

**El Estatuto de Roma  
y los límites del derecho penal  
en escenarios de alta conflictividad:  
el caso colombiano**

*Alejandro Aponte*

## 1 • Aclaración previa

El trabajo que se presenta a continuación es diverso de los demás trabajos del grupo. Esto, en razón de que en Colombia, luego de la reforma constitucional que ofreció la estructura normativa para la incorporación del Estatuto de Roma al derecho público interno, y luego de las reformas complejas que ha sufrido el Código Penal, con la incorporación prácticamente de todos los crímenes internacionales materia del Estatuto de Roma, no se ha producido nada significativo en relación con la implementación. Sobre todo, no existen normas sobre cooperación, algo muy necesario hoy. En el país se han hecho intentos muy tímidos en relación con la cooperación, pero las coyunturas políticas, los afanes propios del conflicto armado interno, han suscitado otras urgencias y prioridades y los proyectos ni siquiera han sido discutidos de manera elemental. Además, en un trabajo posterior, el grupo de trabajo de profesores latinoamericanos se ocupará específicamente del tema de la cooperación.

Por las razones anotadas y de acuerdo con lo previsto por los editores, se ha evitado caer en repeticiones y en consideraciones, por ejemplo, sobre obstáculos para la implementación y para una ley de cooperación posible, que ya han sido hechas o adelantadas en el primer informe extenso sobre el caso colombiano.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véase Alejandro Aponte: "Informe sobre Colombia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 201-258.

La discusión más importante que ha tenido lugar en Colombia, relacionada con el Estatuto de Roma y con los crímenes internacionales, se relaciona con la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz, un intento de incorporación de actores armados a la vida civil, ligados a dinámicas de violencia extrema y al conflicto armado interno. Se trata de un ejemplo concreto para ilustrar los dilemas propios de la aplicación (o no aplicación), en la realidad cotidiana, de las normas y dictados del Estatuto de Roma. Por esa razón, se ha considerado pertinente elaborar un trabajo dedicado a este tema, desde la perspectiva del derecho penal internacional y de los avatares que sufre su recepción en el derecho público interno.

## 2. • Presentación

Una vez hecha la aclaración anterior, puede decirse que el presente trabajo constituye una continuación del estudio publicado en el segundo texto producido por el grupo de estudios sobre la implementación del Estatuto de Roma en los diferentes países latinoamericanos, y sobre temas fundamentales del derecho penal internacional.<sup>2</sup> En aquel trabajo se abordaba el estudio de una iniciativa legislativa presentada por el gobierno colombiano en el año 2003, dirigida a construir una normatividad que sirviera de sustento jurídico al proceso de paz iniciado, por primera vez en la historia de Colombia, con los denominados *grupos de autodefensa* o *grupos paramilitares*. Éstos, ligados al escenario de violencia endémica y de conflicto armado interno que azota al país desde hace más de cuatro décadas, y ligados también a contextos de violaciones masivas de derechos humanos, se encuentran vinculados desde entonces al proceso de paz, y varios miles de sus hombres han entregado las armas y se han desmovilizado.

---

<sup>2</sup> Se trata del texto denominado: “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, IBCCRIM, Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, 2005, pp. 117-150.

El tema más general dentro del cual podía enmarcarse la iniciativa gubernamental era el de la justicia transicional, o también —a partir de un concepto acuñado sobre todo por la literatura alemana en relación con los casos suscitados por los disparos en el muro de Berlín— de la superación del pasado a través de la norma penal (*Vergangenheitsbewältigung*). Pero, en el caso colombiano, los hechos jurídicos y políticos ligados a la noción general de justicia transicional presentan una gran especificidad: no se trata de procesos de transición a la democracia luego de años de regímenes autoritarios, ni de construcción de escenarios democráticos luego de situaciones de eclosión social y política. Se trata, en este caso, de construcción de modelos normativos que buscan, en escenarios de confrontación política, incorporar a la vida civil a actores involucrados en una situación de conflicto armado degradado y que produce consecuencias extremadamente graves, particularmente en miembros de la población civil no combatiente.

Dentro de una institucionalidad que funciona en el contexto de un régimen constitucional democrático, aunque amenazada permanentemente, se busca implementar modelos de justicia penal propicios al tránsito de actores situados por fuera del orden jurídico —no sólo como grupos armados ilegales, sino y, sobre todo, como actores de la guerra— a la vida civil. Con términos de Hobbes, se trata del tránsito de la guerra como negación del Estado al mundo del derecho y de la ley civil. Para el funcionamiento del derecho se requiere la paz como condición fáctica, como lo postula una visión clásica del derecho público en el Estado moderno.

