, en: Ambos (supra nota 9), núm. 1 ss.

Siguiendo a *Sánchez e Ibáñez Gutiérrez*²⁶, en cuanto a los objetivos de la JT, se podría decir que la sentencia presenta una valoración incompleta de dos temas: reconciliación y fortalecimiento de la democracia. En cuanto al primer punto, se extraña una referencia al propio debate constitucional que se abrió cuando precisamente se presentó una demanda contra el concepto de reconciliación de la Ley 975 de 2005, y que la Corte resolvió en la sentencia C-1199 de 2009. Sobre el segundo punto, es discutible si el fortalecimiento democrático – propio de la agenda de un Estado de Derecho moderno y de los principios de “buen gobierno” – debe ser parte de la agenda de transición, mucho más si se tiene en cuenta que la transición colombiana tiende más bien al cese de la violencia que a una transición a la democracia.

Asimismo, frente a los mecanismos de JT, la sentencia parece confundir el sustento de justicia que justifica su creación con los mecanismos propiamente dichos. La sentencia señala como mecanismos de JT: la justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”. La forma como la Corte aborda estos mecanismos no deja claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con estos mecanismos, o a los mecanismos específicos a través de los cuales se expresa la JT. Por otro lado, el estudio comparado sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de provecho para el resto de la sentencia. La Corte efectúa una descripción superficial de cada uno de los casos sin establecer ejes o instituciones comparativas. Tampoco menciona en su análisis comparado medidas como las Comisiones de Verdad u otras que han sido de vital importancia para el desarrollo de estos procesos en las experiencias nacionales.

3. Consideraciones sobre el análisis de sustitución

a) Sobre la terminación del conflicto y la consolidación de la paz

El MJP establece como finalidad prevalente “facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera” (art. 1 inc. 1 del AL 01 de 2012). Los ponentes han querido aludir con dicha frase a la idea de “romper el círculo vicioso del recurso a la violencia organizada como herramienta para tramitar las diferencias en la sociedad, para así lograr que las violaciones no se vuelvan a repetir”.²⁷ En ese sentido, terminación del conflicto es equivalente a no repetición de violaciones a los DDHH. Así lo confirma la misma Exposición de Motivos, al presentar las formas de entender la idea de no repetición.²⁸ De igual manera, del art. 1 inc. 1 se

²⁶ *Sánchez/Ibáñez Gutiérrez* (supra nota 25), núm. 1.2.

²⁷ Véase Exposición de Motivos en Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, pp. 1-2.

²⁸ Exposición de Motivos en Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 1, donde se afirma que, por un lado, es una “orientación en favor de lograr la cesación de las violaciones continuadas” y, por otro lado, “la capacidad de protección efectiva de la población para que no se repita el

desprende que dichos instrumentos de JT sólo se podrán aplicar en el marco de un acuerdo de paz.²⁹

Para la Corte el derecho a la paz impone el deber de prevención de la guerra y moderar (solucionar) los efectos del conflicto. Sin embargo, la Corte misma deja abierta la pregunta: ¿cómo y cuándo se considera solucionado el conflicto armado? De las consideraciones de la sentencia se deduce la prevalencia de una interpretación basada en un criterio formal (acuerdo de paz) para entender la terminación del conflicto. En ese sentido coinciden el legislador y el juez constitucional, pues afirman que la aplicación de los instrumentos de justicia transicional discutidos sólo podrá darse en el marco de un acuerdo de paz. Esto amerita algunas aclaraciones: primero, vale la pena recordar que el concepto de conflicto armado no está definido explícitamente en el DIH. A pesar de ello, una definición puede plantearse a partir de las indicaciones que contienen algunos reglamentos.³⁰ El campo de análisis determinante para establecer la existencia de un conflicto armado es la verdadera o real forma del conflicto, es decir, las condiciones formales (una declaración de guerra o la existencia de un estado de guerra) no representan un criterio determinante de la existencia del mismo.³¹ En ese mismo sentido, sólo a partir de las condiciones materiales o reales del desenvolvimiento de un conflicto, y no de las formales, se puede definir la terminación de un conflicto armado (cese real de hostilidades). Esto se deduce del art. 3 (b), primera parte de la primera frase del Protocolo Adicional (PA) I³² a las Convenciones de Ginebra (CG). En todo caso, el DIH sigue siendo aplicable mientras aún haya circunstancias que necesiten de regulación, tal como se deduce de la segunda parte de la primera frase y la segunda frase³³ de la misma norma. Por lo tanto, un conflicto en

conflicto armado y se elimine el recurso ilegítimo al uso de la fuerza”.

