

1. Introducción

- 1.1. El mensaje del Presidente Santos es: tenemos toda la voluntad de construir una solución sensata y equilibrada en materia de justicia para llegar al fin del conflicto, sobre la base de las discusiones con ustedes. Pero tenemos que ser conscientes de los parámetros dentro de los que nos podemos mover para encontrar una ruta adecuada.
- 1.2. Los valores a los que le debemos apuntar son, en primer lugar, la seguridad jurídica de quienes han participado en el conflicto, incluyendo el cierre en un tiempo razonable de los procesos judiciales; y en segundo lugar, la satisfacción de los derechos de las víctimas. Si no logramos esos dos objetivos la solución no tendrá legitimidad ni para ustedes ni para nosotros. Y si no tiene legitimidad, no tendrá sostenibilidad en el tiempo y no habremos hecho nada.
- 1.3. La legitimidad de la fórmula es una legitimidad jurídica, en la medida en que se enmarque dentro de las expectativas del derecho actual: de la legislación nacional y del sistema internacional. Y es también una legitimidad política, en la medida en que satisfaga las expectativas de los colombianos y en especial de las víctimas sobre una fórmula justa.
- 1.4. El marco de cualquier solución es el fin del conflicto, que nos abre la posibilidad de ponderar el derecho a la justicia con el derecho a la paz y de encontrar una fórmula que cubra a todos quienes han participado en el conflicto, de acuerdo con su nivel de responsabilidad. El simple hecho de terminar el conflicto y dejar las armas es de por sí una contribución importante a la justicia que hay que valorar.
- 1.5. Queremos insistir en eso: el marco de lo que estamos haciendo es el fin de una guerra de más de 50 años. En esa guerra se han cometido no solo excesos sino graves infracciones y violaciones, que es la realidad que tenemos que afrontar. A nuestro juicio, para enmarcar jurídicamente estos hechos tenemos que establecer, en el caso de las FARC, la relación entre el delito político que cometen al participar como rebeldes en el conflicto, y la justicia transicional, que es la garantía para las víctimas de que sus derechos serán respetados.
- 1.6. Tenemos una enorme oportunidad para hacer lo que nadie ha hecho: lograr como resultado de una negociación y de manera voluntaria la satisfacción de los derechos de las víctimas y la construcción de una fórmula jurídica razonable. En lugar de lo que ha ocurrido en tantos países del continente: que se llega a un acuerdo político y luego, años más tarde, interviene la justicia y desconoce lo acordado. Por eso la legitimidad de la fórmula es fundamental.

17.01.2015

Documento de trabajo

1.7. Esa legitimidad depende:

- Del hecho de que no habrá una amnistía general. Hoy es imposible el “perdón y olvido”. Esa solución no solamente es ilegal frente a los crímenes internacionales: no contaría con ningún apoyo nacional ni internacional, y por tanto no ofrecería ninguna seguridad jurídica. Digámoslo claramente: una amnistía general no está sobre la mesa, ni corresponde a los principios sobre las víctimas que acordamos en el mes de junio, en particular el compromiso de “no intercambiar impunidades”, en la frase de Iván Márquez.
- De que se les responda a las víctimas en materia de verdad, justicia y reparación, como ya acordamos en los Principios. Para que haya una solución razonable en materia de justicia debe haber un compromiso fuerte con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación. Una cosa depende de la otra.
- De que se incluya a todos quienes tienen responsabilidad por violaciones o infracciones cometidas en el marco de conflicto, incluyendo a agentes del estado y civiles que puedan haber actuado como determinadores o financiadores. No estamos mirando esto con un solo ojo.
- De -como ya dijimos- un proceso serio y transparente de dejación de armas y reincorporación a la vida civil. Si la gente ve claramente que el conflicto se terminó de verdad tendrá más disposición a entender que se deben ponderar la justicia y la paz.

1.8. Estamos convencidos de que es posible construir una solución jurídica digna y razonable, para ustedes y para las víctimas. Ningún otro punto del acuerdo ha tenido y tendrá tanta atención en Colombia y en el mundo. Hoy queremos sentar el marco de esa discusión con ustedes.

2. Parámetros

Como dijimos al comienzo, tenemos que ser conscientes de los parámetros dentro de los que nos tenemos que mover.