Allí surge una gran tensión que acompaña hoy el caso colombiano: el uso, paradójico, del derecho penal —que presupone la existencia efectiva de la paz como condición fáctica para su funcionamiento— como instrumento de incorporación de actores ligados a escenarios de guerra que constituyen precisamente la negación del derecho; no se trata del uso del derecho penal como un mecanismo de regulación de hechos juzgados tras un tránsito institucional, sino para regular hechos en medio de confrontaciones profundas y de una anomia generalizada. La guerra y el derecho se conjugan una vez más en la historia jurídico-política de Colombia.

Por esa razón, surge inmediatamente la pregunta por los límites del derecho penal como mecanismo de superación de graves situaciones que no sólo han ocurrido en el pasado, sino que ocurren en el presente y que están latentes siempre como amenaza. También por esa razón, además, el caso colombiano debe abordarse con toda suerte de matices y no puede ser asumido con variables o categorías tradiciona-

les. Ello vale muy particularmente en el tema que nos ocupa, para su estudio en función de la justicia penal internacional y del Estatuto de Roma. Es decir, el caso colombiano debe asumirse de acuerdo con las profundas tensiones que en este país se originan, específicamente relacionadas con la necesidad de buscar la paz como anhelo generalizado, y los costos que dicha búsqueda puede occasionar.

En este trabajo se aborda el estudio de un nuevo proyecto de ley, ésta vez denominada *de Justicia y Paz*. La secuencia de nombres con los cuales se ha bautizado a las diferentes iniciativas expresa también los dilemas que las acompañan: del proyecto de Alternatividad Penal al de Verdad, Justicia y Reparación; de éste, al proyecto (hoy ley de la República) de Justicia y Paz.

¿Puede lograrse una paz con justicia? ¿Siempre debe prevalecer una sobre la otra? ¿La justicia es sólo justicia penal, o es justicia como un todo más complejo? ¿Se puede hablar, en todo caso, de *justicia* —con un acento valorativo y axiológico, en medio de la guerra y de escenarios de crimen generalizado y degradado— o se debe apostar por el esfuerzo puramente decisionista de resolver situaciones de guerra? ¿Hasta dónde va el derecho de un Estado y de una sociedad a buscar mecanismos propios en función de la paz, frente a los dictados de la globalización de los derechos humanos y frente a los compromisos internacionales adquiridos? Éstos son los interrogantes que acompañan las presentes reflexiones.

Antes de responder a estas preguntas se debe aclarar una cuestión central más: las paradojas suscitadas por la guerra y la paz. La paradoja, ya explicada, de que el derecho penal —que para su funcionamiento supone la paz— tenga que aplicarse a situaciones de guerra que son contrarias al derecho ha cruzado el discurso gubernamental, que oscila en todas las direcciones y se contradice de manera permanente. La única manera que tiene el gobierno colombiano de legitimar su empeño en sacar adelante una ley cuestionada por todos, y muy particularmente en el contexto internacional, es la necesidad de desmovilizar actores armados que son hoy combatientes en escenarios de conflicto degradado. No se trata, en este sentido, de meros delincuentes; con éstos no se conversa: simplemente se aplica la ley.

No obstante, el gobierno está obsesionado en negar la existencia del conflicto armado, es decir, en negar la existencia de elementos fácticos —no valorativos ni discursivos— incuestionables y que le dan sentido a su ley. A su juicio, sólo existen actos terroristas y terroristas. Pero con terroristas no se puede negociar; sólo se puede negociar con actores ligados a lógicas de conflicto armado y que no han sido vencidos,

como muy bien lo aclaró en una de las muchas discusiones legislativas el parlamentario jefe de los ponentes. Sólo se negocia con actores ligados a un escenario no meramente delincuencial, sino político, y eso ha buscado el gobierno y lo ha hecho el Parlamento colombiano, al aceptar las acciones de estos grupos en el horizonte del delito político. Como se ve, por un lado se niega el conflicto armado, pero por otro se otorga estatus político a la otra parte, para justificar su tratamiento privilegiado y ligado a beneficios. Se trata de contradicciones fuertes, que han dificultado la comprensión de los alcances y límites de esfuerzos muy interesantes y complejos que deben ser evaluados con toda suerte de matices y, buscando, por más difícil que ello sea —ya que se trata de piezas legislativas situadas en las fronteras entre la guerra, el derecho y la política— ser lo más objetivos posible.

## **2.1. El primer tránsito: de la alternatividad penal absoluta a una sanción penal mínima con verdad, justicia y reparación**

La primera versión del referido proyecto de ley fue presentada en agosto del 2003 por el gobierno. Se estructuraba sobre todo a partir de la sustitución de las penas privativas de la libertad por una serie de sanciones que dependían, en un tono muy poco enérgico frente a los actores destinatarios, de su buena voluntad. Se hacía referencia a la prohibición de residir en ciertos lugares, a estar alejados de las víctimas, a la restricción geográfica de la libertad. Las condiciones para acceder a los beneficios reforzaban más la idea de que no se trataba tanto de la imposición de normas por parte de las instituciones estatales, sino de la petición de buena voluntad. Se aludía también a que el condenado se comprometiera a ejecutar actos de reparación de las víctimas, a comparecer ante la autoridad competente, etc. Ése era el tono, y todo ello se dejaba librado al *compromiso*, a que el condenado hubiera “hecho expreso el compromiso de no cometer delito doloso”.

