

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha tomado nota de las modificaciones propuestas en el Proyecto de Ley Estatutaria No 85 de 2003-Senado, “por la cual se dictan disposiciones en procura de 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”.

La Oficina ha observado con interés los cambios introducidos al proyecto original, entre los cuales destaca, como avances importantes, los que prevén:

? La privación efectiva de la libertad por un período determinado para las personas sometidas a la pena alternativa.

? El establecimiento de un período de control posterior al cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad.

? La organización, sistematización, conservación y publicidad de los archivos del Tribunal para la verdad, la justicia y la reparación.

Estos cambios podrán contribuir al reconocimiento eficaz de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra.

La Oficina también observa que el contenido de otras propuestas genera varios interrogantes sobre su compatibilidad con las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. La Oficina tiene la confianza de que será posible introducir en el Proyecto los cambios necesarios para asegurar su pleno ajuste a la normativa internacional.

En el documento anexo se recogen las observaciones y recomendaciones de la Oficina sobre el Proyecto. A continuación se resume el contenido de dicho anexo.

Derecho a la verdad:

El texto del Proyecto ha previsto la existencia del Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación, que tendrá entre sus funciones la de investigar la realidad procesal. Sin embargo, este organismo no podrá ocuparse de un análisis histórico y sociológico de los hechos, ni de un examen de las responsabilidades de los servidores públicos que con sus acciones u omisiones hayan podido comprometer la responsabilidad del Estado.

La Oficina ha observado que, para hacer efectivo el derecho de las víctimas a la verdad, es importante que los procesos de negociaciones de paz incluyan el establecimiento de una

comisión extrajudicial de esclarecimiento, independiente e imparcial, encargada de establecer los factores políticos, económicos, sociales y culturales que generaron y mantuvieron el conflicto armado interno y la vulneración de los derechos humanos.

Derecho a la justicia:

La Oficina reitera que para impedir la impunidad y garantizar el debido proceso todo proyecto de ley en materia de alternatividad penal deberá:

? Respetar el principio de proporcionalidad al fijar las penas, en particular las que sancionarán los delitos que puedan considerarse crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

? Asegurar la vigencia de los principios de independencia judicial y de igualdad ante la ley, que podrían afectarse en razón de la intervención del Ejecutivo en varias etapas del proceso judicial.

? Dar más amplitud y garantía a la participación de las víctimas en los procesos contra los autores de los crímenes.

? Establecer mecanismos adecuados para asegurar que el patrimonio derivado de actividades ilícitas pueda ser recuperado por el Estado, y aplicado al logro de la reparación.

? Tener en cuenta la existencia de la jurisdicción universal y el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Derecho a la reparación:

La Oficina observa que en el proyecto persisten varias debilidades en lo relacionado con la efectividad de la reparación debida a las víctimas, y con la determinación de las responsabilidades del Estado en este campo.

A juicio de la Oficina, la reparación deberá ser obligatoria cuando los responsables del hecho tengan patrimonio derivado de actividades ilícitas. También deberá ser obligatoria la colaboración eficaz del potencial beneficiario de las medidas de alternatividad en el esclarecimiento de los hechos. Tal colaboración deberá ser requisito indispensable para acceder a los beneficios previstos por la ley.

Observaciones adicionales:

La Oficina reitera sus anteriores observaciones sobre la inconveniencia de que un proyecto de alternatividad penal beneficie individualmente a miembros de grupos armados al margen de la ley que no hayan firmado un acuerdo de paz y declarado la cesación de hostilidades.

Finalmente, la Oficina desea recordar las obligaciones del Estado relacionadas con la aplicación de un enfoque integral de género en todas sus políticas y disposiciones normativas, incluidas las relativas a la paz y a la búsqueda de la reconciliación nacional. Este enfoque debe tener en cuenta los efectos específicos de la guerra sobre los derechos y libertades de las mujeres y de las niñas afectadas por el conflicto armado.

ANEXO

Observaciones a la propuesta de pliego de modificaciones al Proyecto de Ley Estatutaria No 85 de 2003-Senado, “por la cual se dictan disposiciones en procura de 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”

Bogotá, 6 de mayo de 2004

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha tomado atenta nota de la propuesta de pliego de modificaciones elaborada por el Gobierno en relación con el Proyecto de Ley Estatutaria No 85 de 2003-Senado, “por la cual se dictan disposiciones en procura de 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”.

La Oficina ha observado con interés varios de los puntos incluidos en el pliego de modificaciones, y considera que ellos representan mejoras y avances en lo relacionado con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En este sentido destaca la incorporación de normas en las cuales se prevén:

? la privación efectiva de la libertad por un período determinado;

? un período de control posterior al cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad;

? la organización, sistematización y conservación de los archivos de un tribunal, que constituye un elemento complementario importante para la realización del derecho a la verdad.

