

EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA
Y PAZ: ¿VERDADERA ALTERNATIVA
PARA LA TRANSICIÓN A LA PAZ U OTRO
INTENTO FALLIDO DE CONSOLIDACIÓN
DEL ESTADO EN MEDIO DE LA GUERRA?*

*JUSTICE AND PEACE CRIMINAL JUSTICE
PROCEEDINGS: ARE THEY A TRUE
ALTERNATIVE FOR A TRANSITION
TO PEACE OR JUST ANOTHER FAILED
ATTEMPT TO CONSOLIDATE THE
GOVERNMENT IN THE MIDDLE OF A WAR?*

GUSTAVO EMILIO COTE-BARCO**

*Fecha de recepción: 15 de agosto de 2010
Fecha de aceptación: 2 de octubre de 2010*

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Gustavo Emilio Cote-Barco, *El proceso penal especial de Justicia y Paz: ¿verdadera alternativa para la transición a la paz u otro intento fallido de consolidación del Estado en medio de la guerra?*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 125-164 (2010).

* Artículo de reflexión producto del grupo de investigación en Justicia Social. Teoría Jurídica General y Teoría Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

** Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en instituciones jurídico penales, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en derecho con énfasis en ciencias penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia. Actualmente, se desempeña como gestor del área de justicia del Observatorio de la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, y como profesor de planta – coordinador académico del Departamento de Derecho Penal, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Contacto: gcote@javeriana.edu.co.

RESUMEN

El siguiente artículo de reflexión busca ilustrar algunas de las dificultades que se han presentado durante la implementación de la Ley 975 de 2005 y algunos de los límites que el proceso penal de Justicia y Paz debe afrontar como mecanismo de Justicia Transicional. Para esto se parte de una consideración sobre cómo en Colombia la guerra ha sido fuente de derecho. Precisamente, la Ley 975 de 2005 surge en este contexto y en ella se diseña un proceso penal con características especiales, es decir, con un enfoque diferencial, que busca crear espacios de reconciliación que hagan posible la paz. Sin embargo, el autor concluye que el sistema penal por sí mismo es incapaz de responder a estas exigencias, por lo que termina envuelto en paradojas y contradicciones que llaman la atención sobre la necesidad de políticas más integrales.

Palabras clave autor: Justicia transicional, derecho penal diferencial, Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005, desmovilización, paramilitares.

Palabras clave descriptor: Colombia, Ley 975 de 2005 (25 de julio), comentarios, justicia transicional, estudio de casos, Autodefensas Unidas de Colombia, desmovilización.

ABSTRACT

The following article illustrates some of the difficulties encountered during the implementation of the Colombian Act 975 of 2005, as well as some of the limitations that the Justice and Peace's criminal process must confront as a mechanism of Transitional Justice. In order to do so, the article initiates with a consideration on how the Colombian war/the war in Colombia has been a source of Law. It is precisely within this context that the Act 975 of 2005 arises, designing a particular criminal process with special aspects, that is to say, with a differential approach, which looks forward to creating an environment of reconciliation in order to make peace possible. Nevertheless, the author concludes that the penal system by itself is incapable to respond to these demands, and thus it finds itself emerged in paradoxes and contradictions that call for the attention on the necessity of more integral policies.

Key words author: *Transitional justice, differential criminal law, Colombian Act 975 of 2005, Justice and Peace's criminal process, paramilitaries.*

Key words plus: *Colombia, Law 975 of 2005 (July 25), Commentaries, Transitional justice, Case studies, Autodefensas Unidas de Colombia, Demobilization.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA GUERRA COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO PENAL.- II. EL PROCESO PENAL DE LA LEY 975 DE 2005 COMO FÓRMULA PARA EL TRÁNSITO HACIA LA PAZ.- III. EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ COMO FORMA DE DERECHO PENAL DIFERENCIAL.- IV. EL SISTEMA DE JUSTICIA Y PAZ COMO ESCENARIO DE PARTICIPACIÓN CREATIVA.- V. LÍMITES Y DIFICULTADES EN LA BÚSQUEDA DE LA PAZ DESDE EL SISTEMA PENAL.- A. *Tensiones entre el poder ejecutivo y la rama judicial.*- B. *Pretensión de construcción comprensiva de la verdad.*- C. *El proceso penal especial de Justicia y Paz en medio de la violencia.*- CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La Ley de Justicia y Paz ha sido el intento más reciente en Colombia por articular una estrategia de desmovilización de grupos armados. Con esta, se ha buscado facilitar procesos de paz sin dejar de cumplir las exigencias de verdad, justicia y reparación, que ahora se imponen desde el discurso internacional de los derechos humanos. En este sentido, esta Ley ha sido interpretada desde la noción de justicia transicional y ha abierto e intensificado el debate nacional sobre este tema. Sin embargo, el énfasis de la Ley durante su implementación ha estado en la justicia penal. Por esto, en este texto se plantea una reflexión sobre el proceso penal de Justicia y Paz, entendido como derecho penal diferencial, desde la noción de Justicia Transicional, que surge en medio de una situación conflictiva en el que el derecho “convive” con la guerra. Se busca ilustrar, además, algunas de sus más grandes limitaciones y dificultades. Con esto, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de articular estrategias amplias para la transición, que involucren aspectos más allá de lo penal.

En este trabajo no se encontrará una explicación sobre la estructura del proceso penal de Justicia y Paz, ni sobre sus normas, reglamentación o jurisprudencia.¹ Simplemente, se harán algunas reflexiones sobre temas puntuales, en la medida en que permitan desarrollar el argumento que se quiere exponer. Es importante anotar también, que varias de las apreciaciones que se encuentran en este documento, son producto del trabajo y la discusión en el área de justicia del Observatorio de la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax.

1 Un análisis de las distintas etapas del proceso penal de Justicia y Paz se encuentra en: Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional* (Agencia de Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg August Universität Göttingen, Bogotá, 2010).

Próximamente, el Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, publicará su tercer informe, con un análisis del proceso penal de Justicia y Paz y un texto especializado que profundiza en aspectos procesales de la Ley 975 de 2005.

I. LA GUERRA COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO PENAL

En Colombia, el derecho penal ha estado desde tiempo atrás estrechamente relacionado con una situación crónica de guerra interna. Esto ha determinado, en muchas ocasiones, la estructura del sistema penal colombiano y su orientación. De hecho, en este país, la guerra ha sido y es fuente de derecho.

Es a partir de la forma como se desenvuelve la confrontación armada entre el Estado y sujetos que le disputan el monopolio de la fuerza, que se expiden normas de carácter penal, bien sea con una connotación combativa o que, por el contrario, buscan aminorar la reacción punitiva para facilitar el reintegro a la vida civil de diferentes colectividades armadas: verdaderos ejércitos irregulares que en franca oposición o no a la autoridad del Estado, en muchos casos y lugares, ejercen la pretensión de sustituirlo. Se trata de una dinámica permanente, arraigada desde hace varios años, en la cual el derecho penal se crea en función y como producto de la guerra.²

En términos generales y particularmente a partir de la experiencia europea occidental, es posible afirmar que la construcción del Estado moderno es el proceso de monopolización del uso de la fuerza en un territorio determinado.³ El Estado, por medio del derecho, establece cuándo es posible utilizar la violencia, quién puede hacerlo de forma legítima y en qué condiciones.⁴ En esta medida, el Estado se constituye en único sujeto soberano al interior de sus fronteras territoriales, en donde el presupuesto para su existencia y prolongación en el tiempo es la paz. Así las cosas, la guerra –al menos como posibilidad– es

2 Sobre la guerra como fuente de derecho en Colombia: Gustavo Cote, *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*, 39-102 (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010).

3 El monopolio del uso de la fuerza en sociedad es también un presupuesto de la justicia penal: “El monopolio estatal de la violencia... es, al fin y al cabo, presupuesto y condición de posibilidad para la sustitución de la venganza privada por la justicia estatal, y con ello, para la existencia de la justicia penal”. Iván Orozco & Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 31 (Editorial Temis, Bogotá, 1999).

4 Sobre la relación entre violencia y derecho: Walter Benjamin, *Para una crítica de la violencia*. Disponible en la Escuela de Filosofía de la Universidad de Arte y Ciencias Sociales, ARCIS, Chile: www.philosophia.cl.

el rasgo característico de las relaciones entre estados, es decir, entre sujetos igualmente soberanos, mientras que la paz es el rasgo característico del ámbito estatal interno.⁵

Como consecuencia de lo anterior, ante la posibilidad latente de la guerra, el Estado moderno se vale de sus instituciones militares como expresión de poder hacia “afuera” y así como la confrontación armada es siempre una posibilidad entre dos estados, entre sujetos soberanos, también lo son el diálogo y la posibilidad de negociación. En cambio, en el interior del territorio estatal, el Estado manifiesta su condición de único sujeto soberano, mediante la posibilidad de definir lo justo o injusto, lo legal o lo ilegal, y para asegurar la vigencia de sus propias definiciones, el Estado se vale de lo punitivo-policivo como expresión de poder hacia “adentro”. En este sentido, el “afuera” estatal aparece entonces como escenario propio de lo militar y de la política, mientras que el “adentro” estatal aparece como el escenario propio de lo policivo y de lo punitivo (lo jurídico).⁶

Sin embargo, para el caso colombiano no es posible partir de estas distinciones. El Estado colombiano ha visto permanentemente cómo distintos grupos, a lo largo de su historia, le han disputado aquel pretendido monopolio de la fuerza, que es presupuesto de la paz y de la existencia misma del Estado. Por esto, en el territorio colombiano se encuentran “adentros” y “afueras” en constante tensión y redefinición; la paz como presupuesto fáctico del Estado e, incluso, del derecho, no es una

5 Al respecto, Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez explican que: “El *status* político que en Europa continental llegó a denominarse –en español– con la palabra Estado, se constituyó –como monopolio legítimo y eficaz de la violencia– mediante la estabilización progresiva de la distinción entre el *adentro* de la paz y el *afuera* de la guerra potencial, y lo que es igualmente importante, mediante el atornillamiento de la distinción funcional entre lo político-militar y lo policivo-punitivo a la separación sistémica ya enunciada entre adentro y afuera. En Colombia, por el contrario, hemos permanecido anclados en una marcada confusión entre dichos ámbitos y funciones”. Iván Orozco & Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 32 (Editorial Temis, Bogotá, 1999).

