

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSGRADOS

**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL
COLOMBIA: ACUERDO DE PAZ ENTRE LAS FARC Y COLOMBIA**

Lina María Acosta Ramírez
Mónica Alexandra García Díaz

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C.

Noviembre 2016

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
Diseño metodológico.	10
Enfoque de la investigación	10
Tipo de investigación.	10
Técnicas e instrumentos de investigación	10
CAPITULO I. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.	12
1.1 Conceptualización y elementos de la justicia transicional.....	12
1.2 La justicia transicional en la legislación colombiana.	16
1.3 La justicia transicional: hacia una construcción de un Estado del arte.	24
CAPITULO II. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO: VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN	42
2.1 Conceptualización de víctima del conflicto armado.....	44
2.2 Elementos y alcances de los derechos de las víctimas en el proceso penal	47
2.3 Los derechos de las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad.....	52
CAPITULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA DESMOVILIZADOS: ARGUMENTOS EN FAVOR DE SU PROCEDENCIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ACUERDO DE PAZ ENTRE LAS FARC Y EL ESTADO COLOMBIANO	58
3.1 ¿En qué consiste el principio de oportunidad?	59
3.2 El principio de oportunidad en la legislación colombiana.....	62

3.3 Causales de aplicabilidad del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad.....	63
3.4 Las limitantes del principio de oportunidad frente a delitos que atenten contra el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el sujeto menor de dieciocho (18) años.	67
3.5 El principio de oportunidad no es aplicable a los desmovilizados: Análisis de la sentencia C – 936 de 2010.....	69
3.6 Críticas a la posición adoptada por la Corte Constitucional: salvamentos de voto	72
3.7 La necesidad de la implementación del principio de oportunidad en el marco del acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)	76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	83
REFERENCIAS	90

INDICE DE TABLAS

Tabla No. 1. Consideraciones de los salvamentos de voto de la sentencia C – 936 de 2010	72
------------------------------------------------------------------------------------------------	----

RESUMEN

El tema principal de este trabajo de grado está encaminado a realizar en primera medida, una disertación acerca del principio de oportunidad en la Ley penal Colombiana, y la necesidad de su aplicación dentro del acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Es por ello, que dentro de los objetivos de esta investigación se encuentra el análisis del marco de la justicia transicional, los derechos de las víctimas, a la verdad, reparación y justicia, y la necesidad y pertinencia del principio de oportunidad dentro del marco jurídico de la paz para la satisfacción de dichos derechos y la agilidad en los procesos judiciales penales que se derivaran del acuerdo de paz firmado entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC), acudiendo para ello a un método de carácter cualitativo. La principal conclusión que se obtuvo con esta investigación atiende a que la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados comporta beneficios tanto para la víctima como para el Estado Colombiano, lo que hace necesario su implementación en el marco de la justicia transicional que regirá los acuerdos suscritos en la Habana con las FARC.

Palabras clave: Principio de oportunidad, desmovilizados, legalidad, conflicto armado, justicia transicional.

ABSTRACT

The main theme of this degree work is aimed firstly at a dissertation on the principle of opportunity in the Colombian Criminal Law and the need for its application within the peace

agreement with the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC). It is for this reason that within the objectives of this investigation is the analysis of the framework of transitional justice, victims' rights, truth, reparation and justice, and the necessity and relevance of the principle of opportunity within the legal framework Of peace for the satisfaction of these rights and the agility in the criminal judicial processes that derive from the peace agreement signed between the Colombian State and the Revolutionary Armed Forces (FARC), resorting to a method of qualitative character. The main conclusion obtained with this research is that the application of the principle of opportunity for the demobilized has benefits both for the victim and for the Colombian State, which makes it necessary to implement it within the framework of transitional justice that will govern the agreements Signed in Havana with the FARC.

KeyWords: Principle of opportunity, demobilized, legality, armed conflict, transitional justice.

INTRODUCCIÓN

La justicia transicional es aquella que se aplica a nivel nacional e internacional con el objeto de lograr una paz verdadera y un restablecimiento del orden democrático y social, en un país donde se ha culminado una etapa de conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Este tipo de justicia se caracteriza por hacer una ponderación de dos valores fundamentales enunciados en la Constitución Política: la paz y la justicia, buscando de esta manera equilibrar la desmovilización y cooperación de los miembros de los grupos al margen de la Ley con la consecución de la paz, frente a las solicitudes de reparación de las víctimas de los actos atroces propias de un conflicto armado.

Una de las muestras más recientes de la justicia transicional en Colombia, es la Ley de Justicia y Paz promulgada en el año 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2012, con ocasión de la desmovilización de los grupos de autodefensas y paramilitares en Colombia, y un posible acuerdo de paz con la Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC). Las principales características de este modelo de justicia transicional en Colombia corresponden a diversos beneficios de tipo penal para aquellos actores que colaboren con la justicia colombiana, en escenarios de gran importancia, como la restitución de tierras, la desmovilización, el esclarecimiento de los hechos, el acceso a la verdad y la reparación de las víctimas, etc.

La justicia transicional es un concepto que atañe actualmente al Derecho Administrativo, más aun cuando, el Estado Colombiano se encuentra en un proceso de ratificación de un Acuerdo

de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Por ende es necesario indagar en que consiste este concepto y cuál es su aplicación en el caso Colombiano.

Por otra parte, y una de las principales motivaciones de esta disertación de orden académico, es la de conocer si es posible la aplicación del principio de oportunidad en el caso de los procesos penales que se llevarán a cabo a los desmovilizados de las FARC y de las ventajas que ello tendría tanto para el Estado Colombiano como para las víctimas. Para abordar este tema, se realiza también un análisis de los derechos a la verdad, la reparación y la justicia que les asiste a las víctimas, como principal limitante para la aplicación del principio de oportunidad, y los eventos en que estos podrían flexibilizarse en el contexto penal, a fin de realizar una ponderación entre dos derechos y principios de igual prevalencia en el ordenamiento jurídico: la justicia y la paz.

Ahora si bien es cierto, existen en la actualidad diversos estudios acerca de la esencia de la justicia transicional, no sobra elaborar un escrito como el propuesto, ya que como se indicará más adelante, la meta es proponer unos argumentos que le permitan al lector tomar conciencia sobre la necesidad de aplicar el principio de oportunidad dentro del modelo de justicia transicional que tenga en cuenta un equilibrio entre la necesidad de mantener una paz, en la etapa del post - conflicto, y la necesidad de las víctimas a conocer la verdad y a ser reparadas por las partes del conflicto, que a la vez se constituye en el principal aporte de la presente investigación.

Para lograr dicho cometido, en la presente investigación se abordarán las temáticas relacionadas con la justicia transicional desde el punto de vista nacional e internacional, los derechos de las víctimas en el contexto penal y en relación con la aplicación del principio de oportunidad, para luego analizar las razones por las cuales este debe ser procedente en el marco

de la justicia transicional a algunos de los desmovilizados de las FARC, teniendo como pregunta central de la investigación si **¿EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ES VIABLE EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DEL ACUERDO FIRMADO ENTRE EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y LAS FARC?**

Así las cosas, el presente documento se divide en tres capítulos. El primero de ellos, relativo al marco referencial, donde se construye el concepto de la justicia transicional, así como se enuncia su caracterización en el caso colombiano, tomando como base la consulta de bibliografía especializada del tema. A punto seguido se realiza un análisis jurídico, de la normatividad colombiana que regula el Marco Jurídico para la Paz y donde se encuentra cimentada la Justicia Transicional actualmente.

Por su parte, en el segundo capítulo se realizará un análisis de los derechos de las víctimas en el contexto penal en general, y respecto de la aplicación del principio de oportunidad. De otro lado, en el tercer capítulo se realiza un examen de cuál es la aplicabilidad del principio de oportunidad en el contexto de la justicia transicional para el caso Colombiano, y se esbozan los principales argumentos del porque es necesario y procedente la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)

Diseño metodológico.

Enfoque de la investigación

El enfoque de la investigación propuesta, es de tipo cualitativo, toda vez que la recolección de la información se realizará mediante datos que no requieren de medición numérica, toda vez que los mismos se basarán en documentos e información que se recolecte, que sea de pertinencia para desarrollar la temática planteada.

Aunado a ello, se busca con la investigación reconstruir y amoldar la realidad colombiana en lo que respecta al acuerdo de paz con las Fuerzas Revolucionarias Armadas de Colombia, y las estipulaciones normativas que serán propias del marco de justicia transicional aplicable a dicho caso, que propendan por una verdadera justicia para las víctimas y por el otro el uso adecuado del principio de oportunidad en dicho contexto.

Tipo de investigación.

La investigación que se realizará es de tipo descriptivo, toda vez que lo que se busca con ésta, es la “caracterización del evento de estudio dentro de un contexto particular” (Vanegas y otros, 2011, p. 45), el cual se refleja en la adecuación de la necesidad de un marco de justicia transicional justo con las víctimas del conflicto, pero que a su vez permita la consecución y conservación de la paz en Colombia.

Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica seleccionada para el desarrollo de la investigación, corresponde al análisis de documentos que se relacionen con la temática planteada. Esta técnica consiste en “la recolección

y manejo de los datos cuya fuente reposa en archivos oficiales o privados y sobre los cuales el investigador no tiene control” (Universidad la Gran Colombia, s.f.).

CAPITULO I. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA.

1.1 Conceptualización y elementos de la justicia transicional.

La justicia transicional es considerada como

Una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una norma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un periodo de violación generalizada de los derechos humanos (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, pág. 1).

Por lo general la justicia transicional, está compuesta por “los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro” (Elster, 2006, pág. 18).

Ahora bien, la justicia transicional para que pueda ser considerada como equitativa y eficaz, debe cumplir con unos requisitos, que harán de la misma un instrumento eficaz para la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas víctimas de delitos de lesa humanidad, los cuales corresponden a las siguientes premisas:

- Tomar medidas razonables para prevenir violaciones a los derechos humanos.
- Llevar a cabo investigaciones serias cuando se cometan violaciones.
- Imponer las sanciones adecuadas a los responsables de las violaciones.

- Garantizar la reparación a las víctimas (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, pág. 2)

El primer elemento de este concepto es la transición, definida como:

(...) un cambio en el régimen político, como el que ocurre en el paso de una dictadura a una democracia (...) En segundo lugar, puede ser el tránsito desde una situación de conflicto armado a una de paz, usualmente por medio de una negociación entre las partes, como en el caso de los acuerdos entre Gobierno y guerrillas (...) la transición, también puede ser el resultado del triunfo militar de una de las partes (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 8)

Dentro de dicha transición, existen tres conceptos que van de la mano con la transición, y son los que corresponden a la búsqueda de la verdad, la reparación y las acciones penales. La verdad, en el marco de la justicia transicional, hace referencia a

(...) asegurar que las víctimas de delitos atroces en el marco de un conflicto armado o una dictadura (asesinatos, desapariciones o desplazamiento, entre otros) sepan quienes, dónde, cuando, como, por qué, para qué, con la ayuda de quien, para quienes, y con qué intereses cometieron los crímenes (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 8)

Ahora bien, para la consecución de esta verdad, el legislador considera necesario la utilización de diversos mecanismos, dentro de los cuales se encuentran los judiciales, las comisiones de la verdad organizadas por el Gobierno, las investigaciones realizadas por Organizaciones No Gubernamentales, o las desarrolladas por organizaciones de tipo civil.

Con el ejercicio de estas actividades de esclarecimiento de hechos, se busca también la obtención por parte de los grupos armados al margen de la Ley de una reparación por los daños

ocasionados a las víctimas. La reparación, para el contexto de la presente investigación, es definida como la “satisfacción a los reclamos de las víctimas, de las exigencias de verdad y de las garantías de no repetición” (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 9.). Por lo general, ésta se realiza mediante programas de reparación, definidos como las

(...) iniciativas patrocinadas por el Estado que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado. En general, consisten en una combinación de beneficios materiales y simbólicos para las víctimas, que pueden incluir desde compensaciones financieras hasta peticiones de perdón oficiales (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009., pág. 1)

Por su parte, las acciones penales, que se adoptan en este tipo de justicia son definidas como aquellas “investigaciones judiciales de los responsables de violaciones de derechos humanos” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009., pág. 1), siendo uno de sus principales objetivos las “investigaciones de los peces gordos: sospechosos considerados responsables de crímenes masivos o sistemáticos” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, pág. 1)

Así mismo, dicha reparación incluye adicional al castigo que se le impone al sujeto activo del delito, una compensación a la víctima, que puede consistir en la “restitución de materiales sean en dinero o en tierras en el caso de quienes fueron despojados de ellas, hasta los procesos de acompañamiento psicológico y las reparaciones simbólicas” (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 9).

Un concepto, que es vital para el mantenimiento de un acuerdo de paz duradero, es la certeza de no repetición, la cual consiste en “la garantía que las víctimas exigen para que los

Estados realicen las acciones posibles a fin de que los delitos contra las víctimas, tales como los crímenes de lesa humanidad, no se repitan en el futuro” (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 9).

Ahora bien, uno de los mecanismos adoptados comúnmente para lograr los anteriores cometidos, son las comisiones de la verdad, las cuales son aquel “grupo de expertos designado por un gobierno dentro de una etapa de transición democrática, o luego de un conflicto armado, cuya función es indagar acerca de los crímenes perpetrados a fin de establecer la verdad sobre estos” (Observatorio de Construcción de Paz, 2013, pág. 12). Adicional a ello, estas comisiones tienen como función formular “recomendaciones para remediar tales abusos y prevenir su repetición” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, pág. 1).

Uno de los resultados que se espera obtener con la justicia transicional, es la reforma de la sociedad y el restablecimiento del orden democrático en el Estado. Para algunas organizaciones, dicho cambio va acompañado de una reforma institucional que conlleve que la paz conseguida perdure. Esta reforma institucional “busca transformar las fuerzas armadas, la policía, el poder judicial e instituciones estatales, y convertirlas en herramientas integrales de servicio público” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009, pág. 1), para así lograr que la debilidad en la función de garante del Estado, no se constituya en un factor que aliente nuevamente a sectores de la sociedad a levantarse en armas contra el orden político y social establecido.

Ahora bien, uno de los principales retos de la justicia transicional en un Estado donde se han presentado graves violaciones a los derechos humanos a través de crímenes de lesa humanidad, es realizar un equilibrio entre la necesidad de la consecución de la paz y la

reparación a las víctimas, lo que se traduce en la ponderación de dos valores jurídicos de igual relevancia: la paz y la justicia.