A la vez, la Oficina nota que otras disposiciones del pliego plantean, por sus contradicciones y debilidades, varios interrogantes. En consecuencia, debe fortalecerse el texto en varios aspectos.

Como producto de un análisis la Oficina desea presentar algunas observaciones orientadas a contribuir, con su asesoría, a la elaboración de un texto que en la consecución de los objetivos de una paz efectiva sea compatible con las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Estas consideraciones se hacen en tres apartes:

1. Derecho a la verdad
2. Derecho a la justicia
3. Derecho a la reparación

1. Derecho a la verdad:

El derecho a la verdad ha sido desarrollado en diversas normas y jurisprudencia internacionales, y principalmente en el marco del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad. Este último ha sido el que el Gobierno nacional ha acogido en su documento de Política de lucha contra la impunidad.

Es meritorio el esfuerzo realizado por incorporar entre las funciones del nuevo tribunal especial, llamado “Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación”, las relacionadas con los archivos y su accesibilidad al público en general.

Sin embargo, la actuación del tribunal no parece asegurar adecuadamente la dimensión del derecho a la verdad. El tribunal estará esencialmente enfocado en la investigación de los hechos necesarios para establecer la existencia de los crímenes, la responsabilidad de sus autores y las sanciones aplicables. Su investigación buscará el hallazgo de la verdad procesal, pero por varias razones no podrá incluir un análisis histórico y sociológico de la realidad en la que se insertan esos hechos, ni hará necesariamente un análisis sobre la responsabilidad institucional o personal de servidores públicos que con sus acciones u omisiones hayan podido comprometer la responsabilidad del Estado.

En este sentido, es menester observar que el derecho de las víctimas a la verdad necesita de otros mecanismos para completar lo que pueda realizar el tribunal. Por ello, la Oficina con anterioridad ha observado que es de desear que los procesos de negociaciones de paz

traigan, como uno de sus resultados, el establecimiento por la ley de una comisión extrajudicial que se encargue, obrando en un marco de plena independencia e imparcialidad, de esclarecer los factores de diverso orden —políticos, económicos, sociales, militares y culturales— que contribuyeron a desatar, a reproducir y a prolongar el conflicto armado interno y a tornar más crítica la situación de los derechos humanos.

Esta comisión —que podrá tener una composición mixta, e integrarse con nacionales y extranjeros— deberá conformarse con personas probas e idóneas, cuyo trabajo asegure óptimos grados de eficiencia, solicitud y compromiso. Según las exigencias internacionales sobre la materia, la integración de ese cuerpo colegiado deberá responder a criterios que hagan patente a la opinión pública la imparcialidad de sus miembros, los cuales tendrán asegurada la inamovilidad y gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para darles cabal protección.

Por otra parte, como la Oficina observara en anteriores oportunidades, un elemento que podría significar una contribución sustantiva al derecho a la verdad sería la exigencia, entre las condiciones o requisitos para acceder a los beneficios previstos por la ley, de la contribución efectiva del potencial beneficiario a la realización de dicho derecho. Esto se haría exigiendo la efectiva colaboración de aquel con la justicia y el aporte de elementos de información que permitan ubicar el paradero de las víctimas de desapariciones forzadas, o de los rehenes, así como la eventual participación o responsabilidad de otras personas, en particular de servidores públicos, en los hechos. Esto último solo está considerado en el proyecto como una forma eventual de reparación (artículo 24).

Llama la atención de la Oficina que la definición de víctima se refiera únicamente a quienes hayan sufrido daños como consecuencia de conductas punibles cometidas con ocasión del conflicto armado. En este marco, quedarían incluidas en el presente proyecto las víctimas de conductas tipificadas en el título II del Código Penal, sobre los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, excluyendo a las víctimas de otras conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad como las desapariciones forzadas.

Adicionalmente la Oficina considera pertinente que la legislación tenga en cuenta las condiciones particulares de las víctimas del conflicto armado, tales como el hecho de ser mujer, ya que la guerra genera efectos diferenciales para las niñas y las mujeres. Dar un tratamiento específico a las mujeres víctimas del conflicto armado permitirá que las acciones que las afectan de manera particular, no queden excluidos de los procesos de esclarecimiento de la verdad.

2. Derecho a la justicia:

Para hacer efectivo el derecho a la justicia se requiere de la aplicación de los principios y garantías relacionados con el debido proceso, así como del respeto de los elementos que permitan evitar la impunidad.