²⁹ Así se expresó en muchas de las ponencias que tuvo el trámite de aprobación y de ello se dejó constancia en el informe de conciliación, véase Gaceta del Congreso 371 (2012), 16.6.2012, p. 1.

³⁰ Cfr. *Ambos*, Nociones básicas del derecho internacional humanitario (traducido por John E. Zuluaga), 2011, p. 66; *el mismo*, Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, p. 122 (131 s.); sobre el concepto – en oposición a la “guerra” – *David*, Principes de droit des conflits armés, 4^o ed. 2008, pp. 102 ss.

³¹ *Greenwood*, en: Fleck (ed.), The handbook of international humanitarian law, 2^o ed. 2008, p. 46 (No. 202), 49 (No. 203); *Ipsen*, en: Ipsen (ed.), Völkerrecht, 5^o ed. 2004, § 66 nm. 5 ss., § 68 nm. 1; *Doehring*, Völkerrecht: ein Lehrbuch, 2^o ed. 2004, § 11 nm. 585 s.

³² La primera mitad de la frase reza: “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación; [...]” (énfasis del autor).

³³ La segunda mitad de la primera frase y la segunda frase rezan: “[...] excepto, en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, [...] tenga lugar posterior-

general termina recién con el restablecimiento de la situación (pacífica) anterior.³⁴

Esto también es una constancia en la historia de los conflictos contemporáneos, los cuales no terminan exclusivamente con resultados decisivos como la victoria o el acuerdo de paz, sino más bien en circunstancias donde los combates simplemente cesan.³⁵ Este criterio conduce a determinar la terminación de un conflicto armado *vía facti*, es decir, con la mera cesación de hostilidades más allá de una conclusión general de paz o, en el caso de un conflicto no internacional, de un “acuerdo de paz”.³⁶ En ese sentido, la existencia de un conflicto armado no internacional se determina recurriendo a criterios como la intensidad del conflicto y la organización (militar) de las partes en conflicto. Con ello se diferencia el mismo de la delincuencia común, sublevaciones de corta duración o actividades terroristas.³⁷ Esta determinación objetiva viene dada a partir de los requisitos establecidos en el art. 3 común a los CG I-IV.³⁸ En ese sentido, también un conflicto armado se considera terminado cuando cae por debajo de este umbral de intensidad.³⁹

La noción de terminación de un conflicto armado es de especial utilidad para la interpretación de los propósitos prevalentes del AL 01 de 2012. El primer objetivo (facilitar la

mente. Tales personas continuarán beneficiándose de las disposiciones pertinentes de los Convenios y del presente Protocolo hasta su liberación definitiva [...]).

³⁴ Detalladamente *Ipsen* (supra nota 31), § 68 nm. 4 ss. (4); *Doehring* (supra nota 31), § 11 nm. 646 ss.; *David* (supra nota 30), pp. 232 ss. Ver también ICTY, Judgement of 15.9.2008 – IT-04-83-T (Prosecutor v. Delić), párr. 40.

³⁵ Véase *Kreutz*, Journal of Peace Research 2010, 243, quien llega a la misma conclusión a partir de una investigación cuantitativa sobre la resolución de conflictos armados entre 1946 y 2005.

³⁶ Así *Greenwood* (supra nota 31), pp. 72 ss.; *Friman*, en: Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2^o ed. 2010, p. 280; *Stein/v. Buttlar*, Völkerrecht, 12^o ed. 2009, nm. 1222; *David* (supra nota 03), párr. 1233; *Ipsen* (supra nota 31), § 68 II. párr. 5. Véase también *Wallenstein/Sollenberg*, Journal of Peace Research 1997, 342, identificando tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de terminación de facto, incluyendo por el camino de un alto al fuego).

³⁷ *Ambos* (supra nota 30 – Nociones), pp. 66 s. con más referencias.

³⁸ *Ambos* (supra nota 30 – Nociones), p. 67 con más referencias. Véase también *Mettraux*, International crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005, p. 36. Un resumen de los diferentes criterios para determinar un conflicto no internacional extraídos de las diferentes enmiendas del art. 3 común puede verse: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (visto por última vez el 29.3.2014).