Como forma de solucionar este dilema Valencia (2007, pág. 2), propone la implementación de un juicio de proporcionalidad, el cual una la

(...) restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) solo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz), siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los derechos humanos y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho

Para el caso colombiano, la correcta interpretación e implementación de los elementos parte del presente marco, serían de la mayor relevancia, toda vez que al fallar en alguno de éstos, se estaría abriendo una puerta para que se reanude un conflicto armado, ya sea porque no existió una voluntad de reparación real, lo que va en detrimento de las víctimas, o porque aunque se presente una desmovilización se sigan cometiendo por los grupos criminales que subsisten de los grupos al margen de la ley, delitos de lesa humanidad que hagan de la justicia transicional una voluntad dejada en el papel.

1.2 La justicia transicional en la legislación colombiana.

Una de las normas de mayor envergadura que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano en su bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 de la Carta Magna, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual reconoce a nivel global los derechos y prerrogativas a las que tiene todo individuo por considerarse parte de la raza humana.

En materia de protección, dicho instrumento internacional establece en su artículo quinto “que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En ese mismo sentido lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el cual además de ratificar algunos de los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal de los Derecho Humanos, indica en su artículo segundo que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar los derechos reconocidos en dicho instrumento, a saber:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantiza que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
 - b) La autoridad competentes, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competentes prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los

derechos de toda persona que interponga tal recursos y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.

- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 2)

Como se puede ver, de estos instrumentos se deriva que es el Estado quien tiene la obligación de velar porque los Derechos Humanos no sean objeto de vulneración. Esa responsabilidad, se traduce en el deber de los Estados de adoptar instrumentos legislativos claros que establezcan reglas concretas de penalización y sanción de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, bajo un enfoque preventivo y un enfoque correctivo. El primero de ellos, hace referencia a la prevención de la ocurrencia de este tipo de conductas con penas contundentes y severas, y el segundo como aplicación de las mismas en los casos en que se presenta un delito de lesa humanidad.

En la Carta Magna lo preceptuado en los instrumentos internacionales, se ve reflejado en el artículo segundo de su contenido, el cual establece en su inciso segundo, que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2)

Lo anterior evidencia, que el Estado quien, a fin de cuentas debe responder por la garantía de los Derechos Humanos y fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, en todo

tiempo y lugar, lo que por supuesto permite inferir que esta responsabilidad también debe verse reflejada en el marco jurídico para la consecución de la paz, y su materialización en el concepto de justicia transicional.

Es por ello que el órgano legislativo, consideró necesario y pertinente incluir unos parámetros claros acerca de la regulación de la justicia transicional, directamente en el articulado de la Carta Magna, mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2012, conocido como el instrumento jurídico, creador del marco de la paz, el cual introdujo dentro del texto constitucional el artículo 66 transitorio, en el cual se establecen entre otras cosas lo siguiente:

- La excepcionalidad de los instrumentos judiciales de la justicia transicional.
- La finalidad de la justicia transicional, consistente en permitir la terminación del conflicto armado interno, el logro de un estado de paz perdurable y garantizar la no repetición de actos subversivos contra el Estado Social de Derecho Colombiano.
- Establecer mecanismos jurídicos de reparación, justicia y verdad para las víctimas
- Determinar la necesidad de la adopción de mecanismos judiciales o extrajudiciales para las labores de investigación y sanción, así como para el esclarecimiento de la verdad y la reparación efectiva de las víctimas.
- La responsabilidad de crear una comisión de la verdad.
- La adopción de criterios de priorización de investigación de delitos considerados como de lesa humanidad, crímenes de guerra o contra el derecho internacional humanitario.

- La determinación, de que para que procedan todos los beneficios que conllevan a una justicia transicional, se deben prescindir del uso de la fuerza de manera ilegal, así como el desistimiento en el porte y utilización de armamento.

Dichas reglas, son las que a la fecha se encuentran vigentes y constituyen el marco jurídico para la paz, que debe ser aplicado en el caso de la desmovilización de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Dentro del orden legal existen la ley 975 de 2005 y su modificatorio la ley 1592 de 2012. El objetivo de esta ley es el de servir de marco legal para facilitar los procesos de paz y desmovilización, así como garantizar a las víctimas la reparación integral, la verdad y la justicia (Ley 975 de 2005, art. 1). El fin de esta normatividad, fue establecer un procedimiento excepcional y especial que beneficiara a los miembros desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia, que decidían voluntariamente desmovilizarse y entregar sus armas. El principal beneficio, fue el de reducir las penas, dando como resultado la imposición de penas que oscilan entre 5 y 8 años.

Otro aspecto de importancia de esta ley, fue la determinación de la celeridad en el proceso penal, a través de la utilización de mecanismos como la confesión y la cooperación de los desmovilizados, a fin de obtener algunos beneficios de índole penal, que contribuyeran en alguna medida con la disminución en las condenas que son acreedores. En tercer lugar, esta ley le brinda una protección a los derechos de la víctima de verdad, justicia y reparación, así como la restitución de aquellos bienes que están en posesión de los grupos al margen de la ley.

Esta ley fue objeto de modificación en el año 2012, mediante la ley 1592 que buscó el fortalecimiento del proceso de justicia y paz, mediante la adopción de los siguientes mecanismos, entre otros:

- Un enfoque diferencial para las personas de grupos vulnerables.
- Causales claras que den por terminados los beneficios de brinda el acogerse al régimen de justicia y paz.
- La posibilidad del postulado como beneficiario, de desistir o renunciar al régimen jurídico y a los beneficios de la ley de justicia y paz.
- La destinación específica de los bienes ofrecidos o denunciados durante el proceso de desmovilización y aplicación de la ley.
- La atribución de la responsabilidad de los postulados a ser beneficiarios de esta ley, de propender por una reparación integral a las víctimas.
- Una herramienta o procedimiento para esclarecer las causas que conllevaron el despojo de tierras.
- Determinación de criterios de priorización en las investigaciones que se adelantan.
- Posibilidad de imponer medidas cautelares a los bienes denunciados o aportados al proceso de justicia y paz, que sean destinados a la reparación de las víctimas.
- Posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento de los procesados, la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta en la justicia ordinaria.

Otra normatividad relativa a la justicia transicional en Colombia, es la Ley 1424 de 2010 “por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones” El objeto de dicha ley, es contribuir con el logro de la paz perdurable, en un equilibrio con la necesidad de justicia y reparación. A diferencia de la ley de justicia y paz, esta ley establece beneficios jurídicos, solamente cuando concurren los siguientes delitos:

- Delitos de concierto para delinquir simple o agravado.
- Utilización ilegal e insignias.
- Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores.
- Porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal.

La materialización de dichos beneficios se ve reflejado en dos actividades. La primera de ellas, hace referencia a la creación de un “Acuerdo de Contribución a la verdad histórica y la reparación”, el cual deberá ser suscrito por la Presidencia de la República y los grupos armados de la ley, con la limitante de que el mismo solo debe versar sobre los delitos a los que es aplicable esta ley. El fin de dicho acuerdo, es la puesta en vigor de los principios enunciados en la ley de justicia y paz de verdad, justicia y reparación.

Producto de ello, se han logrado significativos avances en la consecución de la verdad del conflicto que se vivió con las Autodefensas Unidas de Colombia, donde a “31 de octubre de 2015 la ACR ha entregado a la DAV un total de 15.288 acuerdos de personas desmovilizadas firmantes de los Acuerdos de la Verdad que residen actualmente en diferentes zonas del territorio nacional” (Centro de Memoria Histórica, 2016, p. 94), que han contribuido con la construcción de la verdad histórica del conflicto que se presentó dentro del fenómeno del paramilitarismo.

El otro mecanismo adoptado, es el beneficio de suspensión condicional de la pena y la reparación por un “periodo equivalente a la mitad de la condena establecida en la sentencia”, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo séptimo de dicha disposición, a saber:

1. Haber suscrito el Acuerdo de Contribución a la verdad y a la Reparación, así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso.
2. Ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional.
3. Reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.

5. Observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración (Ley 1424 de 2010, art. 7).

Del total de procesos que se han llevado en la Fiscalía General de la Nación a cargo de la Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, a septiembre de 2016, treinta y cinco (35) han sido los desmovilizados que se han beneficiado con este postulado (Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, 2016).

1.3 La justicia transicional: hacia una construcción de un Estado del arte.

Chaves y Molina (2007, pág. 226), dan una definición de la justicia transicional como aquel “conjunto de reglas de juego transitorias con el doble propósito de acortar la transición y al mismo tiempo de minimizar la impunidad de los delitos que la precedieron”, siendo entonces su objetivo principal buscar de un lado brindar una penalización de aquellas conductas consideradas como lesivas de los derechos humanos y fundamentales, y de otro contribuir con mecanismos jurídicos de carácter judicial, que sean atractivos para la desmovilización de aquellos actores de las fuerzas armadas al margen de la ley, y de esta manera garantizar la abstención de dichos grupos armados en la reincidencia de sus actividades delictuales.

Esta justicia transicional, se basa en el “sometimiento voluntario de los victimarios a castigos menos dolorosos y prolongados, así como a la restitución de derechos y a la reparación de las víctimas de un modo menos rentable – para las víctimas – pero de fácil y pronto acceso” (Chaves & Molina, 2007, pág. 226). Por su parte Quinche y Peña Huertas (2014, pág. 118), definen la justicia transicional como “un modelo en el que se concurren ajustes judiciales y

extrajudiciales que facilitan y permiten el paso de una situación de guerra, de conflicto o de autoritarismo oficial, a una democracia o situación de paz”.

Estos autores consideran, que la mejor forma de lograr dicho cometido es mediante la adopción y “la articulación de mecanismos para la búsqueda de la verdad o su construcción, el establecimiento de políticas públicas de reparación integral y la reforma de las instituciones para la gobernabilidad democrática”. Así las cosas, se puede decir que lo que busca la justicia transicional, en el marco de la paz, es la concurrencia de tres escenarios necesarios para garantizar la efectividad de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales de la sociedad, los cuales son: (i) la consecución y mantenimiento de la paz, con lo cual se estaría garantizando de manera preventiva la satisfacción de los derechos fundamentales de la sociedad. (ii) La reparación del orden democrático y social, para de esa manera garantizar a la colectividad, el goce efectivo en toda circunstancia de sus derechos fundamentales y, (iii) la búsqueda de la verdad y reparación de víctimas, con lo cual se daría cumplimiento al deber constitucional de investigar y penalizar aquellas conductas que se consideran vulneradoras de los bienes jurídicos establecidos en la Constitución y en la Ley.

Ahora bien, no solo basta para garantizar los derechos constitucionales con la adopción de un marco jurídico para la paz, sino que para que el mismo sea duradero es necesario que los grupos al margen de la ley y el Estado, tengan una verdadera vocación de pedir perdón a las víctimas, el cual necesariamente debe atender a la inclusión dentro de la normatividad que regule la transición, una serie de prerrogativas y beneficios, que incentiven a las personas que se encuentren en un grupo al margen de la ley, a colaborar con la justicia y el resurgimiento del orden democrático. Tales beneficios, podrían ser la concesión de algunas prerrogativas como es

el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que permitan a las víctimas conocer la verdad de los hechos que se presumen vulneradores del ordenamiento jurídico y también una correcta administración de justicia.

Sin embargo, frente a esta temática, hoy día se presenta una ardua discusión académica. Por un lado, existen autores que apoyan la necesidad de incluir dentro del marco de la justicia transicional el otorgamiento de dichos beneficios; y por el otro hay algunos que consideran dichas concesiones como una forma de justificación del establecimiento de un régimen de impunidad frente a los crímenes cometidos, en aras de conseguir con una mayor celeridad un acuerdo de paz, desconociendo en alguna medida los derechos a la verdad, a la reparación y la justicia de las víctimas del conflicto armado.

Apoyando la posición de la necesidad de incorporar estos beneficios en la ley penal, están los autores Quinche y Peña (2014), los cuales aducen como limitantes de una incorporación plena de la justicia transicional en Colombia, la injerencia de las decisiones jurisprudenciales y doctrinales emanadas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos (principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), respecto de la concesión de amnistías e indultos, toda vez que los mismos en cierta medida podrían afectar la desmovilización y cooperación de los grupos al margen de la Ley.

En este sentido, Orjuela y Lozano (2012, pág. 271), consideran que dentro de la justicia transicional, pueden ser de utilidad la concesión de amnistías e indultos ya que los mismos “podrían contarse hoy en día como posibles herramientas de la JT, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible o al menos faciliten el logro de la

concordia y la paz política y social”, lo que se considera también podría ser aplicable en el caso del principio de oportunidad como se explicará más adelante.

Contario sensu, Rodríguez (2011), concuerda con lo que sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al otorgamiento de amnistías e indultos, y lo cataloga como una forma en la cual no existe una verdadera reparación ni un acceso efectivo a la verdad, lo que en consideración de la autora, podría derivar en una inestabilidad de la paz, a saber:

(...) Los casos español y portugués de la década del 70s, las amnistías colombianas de los 80s se inscriben en esta categoría. Se trata de procesos transicionales en los que se busca facilitar la negociación entre los actores y la reconciliación ulterior a través del olvido. Las objeciones a este tipo de tratamiento saltan a la vista, no solo por su indeseabilidad ética sino porque, en la medida en que ocultan la verdad sobre los responsables de los crímenes en detrimento de los derechos de las víctimas, obstaculizan el logro de una paz sostenible en el largo plazo (...)

(...) La impunidad, por tanto, lejos de aportar al perdón, contribuye al borramiento de la memoria (...). (Rodríguez, pág. 55 y pág. 65).

Frente a esta última afirmación, es menester aclarar que las amnistías e indultos no descartan el esclarecimiento de la verdad, por lo que no hay cabida al argumento de que con la concesión de éstas, se estaría prescindiendo de la consecución de la verdad. Así las cosas, se puede inferir que no existe hasta el momento un consenso acerca de si es conveniente o no que dentro de la justicia transicional, sea incluidas amnistías e indultos, ni mucho menos el principio de oportunidad. Es por ello, que se considera que dichos disonancias atienden principalmente a

la ponderación diferenciada que existe entre dos valores jurídicos igualmente importantes dentro del ordenamiento jurídico colombiano: la justicia y la paz.

Como es conocido en el desarrollo de un conflicto armado, estos dos valores se ven afectados conjuntamente. Sin embargo, cuando se está ante un acuerdo de paz, como es el contexto actual estos dos valores se distancian entre sí, contraponiéndose uno a otro, al buscar de un lado la justicia por los actos criminales cometidos por los grupos al margen de la Ley y por el otro la conservación de la paz.

Lo anterior, se da en razón a que las personas que hacen parte de los grupos al margen de la Ley, buscan como condición *sine qua non* dentro de los procesos de paz, una flexibilización de la justicia para los delitos cometidos durante la etapa de conflicto, para que de esta manera ellos cuenten con unas garantías que les permitan contribuir con una mejor disposición a la consecución de la paz, la justicia, el perdón y la reparación.