El principio de proporcionalidad, que debe existir entre las sanciones adoptadas y la gravedad de los hechos y la responsabilidad de los autores, constituye un elemento clave para evitar la impunidad. No obstante haber reconocido como un avance la previsión de la pena efectiva de privación de libertad, el período previsto (entre 5 y 10 años) puede ser desproporcionado en relación con algunas conductas, en particular cuando aquellas son constitutivas de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Asimismo, el período previsto para algunas penas accesorias también puede ser considerado no proporcional y, según el caso, no consistente con el período de privación de libertad previsto en el proyecto (el cual puede ser de hasta 10 años, mientras que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas se prevé por 5 años, por ejemplo).

La Oficina desea reiterar algunas observaciones relativas a la proporcionalidad, y su relación con las penas y las modalidades de cumplimiento de éstas, en aras de impedir la impunidad. La Oficina ya expresó con anterioridad algunos elementos de orientación, entre ellos :

? La necesidad del cumplimiento efectivo de un período de privación de libertad en prisión, particularmente en el caso de crímenes atroces.

? La aplicación de penas sustitutivas de la pena privativa de la libertad para los responsables de esos delitos (mediante prisión domiciliaria o restricción domiciliaria) cumplidas bajo el control efectivo de los jueces de ejecución de penas.

? El otorgamiento de penas sustitutivas sólo para los casos de cumplimiento de unos requisitos, tales como la reclusión en establecimiento carcelario o penitenciario previo por un tiempo razonable; la observancia de una conducta que, seria y fundadamente, permita al juez excluir la existencia de un peligro para la comunidad y de la evasión del condenado; la realización de actos de reparación legalmente previstos a las víctimas y de actos encaminados a la superación del conflicto o la consecución de la paz.

? La concesión del beneficio de la libertad condicional para autores de violaciones graves de derechos humanos o de crímenes de guerra sólo después del cumplimiento de una parte razonable de la condena, así como de la observancia de una conducta que permita al juez

estimar innecesario continuar con la ejecución de las penas sustitutivas.

? El control del cumplimiento de los compromisos y obligaciones del beneficiario durante el tiempo que reste por cumplirse de la pena cuya ejecución haya sido suspendida.

La Oficina estima -adicionalmente al tema de la proporcionalidad antes expuesto- que la definición de pena alternativa debería reformularse para aportar mayor claridad a la misma. Al mismo tiempo, cree conveniente señalar que, tal como está planteada en el proyecto, la llamada pena alternativa se asemeja más bien a una reducción del tiempo efectivo de cumplimiento de la condena.

La Oficina advierte que entre las penas accesorias el proyecto incluye, en su artículo 32, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, entre estas inhabilidades no aparecen aquellas que impiden el acceso a cargos de elección popular, ya que se refiere al ejercicio de “cualquier función pública derivada de dignidad, honor o nombramiento dispuestos por las entidades oficiales”.

La Oficina considera útil plantear igualmente la conveniencia de desarrollar con mayor amplitud y garantías en el proyecto de ley la intervención de la víctima en los procesos de que trata dicho proyecto.

La Oficina observa la pertinencia de una reflexión sobre la compatibilidad de la creación de un tribunal especial con posterioridad a los hechos y el principio jurídico del derecho al juez natural. Así mismo, el artículo 13 del proyecto, que dispone la exclusión de cualquier recurso contra la imposición de la pena, no resultaría compatible con el principio de la doble instancia previsto en las normas internacionales. La prohibición de un planteamiento de conflicto de competencia, dispuesta por el artículo 2 del proyecto, parece igualmente incompatible con la normativa internacional.

También observa la Oficina algunas dificultades relacionadas con lo dispuesto por el artículo 9, sobre la unificación de procesos. Sería conveniente examinar si es compatible la acumulación de procesos que estén en diferentes etapas procesales, así como aclarar la suerte de las sentencias condenatorias previas y su relación con lo establecido por el presente proyecto.

La disposición que prevé el cómputo del tiempo de permanencia en una zona de concentración decretada por el Gobierno nacional como parte de la pena efectivamente cumplida (artículo 13) puede ser incompatible con el principio de proporcionalidad en varios casos, en particular aquellos relacionados con conductas constitutivas de crímenes de

guerra y crímenes contra la humanidad. Las condiciones de permanencia en dicha zona distan bastante de las que se aplican a la privación de libertad en un centro de reclusión. Adicionalmente, el período y las modalidades de permanencia en una zona de concentración son indeterminados, y bastante inciertos en cuanto a las circunstancias, las perspectivas de la negociación y las etapas en que se asumen compromisos concretos, así como a la sostenibilidad misma.