El proyecto reconocía expresamente un hecho incuestionable, la existencia del conflicto armado, y se dirigía a aquellos que estuvieran comprometidos en un proceso de paz. Además, hacía referencia clara al factor territorial, hecho también incuestionable: el Estado colombiano ha sido históricamente sustituido por actores particulares en muy grandes extensiones geográficas. De hecho, la iniciativa, como todo proceso de paz, no sólo ha buscado la incorporación de actores armados a la vida civil, sino al mismo tiempo también la presencia estatal en territorios hostiles a ella. Se trata de

un esfuerzo gubernamental y parlamentario situado en escenarios de conformación estatal, de creación de Estado a la manera de los Estados europeos hace cinco siglos. Es éste el marco en el cual tiene que ser interpretado el proyecto hoy convertido en ley, al que debe agregarse la circunstancia de una confrontación con actores que no han sido vencidos militarmente y, más complejo aún, que al mismo tiempo en que han sido confrontados, han sido aliados en la lucha contrainsurgente.

La comunidad internacional reaccionó duramente contra el proyecto; particularmente la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con sede en Colombia, que lo calificó como una especie velada de indulto y como una negación expresa de la normatividad del Estatuto de Roma y de obligaciones internacionales contraídas por Colombia.<sup>3</sup> La norma del Estatuto de Roma que fue traída a colación en función de la crítica al proyecto, fue sobre todo el artículo 17, en su referencia al colapso sustancial de la administración de justicia (numeral 3.º del artículo 17 sobre admisibilidad de casos). Se decía que se trataba de un Estado colapsado, en la medida en que no podía hacer efectiva la normatividad penal; que no podía aplicar justicia. El punto central de la crítica fue, además, la creación de una situación general de impunidad.

En razón sobre todo de la presión internacional, el gobierno presentó a discusión en el Parlamento un pliego de modificaciones al proyecto inicial. El proyecto —y esto expresamente se sostenía por funcionarios gubernamentales— buscaba salirle al paso al Estatuto de Roma, en la medida en que se trataba de personas efectivamente condenadas, pero las cuales eran beneficiarias de una suspensión condicional de la pena, sometida a condiciones ya enunciadas. De esta manera, siendo efectivamente condenados los actores, la Corte no tendría competencia. Ante este argumento, se esgrimían los dictados del artículo 20 del Estatuto, sobre cosa juzgada (sobre ello se volverá en su momento).

Así, al argumento del posible colapso sustancial —que se manifiesta con una aplicación meramente formal o simbólica y no sustancial de la ley penal— se sumaba el argumento de la cosa juzgada; además, el hecho todo se vería como una expresión de falta de voluntad del gobierno para someter a los actores sindicados de delitos que son crímenes internacionales.

---

<sup>3</sup> El estudio en detalle de la actividad de la Oficina del Alto Comisionado, en Alejandro Aponte, loc. cit, p. 131.

El pliego de modificaciones, denominado Proyecto de Verdad, Justicia y Reparación, fue un documento más complejo, que trajo algunos cambios importantes, sobre todo a partir de recomendaciones de la comunidad internacional. En este proyecto ya no existía perdón absoluto; se hacía referencia a “penas alternativas”, que irían entre los cinco y los diez años. Pero el tema de la proporcionalidad en las penas fue el que siguió generando gran discusión. Este proyecto, que podía denominarse también como de *alternatividad relativa o relativizada*, incluía la creación de un Tribunal de Verdad, Justicia y Reparación con gran confusión de funciones; a las propias de una comisión de verdad —a la cual se ha opuesto reiteradamente el gobierno— mezclaba las de un tribunal propiamente penal.<sup>4</sup> Implicó adelantos en relación con los derechos de las víctimas, mientras que el tema general de la reconciliación y la tendencia hacia una justicia restaurativa comenzaron a adquirir más importancia. Pero siguieron en pie las mismas observaciones de la comunidad internacional, especialmente en cuanto a la desproporción de las posibles sanciones y en relación con una estructura normativa más acorde con los derechos de las víctimas.