³⁹ Véase *Kreutz*, Journal of Peace Research 2010, 243 (244), para quien un conflicto armado se traduce en por lo menos 25 muertes relacionadas con los combates en un año calendario.

terminación del conflicto armado) debe suponer por lo menos el cese de hostilidades en un sentido material, es decir, cuando todas las condiciones nocivas provocadas por el conflicto armado se inviertan. El umbral formal para la aplicación de los instrumentos de JT (acuerdo de paz), exigido en el art. 1 inc. 1, tal como se confirma en el informe de conciliación de la reforma constitucional⁴⁰ y en las consideraciones de la Corte, en los términos del DIH, no supone la terminación del conflicto, ni constituye una plataforma real para la consolidación de espacios “postconflictuales”. Es cierto que en términos de seguridad jurídica, el punto de vista formal ofrecería ventajas respecto a una determinación más precisa del momento de terminación de un conflicto y del ámbito temporal de aplicación del DIH. Sin embargo, en conflictos como el colombiano este criterio sería desbordado por las dinámicas reales de los GAOML, es decir, un criterio formal no tendría en cuenta situaciones en las que un conflicto armado se ha terminado como una cuestión de hecho.⁴¹

La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tiene otras importantes repercusiones. Desligarse de esta visión formal contribuiría a una mejor valoración de la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Se plantea la pregunta si aquellos grupos no desmovilizados (e.g. BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto⁴² (¿combatientes o delincuentes?).⁴³ En síntesis, si de lo que debería tratarse es

de la terminación del conflicto, es decir, el cese real de hostilidades, más que de un acuerdo formal de paz, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. Sólo se trata de dos fenómenos que no tienen una correspondencia inmediata, con la lógica de causa-efecto, especialmente porque en el contexto del conflicto colombiano la violencia es un recurso permanente, incluso de los desmovilizados de GAOML, para intervenir la gestión del control social.⁴⁴

*b) Consideraciones sobre selección y priorización en la Sentencia C-579 de 2013*⁴⁵

La estrategia de selección y priorización de casos fue una necesidad anunciada desde las más tempranas evaluaciones a la LJP.⁴⁶ Se advertía que selección de postulados y casos a imputar en el proceso de justicia y paz, debería hacer énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves en la estructura del GAOML, de tal manera que se contribuyera mejor a la visibilización de patrones de victimización y de daños colectivos causados por un GAOML.⁴⁷ Esta técnica de gestión ya venía siendo ejecutada por la misma Unidad Nacional de Justicia y Paz (UNJP), en donde por medio de diferentes memorandos y circulares se reorientó la estrategia de investigación en el marco de la LJP a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios de priorización.⁴⁸ Esta estrategia o técnica de gestión de la investigación fue justificada por la Corte, la cual adujo que las consideraciones

⁴⁰ Véase Gaceta del Congreso 371 (2012), p. 1.

⁴¹ Así *Ambos* (supra nota 30 – Treatise), p. 129 con más referencias.

⁴² Dicha posición llega a ser discutida en la doctrina de acuerdo al art. 3 CG I-IV y art. 1 PA II. Cfr. *Römer*, Killing in a gray area between humanitarian law and human rights. How can the national police of Colombia overcome the uncertainty of which branch of international law to apply?, 2010, p. 26; también *Perez Santiago*, “Las BACRIM de Colombia Comunes o Actores del Conflicto Armado”, en *InSightCrime* 23.07.2012, disponible en <http://es.insightcrime.org/analisis/las-bacrim-de-colombia-comunes-o-actores-del-conflicto-armado> (visto por última vez el 29.3.2014).

Para una crítica fundamental del “derecho a matar” en el conflicto armado véase *Eser*, en: *Dölling/Götting/Meier/Verrel* (eds.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, pp. 461 ss.

⁴³ Este ha sido un punto de permanente observación por parte de la Fiscalía de la CPI. En el Reporte sobre las actividades de la Fiscalía en relación a los exámenes preliminares de 2013, la Fiscalía afirma que en el caso de *los Urabeños* “hay bases razonables para afirmar que está lo suficientemente organizada como para llegar a ser parte en un conflicto armado de carácter no internacional”. Véase The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2013, noviembre de 2013, párr. 128-129, disponible en

http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (visto por última vez el 29.3.2014).

⁴⁴ Sobre la violencia en Colombia como recurso permanente de los desmovilizados de GAOML véase *Zuluaga/Koessler*, en *Derecho Penal Contemporáneo* oct./nov. 2011, 5; también *Zuluaga*, Boletín Semestral GLIPGö Nr. 1, mayo de 2011, 3.

⁴⁵ Para una presentación más amplia de las consideraciones de la Corte sobre selección y priorización véase *Zuluaga*, en: *Ambos* (supra nota 7), núm. 3.1.