Esta dicotomía entre estos dos valores es considerada por Gutiérrez (2014, pág. 28), como la “piedra angular” de la justicia transicional:

(...) Generalmente, estos actores pretenden el olvido social y judicial de sus crímenes como condición para pasar la página de la violencia y llevar a cabo la transición. Contrariamente, las víctimas de esos crímenes exigen que se sepa la verdad de lo sucedido, reclaman que se haga justicia y demandan que los responsables paguen y reparen por las atrocidades cometidas. Ellas exigen que, antes de pasar la página, esta sea leída integralmente. Esta tensión fundamental es la piedra angular de la justicia transicional y ha sido representada como un dilema irremediable entre las exigencias de la justicia y de la paz en los contextos de transición

A juicio de dicho autor, históricamente en Latinoamérica, quien ha ganado esta diferenciación es la necesidad de la reconciliación y la consecución de la paz, por encima de la justicia y la reparación, generándose de esa manera marcos de justicia transicional donde prima la impunidad, a consecuencia de decisiones adoptadas por el Estado tales como “la ausencia de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de los crímenes del pasado” (Gutiérrez, 2014, pág. 29), lo que a su juicio va en contravía de los pronunciamientos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

De otro lado, un aporte que se considera de bastante importancia realizado en la investigación adelantada por el mentado autor con base en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es la introducción de criterios de flexibilización frente a la concesión de prerrogativas en materia penal para lograr una paz estable y duradera en los países que buscan el restablecimiento del orden democrático. En sus palabras:

(...) el Tribunal Interamericano ha declarado de manera constante la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. **No obstante, en los últimos años, la Corte IDH ha evidenciado que no es ajena a las dificultades que enfrentan los Estados en contextos de transiciones de la guerra a la paz. En ese sentido, el debate sobre amnistías condicionadas, sigue abierto, así como la posibilidad de restringir algunos derechos con la finalidad de alcanzar la paz, siempre que se cumplan unos estándares mínimos fijados por el derecho internacional** (Gutiérrez, 2014, pág. 53)
(Negritas fuera del texto)

Es así, como se considera que se abre la posibilidad de debatir la aplicación del principio de oportunidad, la concesión de indultos y amnistías condicionadas, restringidas por supuesto a hechos que no son considerados como infractores de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En Colombia, estas concesiones podrían ser de gran utilidad frente a las personas que hicieron parte de un grupo armado al margen de la Ley y que no ocupaban un cargo de dirección y estrategia en dichas organizaciones armadas. La salvedad que se podría dar para poder conceder este tipo de beneficios, es condicionar la concesión de los mismos bajo la promesa de lograr una cooperación objetiva frente al esclarecimiento de los hechos cometidos por “cabecillas” de dichos grupos al margen de la Ley. Con dichas prerrogativas, se podría contribuir aún más al acceso para las víctimas a la justicia y a la reparación.

Contrario sensu a los anteriores argumentos, Torregrosa (2011, pág. 51), considera que la inclusión dentro de las leyes que conciben el marco legal de la justicia transicional, de beneficios penales como las amnistías, los indultos u otro tipo de beneficio (como puede ser el surgido de la aplicación del principio de oportunidad) son flagrantemente violatorias de los derechos humanos, y propenden por la impunidad de los actos cometidos por los actores del conflicto armado, a saber:

Figuras como leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías... o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos (...) (Torregrosa, 2011, p. 51)

Del lado de la necesidad de flexibilizar la justicia e imponer como regla general de la justicia transicional el perdón por sobre todos los otros valores, se encuentra el Dr. Jaramillo (2009), quien considera que:

(...) este tipo de justicia cuenta a su favor con varios elementos. Por una parte, se despliega en la escena pública con un amplio repertorio de instrumentos y mecanismos, combinando procesos penales, comisiones de verdad, estrategias de reconstrucción de memoria histórica y opciones de reparación integral, lo que permite ganar en integralidad, especialmente cuando los cuestionamientos de legitimidad no son para ella. Además, las penas y las reparaciones que con ella se imponen, pese a que pueden resultar bajas y discutibles desde distintos sectores y posiciones filosóficas y políticas, pueden tener un alto contenido simbólico y gran impacto social con el tiempo (pág. 161)

En contraposición a este pronunciamiento Barbosa (2013, pág. 107), califica de inocente la visión que se tiene del tipo de justicia transicional donde se tiene como único referente válido el perdón. Este autor considera que más allá del perdón el verdadero debate de la justicia transicional se encuentra en las visiones que de la misma existen: la jurídica y la política, frente a las cuales enuncia lo siguiente:

(...) Este debate se ha fundamentado en dos visiones: la jurídica y la política. La primera, que se podría considerar como inocente, consiste en la idea de poner punto final al conflicto armado a través de unas posturas maximalistas dentro del derecho que consistirían básicamente en buscar el más alto castigo para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario; por su parte, las posturas minimalistas buscan un acuerdo de paz, que este

se produzca en términos exclusivamente políticos. Para ellos, los acuerdos de punto final o amnistías generales son el lugar ideal para retornar a la convivencia, partiendo de cero.

Ahora bien, la materialización del ideal de la justicia transicional hasta el momento se ha visto reflejado mediante la incorporación de leyes, que establezcan claramente el marco de desarrollo de la transición entre la etapa de conflicto y de posconflicto. Respecto de estas leyes, Chaves y Molina (2007, pág. 226), consideran que las mismas deben ser obligatoriamente de tipo constitucional o que deben incluirse dentro de la Constitución mediante el procedimiento legal de reforma de la misma, como se buscó en el actual proceso de paz con las FARC a través del plebiscito.

Como respuesta a dicha manifestación en el año 2012, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2012 “por medio del cual se establecen instrumentos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones” se incluye dentro de la Constitución Política de Colombia, el marco constitucional de la justicia transicional. Este marco, es analizado por los autores Quinche y Peña Huertas (2014), mencionados anteriormente, los cuales dilucidan los criterios fundantes de dicho marco jurídico. Del estudio que realizan estos autores del marco constitucional de la justicia transicional, se resalta la denominación, definición y alcance de lo que éstos denominan como sus criterios fundantes.

El primer criterio hace referencia a lo que se denomina doctrinalmente como “el enfoque diferenciado”, mediante el cual se podrían establecer una diferencia en el trato que constitucionalmente se le debe dar a los guerrilleros, paramilitares e incluso a los miembros de las Fuerzas Armadas, que de una u otra manera, cometieron conductas consideradas como en contra vía del ordenamiento jurídico.

El segundo criterio considerado por los autores es la “priorización”, la cual se refiere a la necesidad de selección de que conductas y cuales no deben ser objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Fiscalía General de la Nación, atendiendo a un discernimiento frente a la gravedad del hecho cometido. El tercer criterio, va de la mano con el anterior, y es denominado por los autores como el de “selección”, el cual corresponde a “centrar el esfuerzo investigativo y judicial en quienes históricamente fueron denominados cabecillas” (Quinche & Peña, 2014, pág. 154).

Frente al criterio de la priorización, López (2012, pág. 516) considera que en el marco de la justicia transicional, necesariamente deben ser priorizadas las actuaciones a investigar dejando de lado aquellas de menor entidad, para de esta manera equilibrar la tensión que existe dentro de los valores jurídicos de la paz y la justicia, a saber:

En la justicia transicional entran en tensión los derechos de la paz y a la justicia con los derechos de las víctimas. Compete al legislador identificar las dimensiones de esa tensión y establecer criterios o fórmulas para superarla, a través de **mecanismos claros de selección y priorización dentro de la investigación penal de tales violaciones** (negrillas fuera del texto) (López, 2012, p. 516)

Así mismo, dentro del análisis realizado por esta autora se enuncia que dicha priorización debe necesariamente atender a un tipo de justicia transicional equilibrada en la cual se dé prioridad en materia de investigación penal, a aquellos delitos que atentan gravemente los derechos humanos y el derecho internacional humanitario:

La imposibilidad de investigar judicialmente a todos los responsables y todas las conductas que puedan constituirse como afrentas hacia los derechos humanos y el

derecho internacional humanitario hace necesario la edificación de mecanismos extrajudiciales efectivos que logren garantizar los derechos de las víctimas y permitan equilibrar las exigencias inherente de una paz negociada y una justicia comprometida con el esclarecimiento de los hechos.

De esta forma, instrumentos como la priorización y selección de casos en el artículo transitorio 66 de la Constitución Nacional, buscan garantizar el deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario sucedidas durante y con ocasión del conflicto armado interno en Colombia (...)

Como se dijo anteriormente, los fines primordiales de la justicia transicional, son la justicia, la verdad y la reparación. Sin embargo el ideal del cumplimiento de todos ellos en un posconflicto es una utopía. Al respecto, De Gamboa (2005, pág. 22), en su artículo “Justicia Transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado”, enuncia lo siguiente:

(...) no existe ninguna nación, como lo señala correctamente Pablo de Greiff, que haya logrado en forma íntegra cumplir con todos los requerimientos de la justicia transicional en sus tres derechos fundamentales de justicia, verdad y reparación. En otras palabras, ninguna nación ha logrado hacer total justicia, en el sentido de perseguir y condenar criminalmente a todos los individuos que participaron en las graves violaciones de derechos humanos y de castigar a todos los grupos y miembros de la sociedad que apoyaron o se beneficiaron de tales regímenes represivos o perversos, y/o conflictos armados internos; ni que haya podido construir una historia fidedigna tanto de las atrocidades y su autoría, y de las estructuras y políticas de opresión del pasado, cuyo conocimiento haya servido como fundamento para transformar la memoria colectiva de la comunidad y la identidad política de sus miembros; ni que haya podido reparar

totalmente a las víctimas y/o sus sobrevivientes, y además, realizar los cambios estructurales necesarios en sus instituciones políticas y sociales para romper con el pasado y lograr un prometedor nuevo orden

En ese orden de ideas, se ratifica aún más la necesidad de implementar dentro del marco de la justicia transicional, el criterio de prioridad, bajo el entendido de que si bien es cierto no es posible conocer todas las situaciones y hechos que se desarrollan en el conflicto armado que atentan contra el ordenamiento jurídico, si es posible conocer y castigar aquellas que son de mayor relevancia y que atentan contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Una herramienta que podría contribuir con ello es la aplicación del principio de oportunidad.

La justicia transicional, es vista por algunos autores como equiparable al concepto de justicia restaurativa. Al respecto, Durango (2011, pág. 56 - 57) manifiesta lo siguiente:

El concepto de la justicia restaurativa hace referencia a aquellos procesos de búsqueda de la paz para conflictos de larga y compleja intensidad, terminados o aun sin culminar, a través de espacios participativos, democráticos y jurídicos, sin desconocer la protección de las víctimas por las violaciones de sus derechos fundamentales. El modelo de justicia restaurativa, pretende garantizar la paz, verdad, justicia y reparación mediante mecanismos deliberativos entre la víctima, sociedad y victimario, sin desconocer las diversas instancias jurídicas de orden nacional e internacional

Este modelo de justicia, presenta serios problemas, toda vez que cada una de las partes dentro de este tipo de justicia, busca la consecución de sus propios intereses. El Estado busca el restablecimiento del orden democrático, las víctimas unas sanciones a los actores de los grupos

al margen de la Ley y una reparación por los daños ocasionados, la sociedad el reconocimiento de los hechos sucedidos, y los grupos al margen de la Ley el perdón y el olvido. Estas posiciones, son irreconciliables, toda vez que las mismas van en direcciones totalmente contrarias.

Es por lo anterior, que se reitera que es necesario que el marco legal y constitucional de la justicia transicional, contemplé medidas que permitan que cada una de las partes activas dentro del conflicto, obtengan en la medida de lo posible los fines que cada una persiguen, por supuesto, siempre con atención al cumplimiento de los preceptos internacionales acerca de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Ahora bien, la justicia transicional, influye en gran medida no solo en el país de origen donde se implementa un acuerdo de paz con un grupo en conflicto, sino que el mismo tiene una incidencia importante en el ámbito internacional. Al respecto Abuchaibe (2010), enuncia que la justicia transicional debe ser uno de los presupuestos de obligatorio cumplimiento, para lograr los objetivos mundiales pactados en la “Declaración del Milenio”. Es por ello, que considera que el proceso de acuerdo de paz y de justicia transicional, debe necesariamente ir acompañado de medidas que propendan por cumplir los objetivos del milenio, principalmente en las áreas de mayor incidencia social, tales como la erradicación de la pobreza, la búsqueda de la igualdad de género y la supresión de las desigualdades sociales en materia de acceso a servicios básicos:

(...) cualquier programa de paz y desarrollo debe tener en cuenta, en su planeación e implementación, las características propias de la población objeto de la mismas. En ese sentido los programas tendientes a garantizar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas deben ir acompañados de medidas tendientes a lograr la rehabilitación, no solo

individual sino del tejido social en las zonas objeto de intervención (Abuchaibe, 2010, pág. 305)

Se puede decir entonces que la justicia transicional, necesariamente debe incluir dentro de sus objetivos no solo la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado, sino también la adopción de medidas sociales que prevengan la ocurrencia de posibles post – episodios bélicos, en razón a las diferencias sociales y económicas que se presentan hoy día en el mundo globalizado de ahora, no solo desde el punto de vista jurídico, sino social y político.

En el caso Colombiano, se considera que dicho argumento es totalmente aplicable, toda vez que en cierta medida uno de los orígenes del conflicto armado, es la falta de acceso a las oportunidades sociales, laborales, económicas, etc., en igualdad de condiciones y la inequidad en la distribución de los recursos, situaciones que de no ser contempladas dentro de un marco de justicia transicional, podrían ocasionar una nueva aparición de conflicto armado. Así las cosas, es necesario atacar las problemáticas de fondo del pueblo colombiano, para así garantizar que el escenario de paz sea en la medida de lo posible duradero y estable.

Sandoval, Matus, Tulena y Triana (2009, pág. 43) consideran que la justicia transicional tiene cuatro valores fundamentales:

- La justicia, considerada por los autores en el contexto de la justicia transicional como “ligado inexorablemente a referentes legales de orden internacional, como lo es sancionar a los responsables de las graves violaciones
- Transición: considerada por el autor como “una verdadera transformación política, como el cambio sustancial de un régimen de orden autoritario o represivo a uno

electoral o democrático, o una transición derivada de la etapa del conflicto armado a uno de paz y estabilidad.

- Verdad e historia: definido por el autor como “volver a visitar y enfrentar el pasado” para poder avanzar en el futuro.