## **2.2. Multiplicidad de proyectos e iniciativas. Caos y dispersión en torno a una posible salida jurídica para los dilemas de la paz y la justicia**

En el año 2004, fecha en que se presentó el pliego de modificaciones al proyecto inicial, no se concretó ninguna otra iniciativa legislativa; mientras tanto, el proceso de paz con los grupos de autodefensas seguía su curso, con un monitoreo permanente de la OEA, con una zona desmilitarizada en la cual se han concentrado líderes de dichos grupos, y soportando toda suerte de altibajos y dificultades. Una de ellas: se insistía en que un hecho seguía su curso sin que se estableciera un marco jurídico adecuado, no meramente político, para darle cabida y sustento. Varios cientos de paramilitares se desmovilizaban y entregaban las armas sin que existiera un marco jurídico apropiado para ello.

En febrero de 2005, el tema de un proyecto de ley que propiciara dicho marco normativo cobró renovada fuerza, pero el caos ha sido la constante en la discusión

---

<sup>4</sup> Las diferencias entre las funciones de juzgamiento propiamente dichas y las funciones de hallazgo de la verdad, de reparación, de restitución de la dignidad de las víctimas, es cada vez más importante hoy, cuando en relación con la justicia penal se abre paso con mayor vigor la noción de *justicia restaurativa*. Sobre ello, en el caso particular que se estudia, Alejandro Aponte, loc. cit., p. 141 ss.

político-jurídica. Este caos se ha expresado en la proliferación de proyectos presentados por diversos congresistas provenientes de diversas tendencias políticas e incluso en la existencia de dos proyectos presentados por el propio Poder Ejecutivo: de un lado, el proyecto del Ministerio de Justicia y, del otro, el proyecto presentado por la oficina del denominado comisionado de Paz, funcionario que ha sido muy activo en todo el proceder de paz y de desmovilización de los grupos de autodefensa, y blanco de toda suerte de críticas. En un momento dado se habló, incluso, de la posible renuncia de este funcionario, y era claro que ella obedecería un consenso tan precario en torno a hechos fundamentales.

En el mes de febrero existían en el escenario político y legislativo seis proyectos diferentes. Los aspectos más debatidos, y que los diferenciaban, tenían que ver, sobre todo, con las posibles penas para actores comprometidos en toda suerte de delitos, y particularmente en delitos que constituyen crímenes internacionales. Mientras el proyecto anunciado por el Ministerio de Justicia hacía referencia a una pena de entre cinco y diez años con posibilidad de rebajas adicionales, el proyecto del comisionado optaba por penas de entre cinco y diez años sin más, otros hablaban de beneficios adicionales, y dentro del marco punitivo de cinco a diez años se hacía referencia a mínimos de tres años y en uno de ellos se hablaba incluso de penas de hasta treinta años.

El segundo tema más debatido en los diferentes proyectos fue el de la confesión: en uno se establecía que debía ser completa, en otro se subrayaba más su carácter público y se establecía la pérdida completa de beneficios por omisión en la confesión de ciertos delitos. El tema se debatía entre estos dos extremos.<sup>5</sup>

Otros dos asuntos fueron motivo de regulación diferente y muestran la polarización que existe al respecto. Ellos son el tratamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la noción de reparación. Desde el 2004, el senador Pardo, uno de los más activos en la discusión, venía siendo acusado en el tema de la víctimas: la necesidad de una reparación más integral, con definición clara de los alcances de la reparación simbólica, con responsabilidad estatal por hechos cometidos por sus agentes, la institucionalización y formalización de una participación más activa de las víctimas en el proceso eran piezas claves de su proyecto. Al final, éste no fue tenido en

---

<sup>5</sup> Se trata de un tema especialmente problemático, analizado en el texto del autor que se ha reseñado previamente: Alejandro Aponte, loc. cit., p. 140 s.

cuenta y el senador ha sido uno de los más agudos críticos de la ley finalmente adoptada en julio de 2005.

Durante varios meses el debate nacional se había concentrado más en la iniciativa de este senador, a quien acompañaba una senadora también muy activa en el debate, en la perspectiva de la verdad, la justicia y la reparación; se trataba, además —y esto es fundamental—, del proyecto que había generado mayor consenso en la comunidad internacional y dentro de organizaciones no gubernamentales. También parecía que este proyecto suscitaba cierto apoyo en el propio gobierno. Pero esta armonía entre el proyecto de los senadores y el gobierno era apenas aparente: el comisionado de Paz, aludiendo a que hablaba en nombre propio y no del gobierno, criticó el proyecto, y el propio vicepresidente se refirió a la necesidad de la reconciliación y dijo que el articulado que se discutía era más producto de la presión internacional que de las verdaderas necesidades internas. (Sobre las palabras del viceministro, enmarcadas en el contexto de un congreso en la ciudad de Cali con la asistencia del obispo surafricano Muto, se volverá más adelante.)