6 Sobre la confusión entre estos ámbitos y las consecuencias que este fenómeno ha traído para el derecho penal colombiano, Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006). Gustavo Cote, *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010). Iván Orozco, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (Editorial Temis, Bogotá, 2006).

realidad en todo el territorio nacional y el poder soberano del Estado en muchos de estos lugares no es más que una pretensión formal. De ahí que en Colombia lo militar haya jugado y juegue un papel fundamental en la consolidación del poder estatal dentro de su propio territorio, al confundirse permanentemente con lo policivo.⁷ Encontramos entonces en Colombia una policía militarizada y unas fuerzas militares que en muchas ocasiones ejercen funciones de policía. Pero, además, el derecho, dirigido en principio a ciudadanos, se ve permeado por la política (entendida como la posibilidad de definir y combatir enemigos)⁸ y fácilmente termina siendo utilizado como un instrumento más en la consolidación del poder soberano del Estado, es decir, del “adentro” estatal, de superación de la guerra.

El sistema legal –en particular, el sistema penal–, desde esta perspectiva, más allá de la simple preservación de la vigencia de las expectativas de conducta, de la “estabilización contrafáctica de expectativas normativas”,⁹ es diseñado para combatir enemigos o, incluso, para negociar con ellos. El derecho se convierte en el instrumento por medio del cual el Estado busca consolidar

7 Francisco Leal ha explicado el rol de los ejércitos latinoamericanos con base en el papel que jugaron desde los procesos de Independencia. Leal afirma que los ejércitos latinoamericanos –y, entre ellos, el colombiano– asumieron desde el nacimiento de los Estados de esta región, la responsabilidad de mantener la identidad nacional y la reafirmación de los valores que la sustentan. Francisco Leal, *El oficio de la guerra. La seguridad nacional en Colombia* (Tercer Mundo Editores, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI, Universidad Nacional, Bogotá, 1994).

Así mismo, según Alejo Vargas, la principal preocupación del ejército colombiano durante su historia ha sido la de los riesgos y peligros internos, desde “la protesta social estigmatizada” hasta “la insurgencia que se autodenomina revolucionaria”. Alejo Vargas, *La lenta marcha en el siglo XX hacia un ejército profesional moderno en Colombia*, en *De milicias reales a militares contrainsurgentes. La institución militar en Colombia del siglo XVIII al XXI*, 300 (César Torres-del Río & Saúl Rodríguez-Hernández, eds., Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008).

8 Este análisis parte del concepto de política, tal como la entiende Carl Schmitt, es decir, como la definición y confrontación de enemigos. Para Schmitt, la distinción última a la que puede reconducirse todo lo que se puede denominar político, es la de amigo/enemigo. Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, 56 (Alianza Editorial, Madrid, 1991).

9 La dogmática penal contemporánea ha explicado que la función social del derecho penal consiste en la estabilización contrafáctica, es decir, contrario a lo sucedido, de expectativas normativas. El derecho penal, mediante la sanción, envía un mensaje a la comunidad en general, según el cual, a pesar del desconocimiento de la norma manifestado por el delincuente con su conducta, la expectativa contenida en la norma se mantiene vigente. Günther Jakobs, *Derecho penal parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, 3-40 (Marcial Pons, Madrid, 1997).

su autoridad, como único sujeto soberano. Se trata, en últimas, de una situación paradójica en la cual el derecho “convive” con la guerra, lo que impone al ordenamiento jurídico importantes retos y hace que constantemente exista para las instituciones jurídicas, para quienes las diseñan, las operan o simplemente participan de alguna forma en su funcionamiento, la alternativa de hacer del derecho un instrumento de confrontación o un instrumento de paz.

La discusión en Colombia sobre la justicia transicional se enmarca en este contexto. Así como en el pasado, el sistema penal ha adquirido formas con un matiz bélico, en la medida en que se ha acudido a él para desarticular enemigos militares, mediante la persecución penal represiva, también se han buscado alternativas de negociación enmarcadas en nociones como las amnistías o los indultos. Es precisamente como producto de estos intentos y esfuerzos fallidos, que surge la Ley 975 de 2005 –Ley de Justicia y Paz–, como una propuesta que desde el derecho penal –aunque no exclusivamente desde lo penal– busca nuevamente abrir vías hacia la paz.¹⁰ Esta vez con un componente adicional: el impacto que en el derecho interno ha tenido el discurso internacional sobre los derechos de las víctimas y sobre la protección penal de derechos humanos. Este impacto –y esto no se puede perder de vista– ha sido promovido en buena parte por la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y por la recepción de varios de los postulados de lo que hoy se denomina “nuevo constitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo”.¹¹

10 La Ley de Justicia y Paz entró en vigencia el 25 de julio de 2005.

11 En varias oportunidades, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han acudido, por ejemplo, a la noción de ponderación de derechos y han hecho interpretaciones bastante laxas de las normas de la Ley 975 de 2005, precisamente con fundamento en la labor del juez en un Estado constitucional y aludiendo a los derechos de las víctimas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 23 de agosto de 2008, Radicado No. 28040. Magistrada ponente María del Rosario González-de Lemos.

Corte Constitucional, Sentencia C-370, 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.

Sobre el nuevo constitucionalismo: Bernal Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).

Es importante tener presente entonces dos aspectos fundamentales para la discusión: 1. La idea de justicia transicional se ha materializado en Colombia por medio de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz, la cual le da una especial relevancia al derecho penal, mediante el diseño de un proceso penal especial. Y 2. Este protagonismo del sistema penal, en cuanto mecanismo de justicia transicional, se da en un contexto de guerra, de conflictividad que se prolonga en el tiempo y que, por tanto, impacta en el funcionamiento del mismo sistema penal. La Ley de Justicia y Paz y el proceso penal especial que define son nuevas alternativas para la consolidación del Estado como único sujeto soberano. Con estas normas, se crea un escenario especial de negociación con “enemigos militares”, en el cual el derecho no es más que el telón de fondo de un juego político, en medio de la guerra.

Esto explica las particularidades del proceso penal en el marco de Justicia y Paz y la forma como este proceso se ha venido adaptando durante su implementación a las dificultades de un proceso sensiblemente político. Esto también permite plantear la reflexión sobre los límites del sistema penal ante una situación, como ya lo hemos dicho, de guerra y de ausencia de Estado, en la que hay un gran número de víctimas con las más altas expectativas.

II. EL PROCESO PENAL DE LA LEY 975 DE 2005 COMO FÓRMULA PARA EL TRÁNSITO HACIA LA PAZ

Con la expedición de la Ley 975 de 2005, se abrió en la comunidad jurídica nacional, la discusión acerca de si los mecanismos en ella previstos realmente daban lugar o no a un proceso de justicia transicional. Al respecto se han dado diversas posiciones, algunas de ellas escépticas al ser evidente la prolongación continua del conflicto armado, mientras que otras sostienen que efectivamente se está viviendo en Colombia un auténtico proceso de justicia transicional.¹² En todo caso, se debe tener

12 “...para la Corte Constitucional y para el sistema penal en conjunto, se trata en el caso de

en cuenta que la Ley de Justicia y Paz, a pesar de no hacer referencia expresa a uno u otro grupo armado y definir como destinatarios, de forma genérica en el artículo 1, a *miembros de grupos armados al margen de la ley*, en el contexto en el que es expedida sí surge como un cuerpo normativo cuya aplicación se dirige principalmente a los grupos de autodefensas o paramilitares, al tiempo que en el país subsisten al menos dos grupos de guerrilla que se mantienen en pie de lucha (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, FARC-EP y Ejército de Liberación Nacional, ELN).

De hecho, la Ley 975 de 2005 no menciona expresamente la idea de *justicia transicional*, mucho menos alude a la existencia de un posconflicto o a cualquier otro tipo de circunstancia que permita inferir que en la Ley existe la perspectiva de un conflicto o situación traumática superada.¹³ Por el contrario, en varias de las normas de la Ley 975 de 2005, se alude al proceso de reconciliación nacional al que *debe dar lugar* la normativa de Justicia y Paz, bajo el supuesto de la garantía de los derechos de las víctimas. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 4:

Artículo 4. *Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso.* El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá *promover*, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

Así pues, en el caso colombiano, “antes que fórmulas de superación del pasado, se trata de mecanismos de neutralización de dinámicas horribles de presentes conflictivos; más que tramitación del pasado, se trata de enfrentar un presente perpetuo

la Ley de Justicia y Paz y de sus efectos, de una ley especial con procedimientos especiales y figuras propias de la justicia transicional”. Alejandro Aponte, *Informe sobre Colombia*, en *Justicia de Transición*, 240 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

13 Según el artículo 2 del Decreto 3391 de 2006, la Ley 975 de 2005 “consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible”.

de violencia sin límites, de degradación del conflicto armado, de comisión de toda suerte de crímenes internacionales”¹⁴

Nos encontramos entonces en un contexto en el que “la violencia y las atrocidades han dejado de representar rupturas del orden social”¹⁵ y se han convertido en un factor más de la dinámica propia de ese “orden”. Aquí aparece el sistema penal, bajo la regulación de la Ley 975 de 2005, como un elemento fundamental en la respuesta frente a las violaciones masivas de derechos humanos y a la gran cantidad de infracciones al derecho internacional humanitario, que se han vivido y se viven aún en Colombia. Desde esta perspectiva, con la recuperación formal del ejercicio del poder punitivo del Estado, se espera poder contribuir a la restitución del Estado de derecho y a reponer lazos sociales de confianza.¹⁶

III. EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ COMO FORMA DE DERECHO PENAL DIFERENCIAL

La expresión *justicia transicional* se ha utilizado para designar aquellos procesos en los que sociedades aquejadas por dinámicas de violencia (bien sea provenientes de regímenes políticos dictatoriales o de guerras civiles), han implementado distintos tipos de mecanismos con el fin de consolidar la paz, a partir de una declaración-reconocimiento formal de “lo ocurrido”, que permite designar responsabilidades y determinar ámbitos de reparación para las víctimas. En buena parte de la literatura

14 Alejandro Aponte, *Informe sobre Colombia*, en *Justicia de Transición*, 241 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

15 Michael Reed-Hurtado, *Breve exploración sobre la función de derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*, en *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, 97-98 (Michael Reed-Hurtado, ed., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ y Embajada de Canadá en Colombia, Bogotá, 2008).