⁴⁶ Véase *Ambos et al.* (supra nota 2) párr. 415. Recomendaciones de las que, a su vez, se desprendieron múltiples propuestas para la implementación de una estrategia de investigación a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios, véase entre otros *Ambos* (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, 2011, pp. 9 ss.; también *Selis*, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en: *ICTJ Análisis* marzo de 2012, pp. 1 ss.

⁴⁷ De la misma opinión llegó a ser incluso la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Véase Rad. 36125 del 31.8.2011. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones.

⁴⁸ Véase *Forer/López Díaz*, en: *Ambos* (supra nota 46), pp. 242-245, quienes describen que no fue una práctica generalizada de todos los despachos de la UNJP.

a favor de la estrategia de “centrar la investigación penal” en un serie de casos es la “imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos”.⁴⁹

En este sentido, la Corte sintetiza la crítica a lo que han dado en llamar “tesis maximalista”. El enfoque maximalista es el rótulo asignado a las estrategias de instrucción que incorporan la exigencia de investigaciones integrales. Se señala que dichos enfoques desencadenan un alto nivel de complejidad de los procesos de imputación y acusación y, por lo tanto, de los juicios. A esta concepción compleja (integral) de la investigación se le imputa la consecuencia de la actual inviabilidad del proceso de justicia y paz basado en la Ley 975 de 2005 y se la señala como una de las causas a la violación de estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. A partir de la crítica al principio de exhaustividad de la investigación o “tesis maximalista”, la Corte justifica el replanteamiento del enfoque de investigación sobre la base de una estrategia de selección y priorización. En ese sentido, a la “tesis maximalista” se opone una “narrativa consecuencialista” que se preocupa por el impacto y la efectividad de las investigaciones penales.⁵⁰ Si bien la Corte al acoger la crítica a la tesis maximalista establece un escenario justificativo básico de la estrategia de selección y priorización, otras variantes de justificación son discutibles, como demostraremos a continuación.

*aa) Interpretación de la jurisprudencia de la CIDH*⁵¹

La Corte se basa en la Exposición de Motivos del AL 01 para acoger cierta interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en la que se justifica un enfoque investigativo orientado a esclarecer el sistema de macrocriminalidad.⁵² Es de advertirse, sin embargo, que la remisión a la CorteIDH es imprecisa, pues la jurisprudencia de dicha Corte no contiene reglas de priorización. Lo mismo se discutió a propósito de la fundamentación de la Directiva 001, que introdujo una nueva política interna de selección y priorización a nivel de la FGN, cuando advertíamos que era una interpretación equivocada de la jurisprudencia de la CorteIDH.⁵³ Ello se puede observar en la

⁴⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2.

⁵⁰ Véase *López Medina*, Revista Colombiana de Derecho Internacional 16 (2010), 57; en ese sentido también *Rammelli Arteaga*, en: FGN (ed.), *Priorización*, Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal, 2013, p. 24; *Aponte Cardona*, en: el mismo, p. 29.

⁵¹ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.2.

⁵² Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, pp. 9, 14 (*énfasis original*).

⁵³ Véase *Ambos/Zuluaga*, “La ‘nueva’ política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en: *Asuntos del Sur* 19.3.2013, disponible en

<http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>

(visto por última vez el 29.3.2014).

aludida Directiva, en la cual se sostiene que “una primera lectura de las protecciones reconocidas por la Convención Americana hace que sea difícil pensar en la priorización de casos en la jurisdicción nacional, ya que contiene una obligación general de garantizar recursos efectivos por cualquier acto que atente contra los derechos fundamentales”.⁵⁴

Este tipo de interpretaciones es muy discutible. Es impreciso deducir de la jurisprudencia de la CorteIDH algún tipo de favorabilidad o benevolencia con la priorización como política de gestión de casos. Una interpretación estricta de la jurisprudencia de la CorteIDH conduce, mejor, a entender que las investigaciones de violaciones graves a DDHH no admiten relativizaciones, es decir, deben ser investigadas.⁵⁵ La CorteIDH no podrá sustentar una inadmisión sobre el argumento de haber analizado muchos casos de Colombia u otro país, razón por la cual las víctimas siempre podrán alegar el art. 1.1 y 25 de la Convención Interamericana. Al contrario de lo afirmado en las diferentes justificaciones al sistema de selección y priorización, debe decirse que en la jurisprudencia de la CorteIDH hay poco espacio para soportar o congraciarse con la priorización. Ello es mucho más claro si se observa otras sentencias (e.g. *Barrios Altos* o *Almonacid Arellano*) en las que los efectos de las decisiones son extendidos, es decir, vinculan a todos los casos exigiendo “investigación y sanción” de violaciones a DDHH.⁵⁶

⁵⁴ Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de 2012, III. Fundamentos de Derecho Internacional, p. 4, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 29.3.2014).