Para ese momento, el Ministerio de Justicia formuló su proyecto, y ya entonces el énfasis no radicaba tanto en las nociones de verdad, justicia y reparación que habían sido incorporadas en el pliego de modificaciones del 2004, sino en las nociones de justicia y paz, que desde mayo hasta julio fueron los que guiaron la discusión legislativa. La semana del 7 al 11 de febrero fue de agitación política extrema, de proliferación caótica de iniciativas diversas, de reuniones políticas entre distintas bancadas del Congreso, de seguidores y contradictores del gobierno. En síntesis: el proyecto presentado por el gobierno se convertiría a la postre en la base de la discusión parlamentaria. Pero este proyecto, en una reacción rápida ante innumerables críticas, fue modificado sustancialmente pocos días después. Y no se trató de meras formalidades: las modificaciones fueron numerosas y contienen los temas más polémicos hoy en debate. En quince días los asesores del gobierno y del Ministerio de Justicia, produjeron un nuevo articulado.

### 3. Del nuevo proyecto a la Ley de Justicia y Paz: un tránsito en profunda discordia

En el presente escrito se da cuenta, de todas maneras, para entender mejor la secuencia reseñada, de ejes principales de la versión inicial de febrero, para luego detenerse más en detalles con el pliego de modificaciones de marzo de 2005. Para resumir el proceso descrito y desde el año 2003, han tenido lugar dos proyectos iniciales y dos pliegos de modificaciones a dichos proyectos. Cerca de doscientos artículos diferentes fueron discutidos en esas iniciativas legislativas y a ellos se suman los nuevos artículos propuestos a la discusión por las plenarias del Senado y de la Cámara. El proyecto fue puesto a disposición del Congreso en sesiones extraordinarias y, como se señaló en un medio, de la ley que comenzaba a discutirse “depende en buena parte el futuro de la paz, o de la guerra en nuestro país”. La expectativa social en torno a él ha sido un hecho central en la discusión.

#### 3.1. Justicia y paz, ¿un equilibrio imposible?

En el mes de febrero de 2005, el gobierno de Colombia presentó un nuevo proyecto de ley, esta vez, denominado Proyecto de Justicia y Paz. El gran dilema que ha acompañado la iniciativa desde el principio se reflejaba de nuevo desde el título mismo del proyecto: ¿es posible conseguir la paz haciendo justicia?, ¿es posible hacerlo en escenario de confrontación degradada y en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos?

Este equilibrio y los dilemas que suscita su búsqueda son el hecho fundamental que ha ocupado el debate parlamentario desde el mes de febrero, y es también este equilibrio, desde la perspectiva que nos interesa aquí, el que determinará la participación de la comunidad internacional y, muy especialmente, las relaciones entre Colombia y los dictados del Estatuto de Roma.

En la perspectiva internacional, el nuevo proyecto se refiere, en el artículo 2.º, al hecho de que su normativa sea interpretada de conformidad con los instrumentos internacionales. Es un hecho nuevo que se coloca a tono, además, con las recientes reformas sustantivas y con el reciente Código de Procedimiento Penal, este sí más concreto, que hacen referencia a la prelación de los instrumentos internacionales.

Una diferencia notoria surge en este proyecto y ha marcado la discusión en el año 2005: el gobierno esta vez niega la existencia del conflicto armado interno; los actores a los cuales hace referencia la norma se conciben como miembros de “grupos armados organizados al margen de la ley”. Como es de suponer, se trata de un hecho con complejas implicaciones, entre otras razones, por la dificultad entonces para aplicar, desde el derecho público interno, las normas que en el Código Penal castigan las infracciones a personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. También, en general, el hecho crea confusión en relación con los posibles crímenes de guerra. Si no hay conflicto, no hay crímenes de guerra, aunque, desde luego, la interpretación del Poder Ejecutivo no será determinante en el momento en que la Corte Penal Internacional, si es el caso, deba conocer de acciones concebidas en el Estatuto como crímenes de guerra.

En todo caso, las normas del Código Penal vigente que se refieren a las infracciones contra el derecho internacional humanitario deben aplicarse, y ello, por supuesto, con independencia de lo que piense el Poder Ejecutivo. A propósito, las normas, que constituyen la incorporación del literal *c* del artículo 5 del Estatuto de Roma —los crímenes de guerra— contienen un elemento normativo extrajurídico, comprobable tácticamente, que es con “ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, y un elemento jurídico, que es la “persona protegida”; también, los bienes protegidos. Ello es lo que deben tener en cuenta el fiscal para la tipificación de la conducta y el juez para la expedición de la sentencia.

En cualquier caso, en el mismo proyecto, el gobierno se refiere a la obligación estatal de “realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por graves violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los grupos armados al margen de la ley”. Además, en el artículo 7, la referencia al conflicto es clara, por lo menos en relación con los actores: “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o autodefensas o una parte significativa e integral de los mismos, como bloques o frentes que bajo un mando responsable, haya mantenido presencia en un territorio, con capacidad de llevar a cabo acciones armadas sostenidas”. Tal como se anotó desde la presentación, el gobierno oscila en todos los frentes; cae en toda clase de contradicciones, especialmente en relación con el estatus de los actores y con la concepción que éste alimenta de los conflictos y de la violencia.