16 Michael Reed-Hurtado, *Breve exploración sobre la función de derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*, en *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, 97-98 (Michael Reed-Hurtado, ed., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ y Embajada de Canadá en Colombia, Bogotá, 2008).

especializada sobre justicia transicional, se encuentran definiciones que se refieren únicamente a *periodos de cambio político*. Sin embargo, la experiencia comparada ha mostrado que la misma problemática sobre violaciones masivas de derechos humanos ha sido vivida y afrontada por medio de este tipo de mecanismos en casos de procesos de paz en los que no se da propiamente una transición de un régimen autoritario a uno democrático, como de hecho ocurre en Colombia.¹⁷

En consecuencia, en este texto se acoge la idea de justicia transicional de forma comprensiva y se prefiere hablar de mecanismos que en distintos tipos de contextos (en muchas ocasiones, no claramente diferenciables entre sí) se han dispuesto para procurar la reconciliación. Se trata entonces del problema de la *justicia en periodos de transición*, bien sea de un régimen autoritario a uno democrático o de situaciones de alta conmoción social y política hacia la paz, como producto de negociaciones o procesos de paz (conflictos armados) incluso en democracias formales.¹⁸

La justicia en periodos de transición indica un problema mucho más amplio que la retribución penal. En la justicia de transición, el elemento *justicia* –además de la posibilidad del castigo– apunta también a resolver el problema de cómo reconstruir o incluso restaurar a la comunidad. Se podría decir en este sentido que la justicia de transición involucra importantes aspectos de justicia restaurativa,¹⁹ en una dimensión tanto

17 Sobre la genealogía del término *justicia transicional*: Ruti G. Teitel, *Genealogía de la Justicia Transicional*. Disponible en el Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, <http://www.cd.h.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf>.

18 "...justicia de transición trata de la justicia en la transición. Sin embargo, la justicia de transición no se limita a situaciones posconflictuales y/o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal". Kai Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en *Justicia de Transición*, 23-129, 27 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

19 Kai Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en *Justicia de Transición*, 23-129, 28 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

Sobre la relación entre *justicia transicional* y *justicia restaurativa*: Rodrigo Uprimny & María Paula Saffon, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complemen-*

individual (en relación con la reparación de víctimas directas y determinables) como colectiva.

La experiencia reciente muestra que usualmente en este tipo de procesos la justicia –entendida como castigo o persecución penal– y la paz entran en tensión. Por esto, para poder hablar de paz plausiblemente y con alguna probabilidad razonable, se hace necesario ponderar estos intereses y redimensionar lo que se entiende por justicia. Esta tensión se evidencia particularmente en contextos en los que es necesario promover estrategias de desarme, desmovilización y reintegro (DDR). Allí, la concepción de la justicia como el castigo ineludible se convierte en un factor que desestimula dejar las armas y en esta medida, no es raro que la persecución penal se traduzca en un obstáculo para la paz.

El castigo penal como absoluto y la posibilidad de amnistías generalizadas son extremos entre los cuales se moldean los distintos mecanismos de justicia transicional. Al respecto se ha dicho que:

Ambos escenarios son indeseables por distintas razones. No es posible que un tribunal pueda enjuiciar a todos los responsables de violaciones generalizadas de los derechos humanos y por tal razón, no resulta conveniente disuadirlos de desmovilizarse con base en una amenaza de enjuiciamiento poco realista. Por otro lado, otorgar una amnistía general... va en contra del derecho internacional y generará un resentimiento considerable en la comunidad de víctimas.²⁰

Así pues, es posible renunciar a la sanción penal, al menos con cierta intensidad o prontitud, con tal de contar con los espacios necesarios para recomponer el tejido social, al tener como base la verdad y la reparación. Con esta finalidad, se han buscado alternativas adecuadas a la justicia penal, las cuales “deben ofrecer un camino alternativo serio para tratar con el pasado y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de

tariedades. Disponible en The International Development Research Centre: http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html.

20 Paul van Zyl, *Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*, en *Verdad, memoria y reconstrucción. Estudio de casos y análisis comparado*, 15 (Mauricio Romero, comp., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008).

las víctimas”. (Observadores del caso colombiano han advertido sobre la importancia de combinar o complementar la justicia penal con mecanismos alternativos, en vez de sustituir lo uno por lo otro).²¹ Los mecanismos de justicia de transición que se han implementado en distintas latitudes en ocasiones han sido judiciales, mientras que, en otras, no han tenido esta connotación. En esta medida, los mecanismos de justicia transicional pueden implicar o no persecución penal o, al menos, una persecución penal atenuada. De hecho, “la aplicación de formas alternativas de justicia puede ser considerada un factor atenuante en los procedimientos penales formales”.²² Las fórmulas con una connotación judicial y que no prescinden de la reacción punitiva, pueden ser catalogadas como formas de *derecho penal diferencial*.²³ Se trata en estos casos de la reacción penal en el contexto de la justicia transicional, por tanto entendida como medio para la transición y escenario de construcción del concepto amplio de justicia al cual se ha hecho referencia.

Desde esta perspectiva, los mecanismos de justicia transicional que tienen carácter judicial, en términos de investigación y juzgamiento criminal, adquieren características y dinámicas *diferenciales* frente a la manera como usualmente se ejerce el

-
- 21 La alternativa más importante a la persecución penal han sido las comisiones de la verdad. “El desarrollo de una estrategia de construcción de la paz... debe estar basada en un riguroso examen de las causas, la naturaleza y los efectos del conflicto... Con frecuencia, las comisiones de la verdad se encuentran en una posición ventajosa para comprender este tipo de estudio... Las comisiones de la verdad también examinan las causas sociales, estructurales e institucionales del conflicto y las violaciones a derechos humanos. A su vez, están en capacidad de hacer claridad sobre lo que sucedió, no solo en casos individuales sino en el contexto más amplio que hizo posible esas violaciones”. Paul van Zyl, *Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto, en Verdad, memoria y reconstrucción, Estudio de casos y análisis comparado*, 25 (Mauricio Romero, comp., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008).
Sobre las comisiones de la verdad como alternativas a la persecución penal: Kai Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en *Justicia de Transición*, 23-129, 47-57 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.
- 22 Kai Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en *Justicia de Transición*, 23-129, 57 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.
- 23 Alejandro Aponte, *Informe sobre Colombia*, en *Justicia de Transición*, 243 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

poder punitivo estatal. En estos casos, el objetivo no se limita a establecer lo sucedido en casos aislados, ni a “establecer la estructura formal del acto y los modos de participación”, sino que se busca también:

*establecer elementos que permitan comprender la naturaleza final e instrumental de los actos. En casos de criminalidad masiva y sistemática, se torna imprescindible el establecimiento de patrones ligados a comportamientos personales e institucionales que ilustren la manera como se ejerció (o se sigue ejerciendo) la violencia. Igualmente se deben considerar contextos y prácticas facilitadoras de los hechos...*²⁴

Precisamente con esta lógica, en la Ley 975 de 2005, en vez de haber sido incorporado un proceso penal orientado a establecer si una persona es responsable o no de haber cometido un delito, para imponer una pena proporcional a la antijuridicidad de la conducta y a la culpabilidad, con fines de retribución justa, prevención general y reinserción del condenado, se diseñó un procedimiento que parte de la premisa de la responsabilidad del postulado (confesión) para imponer una pena alternativa, que en nada resulta proporcional a la *dañosidad* de la conducta ni a la culpabilidad. Esto, con el fin de que el procesado contribuya a la construcción de la “verdad” del conflicto y a la reparación integral de sus víctimas y así, finalmente, dar paso a la reconciliación nacional. Nótese que la reconciliación, sujeta a la desmobilización de actores armados y a la satisfacción de los derechos de las víctimas, constituye el fin de lo que puede ser denominado el *sistema de Justicia y Paz*, razón por la cual resulta también objetivo fundamental del proceso penal diseñado en la Ley 975 de 2005, como parte o elemento de ese sistema.