⁵⁵ Para un análisis en detalle de la jurisprudencia de la CorteIDH véase in extenso *Ambos/Malarino/Elsner* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomos I y II, 2010/2011; *Ambos/Malarino/Steiner* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo III, 2013.

⁵⁶ Asimismo, se afirma incluso en la conocida sentencia *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* que “constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. En esos casos las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad. Además, dependiendo del derecho que se encuentre en riesgo o del que se alegue la violación, como en este caso la vida, la investigación debe procurar la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” (CorteIDH, Caso Manuel

*bb) Impacto de la selección y priorización*⁵⁷

La Corte alude a un tema fundamental en las discusiones sobre selección y priorización. Acerca de la forma de seleccionar y priorizar casos, por un lado, afirma que la misma “puede afectar sustancialmente la forma en que los procesos judiciales son recibidos por las víctimas”. Por otro lado, dice que “puede influenciar la legitimidad que da a los procesos la comunidad internacional”.⁵⁸ Con ello hace alusión al impacto que puede tener las metodologías de selección y priorización en dos actores esenciales de la JT: intervinientes (víctimas) y observadores (comunidad internacional). Esta preocupación amerita una primera reflexión sobre el significado de la legitimidad del proceso penal, en tanto pérdida de legitimidad debe entenderse, mejor, como una reducción o relajamiento del desenvolvimiento racional e imparcial de búsqueda de la verdad procesal.⁵⁹

La cuestionabilidad de la legitimación del proceso penal es un asunto inherente a la naturaleza sui generis de la JT. Por un lado, son escenarios donde se flexibiliza el carácter racional de la persecución penal, es decir, del desarrollo de un debido proceso penal. Por otro lado, relativiza los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad como resultado de la discusión y negociación de las contraprestaciones por DDR. En este escenario cabe destacar la tensión que se produce en la legitimación democrática de la función judicial,⁶⁰ en la cual se alberga la discusión sobre selección y priorización y legitimidad de procesos de transición. En el fondo, se trata de reflexiones sobre la capacidad de la jurisdicción penal para asegurar un desarrollo judicial garante de verificación procesal e inmune al decisionismo.⁶¹

En este sentido, parece desafortunada la expresión de la Corte según la cual “la adopción de criterios formales para la priorización puede ser esencial para llevar a cabo una priorización coherente de los *crímenes de guerra*, pues de esta manera el *sistema acusatorio* se puede apoyar en herramientas que permiten clasificar los casos que merecen acudir primero ante el sistema judicial”.⁶² Por un lado, la estrategia de investigación penal en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004) se rige por otros principios. Esta fase del

sistema acusatorio ha sido ampliamente criticada precisamente por introducir actuaciones procesales cómplices de la discrecionalidad policial y fiscal.⁶³ Por otro lado, la coherencia de la priorización no se puede reducir a los crímenes de guerra, sino que debe abarcar los hechos tipificados en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁶⁴

*cc) Distinción entre selección y priorización*⁶⁵

Según la Corte, “la práctica de priorización no requiere *per se* que no se seleccionen otros casos, de ahí que se distinga entre selección y priorización”.⁶⁶ Esta afirmación viene a complementar (correctivamente) lo que ya había sido dicho en la Exposición de Motivos del AL 01 sobre la distinción entre selección y priorización. El legislador argumentó que “priorización – sin selección (es decir sin aplicar la cesación de la acción penal) – no es suficiente para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas”.⁶⁷ En ese sentido, el legislador consideró necesaria la priorización junto con la selección, es decir, no consideró posible priorizar sin selección de casos. Afirmó, incluso, que “si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad”.⁶⁸ La consideración de la Corte puede interpretarse, al contrario de lo dicho en la Exposición de Motivos del AL 01, en el sentido de que se puede priorizar sin seleccionar, es decir, la selección no es connatural (*per se*) a la práctica de priorización. Esta consideración supera la distinción que sugería la necesidad de selección como fundamento de las prácticas de priorización.

Es de anotar que esta distinción tampoco había quedado clara en la Directiva 001 de 2012 y los planes de acción derivados de la misma.⁶⁹ De las mismas no se desprenden conclusiones sobre cómo llegarán a tramitarse los casos que no sean seleccionados. En ese sentido, frente a algunos casos no clasificados mediante selección, existe la necesidad de establecer un límite de tiempo para reiniciar la actividad investigativa y

Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26.5.2010, Serie C. N213, párr. 117 y nota a pie 176 con más referencias).