Como se ha dicho, este proyecto fue inmediatamente sometido a revisión, adelantándose el gobierno a críticas seguras. Por esa razón no se analizará en detalle.

No obstante, se dará cuenta aquí de la estructura básica planteada en función de los beneficios otorgados a los actores que hagan dejación de armas y pretendan incorporarse al ámbito civil.

### **3.2. El estatus de los actores: los dilemas del poder de definición**

En relación con las acciones y los sujetos de beneficios, el proyecto diferenciaba entre delitos que pueden ser indultables —en general, en la historia de Colombia, los delitos políticos— y los delitos atroces o especialmente graves (hoy más relacionados con los crímenes internacionales). Así, para los primeros se proponía la resolución inhibitoria, un mecanismo procesal en cabeza de la Fiscalía que inhibe la investigación por esos delitos. El artículo 11 se refería, entonces, a la “resolución inhibitoria para los combatientes comprometidos en la comisión de delitos políticos y delitos menores”. (De paso, con esta norma, se generaba la discusión, planteada de manera concreta por el gobierno en el pliego de modificaciones y que ha hecho parte de un debate arduo, sobre la asimilación de autores como los miembros de grupos de autodefensa o paramilitares, a delincuentes políticos.)

La decisión procesal estaba sujeta a una serie de condiciones ligadas al comportamiento de los actores, a su decisión de dejar las armas, a la confesión de los delitos, a la restitución de bienes, etc. Entretanto, en el caso de delitos atroces, como han sido llamados en la tradición jurídica colombiana, el beneficio consistía en otorgar la libertad condicional. Es decir, para delitos políticos se inhibía la investigación y para los delitos más graves se ofrecía la libertad, primero en forma parcial, sometida a un periodo de supervisión y de constatación del cumplimiento de los requisitos y condiciones, y luego en forma definitiva. El artículo 18 establecía, entonces, el acceso a la libertad condicional, de esta manera: “[...] antes de la libertad definitiva, en los términos establecidos en los artículos siguientes, cuando haya cumplido dos quintas (2/5) partes de la pena privativa de la libertad que le fuere impuesta en la sentencia. El tiempo de privación efectiva de la libertad en un establecimiento de reclusión no podrá ser superior a diez (10) años ni inferior a cinco (5) años. Si el tiempo de la pena establecida en el Código Penal con rebajas y beneficios es inferior a cinco (5) años, ese periodo será el que se aplicara como pena efectiva [...].” (La base de esta estructura normativa se mantiene hoy con la nueva ley.)

Si se sigue la secuencia desde el año 2003, se tiene lo siguiente: en ese año se planteó la impunidad absoluta a través de la figura de la alternatividad; en el primer

pliego de modificaciones se proponía una pena de entre cinco y diez años para delitos atroces. Mientras tanto, en el proyecto de febrero de 2005 se establecía el mecanismo de la resolución inhibitoria para delitos políticos y el beneficio de la libertad condicional para delitos atroces, y el máximo de la pena efectiva, cumplida en prisión, sería de diez años y el mínimo de cinco. Veamos qué se planteó en el pliego de modificaciones de marzo de 2005.

Como se ha dicho, el 3 de marzo el gobierno nacional presentó un escrito que modificó todo el proyecto anterior. Se trata de un estatuto complejo, con 67 normas y aspectos muy problemáticos. De tres de ellos se dará cuenta aquí de manera especial. El primero: se insiste en la noción de “grupos armados al margen de la ley” y en no enmarcar el proyecto en el escenario del conflicto armado interno. En segundo lugar, el artículo 64 otorgaba estatus político a los miembros de dichos grupos —en la práctica ello equivale, en la medida en que el elemento fáctico es el proceso de paz con miembros de las autodefensas, en darles a ellos este estatus— y el tercero, un fenómeno complejo de conexidad procesal, de tal forma que eventualmente delitos como el narcotráfico pudiesen estar cobijados por los beneficios.

El proyecto incorporó, además, disposiciones complejas e interesantes relacionadas con el tratamiento de las víctimas, con la noción de justicia restaurativa, etcétera, a las cuales se hará referencia en la parte final de este escrito. En este momento se dará cuenta de los tres aspectos más álgidos, ligados al beneficio correspondiente. Es importante mirarlos en perspectiva, y luego compararlos con la redacción final de la ley, que luego pasó por múltiples filtros y por toda suerte de discusiones acaloradas y de denuncias graves, de presiones de toda índole.