En este sentido, es importante no perder de vista que la Ley 975 de 2005 no se limita a regular el proceso penal; también se refiere a otros tres mecanismos que, junto con el proceso penal,

24 Michael Reed-Hurtado, *Breve exploración sobre la función de derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*, en *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, 102 (Michael Reed-Hurtado, ed., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ y Embajada de Canadá en Colombia, Bogotá, 2008).

están llamados a articular distintos tipos de estrategias en pro de los derechos de las víctimas. Así, en Justicia y Paz, la verdad, la justicia y la reparación no dependen exclusivamente del sistema penal, también juegan aquí –o deben jugar– un papel fundamental la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, CNRR, las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, CRRB y el Fondo para la Reparación de las Víctimas.²⁵ En este sentido, se puede afirmar la existencia de un *sistema de Justicia y Paz*, en el que el proceso penal no es más que uno de sus componentes. De ahí la importancia de no sobrecargar la justicia penal con exigencias que superan su capacidad institucional y complementar su labor con el aporte de los demás elementos del sistema.²⁶

En consecuencia, la interpretación de la que ha sido objeto la Ley 975 de 2005, en particular por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, ha tenido como base la consideración de que se trata de normas concebidas desde la retórica (en el buen sentido de la palabra) de la *justicia transicional*. La jurisprudencia ha resaltado que el proceso penal de Justicia y Paz constituye una respuesta punitiva que obedece, en parte, a parámetros y criterios diferentes de los que operan o deben operar frente a fenómenos criminales “normales” o “tradicionales”. Por ejemplo, en el Auto No. 32042 del 15 de julio de 2009, la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la competencia de los tribunales superiores de Distrito Judicial en materia de Justicia y Paz, sostuvo que: “Vale la pena recordar que se trata de un proceso de naturaleza transicional en el que la rigidez y los presupuestos inamovibles se desplazan en función de la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, quienes son justamente su razón de ser”.²⁷

25 Ley 975 de 2005, artículos 50-55.

26 La expresión *sistema* se toma aquí en su acepción más simple: “Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”. Tomado de la Real Academia Española de la Lengua: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sistema.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 15 de Julio de 2009, Radicado No. 32042. Magistrado ponente José Leonidas Bustos-Martínez.

Así mismo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, al analizar la constitucionalidad de las normas sobre reparación incluidas en la Ley 975 de 2005, afirmó:

6.2.4.1.12. En primer lugar, al menos en principio, no parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo... Solo en el caso en el cual el Estado resulte responsable –por acción o por omisión– o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.²⁸

El caso colombiano tiene ciertas particularidades que llevan a que la discusión sobre justicia transicional adquiera matices importantes. Aquí, no se trata de un cambio de régimen político hacia la democracia; tampoco se trata de definir qué hacer con los crímenes cometidos con anterioridad a un acuerdo de paz, en suma, no se trata de una situación de posconflicto. Por el contrario, en Colombia se está viviendo un arduo proceso de desmovilización de sujetos sumidos durante años en macabras dinámicas de violencia, al mismo tiempo que el Estado enfrenta profundos problemas de institucionalidad y que subsisten aún actores armados cuyas acciones tienen como telón de fondo, paradójicamente, una realidad en el que la guerra “convive” con el derecho. “Es por ello que el caso de este país rompe los esquemas tradicionales con los cuales se ha pensado el debate sobre modelos de justicia transicional”.²⁹ Esta situación conduce, justamente, a la reflexión sobre los límites del derecho penal, abre el debate sobre su capacidad o incapacidad para resolver problemas profundamente complejos e implica asumir

28 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, 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.

29 Alejandro Aponte, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano*, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, 119 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo).

la discusión sobre fórmulas sinceras de reparación, al margen de falsas promesas. De aquí la importancia de la reflexión en perspectiva sobre el proceso penal de Justicia y Paz, como forma de derecho penal diferencial y su relación con la triada verdad, justicia y reparación.³⁰

La sanción penal apenas puede, en un momento determinado, interrumpir el circuito sin fin de la venganza... Pero y más tratándose de casos que involucran graves violaciones de derechos humanos, los cuales duran años antes de que sean eventualmente decididos y de alguna manera compensadas las víctimas, el Estado y su Derecho deben buscar mecanismos rápidos y certeros de reparación, de reconocimiento del dolor de las víctimas, de búsqueda de la verdad, de reconciliación de ellas con el entorno social en que viven y en el que han sufrido las pérdidas.³¹

IV. EL SISTEMA DE JUSTICIA Y PAZ COMO ESCENARIO DE PARTICIPACIÓN CREATIVA

Con la Ley de Justicia y Paz se ha diseñado un *sistema* compuesto por varias instituciones y procedimientos, los cuales se articulan y problematizan a partir de las exigencias de la justicia transicional, de acuerdo con las particularidades del caso colombiano. Esto con el fin de ponderar los intereses de las víctimas y de la sociedad colombiana en general, con la necesidad de paz, la cual supone estrategias de desmovilización y reintegro a la vida civil. El proceso penal especial de Justicia y Paz, como derecho penal diferencial, es tan solo uno de los ejes que soportan este *sistema*, del cual indudablemente se esperan importantes avances en la realización de los derechos de las víctimas con miras a la reconciliación nacional, pero será únicamente mediante su

30 Alejandro Aponte, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano*, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, 120 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo).

31 Alejandro Aponte, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano*, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, 137 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo).

coordinación y apoyo en los demás, que podrá dar todos sus rendimientos.³²

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido estas tensiones en la Ley 975 de 2005 y ha llamado la atención sobre la importancia de cumplir los “estándares” establecidos desde el derecho internacional de los derechos humanos:

*4.2.5. Así pues, 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. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.*³³

Sin embargo, no se puede perder de vista que nos encontramos ante un proceso penal, adelantado por las instituciones judiciales “ordinarias”, mediante el cual se persiguen objetivos que en la experiencia comparada han dado lugar a la creación de figuras excepcionales. Se trata del uso de la institucionalidad “normal”, para finalidades propias de situaciones “anormales”, situaciones que en Colombia se encuentran generalizadas desde tiempo atrás.

En esta medida, la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República están en un escenario judicial, que ha tomado la dimensión de lo que en otras latitudes han sido estrategias que fungen como “ritual de paso” dentro de la idea más amplia de

32 “Cuando se observa a un solo jefe paramilitar narrar cientos de crímenes frente a funcionarios que valientemente toman nota de ello, cuando se observa no solamente la crudeza de la acción humana por fuera del derecho sino su carácter masivo y constante... y todo se reconduce en el limitado lenguaje del derecho penal y en la acción limitada de la justicia penal, la sensación es de impotencia real. Se trata, en la práctica, de un aparato de justicia que debe investigar y juzgar a un paraestado completo...”. Alejandro Aponte, *Informe sobre Colombia*, en *Justicia de Transición*, 262 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, 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.

“justicia excepcional”, con todo lo que ello implica.³⁴ Se trata de un proceso penal en el cual el funcionario judicial desempeña un rol con una connotación política acentuada, incapaz de satisfacer completamente las demandas de los distintos agentes involucrados en el conflicto (tanto de víctimas como de victimarios), carente por tanto de una legitimidad plena, ya que debe lidiar con componentes emocionales y pasionales de los distintos agentes involucrados (verbigracia, el sentimiento de venganza) que ponen a prueba los dogmas tradicionales del sistema jurídico, con importantes niveles de parcialidad y selectividad (se trata de fenómenos de macrocriminalidad que escapan de cualquier pretensión comprehensiva del sistema penal).³⁵

En el contexto de Justicia y Paz, se ha diseñado entonces un proceso penal que debe asumir nuevos retos, en comparación con lo que implica el ejercicio “normal” del *ius puniendi*, ya que se busca contribuir a la construcción de paz, ya no por medio de normas represivas como ha ocurrido antes, sino a partir de la reconciliación. Esto convierte, en consecuencia, al sistema penal, en un escenario de creatividad y debate de los operadores jurídicos y de diversos sectores de la sociedad colombiana.

V. LÍMITES Y DIFICULTADES EN LA BÚSQUEDA DE LA PAZ DESDE EL SISTEMA PENAL

A continuación, de manera muy general, se describirán algunas de las particularidades que caracterizan el proceso penal especial de Justicia y Paz y que permiten ilustrar la forma como el sistema penal, en cuanto derecho penal diferencial y como fórmula o mecanismo de justicia transicional, se ve envuelto en tensiones y paradojas que evidencian sus límites como mecanismo de

34 Iván Orozco, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, 58 (Editorial Temis, Bogotá, 2009).

35 Haciendo un análisis de la Justicia Transicional como expresión de una nueva conciencia humanitaria, Iván Orozco la caracteriza como una justicia –cada vez más– legal, altamente política, extraordinaria y deficitaria en su legitimidad, trágica y transaccional, altamente emocional, limitada y parcial. Iván Orozco, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, 58-59 (Editorial Temis, Bogotá, 2009).

construcción de paz y de consolidación del Estado. Se hará referencia a tres aspectos: A. El carácter político de este proceso penal evidenciado en la tensión entre el poder ejecutivo y la rama judicial. B. La pretensión poco realista de construcción comprensiva de la verdad. C. Algunos episodios de violencia que han rodeado y enrarecen al proceso penal de Justicia y Paz.