Ahora bien, para el caso colombiano, los autores consideran que la implementación de esta justicia no ha sido del todo efectiva, dado que “no es tarea fácil encontrar y llevar a la práctica un modelo que satisfaga las exigencias jurídicas, éticas y políticas en el contexto patrio, en aras de que la sociedad acepte, olvide y a su turno se repare a las víctimas” (Sandoval et. al, 2009, p. 43)

Tal es el caso de fallido intento de justicia transicional expresado en la Ley 975 de 2005, la cual “busco lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, mediante la generosa concesión de beneficios penales a los actores armados que decidieran desmovilizarse, a cambio de importantes declaraciones de principio que reconocían los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición” (Sandoval et. al., pág. 65) siendo la principal falla de este sistema, el no estar “acompañadas de mecanismos adecuados para la debida protección de las víctimas” (Sandoval et. al., pág. 65), convirtiéndose entonces dicha buena intención del legislador en mera retórica, originando dicha situación que “el caso colombiano no se ajusta *stricto sensu* a los parámetros de la transición, toda vez que el conflicto armado, ha manifestado una sorprendente resistencia y capacidad de transformación” (Sandoval et. al., pág. 67).

Esta situación, a la luz de Valdivieso (2012, pág. 631), es preocupante, toda vez que

Al no diseñar mecanismos rigurosos de investigación, se comienza a incumplir con los estándares de justicia y verdad. De modo que podría interpretarse como negligencia estatal la no construcción de recursos efectivos de justicia que busquen la verdad y, de acuerdo al Estatuto de Roma, si no se garantizan las investigaciones y juicios razonables podría abrirse la puerta para una eventual intervención de la CPI

Así las cosas, la falta de una verdadera justicia a las víctimas, podría dar lugar a un retroceso en la consecución de la paz, toda vez que tal como lo señala el autor, al haber una posible injerencia de instancias judiciales internacionales como la Corte Penal Internacional, se abriría el paso a un retroceso en los acuerdos de paz, debido en primer lugar a que los miembros de las fuerzas armadas al margen de la Ley no estarían prestos a colaborar con el Estado, si conocen que no tendrán beneficio alguno por ello.

Para el caso concreto del acuerdo de paz celebrado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC) dentro del punto V referido a las víctimas del conflicto armado, se establece un sistema de justicia, denominado el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” dentro del cual se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz. Dentro de los mecanismos que establece esta jurisdicción especial para la paz, se incluyen sanciones que contribuyen a lograr un equilibrio entre los derechos de las víctimas y la mantención de la paz, que oscilan entre los dos (2) y los ocho (8) años, como beneficios para quienes cometieron delitos que no son susceptibles de amnistía o indulto, a cambio de su reconocimiento como responsables y su colaboración con la verdad, y la reparación integral de las víctimas. Así como también se da la posibilidad de dar amnistías e indultos para los casos de los delitos políticos. Con dichas condiciones se espera que los desmovilizados contribuyan con la verdadera reparación de las víctimas y con la verdad.

Para Uprimmy y Saffon (2008, pág. 168), no se puede hablar de una justicia transicional sin una verdadera transición, toda vez que como se señala anteriormente, no puede existir una justicia parcializada, la misma debe ser global y debe inmiscuir a toda la sociedad civil que de directa o indirectamente se encuentra relacionada con el conflicto armado. En palabras de estos autores:

Finalmente, el uso del discurso de la justicia transicional en Colombia puede conducir a análisis precarios de la situación. En efecto, si no está teniendo lugar una transición, parece difícil hablar de la necesidad de un equilibrio entre la paz y justicia. Por consiguiente, parece difícil justificar, con base en la paz, restricciones a la protección completa de las víctimas (Uprimmy, Saffón, 2008, p. 168)

Es por lo anterior, que se infiere que el deber ser de una justicia transicional es lograr el equilibrio social y político que propendan por una paz verdadera, pero a si mismo por una justicia lo más equitativa posible frente a los delitos cometidos por las personas que pertenecieron a un grupo al margen de la Ley. Estos fines, no pueden ser conseguidos sin una verdadera vocación de perdón por parte de las víctimas, y una vocación real y efectiva de arrepentimiento y reparación por parte de los desmovilizados de los grupos al margen de la Ley.

Algunos de los autores consultados, concuerdan en que la posibilidad más efectiva de una verdadera justicia transicional es la concesión de mecanismos de la extinción penal como los indultos, las amnistías y porque no la aplicación del principio de oportunidad, para dar una mayor celeridad a los procesos de paz e incentivar a los actores criminales a contribuir con la verdad y la justicia. Sin embargo, como se pudo extraer del material consultado, existe una fuerte resistencia por parte de algunos sectores de la doctrina y la ley, que no consideran que estos

mecanismos sean acordes con lo que frente a la justicia transicional ha enunciado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El argumento principal de la oposición al otorgamiento de estos beneficios, radica en lo que los autores denominan como una concesión de la impunidad a los actos atroces que se cometieron en el desarrollo del conflicto armado, lo que a mediano y largo plazo, podría generar un caldo de cultivo, para el resurgimiento de nuevos movimientos armados. *Contrario sensu*, aquellos que consideran que este tipo de beneficios son necesarios en la justicia transicional, argumentan que con los mismos se podría contribuir de mejor manera a la reparación, toda vez que el desmovilizado al ver la voluntad de colaboración por parte del Estado, contaría con una mejor disposición para colaborar con los postulados de la verdad, la justicia y la reparación.

De otro lado, existe una gran aceptación por la priorización de las investigaciones de conductas que se consideran de gravedad (que vulneran los derechos humanos y el derecho internacional humanitario), sobre otras que no se consideran como de grave afectación al orden jurídico, lo cual se considera importante y relevante en el contexto colombiano, toda vez que al ser uno de los conflictos armados de mayor duración a nivel mundial, no es posible juzgar todos y cada uno de los actos que se consideren vulneratorios del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que uno de los principales componentes que ponen en vilo la posible aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados son los derechos de las víctimas, a una reparación integral centrada principalmente en la justicia retributiva por los crímenes realizados. Así las cosas, estos derechos se constituyen en uno de los posibles limitantes a la aplicación de este principio, y su estudio se hace imprescindible para evaluar la posibilidad de que el mismo sea procedente.

CAPITULO II. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO: VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN

El propósito de este capítulo, es realizar un análisis de los derechos que tienen las víctimas del conflicto armado, resumidos en los postulados de la justicia transicional: verdad, justicia y reparación. Estos como se indicó en líneas anteriores se derivan principalmente de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que reconoce el derecho que le asiste a toda persona a “un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocido por la Constitución o por la ley” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 8)

Este derecho se traduce en tres elementos: verdad, justicia y reparación, de los que se derivan la responsabilidad que tienen los Estados respecto de la protección de estos derechos de las víctimas del conflicto armado, en especial en los relacionados con violaciones a los Derechos Humanos por comisión de crímenes de lesa humanidad. La justicia transicional como se señala en líneas anteriores se erige como el mecanismo idóneo para lograr un equilibrio entre el valor de la paz y la justicia, buscando satisfacer estos en la mayor medida posible. En el contexto de la justicia transicional es donde se desenvuelven estos derechos de verdad, reparación y justicia, que se pasan a analizar a continuación.

Los estándares de protección de estos derechos han sido principalmente instaurados por los altos tribunales internacionales de protección de Derechos Humanos, que buscan de algún manera armonizar los deberes y responsabilidades internacionales de los Estados frente a la

persecución de delitos de lesa humanidad con los intereses de las víctimas de que sean atendidas sus suplicas de justicia. El objetivo principal del reconocimiento de estos derechos a las víctimas no es otro que el de evitar la impunidad de los actos cometidos por grupos al margen de la ley. En ese sentido lo consideran Arroyave y Londoño al conceptualizar los elementos esenciales de estos derechos, a saber:

(...) el derecho a la verdad como un derecho inalienable e imprescriptible del que son titulares las víctimas y sus familiares, así como los pueblos, el derecho a la justicia que refiere a investigaciones minuciosas e imparciales de las violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y el derecho a la reparación que abarca todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas y comprende aquellas medidas que buscan suspender los efectos de las violaciones y restablecer sus derechos (Arroyave, Londoño, 2013, p. 35)

La tendencia de reconocimiento de estos derechos en el proceso penal, ha sido incluido como un punto que debe ser analizado por la Fiscalía y el juez penal, ya que no solo se busca una justicia retributiva sino una verdadera reparación del daño causado a la víctima del delito. La discusión sobre la tensión que tiene el derecho de las víctimas con la aplicación del principio de oportunidad ha tenido una ardua discusión, ya que por un lado se busca garantizarles a éstas sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; y por el otro garantizar una intervención mínima del derecho penal en atención a la política criminal establecida en la actualidad, de forma que puedan ser priorizadas las investigaciones penales a los actos que mayor incidencia tengan como forma de violación de los Derechos Humanos.

2.1 Conceptualización de víctima del conflicto armado.

El concepto de víctima ha sido objeto de desarrollo por los instrumentos internacionales normativos nacionales, internacionales y en la jurisprudencia, para efectos de clarificar la protección que estos requieren. Una de las definiciones de mayor importancia del concepto de víctima la contiene la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, a saber:

A – Las víctimas de delitos.

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (Asamblea General, Resolución No. 40/34 de 1985)

Por su parte la Resolución No. 60/147 de 2005 de la Organización de Naciones Unidas, mediante la cual se adoptan los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, se considera que es víctima “(...) toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación grave

del derecho internacional humanitario (...)” (Comisión de Derechos Humanos, Resolución No. 60/147 de 2005).

Asimismo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su regla No. 85, define a las víctimas como “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”, así como también se consideran víctimas “las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios” (Estatuto de Roma, regla No. 85)

En el plano legal, la Ley 906 de 2004 en su artículo 132, señala como víctima a “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”, concepto que de acuerdo con Palacio debe ser complementado con un derecho sin el cual esa condición de víctima no tendría ningún efecto jurídico: el derecho al acceso a la administración de justicia (Palacio, 2008). Ahora bien, la jurisprudencia nacional, se ha encargado de darle al concepto de víctima un alcance determinado por el daño causado que debe ser “real, concreto y específico” (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett).

Con este mismo concepto de daño, la Corte diferencia entre dos categorías de afectados con los delitos: las víctimas y los perjudicados, a saber:

(...) La víctima es la persona de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos

los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett).

De acuerdo con este concepto, tanto las víctimas como los perjudicados por los delitos, les asisten los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, siempre y cuando se cumplan los tres elementos enunciados en líneas anteriores, es decir que este sea “real, concreto y específico”. Ahora bien, el rol de víctima o perjudicado en el proceso penal, conlleva a que éste busque la concreción de estos derechos (verdad, justicia y reparación) de manera independiente y no como un sujeto pasivo que dependa de la acción de la Fiscalía para la protección de estos derechos. De ahí que la víctima o perjudicado sea considerado como un interviniente especial en el proceso penal. Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

En esencia, el Fiscal es el titular de la acción penal. Al ejercer dicha acción no sólo representa los intereses del Estado sino también promueve los intereses de las víctimas. Sin embargo, ello no implica en el sistema colombiano que las víctimas carezcan de derechos de participación (artículos 1 y 2 C.P.) en el proceso penal, Estas pueden actuar sin sustituir ni desplazar al Fiscal. Según el propio artículo 250, numeral 7, de la Carta, la víctima actúa como interviniente especial

(...) la víctima no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004 (Corte Constitucional, C – 209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Otras normas como la ley 975 de 2005 y la ley 1448 de 2011, recogen estas mismas definiciones de víctimas y comprenden como filtro de determinación de dicho status el daño causado y de los intereses que estos persiguen que no es otro que la reparación de dicho daño, acudiendo a la justicia retributiva en el contexto de la justicia transicional, causa una tensión entre dos valores jurídicos de igual importancia: la paz y la justicia. Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado que

(...) la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación (Corte Constitucional, C – 370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández)

2.2 Elementos y alcances de los derechos de las víctimas en el proceso penal

La víctima y la defensa de sus derechos a la verdad, la reparación y la justicia en el proceso penal, atiende a su posición de interviniente especial procesal que busca además de la imposición de la pena o sanción, el resarcimiento de los daños ocasionados. Su presencia en el proceso penal es de carácter restringido principalmente por la posición que ostenta de interviniente y no de sujeto procesal. Al respecto Patiño indica lo siguiente:

Por nuestra parte, consideramos que, la víctima procesal de la ley 906/04 ostenta la naturaleza procesal, como quiera que participa en el proceso penal buscando una protección jurídica a sus intereses, lo que ocurre, es que tiene una capacidad procesal para

actuar restringida, como quiera que no se encuentra facultada para intervenir en la audiencia pública del juicio oral, en donde debe actuar por medio del fiscal delegado del caso (...) (Patiño, 2009, p. 40)

Estos derechos han sido fuertemente defendidos por muchos autores, que consideran que el modelo penal adoptado en la ley 906 de 2004, atiende a un derecho penal garantista para el victimario y para la víctima, haciendo que en ocasiones donde se aplican beneficios penales, los derechos de las víctimas, a la verdad, la justicia y la reparación puedan verse satisfechos de la mano con otros preceptos de igual importancia como la reconciliación. Al respecto Sampedro, indica lo siguiente:

(...) encuentro comunicativo, resolutivo y re – creador, entre las víctimas, la sociedad y los victimarios. Por ello el proceso penal debe constituirse como un espacio que ofrezca mecanismos para la superación del conflicto desde el conflicto mismo, para transformar las vivencias y subjetividades de sus protagonistas, especialmente el odio y el rencor, no para ignorarlas u olvidarlas, sino para superarlas mediante la verdad, la justicia y la reparación, dando visibilidad al dolor y una oportunidad para la reconciliación (Sampedro, 2010, p. 33)

Bajo este concepto, se puede decir que la resolución del conflicto en la justicia penal, puede tener salidas alternas diferentes al uso del *ius puniendi* siempre y cuando se vean satisfechos los derechos de las víctimas en la medida de lo posible, y exista una verdadera vocación de perdón y reconciliación, que vea más en la reparación voluntaria del victimario a la víctima, una salida de mayor beneficio que la imposición de una pena. En ese orden de ideas, el uso del principio de oportunidad no puede descartarse como una forma de cercanía de los

mecanismos de la justicia restaurativa, sujetándolo a una colaboración eficaz del victimario en la reparación, y limitándolo a aquellos delitos que no son considerados como de lesa humanidad.

Así las cosas, el proceso penal actual debe ir orientado en dos enfoques el de la víctima y el victimario y no como lo consideraba el proceso penal liberal donde “(...) el lugar de las víctimas y los perjudicados por un delito es accesorio, pasivo y reducido a un interés económico puesto que es el Estado el único legitimado para perseguir el delito (...)” (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett). En efecto, ya no solo se busca con el proceso penal castigar un injusto, sino que también se busca materializar los derechos de la víctima a la verdad y la justicia, como parte civil. Al respecto la Corte Constitucional señala lo siguiente:

La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad civil en un proceso conducido por el Estado. Así, la parte civil, en razón a criterios que serán mencionados con posterioridad, es la directa y legítimamente interesada en el curso y en los resultados del proceso penal (...) (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett)

Lejos de ser la sola indemnización económica a la víctima la reparación integral, el nuevo proceso penal bajo el modelo del Estado Social de Derecho, busca una reparación integral que incluye un resarcimiento real del daño que se extiende a un restablecimiento de derechos que

incluye como elementos esenciales la verdad y la justicia. Así lo considera la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está prima facie limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. De ello resulta que la indemnización es solo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el “restablecimiento del derecho”, lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett).