Desde el mes de abril el presidente de la República ha subrayado de manera especial en la inexistencia de conflicto armado interno en el caso colombiano, y en el marco de esa idea se ha ubicado el proyecto, aunque, como se dijo, las normas mismas hacen referencia a violaciones al derecho internacional humanitario.

La confusión entre guerra y política, las relaciones entre guerra y derecho y la politización absoluta del sistema penal vuelven a ser hechos notorios en Colombia. Cabe agregar que la comunidad internacional ha sido enfática en solicitar al gobierno colombiano que no niegue la existencia de un conflicto armado. Por ejemplo, en abril la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó claramente al gobierno para que reconociera una situación fáctica incuestionable, con el propósito de acotar los efectos del conflicto.

No se trata de reconocer estatus político a ningún actor, un viejo temor de los gobiernos colombianos frente a las guerrillas; se trata de crear escenarios propicios para justamente poder castigar aquellas acciones que constituyen infracciones contra el derecho internacional humanitario. De otra parte, también en el mes de abril, luego de la cruenta toma guerrillera de un poblado con amplia población indígena y de feroces combates con el ejército, tanto el procurador general de la Nación como el defensor del Pueblo solicitaron al gobierno que levantara la salvedad del artículo 124 adoptada en su momento, con el propósito de abrir de nuevo las puertas para el eventual conocimiento de crímenes de guerra por parte de la Corte Penal Internacional. Ello presupone, desde luego, la existencia de un conflicto armado interno, en este caso, degradado cada día más. De paso, es necesario recordar que la salvedad adoptada ha sido interpretada por muchos como la primera “trampa” que se le ha hecho al Estatuto de Roma en el caso colombiano.

### **3.3. El paramilitarismo como sedición: la astucia de la razón instrumental**

El proyecto introduce, a través del artículo 64, una norma sin duda audaz: “Sedición. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: ‘También incurrirá en el delito de sedición quien conforme o haga parte de grupos de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión’. Luego, en la redacción final de la norma, se hará referencia, ya explícita, tanto a guerrilleros como a grupos de autodefensa.

En la normatividad penal colombina, existe de antaño el delito político, con un tratamiento privilegiado. El núcleo de normas que lo componen es, en el caso del Código Penal vigente, el artículo 467, que se refiere a la rebelión, descrita como sigue: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años [...].” Más adelante el artículo 469 se refiere a la asonada, y establece que aquellos que en forma “tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años”. Por su parte, el artículo 468 que se pretende adicionar, referido a la sedición, dice: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años [...]”.

De esta forma, actores como los grupos de autodefensas, de manera sutil y audaz sin duda, quedarían asimilados a los sediciosos, y el punto de apoyo normativo no sería el hecho de buscar derrocar el régimen —es decir, no serían rebeldes—, sino el de impedir transitoriamente su funcionamiento. Los antiguos aliados a la lucha contrainsurgente, en la medida en que son actores armados y que contra ellos también se ha combatido, serían convertidos en sediciosos. Esta norma no fue aprobada en el debate de las comisiones conjuntas; no se aceptó este carácter de delincuentes políticos, más allá, desde luego, de que sí se acepte, por un elemento fáctico incuestionable, que son actores ligados al escenario político de la guerra. Pero al final, luego de enormes discusiones, sí se aprobó el artículo y hoy se ha modificado el Código Penal.

El tercer problema central en la discusión ha sido generado por el artículo 20, sobre conexidad. Éste hacía referencia, en su primera parte, al hecho de que “para los efectos de la presente ley, se investigarán y juzgarán conjuntamente los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley [...].” Esto fue interpretado como la posibilidad de establecer conexidad, desde el punto de vista procesal, de toda suerte de delitos —entre ellos el del narcotráfico— con aquellos delitos objeto del beneficio. De tal modo, como los delitos políticos no son objeto de la extradición, entonces los delitos conexos no lo serían, salvando así el problema de la extradición, hecho respecto del cual los Estados Unidos han sido claros en que no cederán por ninguna razón. Varios de los comandantes de los grupos de autodefensas son solicitados en extradición por los Estados Unidos. ¿Cómo seguirá manejando esto un gobierno que ha extraditado decenas de nacionales a ese país?

### **3.4. De nuevo la discusión sobre el beneficio**

Todo el proyecto modificado busca armonizarse con el nuevo Código de Procedimiento Penal. Es el primero que lo hace, y las normas no siempre logran ajustarse a él. La nueva ley lo establece de esta manera, por lo cual se prevé mucha confusión en su aplicación práctica de acuerdo con la nueva normatividad. A ello se suma, además, el hecho de que el nuevo Código se viene aplicando desde enero del 2005, y se han presentado arduos debates en torno a sus nuevas figuras. ¿Cómo será su aplicación, de

cara a una normatividad cargada por todas partes de disposiciones de carácter político y poco consistentes desde el punto de vista dogmático-procesal?<sup>6</sup>

El beneficio central del proyecto modificado radica en la pena alternativa. Ésta es definida en el artículo 30:

Pena Alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos [...]