A. Tensiones entre el poder ejecutivo y la rama judicial

La aplicación de la Ley de Justicia y Paz se ha dado, al menos hasta agosto de 2010, en medio de una serie de controversias entre la rama judicial, en particular la Corte Suprema de Justicia, y el gobierno de Álvaro Uribe-Vélez (hoy ex presidente de Colombia). En más de una ocasión, Uribe-Vélez arremetió en contra de los magistrados de la Corte Suprema, a propósito de pronunciamientos y decisiones que este tribunal ha tomado en temas relacionados con el paramilitarismo, la desarticulación de grupos armados y las consecuencias que esto ha traído para una buena cantidad de políticos (tanto congresistas como alcaldes y autoridades territoriales) cercanos a estos movimientos y simpatizantes de ese gobierno.³⁶

Estas tensiones se han manifestado y de hecho han sido explícitas, en varios pronunciamientos de la Corte Suprema, especialmente en los conceptos de la Corte sobre la extradición a Estados Unidos de paramilitares vinculados al proceso de Justicia y Paz y en los autos en los que la Corte analiza el procedimiento de exclusión de postulados a la Ley 975 de 2005:

36 El domingo 8 de noviembre de 2008, la revista *Cambio* publicó el siguiente titular: *Diferencias entre Álvaro Uribe y Corte Suprema siguen vigentes*. En este artículo se afirmaba que: “*Pese a que ambas partes no dudaron en calificar el encuentro entre el presidente Álvaro Uribe y los magistrados de la Corte Suprema como ‘constructivo’ y como una ‘visita cordial’, lo cierto es que las diferencias de fondo que llevaron al distanciamiento se mantienen. Entre ellas, las que tienen qué ver con las extradiciones a Estados Unidos de los jefes paramilitares que se acogieron a la Ley de Justicia y Paz, y el tratamiento de sediciosos que pide el Ejecutivo para cerca de 20.000 ex combatientes de los grupos de autodefensas del país, reconocimiento que ha sido negado por el alto tribunal*”. *Diferencias entre Álvaro Uribe y Corte Suprema siguen vigentes, Revista Cambio*, Bogotá, 8 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.cambio.com.co/paiscambio/785/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4380023.html.

Extradición de postulados a la Ley 975 de 2005: El 13 de mayo de 2008, el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez anunció en una alocución presidencial que en horas de la madrugada habían sido extraditados a Estados Unidos 14 ex jefes paramilitares, según él: “porque algunos de ellos habían reincidido en el delito después de su sometimiento a la Ley de Justicia y Paz, otros no cooperaban debidamente con la justicia y todos incumplían con la reparación de las víctimas al ocultar bienes o demorar su entrega”.³⁷ Esta decisión desató fuertes críticas en diversos sectores: defensores de derechos humanos, víctimas, etc.³⁸ Por ejemplo, el 13 de mayo de 2008, la revista *Semana* publicó un artículo en el que afirmaba:

La extradición de los 14 ex paramilitares se da cuando la crisis del Congreso, de mayoría uribista, había llegado a su punto más álgido tocando las fibras más cercanas al Presidente: 67 congresistas son investigados por parapolítica, de los cuales 31 están en la cárcel; la Fiscalía había dictado medida de aseguramiento al primo segundo del Presidente, el ex senador Mario Uribe; y la Corte abrió investigación a Carlos García (presidente del Partido de la U, que promueve la reelección) y a la presidenta del senado, Nancy Patricia Gutiérrez.

*Es incierto cuánto más algunos de estos ex paramilitares, principalmente Jorge 40, Don Berna, el Tuso Sierra y Hernán Giraldo, le hubieran contado a la justicia sobre sus vínculos con los políticos si hubieran seguido en el proceso de Justicia y Paz en Colombia. También es incierto saber si lo que irían a contar ahora sería la verdad, o serían simplemente versiones cuidadosamente seleccionadas para atacar a uno u otro político. (...) Sin embargo, es innegable que, si en algún momento del proceso quisieran revelar nuevos episodios sobre sus cómplices políticos o empresariales y contar la verdad, con la extradición esa posibilidad quedará gravemente obstaculizada. Por eso, algunos analistas han reaccionado muy negativamente a la decisión presidencial.*³⁹

37 Texto de la alocución presidencial con ocasión de la extradición de los jefes paramilitares, *Diario El Tiempo*, Bogotá, 13 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4162344>.

38 A propósito de la extradición de ex jefes paramilitares, medios de comunicación como el periódico *El Tiempo* publicaron noticias con titulares del siguiente tenor: *Human Rights Watch criticó extradición de paramilitares* (jueves 15 de mayo de 2008), *Familiares de víctimas protestaron en Santa Marta por extradición de paramilitares* (jueves 15 de mayo de 2008), *Medios internacionales calificaron de 'sorpresa' extradición de paramilitares* (miércoles 14 de mayo de 2008).

39 *Y la parapolítica... Extradición ¿qué va a pasar con las investigaciones de los parapolíticos*

En un principio, la Corte Suprema se limitó a hacer recomendaciones al gobierno, para que la extradición de paramilitares postulados a la Ley de Justicia y Paz, no se convirtiera en un obstáculo para que las víctimas pudieran obtener algo de verdad y un mínimo de reparación. Aunque, posteriormente, al constatar el incumplimiento de esas recomendaciones por parte del gobierno, la Corte comenzó a autorizar la extradición de forma condicionada, hasta llegar a negarla. En este sentido, la Corte Suprema ha reprochado expresamente la falta de compromiso del gobierno nacional con la continuidad del proceso de Justicia y Paz.

Así, por ejemplo, en Auto del 19 de agosto de 2009, la Sala de Casación Penal emitió concepto desfavorable sobre la extradición de Luis Édgar Medina-Flórez, alias *Comandante Chaparro*, desmovilizado del Frente Resistencia Tayrona de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, ACCU. En este pronunciamiento, la Corte Suprema recordó que:

*en conceptos anteriores (Radicados 28643 y 28503), en supuestos de hecho cercanos a los que aquí se examinan y para efectos de garantizar los derechos de las víctimas simplemente llamó 'la atención al Presidente de la República para que se tenga en cuenta la filosofía de esta ley (975 de 2005) y los compromisos en materia de verdad, justicia y reparación'...*⁴⁰

La Sala de Casación Penal también se refirió a las dificultades que estas extradiciones habían generado para el proceso de Justicia y Paz:

La práctica, sin embargo ha demostrado que tales advertencias o condicionamientos no han tenido eficacia alguna y en ese orden la dificultad, si no imposibilidad, que se evidencia para escuchar a quienes han sido extraditados en esas circunstancias, como la práctica judicial lo ha comprobado,

y cuáles son los nuevos retos de la justicia colombiana para conocer la verdad?, Revista Semana, Bogotá, 13 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-on-line/parapolitica/111788.aspx>.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009, Radicado No. 30451. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.

Para ver la forma como fue cambiando el criterio de la Sala de Casación Penal en relación con la extradición de postulados a Justicia y Paz: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 31 de julio de 2008, Radicado No. 28503. Magistrado ponente Javier Zapata-Ortiz.

*afecta seriamente las prerrogativas de verdad, justicia y reparación de que son titulares las víctimas de esos punibles de lesa humanidad ejecutados por quienes sometidos al mecanismo de cooperación internacional hacían parte de grupos armados al margen de la ley.*⁴¹

Según la Corte, esta situación se agrava cuando el gobierno nacional desatiende abiertamente las condiciones impuestas por la Sala.⁴² Esto llevó a que la Corte Suprema de Justicia se pronunciara explícitamente en contra de la extradición de postulados a la Ley de Justicia y Paz:

*La extradición de los paramilitares sometidos al proceso de justicia y paz ha constituido un golpe de gracia al propósito inspirador de una ley que ha pretendido hacer germinar la paz entre los colombianos y la prueba más fidedigna del descalabro de dicha estrategia gubernamental contra la violencia y los grupos armados ilegales.*⁴³

Exclusión de postulados a la Ley 975 de 2005: Para poder acceder a la pena alternativa prevista en la Ley 975 de 2005, los miembros de grupos armados ilegales se deben desmovilizar conforme a lo establecido en la Ley 782 de 2002 y deben ser postulados por el gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación, mediante su inclusión en una lista de elegibles.⁴⁴ Para esto, se deben cumplir los requisitos de elegibilidad establecidos en los artículos 10 (desmovilización colectiva) y 11 (desmovilización individual) de la Ley 975 de 2005. Cuando a lo largo del proceso se constata que el postulado ha incumplido alguno de estos requisitos o se comprueba que ha seguido delinquirando o ha incumplido su obligación de realizar una confesión completa y veraz, el fiscal del caso, el representante del Ministerio Público o, incluso, los representantes de las víctimas pueden solicitar a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz la exclusión, para

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009, Radicado No. 30451. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009, Radicado No. 30451. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009, Radicado No. 30451. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.

44 Ley 975 de 2005, artículo 9.

que el desmovilizado sea investigado y juzgado por la justicia penal ordinaria.⁴⁵

Pues bien, el gobierno nacional expidió el Decreto 1364 de 2008 y estableció en el artículo 1 que “a través del Ministerio del Interior y de Justicia, podrá retirar la postulación que haya remitido a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el presente artículo, cuando considere que el desmovilizado ha incumplido con los compromisos de no incurrir en nuevas conductas delictivas”.⁴⁶ En estos casos, según la misma norma, el Fiscal General de la Nación deberá ordenar que cese de inmediato toda actuación tramitada en el marco de la Ley 975 de 2005 con relación a esa persona y tendrá que informar a las demás autoridades judiciales para los efectos legales correspondientes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esta medida y ha afirmado que la misma desconoce la independencia de la rama judicial y constituye una violación al debido proceso y al derecho de defensa. Por esta razón y al considerarla ilegal, ha llamado la atención sobre la necesidad de acudir a la “excepción de inconstitucionalidad” para no aplicarla:

*En suma, el Decreto 1364 de 2008, no solo asoma ilegal, porque lejos de reglamentar el trámite de la Ley de Justicia y Paz, lo desnaturaliza completamente, al punto de contradecir abiertamente la misma norma que busca complementar, sino que se erige en claramente violatorio de la Constitución Nacional, específicamente de los artículos 29, consagratorio del debido proceso y el derecho de defensa, y 228, 229 y 230, en cuanto verifican la independencia de la Administración de Justicia y el libre acceso a la misma.*⁴⁷

45 Según lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 3391 de 2006, si la exclusión se da cuando el postulado ya ha sido condenado y está cumpliendo la pena alternativa, esta será revocada y deberá cumplir la pena ordinaria impuesta en la sentencia.