El proyecto plantea un sistema mixto de decisiones con la intervención del Ejecutivo, y particularmente del Presidente de la República, en varias etapas del proceso. Esta intervención, que inhabilita al juez para tomar la decisión judicial final en el otorgamiento de los beneficios, no parece estar en conformidad con el principio de la independencia judicial. Considerando que, además, la decisión del Presidente es discrecional, el principio de igualdad puede verse afectado en los casos en que, ante similares o idénticas situaciones, se les concedan los beneficios y a unas personas y a otras no.

Otras disposiciones plantean igualmente algunas dudas o la necesidad de aclaración, tales como las previstas en el artículo 6, donde se establece que el Gobierno nacional entregará al Tribunal un listado de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que “eventualmente” puedan ser beneficiarios de los mecanismos de alternatividad penal. No queda claro si esa atribución corresponde al Tribunal quien, según el artículo 11, debe evaluar el cumplimiento de los requisitos exigidos para poder ser beneficiario de dichos mecanismos o el Presidente de la República, quien realizaría un primer filtro para establecer los “eventuales” beneficiarios. En este último supuesto podría tratarse de un prejuzgamiento por parte del Gobierno.

Por otra parte, la eventual aplicación del artículo 35 del proyecto a hechos anteriores a la entrada en vigencia de la ley, mediante el cual se crea un nuevo tipo penal, plantea interrogantes relacionados con los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal. Para que no se confunda con la disposición general aplicable al proyecto en examen que señala que dicho proyecto se aplicará a los hechos ocurridos con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley, debería quedar claro que ese nuevo tipo penal regirá para hechos que ocurran después de ese momento.

Para garantizar la efectividad de la justicia, y cerrar los canales que puedan conducir a la impunidad, la Oficina observa que algunas disposiciones pueden ser contraproducentes, ya sea por la debilidad de los recursos que se prevén para las investigaciones o por los plazos extremadamente breves. Esto se plantea, por ejemplo, en el número restringido de miembros del Tribunal y de jueces de ejecución de penas (artículos 2 y 4), así como en el plazo de 30 días para dictar sentencia, establecido en el artículo 9 del proyecto.

Otro aspecto para la efectividad de la justicia es el que se relaciona con las exigencias e investigaciones en materia patrimonial y el destino de las propiedades de los responsables de los crímenes cubiertos por el presente proyecto. Este tema ameritaría mayor desarrollo y contenido para garantizar mejor la plenitud y efectividad del derecho a la justicia. Es necesario contar con mecanismos y recursos pertinentes, para asegurar que el patrimonio derivado de actividades ilícitas sea recuperado por el Estado, y pueda aplicarse a finalidades reparatorias. Más allá de la reparación -aspecto desarrollado más adelante en este documento- las sanciones que se apliquen a los responsables de las conductas descritas por el proyecto deberían incluir siempre las de carácter patrimonial.

Es también pertinente que se desarrolle y reconozca en el proyecto de ley el impacto del conflicto armado sobre los derechos de las mujeres, por ejemplo, en algunos casos se considera que los actos de violencia, como la sexual, son costos de guerra o daños colaterales. En la actualidad, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha incluido como crímenes de lesa humanidad y de guerra, los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave a los Convenios de Ginebra.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta en procesos de reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, es la escasa judicialización de los delitos ejercidos en contra de la mujer. Generalmente, las víctimas se abstienen de comunicar lo que les pasó por el miedo, el pudor o a la desconfianza hacia el sistema judicial. Es así como la mayoría de estas violaciones quedan en la impunidad. En consecuencia, la Oficina considera que es esencial asegurar los mecanismos idóneos y efectivos para hacer valer el derecho a la justicia de las víctimas mujeres y niñas.

Con el ánimo de garantizar el respeto de las obligaciones y compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, la Oficina desea destacar la importancia de que el proyecto de ley en examen no impida la aplicación de la jurisdicción universal y de la justicia penal internacional. Es, por lo tanto, importante que permanezcan vigentes todos canales que permitan cumplir con los requerimientos internacionales, en particular de los tribunales extranjeros o de la Corte Penal Internacional, cuando corresponda.

3. Derecho a la reparación:

La Oficina observa que el proyecto continúa adoleciendo de debilidades innecesarias en materia de derecho a la reparación, y particularmente en cuanto a las garantías para que ésta se haga efectiva para las víctimas, así como respecto de la responsabilidad del Estado

en la materia.