2.1. En primer lugar, está el hecho de que la justicia colombiana desde hace décadas viene investigando y condenando a los miembros de las FARC-EP. Esa es una realidad. Un par de ejemplos: en una primera revisión que hicimos de los procesos judiciales encontramos que Iván tiene por lo menos 40 condenas por todo tipo de delitos, además de más de 190 procesos en curso y 130 órdenes de captura, y 2 órdenes de extradición. Timochenko tiene por lo menos 38 condenas, 163 procesos en curso y 118 órdenes de captura, y un proceso abierto en los Estados

17.01.2015

Documento de trabajo

Unidos. Y Pablo tiene 10 condenas, 70 procesos en curso, 51 órdenes de captura y un proceso en los Estados Unidos. Los 3 enfrentan una condena efectiva de 60 años y un proceso en Estados Unidos.

Mencionamos esto simplemente para recordar cuál es la realidad que enfrentamos. Hoy en día hay más de 20.000 procesos judiciales en curso y de 5.600 órdenes de captura contra miembros de las FARC-EP.

2.2. En segundo lugar, está el derecho internacional:

- La Corte Penal Internacional es una realidad: la Fiscal ha enviado dos cartas diciendo que “una condena que sea grosera manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas”. Y en su último informe público sobre Colombia repitió las mismas palabras y resaltó la decisión de la Corte Constitucional respecto a la inaplicabilidad de la suspensión total de la ejecución de la pena para los máximos responsables.
- El Sistema Interamericano por su parte, a pesar de un voto concurrente de García Sayán sobre el caso del Mozote en el Salvador, sigue insistiendo en que es un deber del Estado investigar todas las graves violaciones a los derechos humanos. Estamos en una discusión con ellos para que acepten la lógica del marco jurídico para la paz de que es imposible investigar todas las graves violaciones ocurridas en el marco de un conflicto armado interno tan largo como el nuestro. Y ustedes saben que en la última década el Sistema Interamericano ha echado atrás leyes de amnistía o de punto final en varias partes del continente.
- Luego están los procesos en curso en los Estados Unidos contra más de 50 miembros de la dirigencia de las FARC-EP. Esa no es una hipótesis, es una realidad. Como también es una realidad que el próximo año hay elecciones y no sabemos que pueda pasar.
- Por último, la jurisdicción universal se ha convertido en la herramienta preferida de muchos jueces del mundo. Las amnistías y los indultos por crímenes graves en el derecho internacional no son respetados por Estados extranjeros que pueden en cualquier momento solicitar en extradición a los presuntos responsables de crímenes internacionales.

17.01.2015

Documento de trabajo

- 2.3. En tercer lugar, está la opinión pública y las expectativas del pueblo colombiano. Consistentemente desde que comenzó el proceso más del 80% de los colombianos opinan que las FARC deben pagar cárcel. Esa también es una realidad.
- 2.4. Y en cuarto lugar y sobre todo, están las víctimas. Lo que hicimos a acordar los Principios y al recibir las 60 víctimas en La Habana es histórico. Nada parecido ha ocurrido en ningún otro proceso de paz. Por lo mismo tenemos que responderles a sus legítimas expectativas.

Esto es lo que dicta la realidad.

3. Elementos de una fórmula jurídica

Dentro de esa realidad nos tenemos que mover. ¿Qué vamos a hacer? A nuestro juicio una fórmula jurídica para el fin del conflicto debería tener los siguientes elementos:

- 3.1. **Reconocimiento de responsabilidad y satisfacción de los derechos de las víctimas:** como acordamos en los Principios cualquier solución debe partir de un reconocimiento de responsabilidad y de una disposición a responderles a las víctimas en materia de verdad, justicia y reparación. A continuación nos vamos a concentrar en el tema de la justicia, pero partimos de la base de que hay una disposición a contribuir a la verdad en una comisión de la verdad y a tomar diferentes medidas de reparación, que también podemos discutir.
- 3.2. **Máximos responsables:** ¿de dónde sale el concepto de máximos responsables? Por una parte, la obligación hoy frente al derecho penal internacional es la de investigar a los máximos responsables de los crímenes internacionales, no a todos quienes hayan participado en ellos. (Ya dijimos que esa no es la expectativa del Sistema Interamericano que exige que investiguemos y condenemos todas las graves violaciones). Y por otra parte, es evidente que es imposible que todos quienes han participado en un conflicto respondan por las infracciones y violaciones que se puedan haber cometido.