Sobre la exclusión y los distintos mecanismos de terminación anticipada del proceso penal de Justicia y Paz: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de febrero de 2009, Radicado No. 30998. Magistrado ponente Sigifredo Espinosa-Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 11 de marzo de 2009, Radicado No. 31162. Magistrado ponente Julio Enrique Socha-Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 31 de julio de 2009, Radicado No. 31539. Magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán.

46 Decreto 1364 de 2008, artículo 1.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 11 de marzo de 2009, Radicado No. 31162. Magistrado ponente Julio Enrique Socha-Salamanca.

Estos dos aspectos (extradición y exclusión de postulados) permiten evidenciar la inestabilidad política, que surge como reflejo de la debilidad institucional de un Estado que intenta lidiar con actores armados, acudiendo a nociones como la de los derechos de las víctimas, la justicia restaurativa y la justicia transicional. La forma como se desenvuelve, desde el punto de vista político, el proceso de desmovilización y la posición que frente a esta coyuntura toman las instituciones públicas, en particular el poder ejecutivo, se ha convertido en criterio fundamental para la toma de decisiones judiciales.

B. Pretensión de construcción comprehensiva de la verdad

Al parecer, una de las características de los distintos mecanismos de justicia transicional que se han experimentado, es su carácter altamente selectivo. No solamente porque estos mecanismos en muchas ocasiones son fruto de la negociación con grupos armados, debido a la imposibilidad de la derrota militar, lo que conduce a que no necesariamente después de un período de conmoción social se llegue a instaurar algún tipo de alternativa para tramitar el pasado o a que no todos los agentes que se ven involucrados en situaciones de conflicto o de violaciones masivas de derechos humanos sean beneficiados con este tipo de mecanismos.⁴⁸ Sino también, porque en contextos de violaciones masivas de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, existe una imposibilidad material, en términos de tiempo y de recursos financieros, físicos y humanos, para realizar una reconstrucción comprehensiva de todo cuanto pudo haber sucedido durante este tipo de situaciones.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de febrero de 2009, Radicado No. 30998. Magistrado ponente Sigifredo Espinosa-Pérez.

48 En muchas ocasiones, en un mismo contexto, al tiempo que se negocia con algunos grupos –debido precisamente a su poderío militar– frente a otros actores o agentes sociales simplemente se articulan políticas altamente represivas. Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, 601-637 (Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006).

En muchos casos, el número de víctimas y de victimarios excede por mucho la capacidad institucional para poder juzgar a todos los responsables y para poder procurar una reparación aceptable a todos los perjudicados.⁴⁹ Por esto, en experiencias como la de El Salvador, la Comisión de la Verdad, en su informe *De la Locura a la Esperanza*, se concentró en reconstruir cerca de 30 casos, considerados ejemplarizantes por los miembros de la Comisión, en vez de forzarse a investigar 12 años de guerra civil. Así mismo, según el Decreto 355 de 1990, mediante el cual se creó la Comisión de la Verdad de Chile, esta debía investigar “las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años”, es decir, “las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados o torturados con resultado de muerte...”⁵⁰

Incluso, en el documento *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Iniciativas de enjuiciamiento*, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se indica que una de las dificultades que atraviesan sociedades en procesos de transición, es precisamente que se ha cometido un gran número de crímenes, en los que pueden haber estado involucradas cientos o miles de personas, y que no se podrán investigar todos estos hechos ni se podrá enjuiciar a todos los responsables. Por esta razón, este documento recomienda elaborar estrategias claras, que planteen criterios transparentes de selección, bien sea a partir del tipo de conductas que se van a investigar o a partir

49 En Justicia y Paz, se han registrado ante la Fiscalía General de la Nación, a 1 de mayo de 2010, 156.870 hechos de homicidio, 63.526 hechos de desplazamiento forzado y 2.740 hechos de secuestro. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 29 de junio de 2010, Radicado No. 110016000253200680077. Magistrada ponente Uldi Teresa Jiménez-López. Disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/Frames/index.jsp?idseccion=1128&idpagina=8018&idsitio=6.

50 En los casos de Sudáfrica y Perú, las comisiones de la verdad allí implementadas tuvieron pretensiones mucho más amplias. La Comisión de Sudáfrica podía investigar hechos ocurridos entre 1960 y 1994. La investigación realizada por la Comisión de Perú partía de una lista de delitos incluida en el Decreto que la creó y que hacía referencia a “otros crímenes y graves violaciones a los derechos de las personas”. Diana Fuentes & Gustavo Cote, *El papel de las comisiones de la verdad en la formación de la memoria histórica: ¿construcción de un relato?* (Trabajo de grado para optar por el título de abogado, presentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004). Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS25.pdf>.

del conjunto de personas que se van a enjuiciar.⁵¹ En todo caso, se resalta la importancia de socializar adecuadamente con las víctimas estos obstáculos y las estrategias que se tomen para solventarlos, con el fin de evitar falsas expectativas.⁵²

En Colombia, la Ley de Justicia y Paz poco a poco ha adquirido la connotación de mecanismo de producción de verdad, con una pretensión comprehensiva, en la que la Fiscalía General de la Nación debe investigar todos los delitos cometidos por los desmovilizados y estos, a su turno, deben confesar en la versión libre todos los delitos en los que hayan participado o que hayan conocido con ocasión de su pertenencia al grupo armado, so pena de ser excluidos y no poder acceder a la pena alternativa. Esto ha ocurrido a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre la Ley 975 de 2005 y ha tenido finalmente consagración normativa.

En la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 17, 25 y 29 de la Ley de Justicia y Paz. Con fundamento en el desarrollo que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos ha hecho del derecho a la verdad y apelando a la figura del bloque de constitucionalidad, la Corte instó a los desmovilizados postulados a realizar confesiones totales y a la Fiscalía para que investigara todo lo confesado,

51 “Puede haber muchos enfoques diferentes en la estrategia de enjuiciamiento. Por ejemplo, en el enfoque *vertical o longitudinal* se investiga y procesa a los autores de distintos niveles de la línea de mando y se forma la causa contra los responsables de la cúpula de mando. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) siguió este método en sus primeros años, cuando resultaba imposible conseguir la detención de ningún autor que no fuera de rango inferior o intermedio, aunque más adelante se dirigieron las actividades hacia los responsables de rangos superiores. En los últimos años se ha seguido otro criterio, el de restringir deliberadamente las actuaciones a los responsables de rango superior; el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, por ejemplo, orienta específicamente hacia el procesamiento de los que *tienen mayor responsabilidad*. (El Fiscal de la Corte Penal Internacional ya ha indicado que adoptará un criterio análogo)”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Iniciativas de enjuiciamiento*, 16 (Naciones Unidas, New York, Ginebra, 2006). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>.

52 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Iniciativas de enjuiciamiento*, 16 (Naciones Unidas, New York, Ginebra, 2006). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>.

así como todas las conductas cometidas por los sujetos a los que se aplique la Ley 975 de 2005.⁵³

Mientras se ha avanzado en la aplicación del proceso penal especial de Justicia y Paz, el contenido de la confesión de los postulados y el alcance de la investigación que adelanta la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía se han venido decantando. Según el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, la confesión en Justicia y Paz debe versar sobre los siguientes aspectos: las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos delictivos cometidos, los bienes que se entregan para la reparación de las víctimas y la fecha de ingreso al grupo.⁵⁴

Con la sentencia C-370 de 2006 se exigió también que los desmovilizados proporcionaran toda la información posible sobre víctimas de desaparición forzada y secuestro. Posteriormente y para armonizar la regulación en materia de Justicia y Paz con las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en esa sentencia, el gobierno nacional expidió el Decreto 3391 de 2006. En el artículo 9 se consagró el deber de realizar una confesión completa y veraz, en la que se narren todos los hechos delictivos en los que el postulado participó o que conoció con ocasión de la pertenencia al grupo y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como sus causas, la fecha de ingreso al grupo y se informe sobre la totalidad de bienes de origen ilícito para efectos de reparación a las víctimas.⁵⁵

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha exigido a la Fiscalía que identifique en las investigaciones que adelanta en contra de los desmovilizados

53 “Los demandantes indican que la Ley 975 de 2005 vulnera el derecho a la verdad del cual son titulares las víctimas de los delitos cometidos por los beneficiarios de dicha ley, así como el derecho a la memoria de la sociedad colombiana en su conjunto (...) En consecuencia, solicitan que la Corte declare inexecutable los apartes subrayados, ‘y que, por el contrario, señale que el ocultamiento de la verdad tiene como consecuencia la pérdida del beneficio de la pena alternativa para el delito confesado y la imposibilidad de acceder a tal beneficio para el delito conocido posteriormente a la sentencia o el indulto’”. Corte Constitucional, Sentencia C-370, 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.

54 Ley 975 de 2005, artículo 17.

55 Decreto 3391 de 2006, artículo 9.

sometidos a la Ley de Justicia y Paz, las razones de la victimización, es decir, el porqué de los delitos cometidos, y los patrones de comportamiento seguidos por los grupos armados que han dejado las armas.⁵⁶ Además, la misma Sala ha dicho que se deben establecer los motivos por los cuales se conformaron los grupos armados desmovilizados, las cadenas de mando y las estructuras mediante las cuales operaron, los planes trazados y las órdenes que se impartían.⁵⁷

Esta verdad que se pretende construir desde el proceso penal de Justicia y Paz se encuentra muy cercana a la labor de un historiador, la cual en todo caso tampoco es comprensiva.⁵⁸ Todo ejercicio de memoria lleva implícito un ejercicio de olvido, en la medida en que no es posible recordarlo todo y siempre se termina seleccionando aquello que se quiere recordar.⁵⁹ Luego, no es claro hasta dónde la Ley de Justicia y Paz podrá cumplir estas promesas y cómo el sistema penal podrá colmar estas exigencias. Menos aún si realmente podrá haber siquiera un control mínimo al respecto, quizá por parte de la misma Corte Suprema de Justicia.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de mayo de 2009, Radicado No. 31150. Magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 31 de julio de 2009, Radicado No. 31539. Magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán.