En ese orden de ideas los derechos de las víctimas superan el componente económico de la reparación e incluyen una responsabilidad de las entidades estatales de accionar el aparato judicial en pro de proteger los derechos de las víctimas. En ese sentido lo considera la Corte Constitucional:

De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean

orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos (Corte Constitucional, C – 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnett)

Ahora bien podría pensarse que con la aplicación de beneficios penales como las negociaciones, preacuerdos y porque no del principio de oportunidad se estaría desconociendo los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad y la justicia, por prescindir de la acción penal. Sin embargo la Corte Suprema de Justicia difiere de ello, al decir que en ningún momento en la aplicación de estas figuras jurídicas se veta la participación de la víctima, a saber:

A pesar que las normas relacionadas con los preacuerdos y negociaciones no contemplan la participación de las víctimas, las mismas fueron halladas conforme con la Constitución Política de manera condicionada, en el entendido que la víctima también puede intervenir en ellos, debiendo ser oída e informada de su celebración por el fiscal, oída igualmente por el juez encargado de aprobarlo, quien al mismo tiempo deberá observar que el mismo no quebrante las garantías del imputado o acusado y de la misma víctima (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 18 de enero de 2011, M.P. José Leónidas Bustos)

Ello presupone entonces que el reconocimiento de un preacuerdo, negociación o aplicación del principio de oportunidad, no significa la exclusión del derecho a la participación de la víctima en ello, por el contrario esta debe ser oída durante su realización a fin de tener en cuenta sus intereses como requisito previo para la procedencia de dichos beneficios.

2.3 Los derechos de las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad.

Hasta el momento se han enunciado cuales son los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, que comprenden los mismos que se deberán tener en cuenta para el caso de los delitos realizados en el conflicto armado. En este acápite se busca contextualizar los mismos en la aplicación del principio de oportunidad de manera general, a fin de contextualizar al lector, frente a la posición que se pretende realizar en líneas posteriores de su procedibilidad en el contexto del acuerdo de paz realizado entre las FARC y el Estado Colombiano.

En primera instancia, es necesario señalar la existencia de un vacío legislativo en cuanto a la participación de la víctima en la aplicación del principio de oportunidad, frente al cual la ley 906 de 2004 en su artículo 325 solamente hace referencia a éste respecto de la suspensión a prueba del proceso penal, cuando se ha comprobado que existe un acuerdo entre la víctima y el victimario en razón de los parámetros de la justicia restaurativa, teniendo como condición de procedibilidad que se cumplan tales acuerdos. La doctrina hasta el momento es la que se ha encargado de subsanar este vacío legislativo, aunque con serias dudas que deberán ser objeto de regulación por el legislativo, frente a la procedencia.

Algunos autores señalan que la satisfacción de los derechos de las víctimas, deben ser interpretados como una exigencia mínima de la procedibilidad del principio de oportunidad en todas sus causales (Bernal, Montealegre, 2004). En ese mismo sentido Daza (2006) considera que los intereses jurídicos de la víctima deben ser analizados por el control judicial frente a la legalidad de aplicación del principio de oportunidad, para determinar si el mismo es procedente o no en cada caso concreto, a saber:

(...) Por lo tanto, en ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, al tratar el tema de la indemnización causada por los perjuicios ocasionados y el principio de oportunidad, ya que el fiscal podrá acudir a esta opción para los casos que permita la ley, como posible modo de evitar el juicio siempre y cuando se indemnice integralmente a la víctima. Por consiguiente, se estaría aplicando una economía procesal en el sistema judicial dando pase a otros procesos, pero con la seguridad que la víctima quedará satisfecha con lo resuelto ya sea mediante una conciliación, indemnización integral, desistimiento o transacción (Daza, 2006, p. 46)

Ello desvirtúa la posición de que con la aplicación del principio de oportunidad, los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad y la justicia se vean abiertamente desconocidos, y que con ello se genere una impunidad total por los hechos acaecidos, máxime cuando la aplicación de estas medidas se encuentra sujeta a la decisión de un juez frente a su procedencia o no para la extinción de la acción penal.

Por otro lado, la participación de la víctima en la aplicación de este principio de oportunidad es un mecanismo de control frente a la discrecionalidad que el legislador le da al ente acusador para aplicar los preacuerdos, negociaciones y el principio de oportunidad, teniendo como principal limitante la atención de sus derechos de verdad, justicia y reparación, buscando como otra causal implícita el hecho de que el victimario se comprometa a atender dichos derechos, lo que se considera de mayor beneficio para la víctima, y un ahorro en el desgaste en el que incurre la jurisdicción penal con el adelantamiento de un proceso penal (Garzón & Londoño, 2006). En esa misma línea de pensamiento se encuentra Urbano, al decir lo siguiente frente a la procedibilidad del principio de oportunidad:

El descubrimiento de la verdad, en las condiciones ya indicadas, no sólo es un derecho de la víctima sino también un fin autónomo del proceso penal. La realización de la justicia, en cuanto negación de la impunidad, se satisface en tanto el principio se aplique con sujeción a sus fundamentos constitucionales y con estricto respecto a su configuración legal. Y reparación del daño causado con el delito constituye un presupuesto para la aplicación del principio pues el artículo 328 de la ley 906 dispone que el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, es decir que debe condicionar la razonabilidad de su proceder a la consideración, por parte del imputado, de la situación de la víctima y sus derechos y al cumplimiento de las medidas de reparación inherentes (Urbano, 2006, p. 44)

Pareciese entonces que la justicia restaurativa fuera el punto de equilibrio entre los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la justicia y la aplicación del principio de oportunidad. En ese sentido lo afirma Mestre al decir lo siguiente:

Por lo anterior y por ser una función propia de la Fiscalía, el análisis del principio de oportunidad debe tener en cuenta a las víctimas tanto para decidir su aplicación como para decidir una acusación. En efecto, a veces es más conveniente para las víctimas que no haya proceso y ello puede ser factor determinante para que se aplique el principio de oportunidad. Pero además, cada vez que se vaya a tomar esta decisión, sus intereses deben ser consultados, pues las consideraciones particulares que se hagan no pueden pasar por encima de los derechos de las víctimas, los cuales están incorporados al bloque de constitucionalidad por estar incluidos en tratados internacionales de protección de derechos humanos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los procesos de justicia restaurativa pueden brindar una mejor respuesta para las víctimas que el proceso penal clásico, lo cual

puede llegar a ser determinante en el momento de decidir la aplicación del principio de oportunidad (Mestre, 2003, p. 165)

La Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, concordando con la posición indicada por la doctrina, estableciendo los derechos de las víctimas, a la verdad, justicia y reparación como una limitante de la aplicación del principio de oportunidad que para ser superada deben ser tenidos en cuenta por el ente acusador y por el juez de control de garantías, para efectos de su procedencia. En ese sentido lo explica el alto tribunal constitucional:

De conformidad con lo que establece el artículo 328 de la ley 906 de 2004, el fiscal debe tener en cuenta los intereses de la víctima al aplicar el principio de oportunidad. Considera la Corte que es necesario precisar el sentido de las expresiones “intereses de la víctima”, y “tener en cuenta”, empleadas en el artículo 328. En relación con la expresión “intereses”, observa la Corte que ésta no se circunscribe al eventual interés económico de la víctima que busca la reparación del daño causado por el delito. Como quiera que la víctima acude al proceso penal para obtener la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y así se reconoce en la misma ley 906 de 2004, la expresión se refiere en realidad a los derechos de las víctimas, por lo que al aplicar el principio de oportunidad el Fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adicionalmente, precisa la Corte que la locución “tener en cuenta” significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el juez de control de garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos (Corte Constitucional, C – 209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Ahora bien, la posición adoptada por la doctrina y la jurisprudencia se considera sumamente acertada, pero con algunas falencias a nivel práctico, ya que no existen estándares reales que limiten la acción de la víctima. Si bien es cierto la víctima tiene el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, estos no pueden ser absolutos e inamovibles, de cara a otras necesidades en materia de justicia (como sucede en el caso de la justicia transicional).

Piénsese por ejemplo en la aplicación del principio de oportunidad en la causal cuarta, relativa a la colaboración con la justicia en la desarticulación de bandas delincuenciales. En ese contexto, la víctima podría alegar que no se encuentra conforme con la aplicación del principio de oportunidad, pero ello podría ser de mucho beneficio para el Estado para la conservación de la paz como sucede en el conflicto armado, o con la consecución voluntaria de la verdad frente a graves violaciones de los Derechos Humanos. Ante dicha dicotomía podría pensarse en la aplicación de un juicio de proporcionalidad, a fin de determinar que debe primar si los derechos de las víctimas, o si por el contrario es de mayor beneficio la colaboración del imputado para con la víctima y con la sociedad.

En ese orden de ideas, se trata de flexibilizar un tanto la concepción normativa de los derechos de las víctimas, que aunque no pueden ser desconocidos de manera arbitraria, en el contexto de una justicia transicional no pueden ser tampoco absolutos, en atención a la inestabilidad política e inclusive jurídica que genera una etapa de posconflicto. En ese sentido lo considera Valles al decir que en esos contextos es necesario “entender que en algunos casos hay que sacrificar algunos de los principios o derechos objeto del juicio de proporcionalidad, como quiera que en sí mismo no encierran un valor absoluto” (Valles, 2014, p. 76), como sucede en el

caso de la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados del conflicto armado, como se entrara a sustentar a continuación.

CAPITULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA DESMOVILIZADOS: ARGUMENTOS EN FAVOR DE SU PROCEDENCIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ACUERDO DE PAZ ENTRE LAS FARC Y EL ESTADO COLOMBIANO

Los procedimientos penales en Colombia fueron objeto de cambios sustanciales en el año 2004, pasando de un sistema inquisitivo a un sistema de tipo acusatorio. Dichas modificaciones fueron llevadas a cabo mediante la Ley 906 de 2004 actual código de Procedimiento Penal, la cual crea el denominado Sistema Penal Oral Acusatorio SPOA. El principio fundante del SPOA., es el referente a la legalidad, en virtud del cual la Fiscalía General de Nación como ente investigador en Colombia de los actos considerados como delitos, tiene la obligación de adelantar las investigaciones y trámites que sean necesarios en búsqueda de la verdad y la justicia, ante hechos que se presumen constitutivos de un tipo penal.

Como limitante a este principio de legalidad, el Congreso de la República mediante la adopción de la Ley 1312 de 2009, implemento la procedencia del principio de oportunidad en situaciones específicas, donde los delitos perpetrados se consideren de menor relevancia frente a la afectación de los bienes jurídicos que protegen, excluyéndose por supuesto de dicha procedencia aquellos actos que se consideren violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este principio de oportunidad, fue desarrollado por el legislador en atención de la política criminal Colombiana, como mecanismo de cooperación para la disminución del delito.

La aplicación de este principio en Colombia, tiene diversos efectos en la acción penal, podrían constituir los mismos la extinción o no de la acción penal, o la suspensión de la misma, bajo cada caso particular. Una de las causales establecidas por el legislador para la aplicación de este principio, era procedente contra los desmovilizados en Colombia, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 936 de 2010, por considerarse que dicha permisibilidad era violatoria de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, a consideración de los autores de esta investigación, dicha posición es errada y podría derivar traumatismos ante el acuerdo paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), toda vez que el número de casos que deberían ser investigados, daría lugar a un aumento de la paquidermia del aparato jurisdiccional ordinaria, y a una congestión innecesaria de los despachos judiciales penales en Colombia, sin que exista una razón de peso que justifique ello. Ese es el objeto de análisis del presente capítulo, donde se establecerán las razones por las cuales se considera procedente el principio de oportunidad para los desmovilizados del conflicto armado y la pertinencia que tiene éste en el contexto de la justicia transicional.

3.1 ¿En qué consiste el principio de oportunidad?

El principio de oportunidad fue definido por Augusto Ibáñez (2005) como “una estrategia estatal, una fórmula política criminal, un plan de ejecución frente al delito” (pág., 75). Es así como se puede decir que el principio de oportunidad es un mecanismo que permite la resolución de un conflicto jurídico sin menoscabar los derechos constitucionales a la verdad y a la justicia. El principio de oportunidad es considerado como una “expresión en la Constitución Política de 1991, como una excepción a la aplicación del principio de legalidad que rige todo el

ordenamiento jurídico” (Riveros, 2008, pág. 197) el cual a su vez consiste en la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de “adelantar el ejercicio de la acción penal cuando los hechos revistan las características de un delito” (Riveros, 2008, pág. 197).

Es por lo anterior, que se considera que la aplicación de dicho principio es de carácter excepcional, y debe realizarse bajo condiciones específicas y particulares, lo que presupone la enunciación de unas causales taxativas que permitan al operador jurídico conocer en qué casos es aplicable o no este principio. En la realidad este principio consiste en la abstención o suspensión de la Fiscalía de continuar con una investigación penal. Por lo anterior se considera que en virtud de este principio se faculta:

Al órgano encargado de la acusación pública para que, antes o durante el ejercicio de la pretensión punitiva, efectúe una ponderación de las circunstancias, el momento y otros factores que puedan determinar la conveniencia de proceder, lo que le autoriza en un caso concreto, para dejar de ejercer sus obligaciones procesales esenciales (investigación, acusación y sostenimiento de la pretensión punitiva en la etapa de juicio). Es decir, o bien puede no iniciar el procedimiento, o suspenderlo, o poner fin al ya iniciado si no considera la persecución oportuna o conveniente, por ejemplo por razón de nimiedad de la infracción, o por miedo al escándalo público, o por temor a costos procesales considerables, o bien, dado el caso, puede no instar en toda su magnitud o extensión la medida del castigo establecida en abstracto por la ley para el hecho punible, llegando a acuerdos con el imputado en orden de la determinación consensuada de la medida y la naturaleza de la pena (Rodríguez y Contreras, 2006, pág. 61)

Este principio se encuentra bajo la premisa del desarrollo de un proceso penal consensuado guiado por una resolución alternativa de los conflictos, que permita un mejoramiento de los procesos penales, sin desconocer el derecho de las víctimas a la reparación, la verdad y la justicia. Es por ello que este principio es considerado bajo situaciones particulares como una forma de contribución a una política criminal que propenda por la disminución de la comisión de tipos penales y una descongestión del aparato judicial. En ese sentido Nicolás Rodríguez y Fernando Andrade (2012), manifiestan lo siguiente:

El problema del aumento de la criminalidad puede ser enfrentado, entonces, recurriendo a transacciones y negociaciones entre las partes del proceso penal, uso de procedimientos abreviados y juicios rápidos inspirados en la técnica del consenso, todos ellos orientados en última instancia a imprimir una mayor aceleración del proceso, para así descongestionar el aparato judicial (pág. 272)

Por ser este principio consensuado, se infiere que el mismo surge a partir de un acuerdo entre las partes que para el caso en concreto sería el sujeto activo o imputado y la Fiscalía asignada para el caso. Con respecto a su alcance, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 936 de 2010, enuncia lo siguiente:

Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación *excepcional* mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera *clara e inequívoca*; (iii) debe ser aplicado en el marco de la *política criminal* del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al *control de legalidad* por parte del juez que ejerza las

funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por los *derechos de las víctimas* (Corte Constitucional, sentencia C – 936/2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

3.2 El principio de oportunidad en la legislación colombiana.

En el año 2004, el Congreso de la República expidió la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, corregido posteriormente mediante el Decreto 2770 de ese mismo año. En el artículo 321 esta disposición enuncia que la aplicación del principio de oportunidad debe hacerse con sujeción a la política criminal que para el efecto haya proyectado el Estado. A punto seguido, esta misma ley en el artículo 322, establece taxativamente que el principio de oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad, en virtud del cual la Fiscalía General de la Nación como entidad delegada para ello, debe investigar y perseguir quienes presuntamente hubieren cometido una conducta constitutiva de un tipo penal.