Tomando en cuenta las dificultades para establecer la situación patrimonial de los responsables de los crímenes objeto de este proyecto -debido particularmente a la existencia de testaferros y al lavado de activos- la ejecución efectiva de las obligaciones en materia de reparación no parece quedar plenamente garantizada. Esto plantea, además, y por las mismas razones, algunas dudas en cuanto a la eficacia del Fondo de Reparación cuya creación dispone el artículo 28 del proyecto.

En el caso de la existencia de patrimonio producto de actividades ilegales la reparación patrimonial, prevista en los numerales 5 y 6 del artículo 24 del proyecto, debería ser siempre obligatoria y no figurar solamente como una de las varias modalidades de reparación, que puede ser impuesta o no. En cuanto al numeral 2 del mismo artículo, referido a la colaboración eficaz del potencial beneficiario al esclarecimiento de los hechos, no sólo debería ser obligatoria, sino que, además, como ya se expresó más arriba, debería integrar las condiciones o requisitos exigibles para poder acceder a los beneficios previstos por la ley.

El artículo 27 prevé la ayuda del Estado en materia de reparación, pero no incluye adecuadamente la responsabilidad que corresponde al Estado. Según los principios internacionales debe responder no sólo cuando es directa o indirectamente responsable de los hechos (por acción u omisión de sus agentes), sino también cuando los responsables no cumplen con su obligación de reparar o no tienen los recursos para hacerlo. Esos principios disponen: “Cuando el responsable de la violación no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones, los Estados deberían esforzarse por resarcir a las víctimas que hubieran sufrido daños físicos o mentales y a sus familiares, en particular cuando dependan de personas que hayan muerto o hayan quedado incapacitadas física o mentalmente a causa de la violación de las normas. Con este propósito, los Estados deberían crear fondos nacionales para resarcir a las víctimas y buscar otras fuentes de financiación cuando fuera necesario para complementarlos.”

También aprecia la Oficina que en la definición de reparación directa se incluye el concepto de satisfacción y de garantías de no repetición entre las formas de reparación que a través de una o más prestaciones debe cumplir el responsable de la conducta. Sin embargo, es pertinente reiterar que estas formas de reparación corresponden, por su naturaleza, esencialmente al Estado y no al responsable. Por esta razón, parece importante incorporar al Estado en este tipo de reparaciones, y distinguir las de aquellas que corresponden, en primer lugar, a los responsables.

La Oficina considera que las medidas que buscan la reparación de las víctimas deben reconocer la situación particular de las mujeres y las niñas en el marco del conflicto armado e implementar mecanismos específicos que permitan dar respuestas eficaces para atender sus necesidades específicas.

Observaciones adicionales:

La Oficina reitera su preocupación relacionada con la pertinencia y conveniencia de la aplicación individual, prevista en el presente proyecto en los casos determinados por el artículo 17. En ese marco, en una temprana oportunidad, la Oficina expresó: Cuando se hace un repaso de otras experiencias internacionales [...] se puede constatar que, en su gran mayoría, las medidas para favorecer de alguna manera a aquellos que se acogían a abandonar la guerra se planteaban en procesos de paz que mostraban avances significativos, y se daban como producto de la negociación y de acuerdos de finalización del conflicto armado. En este sentido, además de la oportunidad, esas medidas han estado vinculadas a compromisos colectivos de los grupos que eran parte en las negociaciones. Este último aspecto incide tanto en las perspectivas reales de alcanzar la paz y el silencio de las armas, como en la protección y seguridad con la que los miembros de esos grupos, signatarios de dichos acuerdos, pueden efectivamente contar al compartir esos mismos propósitos con su propio grupo.

La Oficina se pregunta sobre la pertinencia de incluir en este proyecto una disposición, como la del artículo 36, para incluir la aplicación de la suspensión condicional de la pena a miembros de grupos armados al margen de la ley “para facilitar la aplicación del derecho internacional humanitario”, y sin que se exija la declaratoria de un cese de hostilidades ni la firma de acuerdos de paz. Considerando que se refiere a otros casos distintos de los que trata el presente proyecto y que, por esa misma razón, no desarrolla ni las modalidades, ni las condiciones, los requisitos y los compromisos que se aplican a los casos previstos en dicho artículo, sería conveniente excluir este tema del proyecto bajo examen.

Finalmente, la Oficina desea recordar las obligaciones del Estado relacionadas con la aplicación de un enfoque integral de género en todas sus políticas y disposiciones normativas, incluidas las relativas a la paz y a la búsqueda de la reconciliación nacional. Para poner en práctica estas obligaciones debe tomarse en cuenta la especificidad de las víctimas mujeres en la realización de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como asegurar la efectiva participación de aquellas en los procesos y programas vinculados a dichos aspectos.