58 Al respecto es importante no perder de vista la labor adelantada por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, CNRR, la cual ha funcionado más como un ente, con matiz académico, que ha centrado sus esfuerzos en la reconstrucción de casos puntuales y en la producción de informes más o menos generales sobre hechos particulares. Sin embargo, el protagonismo lo ha tenido el proceso penal, debido a las altas expectativas que desde el principio generó y a que en este contexto se han ventilado temas como el de las ejecuciones de civiles que son presentados como bajas en combate (*falsos positivos*) y el del apoyo de la fuerza pública y de políticos a los grupos paramilitares.

59 Paul Ricoeur explica dos diferencias fundamentales entre la labor del juez y la del historiador. En primer lugar, la verdad declarada por el juez es definitiva, mientras que la del historiador es provisional: “Esta apertura a la reescritura marca la diferencia entre el juicio histórico provisional y la sentencia judicial definitiva”; en segundo lugar, la verdad declarada por el juez tiene un espacio limitado, mientras que la del historiador abarca aspectos que se escapan de lo debatible en el escenario judicial: “Todas las tensiones entre los dos enfoques provienen del hecho de que la incriminación jurídica descansa en el principio de la culpabilidad individual... Allí donde el proceso criminal solo quiere reconocer protagonistas individuales, la investigación histórica relaciona continuamente los personajes con las multitudes, con movimientos y con fuerzas anónimos”. Paul Ricoeur, *La memoria, la historia y el olvido*, 426-430 (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

En todo caso, con esto no se quiere desconocer el gran esfuerzo que día a día hacen investigadores, fiscales y, en general, los funcionarios que participan de este proceso. Importantes cosas se han podido establecer, impactantes relatos e historias que de otra manera permanecerían en el silencio, han permitido ilustrar en las audiencias de Justicia y Paz la demencia de la violencia paramilitar. Simplemente, se quiere advertir sobre el discurso, en ocasiones poco realista, con el cual se ha rodeado y dado forma a este proceso penal, en medio del cual se tramitan distintas expectativas que no en todos los casos son realmente satisfechas.

C. El proceso penal especial de Justicia y Paz en medio de la violencia

Desde que la Ley de Justicia y Paz entró en vigencia, se han producido una gran cantidad de hechos de violencia que han rodeado su aplicación. Nuevos grupos armados han entrado a ocupar los territorios en donde operaron los grupos paramilitares que se desmovilizaron. Estos grupos han sido denominados por los organismos de seguridad del Estado como “bandas emergentes” o “bandas criminales”, BACRIM.

En buena parte, las BACRIM están integradas por paramilitares que nunca se desmovilizaron o que, habiéndolo hecho, han retomado las armas. Según el discurso oficial, estas bandas están al servicio del narcotráfico o de la delincuencia común y en este sentido, no es posible equipararlas a las autodefensas que se sometieron al proceso de Justicia y Paz, las cuales tenían una motivación política, en la medida en que surgieron para combatir a los grupos subversivos que persisten en el territorio colombiano.

Así las cosas, muchas de las víctimas que han intentado reclamar algún tipo de reparación en Justicia y Paz, en especial las tierras de las que fueron despojadas, han sido amenazadas, algunas incluso asesinadas. El caso de la señora Yolanda Izquierdo es bastante dicente:

A mediados de enero, las sentencias de muerte la asediaron más seguido. Y extraños comenzaron a merodear por el Lote 2 de Mi Ranchito, un barrio popular de Montería donde Yolanda Izquierdo había encontrado abrigo para ella y sus cinco hijos. Sintió miedo por ellos y durante varias noches hizo que se llevaran a dormir a otros lados a los más pequeños, de 7, 11 y 12 años. Ella también durmió tres veces en casas ajenas para sacarle el cuerpo a la muerte que le estaban anunciando. La sentía tan cerca, que los últimos días trancaba la puerta a las 6 de la tarde y no permitía siquiera que alguno de sus niños se asomara a la ventana. “Pasaba gente extraña y mi mamá se daba cuenta, estaba muy asustada. Yo le había pedido que se fuera”, cuenta Dina, la segunda, que a sus 15 años se convirtió en su secretaria, su acompañante y hasta su confidente en el proceso de recuperación de las parcelas que los paramilitares les arrebataron a ella y a, al menos, otros 700 campesinos. A esa batalla le pusieron fin seis tiros el pasado miércoles, cuando Yolanda rallaba coco para la comida de la tarde en el portón de su casa.⁶⁰

Sobre este mismo problema, según la revista *Semana*:

Algo raro está pasando en Colombia. Mientras en Bogotá se hacen cuentas de cómo se les está ganando la guerra a las Farc, el efecto de ese logro no parece sentirse en el extenso país rural... El Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas lanzó esta semana –en la emblemática plaza Trafalgar de Londres– varias alertas al mundo. Y una de ellas es que en Colombia, a pesar de lo que muchos pueden creer, cada día son más los que tienen que dejar sus tierras por la violencia: en el año 2006 fueron 200.000 personas y en 2007 el destierro les llegó a 250.000 más... Como si no fuera suficiente, a esto se suma un preocupante dato que nadie ha mencionado: han sido asesinados 89 líderes de desplazados en los últimos cuatro años. Otros 216 líderes de desplazados están bajo protección del gobierno y en 63 municipios del país el riesgo para los desarraigados está entre ‘alto’ y ‘extraordinario’. Detrás de cada uno de esos muertos hay toda una historia, el único de esos casos que ha trascendido en los medios nacionales es el de Yolanda Izquierdo: era la voz cantante de 800 familias que le reclamaban al jefe paramilitar Salvatore Mancuso por sus tierras. Dos sicarios llegaron hasta su casa el 31 de enero de 2007 y la acallaron.⁶¹

60 *Últimos días del calvario de Yolanda Izquierdo*, Diario *El Tiempo*, Bogotá, 4 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2377925>.

61 *La guerra de la tierra. Al drama de los desterrados en Colombia se suma otra tragedia: los están matando. En los últimos cuatro años han asesinado a 89 líderes y cientos están amenazados*, Revista *Semana*, Bogotá, 21 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/guerra-tierra/112893.aspx>.

También los desmovilizados han tenido problemas de seguridad. En varias de las diligencias judiciales se ha discutido este tema y, por ejemplo, varios de los postulados que tuvieron el rango de comandantes de frente o de bloque, han denunciado las amenazas de las que han sido objeto. Igualmente, han contado cómo han matado por *sapos*,⁶² a muchos de los desmovilizados que fueron sus subalternos y que ahora les estaban ayudando a recoger información para aportar al proceso de Justicia y Paz.⁶³

Por esto, por ejemplo, en la sentencia de primera instancia proferida el 29 de junio de 2010, por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz en contra de Edwar Cobos Téllez, alias *Diego Vecino*, comandante del Bloque Héroes Montes de María de las ACCU y Uber Enrique Banquez-Martínez, alias *Juancho Dique*, comandante del Frente Canal del Dique del mismo Bloque, ordena como garantías de no repetición, al Ministerio de Defensa Nacional, que “refuerce su actividad en el combate y eliminación de este flagelo”. Así mismo, le ordena, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría, tomar las medidas necesarias, para garantizar las condiciones de seguridad de las víctimas que quieran retornar a sus lugares de origen.⁶⁴

Esta es una gran dificultad para este proceso, ya que una gran cantidad de víctimas del paramilitarismo tuvieron que dejar los lugares en donde habitaban. El desplazamiento forzado en

62 En Colombia, Costa Rica, Venezuela y otros países de América Latina, esta palabra designa a soplones y delatores.

63 Este ha sido uno de los temas que se han discutido en los incidentes de reparación integral que han tenido lugar en los procesos en contra de Jorge Iván Laverde-Zapata, alias *El Iguano* o *Raúl*, comandante del Frente Fronteras de las AUC y en contra de Edwar Cobos Téllez, alias *Diego Vecino*, y Uber Enrique Banquez-Martínez, alias *Juancho Dique*. Para conocer algunos de los detalles de estos procesos penales y en particular lo ocurrido en estos incidentes de reparación integral, consultar la página *web* de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, CNRR: <http://www.cnrr.org.co/>.

64 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 29 de junio de 2010, Radicado No. 110016000253200680077. Magistrada ponente Uldi Teresa Jiménez-López. Disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/Frames/index.jsp?idseccion=1128&idpagina=8018&idsitio=6.

En Justicia y Paz, la única sentencia judicial proferida en cuatro años de vigencia de la Ley 975 de 2005 había sido en el proceso adelantado en contra de Wilson Salazar-Carrascal, alias *El Loro*, el 19 de marzo de 2009. Esta sentencia fue anulada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de julio del mismo año y solo hasta el 29 de junio de 2010 se profirió una nueva sentencia. En todo caso, esta última fue objeto de apelación, razón por la cual no ha quedado en firme.

Colombia ha alcanzado cifras realmente alarmantes. La prolongación del conflicto en las zonas de influencia paramilitar impide el regreso de las víctimas a sus lugares de origen y la reconstrucción del tejido social quebrantado por el desarraigo y por todos los problemas, por ejemplo, de desempleo y pobreza, que van de la mano. En suma, si la violencia persiste, no solamente se hace imposible una verdadera reparación integral, en la medida en que no hay garantías de no repetición, sino que además queda en evidencia la incapacidad del sistema legal para fungir como verdadero mecanismo de solución de conflictos, precisamente ante una conflictividad que lo desborda. El proceso penal de Justicia y Paz, en este sentido, no se aleja de un ideal de juridicidad que, a pesar de recurrir a fórmulas “novedosas” de justicia “transicional” y a alternativas poco ortodoxas de ejercicio del poder punitivo del Estado, se desvanece en medio de una guerra que se transforma pero en la que el Estado no se logra consolidar como único sujeto soberano.