Ahora bien, como se dijo anteriormente en la definición del principio de oportunidad, la aplicación del mismo debe estar sujeta a unas causales taxativas. En consideración a esta restricción, el legislador mediante la Ley 1312 de 2009, mediante la cual se modifica la Ley 906 de 2004 en lo que respecta al principio de oportunidad, establece cuales son las causales en las cuales es procedente la aplicación del principio de oportunidad, las cuales se exponen a continuación.

3.3 Causales de aplicabilidad del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad

El artículo segundo de la Ley 1312 de 2009, mediante el cual se modifica el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, delimitó originalmente la aplicación del principio de oportunidad a diecisiete casos particulares. El primero de ello hace referencia a una restricción frente a la tasación de la pena de un delito, manifestando que solo será procedente la aplicación de este principio “cuando se trata de delitos con pena privativa cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa”, (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm. 1), siempre y cuando existiere una reparación real a la víctima del delito.

La segunda y tercera causal atañen al caso en el cual por la misma conducta punible sea requerido el sujeto activo del tipo penal en extradición a otro país o en el caso de que en comparación con la pena establecida por el gobierno colombiano, sea de mayor severidad la impuesta por el país que solicita la extradición. La cuarta y quinta causal, corresponden a los casos en los cuales existe una colaboración por parte del imputado frente a la denuncia de otras personas implicadas en el proceso de investigación, cuando contribuyere para que el delito no continúe ejecutándose, cuando la información suministrada por éste permita la desarticulación de bandas criminales.

A punto seguido, la causal sexta corresponde al cumplimiento de los derechos humanos del imputado, en el caso de que este hubiere sufrido a causa de la ejecución del tipo penal “un daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento del principio de humanización de la sanción” (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm.

6). La séptima causal, hace referencia que será aplicable el principio de oportunidad “cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas” (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm. 7), lo cual en palabras comunes corresponde a la restauración de los daños ocasionados con el tipo penal.

Otra causal que tuvo en cuenta el legislador, es la correspondiente a la seguridad del Estado, bajo la premisa de que será aplicable este principio cuando “la relación del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado”

A continuación, el legislador establece la aplicación de este principio, en casos puntuales de conductas delictivas que aunque atentan contra el ordenamiento jurídico, no revierten de una importancia significativa. La primera situación corresponde a los delitos perpetrados contra la administración pública o la recta administración de justicia, con la salvedad de que dichas conductas no signifiquen una infracción mayor o que ya hubiere sido sancionado bajo los preceptos de responsabilidad disciplinaria. El segundo caso se refiere a delitos contra el patrimonio económico, donde el bien objeto de la conducta penal se encuentre en un “alto grado de deterioro”, por lo cual la persecución penal originaria un mayor valor frente a dicho objeto del delito.

Ahora bien, este beneficio penal, es aplicado también cuando el delito se hubiere cometido con culpa, en las causales onceava y doceava. Sin embargo, su aplicación de acuerdo a lo establecido por el legislador está restringida a aquellos delitos en los cuales la conducta sea considerada de baja significación jurídica y social, o cuando la sanción de dicho delito sea innecesaria y carezca de utilidad social.

Así mismo, en la causal No. 13 se permite la aplicación de este principio en los casos en que la conducta penal afecte de manera mínima los bienes colectivos, siempre y cuando hubiere sido reparada en debida forma la víctima y se llegue al compromiso de que dicha conducta no será realizada en el futuro. La causal No. 14 hace referencia a los casos en los cuales la investigación y persecución penal origine lo que el legislador denomina como “problemas sociales más significativos” (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm. 14), que los que ocasiona la conducta delictiva. En esta causal, se hace dos restricciones a este beneficio. De un lado, solo será aplicable el mismo cuando se hubiere reparado de manera eficaz a las víctimas; y por el otro este no es aplicable cuando el sujeto activo corresponda a “jefes, organizaciones, promotores y financiadores” del tipo penal.

Como es sabido, dentro del ejercicio de la tipificación y la adecuación de la conducta que se presume un delito, se realiza un análisis en el ámbito de la antijuridicidad, acerca de si hubo o no una causal que justifique la comisión del tipo penal. Sin embargo, dichas justificaciones no son absolutas, sino que las mismas tienen restricciones en cuanto a su comisión (no es lo mismo que alguien dispare un arma de fuego a un miembro inferior, que al tórax en el caso de la defensa de un tercero). Sin embargo, el legislador optó por permitir la aplicación del principio de oportunidad en los casos en que el sujeto se hubiere excedido en su conducta con una causal de justificación, en los siguientes términos: “15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad” (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm. 15)

En el escenario objeto de análisis en la presente investigación, se encuentran las dos últimas causales de aplicación de este principio. La primera de ellas, correspondiente a la No. 16

hace referencia al caso en el cual una persona que hubiere sido miembro de un grupo al margen de la Ley, y que haya prestado su nombre para poseer bienes obtenidos con actividades propias del conflicto armado, las entregare al fondo para la Reparación de Víctimas. Al igual que en la causal No. 14, este beneficio no es aplicable al sujeto activo del tipo penal que ostente alguna de las siguientes categorías: “jefes, cabellicas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización”

Por último y la de mayor relevancia es la que se refiere a este beneficio para los desmovilizados. La causal No. 17 de este artículo, taxativamente disponía lo siguiente:

Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los

establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal (Ley 1312 de 2009, art. 2, núm. 17)

Esta disposición, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 936 de 2010, la cual será objeto de análisis posteriormente.

3.4 Las limitantes del principio de oportunidad frente a delitos que atenten contra el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el sujeto menor de dieciocho (18) años.

De acuerdo a lo diversos tratados que ha ratificado Colombia frente a las temáticas del Derecho Internacional Humanitario y a los delitos que atentan contra los derechos humanos, el principio de oportunidad no es aplicable en los casos donde la conducta delictiva atente con los bienes jurídicos que estos protegen. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C – 225 de 1995 enuncia lo siguiente:

(...) el único sentido razonable que se puede conferir a la Noción de Prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario (C.P. arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del

derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores" (Corte Constitucional, C – 225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En aplicación de esta disposición normativa y jurisprudencial el legislador, en lo referente al principio de oportunidad, estableció en el párrafo tercero del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009 que no es aplicable el principio de oportunidad “en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años” Esta restricción está sustentada en lo aducido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

Si se admitiera la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos como la desaparición forzada o el genocidio, el Estado violaría este mandato e incumpliría su obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos fundamentales. Desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha sostenido que, el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras)

Por lo anterior, existe una limitación en la discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación en la aplicación de este principio, so pena de incurrir en una violación objetiva de lo enunciado por los tratados parte del Bloque de Constitucionalidad Colombiano.

3.5 El principio de oportunidad no es aplicable a los desmovilizados: Análisis de la sentencia C – 936 de 2010.

La Corte Constitucional en su función de control constitucional en el año 2010, realiza un análisis acerca de la Ley 1312 de 2009, mediante la cual “se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”, analizando los cargos que presentan los accionantes contra el numeral 17 del artículo segundo de la Ley en comento, aduciendo que los mismos constituyen una forma de amnistía encubierta, desconocen los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral, constituyen una falta contra el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y además la redacción ambigua e indeterminada del numeral. En primer lugar esta Corporación define la amnistía como:

Un beneficio de carácter jurídico – político que otorga el Congreso de la República, como representante del pueblo, y fundado en altos motivos de conveniencia pública, con el propósito de lograr la convivencia pacífica que se encuentra perturbada por quienes optaron en un momento determinado por subvertir el orden jurídico-constitucional (Corte Constitucional, C – 936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

El rasgo principal de este beneficio según lo analizado por la Corte es la de extinguir la acción penal. Bajo estos presupuestos, frente a este cargo esta sentencia considera que la teleología de lo dispuesto en el numeral 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009 dista de constituirse como una forma de amnistía, toda vez que lo que se busca con este principio es aumentar las “posibilidades de cooperación y focalizar esfuerzos para la desarticulación de organizaciones criminales”

Una vez estudiado este cargo, la Corte entra a determinar los límites bajo los cuales el legislador puede configurar las causales de aplicación del principio de oportunidad. En primer lugar, esta Corporación refiere que el límite preponderante para la configuración de dichas causales es el deber de respeto por los derechos a la verdad, la justicia, los derechos humanos y a la reparación integral de las víctimas de conductas delictivas que atentan gravemente los derechos inalienables de las personas.

Así mismo considera que de acuerdo al bloque de constitucionalidad del Estado Colombiano es menester el cumplir con lo en ello preceptuado, referente al cumplimiento y garantía de los Derechos Humanos, materializado en unos medios que permitan a los individuos acudir a la jurisdicción cuando consideren que están siendo violados sus derechos, y la responsabilidad del Estado de realizar las investigaciones a que hubiere lugar, frente a las solicitudes que realicen las presuntas víctimas, con el objeto de buscar una reparación integral y el conocimiento real de los hechos acaecidos, y la justicia.

Bajo las anteriores premisas, la Corte considera que lo enunciado en el numeral objeto de examen, “debe ceñirse a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno en materia de garantía y efectividad de los derechos de las víctimas de grave criminalidad” (Corte Constitucional, sentencia C – 936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), teniendo por ello el Estado, la obligación de “investigar, procesar y sancionar judicialmente los graves atentados en contra de los derechos humanos”, por lo cual considera la Corte que no es posible adoptar una legislación que vaya en contraposición a dicha obligación, por ser ello conducente a la indefensión de las víctimas y a la impunidad de los hechos, careciendo las mismas de “efectos jurídicos”

Ahora bien, dentro del texto del numeral examinado, se establece que para que proceda el principio de oportunidad para los desmovilizados, solo basta con la declaración de éste, bajo la gravedad del juramento del inmovilizado frente a la no comisión de otros delitos diferentes a los enunciados en la causal, lo cual a la luz de la Corte “puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones”. Aunado a lo anterior, esta Corte establece lo siguiente:

La estrategia investigativa para enfrentar un fenómeno criminal de esta entidad no puede reducirse a una declaración jurada del integrante de la organización delictiva señalada de cometer crímenes de derecho internacional, en la que aquel manifieste que no ha perpetrado delitos de esta naturaleza. La existencia de una estrategia de judicialización adecuada para enfrentar los desafíos que plantea la comisión de una multiplicidad de crímenes y un gran número de investigados o enjuiciados, constituye uno de los ejes fundamentales para la satisfacción de las exigencias de verdad y de justicia (Corte Constitucional, sentencia C – 936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

En ese mismo sentido, esta Corporación considera que si lo que se busca es una cooperación del desmovilizado para la desarticulación de los grupos y bandas criminales al margen de la Ley, pueden utilizarse otros mecanismos como la rebaja de pena

(...) el hecho de que autor, después del período de investigación y captura, revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento, no lo eximirá de responsabilidad, en particular, penal. Ese hecho sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir

a la manifestación de la verdad (Corte Constitucional, sentencia C – 936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Por las anteriores consideraciones, la Corte decide declarar inexecutable el numeral 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009.

3.6 Críticas a la posición adoptada por la Corte Constitucional: salvamentos de voto

Los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio Gonzales Cuervo se distanciaron de la posición adoptada por la Corte en la sentencia C – 936 de 2010, mediante la cual se declara inexecutable el numeral 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009. Para el análisis que se pretende realizar en esta investigación, es de pertinencia enunciar las consideraciones que estos magistrados tienen frente al tema, con el objeto de tener elementos suficientes que permitan corroborar la hipótesis propuesta, a saber:

Tabla No. 1. Consideraciones de los salvamentos de voto de la Sentencia C – 936 de 2010.