La disposición de los máximos responsables a asumir su responsabilidad es la piedra angular de la seguridad jurídica tanto de ellos como de toda la organización. ¿Por qué? Porque si los máximos responsables asumen su responsabilidad por los crímenes internacionales que pudo haber cometido la organización es posible, mediante la utilización del mecanismo de selección:

1. subsumir en ellos la responsabilidad por estos hechos y por tanto cerrar legítimamente los procesos judiciales sobre todos los demás miembros de la organización, siempre y cuando estos contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas; y
2. garantizar su propia seguridad jurídica, porque si responden como máximos responsables nadie podrá en el futuro reabrir esos procesos ni en Colombia, ni en el exterior.

Por otra parte, la disposición de los máximos responsables a reconocer su responsabilidad es la garantía para las víctimas de que habrá justicia.

Adicionalmente, si los procesos se concentran en los máximos responsables en un proceso de justicia transicional es posible evitar la dispersión jurídica de los procesos al concentrarlos todos en una sola instancia que, además de evitar la dispersión, de garantías de un verdadero cierre jurídico.

- **Mecanismo de selección:** cómo se selecciona a los máximos responsables es evidentemente una pregunta crítica. En los tribunales internacionales normalmente lo hacen los fiscales. Nosotros proponemos que en razón de que la fórmula jurídica es consecuencia de un acuerdo de paz, sean ustedes mismos quienes postulen a sus máximos responsables. Con qué criterios se postulan es algo que podemos discutir. Usualmente se consideran máximos responsables quienes establecieron y promovieron las políticas y prácticas de la organización que condujeron a las más graves infracciones y violaciones, o quienes tuvieron la mayor responsabilidad directa en la comisión de las mismas. Quienes se auto-postulen tendrán el mejor tratamiento penal especial posible.

Adicionalmente, para que esa postulación sea legítima tendrá que ser revisada sobre la base de la información y evidencia existente por una comisión imparcial que se establezca para ese propósito y que confirme si esa autoselección está ajustada a la realidad.

3.3. **Tribunal especial:**

Sabemos, porque lo han dicho muchas veces, que ustedes no están dispuestos a someterse a la justicia ordinaria y han propuesto la constitución de un tribunal especial internacional. Por diferentes razones que podemos discutir creemos que no es conveniente constituir un tribunal especial internacional, aunque podríamos pensar en establecer mecanismos formales de apoyo internacional.

17.01.2015

Documento de trabajo

Pero sí estamos dispuestos a crear un tribunal especial por fuera de la jurisdicción ordinaria y con capacidad de concentrar todos los procesos en curso y también las condenas existentes y los nuevos procesos que se deriven de las investigaciones propias del tribunal. Ese tribunal tendría un mecanismo especial de selección de jueces o magistrados idóneos que den garantías de imparcialidad.

Sería entonces un tribunal especial nacional, creado como consecuencia del Acuerdo Final y con el propósito único de administrar justicia en el marco del fin del conflicto.

En particular la constitución del tribunal se debería guiar por los siguientes criterios:

- Legitimidad: El Tribunal debe ser legítimo a nivel nacional e internacional. Esto implica que debe respetar las obligaciones internacionales de Colombia, constituirse como una estrategia de lucha contra la impunidad, y ser reconocido por las víctimas como un mecanismo idóneo.
- Imparcialidad e independencia: El Tribunal debe ser imparcial e independiente frente a todos los actores armados y todas las víctimas. Seguridad jurídica y garantías: El mecanismo debe asegurar que los distintos actores que participaron en el conflicto armado tengan las suficientes garantías jurídicas.
- Excepcionalidad y temporalidad: El Tribunal debe ser de aplicación excepcional y transitoria. El mecanismo debe asegurar una diferenciación entre lo ordinario y lo transicional, y asegurar que los mecanismos de justicia transicional se apliquen por un tiempo limitado.
- Eficacia: El Tribunal especial de justicia debe asegurar el cierre jurídico del conflicto armado y contribuir al logro de la transición. Para que esto sea así, las medidas deben ser eficaces y deben permitir una satisfacción real de los derechos de las víctimas en un tiempo razonable. De lo contrario los reclamos de justicia se extenderán en el tiempo, y los ex combatientes no podrán reintegrarse de manera plena a la sociedad.