CONCLUSIÓN

El proceso penal de Justicia y Paz, regulado en la Ley 975 de 2005, es un mecanismo de justicia, concebido como alternativa para la transición en Colombia hacia la paz. Sin embargo, el contexto colombiano –altamente conflictivo y en el cual la guerra, a pesar de la desmovilización de varios de los grupos paramilitares, continúa siendo una realidad– evidencia los límites y paradojas del sistema penal ante ese objetivo. El conflicto armado no solamente motiva la creación de la Ley 975 de 2005, sino que su prolongación indefinida impacta y determina la forma como esta es implementada.

El carácter político del proceso penal de Justicia y Paz y, por lo mismo, su connotación polémica se manifiestan en las decisiones judiciales que se toman en los procesos penales y en la manera como incluso otras ramas del poder público intentan influir en su dinámica. Además, las promesas realizadas desde la formulación misma de la Ley y en su aplicación, día a día encuentran diferentes obstáculos y actualmente dejan un gran interrogante sobre sus verdaderas posibilidades de cumplimiento, al tiempo que la violencia continúa rodeando el desarrollo de los procesos penales: sujetos que se hacen partícipes de un mecanismo cuyo objetivo es la paz, siguen viviendo la cotidianidad de la guerra.

Por esto, la construcción de la paz no puede depender de lo judicial ni del sistema penal: “la Ley 975 de 2005 presenta limitaciones estructurales para la averiguación de la verdad de los crímenes atroces que se han cometido”.⁶⁵ Para esto, se requiere la articulación real de distintas estrategias, de mecanismos diversos y creativos, reflejo de un compromiso político claro e institucional del Estado, como soporte de políticas integrales.⁶⁶

65 Michael Reed-Hurtado, *Breve exploración sobre la función de derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*, en *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, 106 (Michael Reed-Hurtado, ed., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ y Embajada de Canadá en Colombia, Bogotá, 2008).

66 Sobre el compromiso político para la transición ante situaciones de violaciones masivas de derechos humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho: “Especialmente en los contextos nacionales, la necesidad de un firme

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Ambos, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional* (Agencia de Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo, GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg August Universität Göttingen, Bogotá, 2010). Disponible en: <http://www2.gtz.de/dokumente/bib/gtz2010-0534es-procedimiento-ley-justicia-paz.pdf>.
- Aponte, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006).
- Bernal, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- Cote, Gustavo, *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010).
- Jakobs, Günther, *Derecho penal parte general. Fundamento y teoría de la imputación* (Marcial Pons, Madrid, 1997).
- Leal, Francisco, *El oficio de la guerra. La seguridad nacional en Colombia* (Tercer Mundo Editores, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI, Universidad Nacional, Bogotá, 1994).
- Orozco, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (Editorial Temis, Bogotá, 2006).
- Orozco, Iván, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria* (Editorial Temis, Bogotá, 2009).
- Orozco, Iván & Gómez, Juan Gabriel, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal* (Editorial Temis, Bogotá, 1999).
- Reed-Hurtado, Michael, *Breve exploración sobre la función de derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión*, en *Judicialización de crímenes de sistema*.

compromiso respecto de la responsabilidad penal en el nivel político es fundamental. Entre las dificultades principales figuran: 1) presentar el compromiso sin politizar la búsqueda de justicia y 2) comprender los complejos objetivos y gestionar las expectativas. Para despolitizar la búsqueda de justicia, los planificadores pueden debatir la rendición de cuentas de un modo que respete la presunción de inocencia, no erosione la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad, y refleje la comprensión de los complejos objetivos que se intentan alcanzar con esa estrategia... Los planificadores también deben tener una perspectiva informada de los objetivos que orientan una política de justicia. Por ejemplo, apoyarse solamente en un argumento de disuasión puede suscitar expectativas que son difíciles de sostener, mientras que un énfasis excesivo en el castigo puede ser tergiversado y manipulado por los oponentes como llamamientos a la venganza y puede crear condiciones que lleven a actos de revancha y represalia. Una mejor justificación para los enjuiciamientos de violaciones masivas de los derechos humanos es transmitir a los ciudadanos las ideas de la censura de las violaciones y el apoyo a ciertos valores democráticos". Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, 4 (Naciones Unidas, New York, Ginebra, 2006). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>.

Estudios de caso y análisis comparado (Michael Reed-Hurtado, ed., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ y Embajada de Canadá en Colombia, Bogotá, 2008).

Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia y el olvido* (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político* (Alianza Editorial, Madrid, 1991).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

Ambos, Kai, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en *Justicia de Transición*, 23-129 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

Aponte, Alejandro, *Informe sobre Colombia*, en *Justicia de Transición*, 235-299 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_15990-1522-4-30.pdf?090629220310.

Aponte, Alejandro, *Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano*, en *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional* (Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik, eds., Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo).

Vargas, Alejo, *La lenta marcha en el siglo XX hacia un ejército profesional moderno en Colombia*, en *De milicias reales a militares contrainsurgentes. La institución militar en Colombia del siglo XVIII al XXI* (César Torres-del Río & Saúl Rodríguez-Hernández, eds., Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008).

Zyl, Paul van, *Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*, en *Verdad, memoria y reconstrucción, Estudio de casos y análisis comparado* (Mauricio Romero, comp., Centro Internacional para la Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008).

DOCUMENTOS EN INTERNET

Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia*. Disponible en la Escuela de Filosofía de la Universidad de Arte y Ciencias Sociales, ARCIS, Chile: www.philosophia.cl.

Fuentes, Diana & Cote, Gustavo, *El papel de las comisiones de la verdad en la formación de la memoria histórica: ¿construcción de un relato?* (Trabajo de grado para optar por el título de abogado, presentado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004). Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS25.pdf>.

Teitel, Ruti G., *Genealogía de la Justicia Transicional*. Disponible en el Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf.

Uprimny, Rodrigo & Saffon, María Paula, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. Disponible en The International Development Research Centre: http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html.

NORMATIVIDAD COLOMBIANA

Congreso de la República, *Ley 782 de 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones*, 45.043 *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/ley/2002/ley_0782_2002.html.

Congreso de la República, *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*, 45.980 *Diario Oficial*, 25 de julio de 2005. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0975_2005.html.

Ministerio del Interior y de Justicia, *Decreto 3391 de 2006, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005*, 46.406 *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 2006. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/2006/decreto_3391_2006.html.

Ministerio del Interior y de Justicia, *Decreto 1364 de 2008, por medio del cual se adiciona el artículo 3 del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005*, 46.971 *Diario Oficial*, 25 de abril de 2008. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/2008/decreto_1364_2008.html.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional, Sentencia C-370, 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 Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 31 de julio de 2008, Radicado No. 28503. Magistrado ponente Javier Zapata-Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 23 de agosto de 2008, Radicado No. 28040. Magistrada ponente María del Rosario González-de Lemos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de febrero de 2009, Radicado No. 30998. Magistrado ponente Sigifredo Espinosa-Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 11 de marzo de 2009, Radicado No. 31162. Magistrado ponente Julio Enrique Socha-Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de mayo de 2009, Radicado No. 31150. Magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 15 de julio de 2009, Radicado No. 32042. Magistrado ponente José Leonidas Bustos-Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado No. 31539. Magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto del 19 de agosto de 2009, Radicado No. 30451. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 29 de junio de 2010, Radicado No. 110016000253200680077. Magistrada ponente Uldi Teresa Jiménez-López. Disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/esj_portal/jsp/Frames/index.jsp?idseccion=1128&idpagina=8018&idsitio=6.

INFORMES, DOCUMENTOS, REPORTES

- Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador (1992-1993), Naciones Unidas, 15 de marzo de 1993. Disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Iniciativas de enjuiciamiento* (Naciones Unidas, New York, Ginebra, 2006). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionsp.pdf>.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

- Últimos días del calvario de Yolanda Izquierdo*, *Diario El Tiempo*, Bogotá, 4 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2377925>.
- Texto de la alocución presidencial con ocasión de la extradición de los jefes paramilitares*, *Diario El Tiempo*, Bogotá, 13 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4162344>.
- Medios internacionales calificaron de "sorpresa" extradición de paramilitares*, *Diario El Tiempo*, Bogotá, miércoles 14 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4163729>.
- Human Rights Watch criticó extradición de paramilitares*, *Diario El Tiempo*, Bogotá, jueves 15 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4166398>.
- Familiares de víctimas protestaron en Santa Marta por extradición de paramilitares*, *Diario El Tiempo*, Bogotá, jueves 15 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4165948>.

- Diferencias entre Álvaro Uribe y Corte Suprema siguen vigentes*, *Revista Cambio*, Bogotá, 8 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.cambio.com.co/pais-cambio/785/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4380023.html.
- Y la parapolítica... Extradición ¿qué va a pasar con las investigaciones de los parapolíticos y cuáles son los nuevos retos de la justicia colombiana para conocer la verdad?*, *Revista Semana*, Bogotá, 13 de mayo de 2008. Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-on-line/parapolitica/111788.aspx>.
- La guerra de la tierra. Al drama de los desterrados en Colombia se suma otra tragedia: los están matando. En los últimos cuatro años han asesinado a 89 líderes y cientos están amenazados*, *Revista Semana*, Bogotá, 21 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/guerra-tierra/112893.aspx>.