PRINCIPALES CONSIDERACIONES DE LOS SALVAMENTOS DE VOTO DE LA SENTENCIA C – 936 DE 2010	
Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto	Magistrado Mauricio Gonzales Cuervo
Es necesario realizar una ponderación entre la consecución de la paz frente al valor de la justicia y de los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales.	La aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconocía la Constitución sino por el contrario era el desarrollo de un proceso de justicia transicional empezado por la Ley 975 de 2005 y que era complementado por la ley 1312 de 2009.
No existe ambigüedad entre las expresiones enunciadas en el numeral declarado inexecutable, por ser las mismas objeto de verificación y constatación, entendiéndose la interpretación de esta norma con toda la regulación constitucional	El delito de concierto para delinquir agravado no es en sí mismo un delito de lesa humanidad

y legal	
La aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados no significa la extinción de la acción penal, toda vez que el resultado del mismo puede ser la suspensión o interrupción de la investigación, más no la preclusión o archivo de la misma.	Para los desmovilizados rasos bajo ninguna interpretación se les estaba otorgando ningún tipo de impunidad, indulto o amnistía
No es veraz la afirmación realizada de que la acción penal se extingue con la aplicación del principio de oportunidad, toda vez que la misma está sujeta al arbitrio de un juez de garantías, el cual tiene la potestad de verificar que los supuestos facticos enunciados por la Fiscalía corresponden con la realidad. Adicional a ello, bajo ninguna circunstancia se le está negando la posibilidad a la víctima de participar dentro de dicha verificación.	“No es cierto que con la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados se estén desconociendo la justicia, la verdad y la reparación, propia de los procesos transicionales. Estos principios vienen siendo protegidos a través de los procesos penales que se llevan a cabo contra la cúpula de los grupos ilegales y que tienen como sustento la Ley 975 de 2005.
La expresión “haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”, debía ser declarada exequible bajo la interpretación restrictiva en aras de alcanzar los fines de la justicia transicional.	El principio de oportunidad aplicable a los desmovilizados cumple con los parámetros y alcance dado por la Corte
El delito principal que se deriva de la causal declarada inexecutable de acuerdo al análisis realizado por la Corte corresponde al de “concierto para delinquir”, el cual a la fecha no ha sido catalogado como de lesa humanidad.	La expresión “quien haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”, no tenía un carácter vago o ambiguo que origine su inconstitucionalidad.
Prever la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconoce la Constitución y hace parte de un proceso de justicia transicional en la que se debe comprender la Ley 975 de 2005 y la Ley 1312 de 2009. Es errado y contraevidente señalar que el principio de oportunidad no es un instrumento apto para ser utilizado en un proceso de paz	
La disposición acusada reunía y cumplía con todos los presupuestos del alcance del principio de oportunidad	

<p>“El principio de oportunidad podía ser aplicado a los desmovilizados que se reincorporen a la sociedad, también lo es que tal decisión judicial, de manera alguna impide que la Fiscalía General de la Nación investigue, y los jueces competentes sancionen, otros comportamientos imputables a los desmovilizados, tales como crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidios. En efecto, la declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de no haber perpetrado tales atrocidades, de manera alguna le impedía al Estado verificar la realidad de tal afirmación”</p>	
<p>“El resultado de impedir que los desmovilizados, los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser beneficiarios del indulto, ni del principio de oportunidad, supone que existe un trato favorable para los cabecillas de estos grupos</p>	

Fuente: Tabla de elaboración propia, con base en los salvamentos de voto de la Sentencia C – 936 de 2010.

El magistrado Juan Carlos Henao Pérez, en esta oportunidad también disintió de la posición que adopta la Corte Constitucional, adhiriéndose al salvamento de voto del magistrado Sierra Porto, aduciendo que la solución propuesta por éste, respecto de la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los soldados rasos, que no hubieren intervenido o realizado en delitos de lesa humanidad, debiendo ser informado ello a las víctimas y con la posibilidad de ser revocado dicho beneficio en cualquier momento.

En ese sentido, el magistrado Henao Pérez, considera que aun cuando la sentencia proferida por la Corte Constitucional tiene un fundamento constitucional y buscaba la protección de los derechos de las víctimas, además de ser incongruente, desconoce abiertamente el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C – 370 de 2006, sin motivación alguna

que tiene una incidencia negativa en los procesos de juzgamiento y en la celeridad con la que se debe llevar a cabo éstos dentro del marco de la justicia transicional, en sus palabras:

(...)

De esta forma si en el supuesto de hecho de la norma jurídica entonces acusada, no existen víctimas directas más allá del Estado por el daño objetivo que representa el delito de pertenecer a un grupo armado ilegal y de portar sus uniformes, insignias y armas y si se emplea el mecanismo de la ley pero con la modulación propuesta a favor de las víctimas y de un control estricto de legalidad, era enteramente razonable desde el punto de vista de los recursos del sistema, habilitar a la fiscalía y a los jueces de control de garantías, a valorar la necesidad o no, de perseguir, juzgar y punir esas conductas. Desestimar esta herramienta, supone también desconocer imperativos del orden constitucional, pero que se traducen en aplicar criterios de austeridad y sostenibilidad económica.

El principio de oportunidad en el caso previsto en el numeral 17, del artículo 2º de la ley 1312 de 2009, con los condicionamientos propuestos, era constitucionalmente válido, conforme a la racionalidad económica que establece el artículo 334 C.P. y que resulta aplicable y necesaria, tanto para el cumplimiento de las funciones ordinarias como extraordinarias del Estado, tanto para la administración de justicia ordinaria, como para la justicia transicional (Corte Constitucional, sentencia C – 936 de 2010, salvamento de voto, M.P. Juan Carlos Henao Pérez)

3.7 La necesidad de la implementación del principio de oportunidad en el marco del acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)

Las posiciones encontradas de los miembros de la Corte que realizaron salvamento de voto dentro de la sentencia C – 936 de 2010, lleva a reflexionar en la necesidad de implementar el principio de oportunidad dentro los procesos judiciales que se llevarían a cabo, en el escenario de un posible acuerdo de paz, fruto de los diálogos que se realizaron con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia en Cuba. Las principales razones que nos llevan a inferir la necesidad de incorporar este beneficio dentro del ordenamiento jurídico, en el acuerdo de paz son las siguientes:

Al no existir una regulación específica y taxativa frente a este beneficio para los desmovilizados podría generar una deserción de los desmovilizados frente a la entrega de las armas, quedando abierta la posibilidad de que dichas personas opten por continuar delinquiriendo en bandas criminales, lo cual afectaría en gran medida la seguridad humana, y la posibilidad de las víctimas del conflicto armado de conocer la verdad de los hechos y obtener una reparación por las acciones delictivas perpetradas. Así lo indican Uprimmy, Yepes y Sánchez, al mencionar que

(...) simplemente no es realista pensar que un proceso de negociación podrá culminar en un acuerdo si lo que se ofrece a los combatientes que decidan dejar las armas es una prisión en la que estarán encerrados por décadas. Por esta razón parece inevitable reducir el imperativo de castigo total en beneficio de la paz (Uprimmy, Yepes, Sánchez, 2014)

En el mismo sentido, la no inclusión de este principio de oportunidad, podría variar la decisión de los insurgentes rasos que deseen desmovilizarse y colaborar con la justicia, al no tener beneficios por optar por el camino de la paz. En ese sentido lo considera Uprimmy, Yepes y Sánchez (2014, p. 45), al decir lo siguiente:

(...) un modelo de amnistías totales resulta jurídicamente inaceptable, un modelo de judicialización total y cárcel para todos los responsables de las violaciones no parece viable, tanto por las limitaciones fácticas, como por razones normativas. La pretensión de judicializar todas las conductas constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos y todos los combatientes eventualmente responsables de su comisión en el marco de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones se enfrenta a dificultades insalvables

Ahora bien, respecto de la administración de justicia la implementación de dicho principio es necesario para la descongestión judicial, ya que ante la inminente desmovilización masiva, la Fiscalía General de la Nación y la jurisdicción penal, se verían en la necesidad de adelantar un gran volumen de procesos, que a largo plazo, podría generar una demora injustificada en el conocimiento de la verdad y la justicia, y en la reparación de las víctimas del flagelo del conflicto armado.

La experiencia internacional así también lo señala donde se evidenció la imposibilidad real de perseguir todos los ilícitos cometidos en el contexto de un conflicto armado (Brown, 1999), y más aún en un sistema penal como el colombiano que adolece de problemáticas tan significativas como es la descongestión judicial, lo que hace necesario una priorización de investigación de conductas realmente relevantes para la sociedad y para las víctimas y no de

todas aquellas que aun cuando se consideran vulneradoras del orden jurídico, no tienen una incidencia significativa en lo que respecta a los derechos de las víctimas. En palabras de Uprimmy, Yepes y Sánchez (2014, p. 46):

(...) tratándose de conflictos armados que involucran a millares de combatientes, si no se hace priorización y selectividad en forma explícita, esta se da en forma encubierta pues las posibilidades de investigar y juzgar todas las conductas y todos los combatientes rebasa la capacidad real de cualquier sistema judicial, incluso cuando, como lo demuestran los casos de los tribunales internacionales para Ruanda y Yugoslavia, se hacen los mayores esfuerzos presupuestales y logísticos posibles

Para el caso particular de los acuerdos de paz realizados con las FARC en la Habana, si bien es cierto para los delitos políticos existe la posibilidad de amnistías e indultos, se considera que la aplicación del principio de oportunidad, bajo los parámetros de una reparación efectiva de los daños causados a las víctimas en otros delitos que no se enmarquen dentro de los políticos, es una herramienta idónea para que el ente investigador pueda realmente priorizar los casos donde se presentan graves violaciones de Derechos Humanos.

De otro lado, el argumento que da la Corte referente a la necesidad de investigar y judicializar los crímenes de lesa humanidad y que afectan el derecho internacional humanitario, no se verían afectados con la aplicación del principio de oportunidad, en el entendido de que existen diversas formas de aplicación del mismo que no necesariamente tienden a la extinción de la acción penal, sino que pueden suspender el trámite de la misma, tal como la que está contemplada en el artículo 326 de la Ley 1312 de 2009, que buscando no generar una impunidad

total, permiten al ente investigador la posibilidad de buscar otra forma más racional y célere de dar por terminado el conflicto entre los derechos de la víctimas y la manutención de la paz.

Así mismo, y tal como lo adujo la misma Corte Constitucional en la sentencia enunciada anteriormente, la aplicación de este principio dentro de la justicia transicional con los desmovilizados, podría constituirse en una herramienta jurídica mediante la cual se estimule el suministro de información y elementos probatorios importantes, de conocimiento de dicha población que permita la desmantelación de grupos criminales o subversivos. Cabe aclarar que dicho principio, tal y como está contemplado en la Ley 1312 de 2009 solo podría ser aplicable a soldados rasos, que se encontraron bajo subordinación de jefes o cabecillas de los grupos al margen de la Ley. Es por ello, que se considera que este tema debe ser objeto de análisis por parte del Congreso de la República, en aras de realizar un desarrollo legal de este principio para las personas desmovilizadas.

De acuerdo a la anterior se puede concluir que el principio de oportunidad en Colombia para los desmovilizados constituye una necesidad para el país, toda vez que este permitiría una agilidad en los procesos judiciales que deberían llevarse a cabo por parte de la Fiscalía General de la Nación en caso de llegarse a un acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y más aún una búsqueda efectiva de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, toda vez que al ser beneficiario el soldado raso de este principio, éste podría optar por una cooperación efectiva con la justicia poniendo en conocimiento de las autoridades, todos aquellos actos de que conociera durante su estancia en la subversión que se consideren como violatorios de los derechos humanos y fundamentales de las personas víctimas del conflicto armado.

Así mismo, se considera que la implementación de este principio para los desmovilizados es una forma de propender por el derecho de igualdad de los desmovilizados “rasos”, toda vez que como se adujo anteriormente, los cabecillas y jefes de los grupos al margen de la Ley, cuentan con una serie de beneficios establecidos en la Ley de Justicia y Paz, que no son aplicables a los miembros rasos de dichas organizaciones criminales. Por lo anterior, de poner el legislador en marcha la iniciativa de incorporación de este principio en el ordenamiento jurídico para los desmovilizados rasos, se pondría en pie de igualdad las oportunidades de acceso de beneficios de éstos frente a los autores intelectuales de las actuaciones ilícitas de los grupos al margen de la Ley.

Cabe aclarar, que el desarrollo legal que se considera pertinente para la regulación de este principio para los desmovilizados, debe ser estricto y concienzudo respecto de los presupuestos, de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, estableciendo la obligación de una cooperación efectiva por parte del ex miembro del grupo armado al margen de la Ley, la cual no solo podría limitarse a la aseveración de éste mediante declaración juramentada, de no haber cometido crímenes en contra de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Por supuesto, que es necesario en todo momento lograr un equilibrio entre los derechos de las víctimas y la aplicación del principio de oportunidad, pero siempre en aras de lograr una protección real del nuevo orden democrático que debe estar necesariamente orientado a la consecución y manutención de la paz.

Sumado a ello, la aplicación de este principio de oportunidad, no excluye la posibilidad de participación de la víctima en su trámite y su derecho a ser escuchada, frente al mismo y a señalar las condiciones en las cuales considera que éste puede o no ser procedente. Si bien es cierto, aun cuando la víctima no hace parte directamente del proceso, la aplicación de este tipo de prerrogativas penales incide en sus derechos a la verdad, reparación y justicia. Pero también es cierto, que el principio de oportunidad se puede convertir en un aliado para ésta, en el entendido de que exista mayor posibilidad de que quien cometió el ilícito pudiera realizar actos reales de reparación, verdad y justicia.

En efecto, el principio de oportunidad debe ser una herramienta que funja como una herramienta para la priorización de la investigación penal y como medio de equilibrio entre el deber de investigar y el deber de reparar. En otras palabras, la aplicación de este principio de oportunidad, debe obligatoriamente estar ligado a la satisfacción real de los derechos de las víctimas, para que pueda ser procedente. De otra manera, si se estaría presentando un desbalance entre los derechos de las víctimas y las ansias de mantener la paz, con el costo que implica la impunidad. En ese sentido lo indica Daza (2011) al señalar que con la aplicación del principio de oportunidad “(...) se estaría aplicando una economía procesal en el sistema judicial con lo resuelto ya sea mediante una conciliación, indemnización integral, desistimiento o transacción” (Daza, 2011, p. 46).

Por supuesto que la participación de la víctima en la aplicación de la procedencia del principio de oportunidad, debe ser activa y permanente, es decir que sus requerimientos deben ser tenidos en cuenta antes, durante y después de que se analice la posibilidad de acudir

a esta forma jurídica para prescindir de la acción penal. Esto se traduciría en una forma de limitar la discrecionalidad del ente investigador en la toma de estas decisiones y la búsqueda de una salida procesal célere que desconozcan los derechos de las víctimas, a la verdad, justicia y reparación (Garzón & Londoño, 2006). En ese mismo sentido lo considera Urbano (2006) al decir que para que proceda este beneficio “(...) el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, es decir **que debe condicionar la razonabilidad de su proceder a la consideración por parte del imputado, de la situación de la víctima y sus derechos y al cumplimiento de las medidas de reparación inherentes**” (negrillas fuera del texto) (Urbano, 2006, p. 44).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En Colombia, la justicia transicional es un mecanismo jurídico que permite al Estado responsabilizar a los actores del conflicto armado por los crímenes cometidos durante el conflicto, con penas más flexibles con el fin de permitir una colaboración de estos, en la consecución de la paz. Asimismo es considerada como una respuesta a las colisiones que existen en la finalización de un conflicto armado entre los derechos de las víctimas a la verdad, reparación y justicia y la necesidad del Estado de concretar su responsabilidad de buscar y mantener la paz y el orden social y democrático que establece la Constitución Política de 1991.

Uno de los principales fines de la justicia transicional es la de generar un escenario de garantías de no repetición de los hechos y causas que dieron lugar al conflicto armada, generando las condiciones mínimas necesarias para la reconciliación entre quienes se desmovilizan y la sociedad en general. Es por ello, que con esta se busca lograr un punto de equilibrio entre los derechos que las víctimas reclaman por una justicia real y material y la consecución de la paz.