Constituir un tribunal de estas características es un reto jurídico mayor que tenemos que discutir en el marco del mecanismo de refrendación.

3.4. **Penas:**

3.4.1. En cualquier caso se impondrá una pena principal por los delitos cometidos. Esa pena podrá ser sustituida por una pena alternativa si se

cumplen las diferentes condiciones en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición.

3.4.2. A nuestro juicio y teniendo en cuenta los parámetros que describimos, es necesario que la pena alternativa en materia de justicia suponga un período de privación de la libertad. Estamos convencidos que es posible establecer unas condiciones dignas de privación que hagan de la pena una contribución a la reparación de las víctimas, a la reincorporación a la vida civil, a la transformación política de la organización, a la construcción de la paz y a la reconciliación nacional. Es su homenaje a las víctimas.

3.4.3. Y estamos convencidos también que ese período de reclusión es absolutamente necesario para garantizar:

- la seguridad jurídica de los máximos responsables y de toda la organización, puesto que ni los tribunales internacionales ni los nacionales tendrían argumento alguno para reabrir los procesos (recuerden la carta de la fiscal de la Corte Penal Internacional);
- la reparación de las víctimas: sería un gesto incontrovertible de la disposición de las FARC de tomar en serio a sus víctimas;
- una solución razonable a las solicitudes de extradición. Estamos dispuestos a discutir eso.
- El apoyo político de los colombianos al proceso y también, si nos permiten decirlo, facilitar la transformación de las FARC-EP en una organización política.

Régimen de privación de la libertad:

Sabemos, porque lo han dicho muchas veces, que no están dispuestos a someterse a la justicia ordinaria y al régimen carcelario. Lo que estamos proponiendo no es eso. Podemos considerar unas condiciones especiales de privación de la libertad siempre y cuando correspondan a un régimen creíble y legítimo de privación de la libertad. Por ejemplo:

- El lugar de cumplimiento de la privación no necesariamente tendría que ser vigilado y administrado por el sistema carcelario colombiano, podría pensarse en un organismo internacional.
- El régimen de privación de la libertad podría permitir por ejemplo el acceso de terceros para facilitar la contribución a la construcción de la paz en los territorios y también para mantener los contactos necesarios con la

nueva organización política que surja del tránsito de las FARC-EP a la vida civil.

3.5. Participación política:

El gobierno está convencido que la participación política, la profundización de la democracia y en particular la transformación de las FARC-EP en una organización política son la esencia de un proceso de paz. Sin embargo la realidad es que una importante mayoría de los colombianos (alrededor de 75%según las encuestas) de manera consistente rechaza la participación de los miembros de las FARC en política. Al respecto el Gobierno:

1. Considera que el período de privación de la libertad y en general la disposición de las FARC a responderles a sus víctimas deberían facilitar la aceptación de os colombianos de su participación en política.
2. Está dispuesto a introducir reformas para levantar todos los obstáculos incluyendo los obstáculos constitucionales a la participación política de las FARC incluyendo la participación de quienes hayan pagado una pena privativa de la libertad.
3. Está dispuesto, como ya lo ha dicho, a asegurar el apoyo necesario a la nueva organización política que surja del tránsito de las FARC a la vida civil tanto en materia de acceso al senado de la República, como de financiación y de acceso a medios.
4. Está dispuesto a considerar su participación en posiciones de responsabilidad, en especial en el marco de los programas que se implementen en desarrollo del Acuerdo Final. Está claro que la paz en los territorios la construimos entre todos y eso los incluye a ustedes. Esa es la lógica de este proceso.

3.6. Condenados y sindicados:

El Gobierno está dispuesto a revisar la situación jurídica de todos los detenidos para que según el caso reciban un tratamiento penal especial siempre y cuando participen en las medidas que se acuerden en materia de verdad y reparación. Para esto es importante ir trabajando sobre la base de listados suministrados por ustedes.