⁵⁷ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.1.

⁵⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis propio*).

⁵⁹ Véase *Ferrajoli*, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, 6º ed. 2004, pp. 67-69 y 542-549; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 4/1988, 3; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 16-17/1992, 61; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 29/1997, 3.

⁶⁰ Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico véase *Ambos*, El marco jurídico de la justicia transicional: especial referencia al caso colombiano, 2008, pp. 28-117.

⁶¹ Así *Ambos et. al.* (supra nota 2), párr. 7.

⁶² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis propio*).

⁶³ Véase sobre las tensiones frente al debido proceso en el sistema acusatorio colombiano *Zuluaga*, Boletín Semestral GLIPGö Nr. 5 (2013), 23; *el mismo*, Co-Herencia – Revista de Humanidades 6/4 (2007), 133.

⁶⁴ *Ambos et. al.* (supra nota 2), parr. 4.

⁶⁵ Sobre el punto véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.2.

⁶⁶ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis original*).

⁶⁷ Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 15.

⁶⁸ Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 15.

⁶⁹ Un desarrollo más amplio de las críticas a los contenidos de la Directiva 001 puede verse en *Ambos/Zuluaga* (supra nota 53); Acerca de la implementación del sistema de priorización puede verse *los mismos*, Sobre la implementación del sistema de priorización y selección, en: *Ámbito Jurídico* 374 del 24.7.2013, p. 17.

de juzgamiento en dichas causas, pues algunas se encuentran casi a la deriva en diferentes despachos de la UNJP. Priorización y selección no pueden significar una relativización o minimización del debido proceso. Asimismo, el sistema de selección no puede descuidar la necesidad de pronunciarse sobre la metodología que se adoptará para responder a las víctimas de los postulados cuyos casos no fueron priorizados, especialmente en materia de reparación.⁷⁰ Así las cosas, propicia un mejor rendimiento para la satisfacción de las víctimas (de casos no seleccionados) la afirmación planteada por la Corte en comparación a lo dicho por el Legislador en la Exposición de Motivos.

*dd) Razones para adoptar criterios*⁷¹

La Corte enuncia siete razones por las que existe la necesidad de adoptar criterios de priorización: “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población, (ii) las prioridades iniciales y la dirección de las investigaciones tienen gran impacto en el desarrollo que haga la Fiscalía en el proceso, (iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso, (iv) reconsiderar y ajustar los criterios usados en el pasado no es una debilidad, si este cambio se hace como producto de un análisis profesional y objetivo, (v) absoluciones derivadas de la falta de evidencia pueden tener un impacto negativo en el alcance de la justicia y la sensación de abandono a ciertos grupos, (vi) el respeto al derecho a la igualdad, no implica una igualdad matemática, (vii) la legitimidad o confianza en la persecución penal se debe basar en la experiencia profesional y los estándares aplicados a la situación particular de un crimen internacional”.⁷²

Se abordan cuatro temas de especial relevancia para la definición de una estrategia de priorización: 1. Impacto externo e interno de la estrategia de priorización, 2. Contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. Profesionalismo y objetividad de los criterios, y 4. Legitimidad del proceso. Estos argumentos se pueden considerar como razones heterogéneas, es decir, se componen de argumentos tan diversos como incoherentes unos con otros. Primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Ni siquiera puede pensarse que el Derecho penal o el proceso penal son mecanismos para la autosatisfacción de los sentimientos de la sociedad. La desaprobación expresada en esos dos ámbitos es únicamente un medio para alcanzar fines general-preventivos. Cualquier discusión sobre temas como “expectativas de la población” debería, por lo menos, ser planteada en un contexto global, donde se entienda que en ese tipo de asuntos es definitiva la intervención de ciertas partes

⁷⁰ Más extensamente planteado en *Ambos/Zuluaga* (supra nota 69), p. 17.

⁷¹ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.3.

⁷² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis original*).

de sectores políticos, económicos, de la fuerza pública e incluso de la población civil.

Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” no representa ninguna descripción, ni siquiera da cuenta de un concepto analítico. Frente a esa noción, la Corte opone las categorías “profesional” y “objetivo” como razones superiores a la idea de contexto. En otras palabras, presupone que las decisiones “profesionales y objetivas” impedirían la politización de las estrategias de priorización. Esta apreciación es insuficiente pues reduce la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. Si de lo que se trataba era de resaltar la importancia de la neutralidad política de la investigación penal, la Corte debió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Ello resultaría más acertado si se tiene en cuenta que la misma Corte afirma que el fundamento de la elaboración de dichos criterios es la gravedad del hecho punible.⁷³

Tercero, resulta lamentable la consideración de la Corte en el sentido de plantear una relación directa entre absoluciones (falta de castigo) y sensación de abandono de ciertos grupos. La privación de la libertad no puede ser un criterio para determinar las sensaciones ciudadanas. Incluso, son muchas las opiniones a partir de las cuales queda claro que el juicio de menosprecio como comunicación entre sociedad, autor y víctima se realiza esencialmente con la sentencia penal, asunto asimilable en el proceso de definición de la pena alternativa en el marco de la LJP.⁷⁴ La privación de libertad sólo es un medio superable, para plasmar el contenido simbólico-expresivo de la reacción a comportamientos criminales.⁷⁵ En ese sentido, el proceso penal debe entenderse

⁷³ Una crítica a la comprensión de gravedad como criterio de selección a nivel de la Fiscalía de la CPI véase *Ambos/Stegmiller*, *Revista Penal* 32 (2013), 41 (49).

⁷⁴ Así *Halling*, Ley de justicia y paz y fines de la pena, en: *Conversatorio “Marco jurídico para la paz: análisis desde el Derecho penal”*, 27.2.2014. Síntesis y audio disponible en http://www.upb.edu.co/portal/page?_pageid=234%2C32640564&dad=portal&schema=PORTAL&p_id=54373586&p_s_iteid=234 (visto por última vez el 29.3.2014).

⁷⁵ Así *Günther*, en: Prittwitz et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, p. 205 (219); también *Prittwitz*, en: Schünemann/Dubber (eds.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, 2000, p. 51 (73), para quien el elemento decisivo de la reacción pública no es la pena sino la determinación autoritaria y la imputación. A favor de una desaprobación con necesaria privación de la libertad *Hörnle*, *JZ* 2006, 950 (996), según la cual la aplicación de la pena es necesaria pues “la afirmación verbal necesita ser respaldada por gestos materiales”; también *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantischen Rechtslehre*, 2005, p. 138, quien con fundamentos hegelianos afirma que “en aras de la insistencia en la generalidad del derecho, es

como el escenario esencial de comunicación entre sociedad, autor y víctima. La pena y sus fines no incorporan los intereses de las víctimas. Las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos.

c) Las expresiones “cometidos de manera sistemática” y “máximos responsables”

En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación. En términos de Cote/Tarapués, “Los crímenes de guerra son por definición conductas ligadas a una situación de guerra entre estados, entre un estado y grupos armados o entre varios grupos armados; esto no quiere decir que deba existir un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, un solo hecho puede ser sancionado a nivel internacional como crimen de guerra si la existencia del conflicto armado explica el que éste haya sido perpetrado. Si la expresión ‘cometidos de manera sistemática’ realmente equivaliese al nexo que debe existir entre el crimen y un conflicto armado, no tendría ningún sentido haberla incluido en el texto del art. transitorio 66. En otros términos, decir crímenes de guerra y ‘cometidos de manera sistemática’ resultaría en consecuencia redundante; ésta sería entonces una expresión vacía y tautológica”.⁷⁶

Acerca del concepto “máximo responsable”, para la Corte dicha noción corresponde a “aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.⁷⁷ En ese sentido, en el concepto plantea la inclusión de “no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”.⁷⁸ De esta manera, plantea un concepto complejo en el que el máximo responsable puede ser tanto el autor del delito en concreto como también el líder de la organización, pero dependiendo siempre de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En otras palabras, el máximo responsable puede entenderse ya como el jefe máximo de la organización, o bien como las personas con mayor jerarquía o poder (incluso mandos medios o “integrantes rasos” de un GAOML) de mando en cuanto a los hechos concretos a ser imputados penalmente.

necesario que la reacción de la comunidad no se agote en el reproche verbal.” (traducción propia).

⁷⁶ Véase *Cote Barco/Tarapués*, en: Ambos (supra nota 7), núm. 3.1.4.

⁷⁷ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.3.

⁷⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.3.