Dentro de las principales medidas que se adoptan dentro de la justicia transicional, en lo que respecta al área judicial, son prerrogativas que le sirvan al Estado para efectos de racionalizar el ejercicio de su potestad sancionadora y realizar de la mejor manera posible la investigación y judicialización de los delitos cometidos por el grupo al margen de la ley que se desmoviliza.

Ahora bien, dentro del marco de la justicia transicional Colombia ha tenido antecedentes de ésta, como lo fue la ley de justicia y paz que surgió como norma orientadora del proceso de desarme y desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, que buscó establecer

reglas concretas de penalización y sanción de las conductas realizadas por este grupo al margen de la ley, buscando de un lado dar satisfacción a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y por el otro brindarle posibilidades de punición más flexibles a los desmovilizados de dicha agrupación subversiva.

En el año 2012, Colombia decide complementar este marco de justicia transicional con el Acuerdo Legislativo No. 01 de 2012, denominado el “marco para la paz”, donde se introdujeron entre otras cosas, los parámetros de racionalización de la acción penal y la necesidad de adoptar medidas judiciales eficaces para afrontar el reto que supone la desmovilización de grupos subversivos y la judicialización de los crímenes de que se cometieron en el contexto de sus actividades delincuenciales.

Este uso racional del Derecho Penal, incluye dentro de sus medidas, la generación de beneficios penales para los desmovilizados, en especial en los delitos que no tienen gran relevancia y no representan un grado de afectación mayor a la sociedad, como es el caso de los delitos políticos. Ello fue proyectado por el Estado Colombiano, con el objetivo de orientar sus acciones de investigación y judicialización a los delitos de lesa humanidad, que afectaron los Derechos Humanos de la población colombiana.

Una de estos beneficios penales, fue la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para los desmovilizados que inequívocamente hubieren expresado su voluntad de reintegración a la sociedad, y que no hubieren sido participes o cometido delitos que fueran considerados como de lesa humanidad. Ello fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en el año 2010 mediante la sentencia C – 936. La argumentación principal que expone la Corte, se cimienta en que la aplicación de este principio para los desmovilizados comporta una afectación a los

derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, sumado a que es una forma para el Estado de prescindir de su deber de investigación y judicialización de los delitos cometidos por éstos.

Ello pone de presente una colisión entre la aplicación de este principio (que cumple con la finalidad de la justicia transicional de adoptar mecanismos de mantenimiento de la paz y el uso racional del Derecho Penal) y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación, que tajantemente fue resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia en comento, en pro de los segundos sin entrar a evaluar si quiera la posibilidad de que procediera este principio bajo una interpretación condicionada.

Respecto a ello, varios de los magistrados de la Corte Constitucional, expusieron razones que disienten con la interpretación dada por el alto tribunal, y apoyaron la necesidad de implementar el principio de oportunidad como un beneficio para los desmovilizados dentro del marco de la justicia transicional. Dentro de sus principales argumentos se enuncian entre otros, que la aplicación de este principio, no desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, reparación y justicia, principalmente porque dicho principio, no significa una extinción total de la acción penal, sino que puede presentarse como una suspensión o interrupción de la misma, siempre y cuando se cumplan con los elementos y criterios que le garanticen a las víctimas la satisfacción de sus derechos, sumado a que en ningún momento se estaría silenciando a las víctimas frente a la procedencia de éste en cada caso concreto.

Por el contrario, de la interpretación que realizan los magistrados Sierra Porto, González Cuervo y Henao Pérez, se pone de presente que para la procedencia de dicho principio es menester que la víctima tenga una posición activa frente a dicha posibilidad y exponga sus

razones frente a su conveniencia o no, que además de ser evaluadas por el juez, se encuentran sujetas a un control judicial por parte del juez de control de garantías.

Concordando con dicha posición, a lo largo de este trabajo se expusieron las principales razones que argumentan la pertinencia de este principio como medida dentro de los procesos penales, entre otras:

- La racionalización y uso adecuado de la facultad sancionadora que debe necesariamente orientarse en primera instancia a la investigación y judicialización los delitos de lesa humanidad.
- Los beneficios que se derivan de la aplicación de este principio, que se traducen en la posibilidad de que el desmovilizado tenga una mejor disposición para satisfacer no solo la reparación real de las víctimas, sino también la construcción de la verdad histórica de los hechos acaecidos durante su vinculación, así como de suministrar información de relevancia para la persecución de delitos de lesa humanidad.
- El impacto positivo que la aplicación de este principio tendría dentro de la investigación a la que se verá sometida la Fiscalía General de la Nación, y la política criminal de priorización que establece el marco jurídico de la paz, que difícilmente puede lograrse si son investigados todos y cada uno de los delitos cometidos por el grupo subversivo, que no solo significan una quimera para el aparato judicial y el ente investigador, sino que se hace imposible en un contexto judicial como el Colombiano, caracterizado por una constante paquidermia judicial.

En atención a estas razones y a las demás expuestas a lo largo del trabajo, se considera que no es de recibo la posición de la Corte Constitucional de prescindir de la aplicación del principio de oportunidad en el marco de la justicia transicional y se disiente de su argumentación principalmente porque de la aplicación de este principio no se denota en ningún momento una afectación real de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, ya que de un lado su aplicación no excluye la posibilidad de participación de la víctima para su procedencia, ni que se prescinda totalmente la acción penal.

Por el contrario, su procedencia en el contexto de la desmovilización, debe estar orientado a una justicia real y material y a una reparación integral (económica y moral) a la víctima que difícilmente puede ser lograda por el Estado Colombiano, con el uso irracional del *ius puniendi* y con una aplicación de un castigo desmedido, que solo tendría un fin retributivo, antes que reparador.

Ahora bien, Colombia en el presente año, luego de varios años de negociación, logró un acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que marca un hito histórico, al poner en el centro de la discusión la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación, verdad y justicia. Para efecto de ello, establece la denominada Jurisdicción de Paz, que establece para el caso de los delitos políticos la posibilidad de concesión de indultos y amnistías, y para los demás delitos (que no se encuentren relacionados con delitos de lesa humanidad) penalizaciones más flexibles que incentivarán su colaboración con la consecución de la verdad.

Ahora bien, con los argumentos expuestos con anterioridad es clara la relevancia que podría tener la aplicación del principio de oportunidad en este contexto del acuerdo entre las

FARC y el Estado Colombiano, lo que hace necesario replantear el modelo de justicia transicional que a la fecha se encuentra consagrado en el Marco Jurídico para la Paz, a fin de implementar el uso de mecanismos como el principio de oportunidad, con el propósito de que se racionalice el uso del *ius puniendi* y de esta forma se oriente la acción penal en los dirigentes de las FARC que hubieren cometido delitos de lesa humanidad.

En efecto, el principio de oportunidad es una herramienta que desde el Derecho Penal puede contribuir mucho con el esquema formulado por los Acuerdos de la Jurisdicción para la paz, usando éste como una medida mediante la cual los soldados “rasos” que no pueden ser objeto de amnistías e indultos, colaboren con la justicia y con los derechos de las víctimas, mediante el suministro de información de crímenes de lesa humanidad perpetrados por sus superiores, a cambio de la cesación o la suspensión de la acción penal según sea el caso.

Ahora bien, la necesidad de la consecución de la paz, bajo ninguna circunstancia puede constituirse como una excusa para dejar a un lado los intereses de las víctimas a conocer la verdad, y a que sean reparados simbólicamente y económicamente los daños ocasionados con el conflicto armado. En ese sentido el operador jurídico debe propender porque la aplicación del principio de oportunidad se realice siempre con atención a los postulados de verdad, justicia y reparación, como elemento previo al otorgamiento de este beneficio penal y a una verdadera justicia material.

En lo que respecta a los delitos de lesa humanidad, es imperante continuar con la línea jurisprudencial establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que es responsabilidad del Estado, perseguir y castigar a los actores de dichos hechos, al punto tal que se convierte en una obligación ineludible para el Gobierno Colombiano, lo cual debe ser

tenido en cuenta al momento de aplicar el principio de oportunidad en el marco de la justicia transicional, para evaluar concienzudamente la procedencia o no de esta figura con atención a dichos parámetros.

De otro lado, el Estado Colombiano debe evitar a toda costa la impunidad de las atrocidades cometidas en el conflicto armado, y por ende debe apoyarse del Derecho Penal y del Derecho Comparado, para proponer una justicia transicional acorde con los actos cometidos por las partes del conflicto.

REFERENCIAS

DOCTRINA

Abuchaibe, H (2010). La Declaración del Milenio y la justicia transicional en Colombia. *Oasis: Observatorio de análisis de los sistemas internacionales*, 15, 301 – 314

Arroyave, D., Londoño, N. (2013). Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de los estándares de reparación de víctimas en el Valle del Cauca. Trabajo de grado para optar al título de abogadas. Pontificia Universidad Javeriana. Cali.

Barbosa, F (2013). La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano, *Revista Derecho del Estado*, 31, 97 – 117.

Bernal, J., Montealegre, E. (2004) El proceso penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Brown, D. (1999). *The International Criminal Court and Trial in Absentia*, *Brooklyn Journal of International Law*, 3, 763 – 796.

Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2009)¿Qué es la justicia transicional? Consultado el 27 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). Yo apporto a la verdad acuerdos de contribución a la verdad y a la memoria histórica. Bogotá: Procesos digitales.

- Chaves, J & Molina, A (2007). La justicia transicional: de la razón a la racionalidad y de la racionalidad a la razón. *Antipoda: Revista de Antropología y Arqueología*, 4, 225 – 242.
- Daza, A. (2011). La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal en la ley 906 de 2004. Bogotá: Centro de Investigación Socio – Jurídica de la Universidad Libre de Colombia.
- Daza, A. (2006). Víctima en el sistema procesal penal acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. Bogotá. Universidad Libre de Colombia.
- De Gamboa, C (2005). Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado. *Revista Estudios Socio – Jurídicos*, 7(1), 21 – 42.
- Durango, G (2011). Justicia, derecho e igualdad. *Revista Fórum*, 1(1), 35 -64.
- Elster, J. (2006). Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz Editores.
- Garzón, A., Londoño, C. (2006). Principio de oportunidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez, L (2014). La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional. *Revista Estudios Socio – Jurídicos*, 16(2), 23 – 60.
- Ibañez, A. (2005). El principio de oportunidad: *Vniversitas*, 109, 73-94.
- Jaramillo, J (2011). Iván Orozco. 2009. Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria. *Revista de estudios sociales*, 39, 158 – 163.
- López, C (2012). Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 117, 515 – 579.

Mestre, J. (2003). La discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de Derecho, *Criminología y Victimología*, 4, 145 – 173.

Observatorio de Construcción de Paz. (2013). Justicia Transicional y Construcción de Paz. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Orjuela, A & Lozano, C (2012). La indeterminación del campo de la Justicia Transicional en Colombia. *Revista Estudios Socio – Jurídicos*, 14(1), 225 – 281.

Palacio, M. (2008). Víctimas y reparación. Bogotá. Editorial Leyer.

Patiño, M. (2009). La intervención procesal de la víctima. Primera Edición. Bogotá: Edición de la Universidad nacional de Colombia.

Quinche, M. & Peña, R (2014). La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia. *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 7, 113-159.

Riveros B. (2008). Reflexiones teoricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. *Universitas*, 116, 173 – 200

Rodríguez, G (2011). Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia. *Justicia Juras*, 7(2), 52 – 66.

Rodríguez G., Contreras A. (2006). Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del derecho procesal penal del siglo XXI. *Justicia*, 3, 53 – 106.

Rodríguez G., Andrade, F. (2012). Análisis crítico de la posible utilización del principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de los delitos de corrupción. *Justicia*. 1, 253 -321.

Sampedro, J. (2010). Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Sandoval, A., Matus, G., Tulena, J., Triana, G, D (2009). Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2, 37 – 78

Torregrosa, R (2011). Algunas reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia desde el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 35, 45 – 55

Uprimmy, R., Saffon, M, P., (2008). Usos y abusos de justicia transicional en Colombia. *Anuario de Derechos Humanos*, 165 – 195.

Uprimmy, R., Sánchez, L., Sánchez, N. (2014). Justicia para la paz crímenes atroces derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Ediciones Antropos.

Urbano, J. (2006). Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. Colombia: Procuraduría General de la Nación.

Valdivieso, C, A, M (2012). La justicia transicional en Colombia. Los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política de Santos, *Papel Político*, 17(2), 621 – 653.

Valencia, V. H. (2007). Introducción a la justicia Transicional. En Conferencia Magistral impartida en la Catedra Latinoamericana “Julio Cortázar”. México: Universidad de Guadalajara.

Valles, Y. (2014). Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia. Trabajo de grado para optar al título de Magister en derecho con profundización en derecho penal. Universidad Nacional de Colombia.

LEGISLACIÓN

Colombia. Constitución Política de Colombia. (2014). Bogotá: Leyer.

Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Consultado el 25 de julio de 2016. Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Congreso de Colombia. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45658 del 1 de septiembre de 2004.

Congreso de Colombia. Ley 975 del 25 de julio de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial No. 45980 del 25 de julio de 2005.

Congreso de Colombia. Ley 1312 del 9 de julio de 2009. Por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad. Diario Oficial.

Congreso de Colombia. Ley 1424 del 29 de diciembre de 2010. Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las

víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47937 del 29 de diciembre de 2010.

Congreso de Colombia. Ley 1448 del 10 de junio de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48096 del 10 de junio de 2011.

Congreso de Colombia. Acto Legislativo No. 01 del 31 de julio de 2012. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48679>

Congreso de Colombia. Ley 1592 del 3 de diciembre de 2012. Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48633 del 3 de diciembre de 2012.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultada el 17 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consultado el 17 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (1985). Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Consultada el 25 de agosto de 2016. Recuperada de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C – 936 del 23 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C – 209 del 21 de marzo de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 370 del 18 de mayo de 2006. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C – 228 del 3 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional. Sentencia C – 225 del 18 de mayo de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988. Consultada el 25 de julio de 2016. Recuperada de: <http://www.corteidh.or.cr/>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de enero de 2011. Expediente No. 35643. Magistrado Ponente. José Leónidas Bustos Ramírez.

WEBGRAFÍA

Comisión de Derecho Humanos. Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005. Consultada el 25 de julio de 2016. Recuperada de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Fiscalía General de la Nación. (2016). Sentencias de la ley de justicia y paz. Consultada el 1 de septiembre de 2016. Recuperado de: http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/ley_justicia_y_paz/

Organización de Naciones Unidas. Resolución No. 60/147 del 16 de diciembre de 2005. Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Consultado el 1 de septiembre de 2016. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Universidad La Gran Colombia. (s.f.). Guía unificada para la presentación de propuestas y anteproyectos de investigación. Consultada el 1 de agosto de 2016. Recuperada de: <http://es.slideshare.net/jcmora77/guia-unificada-anteproyecto-y-propuesta-de-inv-ugc>