Esta definición propuesta por la Corte es problemática, “ya que no permite ver cómo a través de ésta es posible reducir el universo de casos que se deben investigar penalmente. En primer lugar se debe decir, que al parecer la Corte se contradice al afirmar que el cumplimiento de un rol esencial es lo que define la condición de máximo responsable y posteriormente sostener que el concepto de máximo responsable ‘permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito’.”⁷⁹ En ese sentido, tienen validez los interrogantes de Cote/Tarapués al preguntarse: “¿puede alguien que no ha tenido una intervención decisiva cumplir un rol esencial?, ¿a qué se refiere la Corte con ‘intervención decisiva’ y cuál sería la diferencia con el ‘rol esencial’? Se podría pensar que con ‘intervención decisiva’ la Corte se refiere a la ejecución material del hecho o a la intervención durante la etapa de consumación, mientras que con ‘rol esencial’ se estaría refiriendo a personas cuyo aporte ha sido determinante para la realización del delito a pesar de que no han intervenido en la etapa de ejecución”.⁸⁰ Si ello se entendiese de esta manera, la conceptualización propuesta por la Corte no prestaría una especial ayuda en la realización de los propósitos del MJP, pues se llegaría al resultado de entender como máximos responsables tanto autores como partícipes.

IV. Conclusiones

1. La sentencia C-579 de 2013 es un importante aporte para la comprensión de mecanismos de JT, incluso más allá del caso colombiano. En el análisis del AL 01 de 2012, la Corte fija unas líneas de interpretación que comprometen tanto el respeto de la obligación de investigar y juzgar, como también los derechos de las víctimas y el fin de la “paz estable”. Sobre el método de análisis de constitucionalidad (juicio de sustitución) es controvertida la forma como se deriva el fundamento del mismo. La Corte lo encuentra en una norma constitucional que sólo hace referencia al control formal de las reformas constitucionales. Es peculiar el hecho de que sea la misma Corte la que establezca cuáles aspectos constituyen pilares fundamentales o elementos definitorios de la Constitución, los cuales no pueden ser modificados sin que se incurra en una “sustitución”. La aplicación de dicho método de análisis debe dar cuenta de componentes argumentativos más estrictos en su sistemática (premisa mayor, menor y análisis de sustitución) para que el mismo no se tergiverse en un discurso formal o superficial en una decisión de constitucionalidad.

2. La sentencia presenta una incompleta revisión y valoración de los temas reconciliación y fortalecimiento de la democracia como objetivos de la JT. En cuanto al primer punto se extraña una referencia al propio debate constitucional, que se expuso y conceptualizó fundamentalmente en la sentencia C-1199 de 2009. Sobre el segundo punto, es discutible si el fortalecimiento democrático debe ser parte de la agenda de transición, mucho más si se tiene en cuenta que con la transición colombiana se trata más del cese de la violencia que de una transición a la democracia. Frente

⁷⁹ Véase *Cote Barco/Tarapués* (supra nota 76), núm. 3.2.1.

⁸⁰ Véase *Cote Barco/Tarapués* (supra nota 76), núm. 3.2.1.

a los mecanismos de JT la sentencia no deja claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con estos mecanismos (justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”), o a los mecanismos específicos a través de los cuales se expresa la JT. Asimismo, el estudio comparado sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de provecho para el resto de la sentencia. En su análisis comparado queda rezagado el estudio de medidas como las Comisiones de Verdad.

3. A nivel de las discusiones sobre consolidación de la paz como consecuencia de la terminación del conflicto, la Corte descuida que el criterio determinante para definir dicha terminación es el cese real de hostilidades (criterio material) y no un acuerdo de paz (criterio formal). Independiente de un acuerdo de paz, el DIH sigue siendo aplicable si las condiciones de la violencia llegan al umbral del conflicto armado. La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, tiene otras importantes repercusiones en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Se plantea la pregunta de si aquellos grupos no desmovilizados (e.g. BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto (¿combatientes o delincuentes?).

4. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: (i) Impacto externo e interno de las estrategia de priorización, (ii) Contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, (iii) Profesionalismo y objetividad de los criterios, y (iv) Legitimidad del proceso. Sin embargo, las razones expuestas resultan discutibles en el siguiente sentido: primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” usada por la Corte no representa ningún concepto analítico. Tercero, la discusión sobre la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal no se puede reducir a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. La Corte omitió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Cuarto, resulta inapropiada la relación directa entre absolución (falta de castigo) y sensación de abandono de ciertos grupos.

5. En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación. Asimismo, sobre la expresión “máximos responsables”, la Corte incluye en dicho concepto diferentes tipos de autoridad: jefes máximos de la organización, personas con mayor jerarquía o poder de mando en el desarrollo del hecho punible (e.g. mandos medios). Esta comprensión amplia expande la posibilidad del

escenario de imputación penal y genera, de entrada, cierta tensión con las reglas clásicas de autoría y participación.