Debe aclararse que los miembros de las autodefensas han insistido en que, además de este beneficio, se les deben aplicar las normas penales correspondientes a las rebajas, etcétera. Es decir, habría casos en los cuales no se aplicaría ninguna sanción efectiva. Ello sería acorde con lo que han manifestado reiteradamente, en cuanto a que no consienten en la aplicación de pena en establecimiento de reclusión. Para ser claros: los actores del proceso de negociación no quieren ir a la cárcel.

## 4. La nueva Ley de Justicia y Paz

En julio del 2005, luego de enormes debates, de encuentros y amenazas entre diversos parlamentarios, entre algunos de ellos y miembros de las autodefensas, de críticas severas de la comunidad internacional —por ejemplo, de miembros del Congreso norteamericano, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

---

<sup>6</sup> El autor de este escrito se desempeña como coordinador académico del denominado Conversatorio Interinstitucional para el Sistema Penal Acusatorio, que es un espacio de discusión dirigido por el Consejo Superior de la Judicatura, con presencia de funcionarios de diversas instituciones y en el cual se vienen discutiendo los temas más relevantes en la aplicación de la nueva normatividad procesal. De acuerdo con lo observado en los siete meses que hasta el momento lleva en funcionamiento el sistema, no se ve cómo va a operar la nueva Ley de Justicia y Paz, con base en el Código de Procedimiento Penal. Ello va a generar sin duda un enorme caos, pues no se trata de adaptar de manera automática las nuevas figuras dogmático-procesales, apenas en desarrollo, a una normatividad con origen eminentemente político. Sea de esperarse, no obstante, que todo el sistema no se contamine, con normas muy problemáticas ligadas a la confesión, a los beneficios, etcétera.

para los Derechos Humanos, de numerosas ONG—, luego de toda clase de avatares dentro del mismo proceso de paz —denuncias de violaciones al cese al fuego, captura de un comandante muy importante de las autodefensas y el lío que se armó con el tratamiento que se le debía dar—, luego, en fin, de toda clase de tropiezos, fue aprobada en el Parlamento colombiano una ley denominada Ley de Justicia y Paz.

El 26 de junio de 2005 fue publicado en la *Gaceta del Congreso de la República* el texto definitivo al proyecto de ley n.º 293 de 2005, Cámara de Representantes, y el n.º 211 de 2005, del Senado de la República; se trató de un texto conjunto y conciliado en las dos instituciones. El encabezado del texto reza: “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan disposiciones para acuerdos humanitarios”. La ley fue sancionada por el presidente de la República el lunes 24 de julio.

El objeto de la ley, tal como se anotó desde el principio, que contradice exactamente la negación por parte del Gobierno del conflicto armado interno, es claro:

La presente Ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Como se ha advertido, con delincuentes, simplemente, no se conversa; no se transa, no se entra en consideraciones; menos con terroristas. La única manera de que el Estado y sus instituciones puedan legitimar una ley basada en concesiones y privilegios es la necesidad, no sólo de hallar la paz, sino de desmovilizar actores armados; de construcción elemental de un poder central que ejerza el derecho y aplique la ley, y de un poder central que recoja los impuestos ciudadanos, cosa que el Estado colombiano no ha logrado aún. En todas las discusiones se aceptó la fragmentación territorial, el hecho de que Colombia es un Estado feudalizado, un territorio en disputa, por lo menos en grandes extensiones; de allí el porqué de la existencia de conflicto armado, degradado y ligado a toda suerte de actividades criminales y de violencia común.

El Estado busca —y con la ley el Congreso ha participado de esa intención— tener presencia en territorios vedados para él o en los cuales ha hecho presencia de una manera precaria. En todo caso, hay que tener en cuenta que el propio Estado sigue adelantando acciones armadas contra grupos irregulares, precisamente en función de encontrar una soberanía inexistente. El sólo hecho de que, en el congreso interno celebra-

do por uno de los partidos políticos tradicionales, el jefe único elegido de dicho partido haya señalado varias veces que para su conglomerado, en la lucha por las elecciones propias, no existirán territorios vedados —haciendo alusión a territorios en los cuales hoy permanecen desmovilizados miembros de las autodefensas— muestra claramente la existencia de un territorio feudalizado. Sin entender este hecho no se puede comprender la dinámica o la lógica de una ley como la que aquí se reseña.

## 5. Estructura básica de la nueva ley

### 5.1. La alternatividad penal: un beneficio que se preserva

La ley conserva básicamente los aspectos reseñados en el aparte anterior, y que son los que interesan en el contexto de este escrito.

En primer lugar, el artículo 3 establece lo que se denomina *alternatividad*. Se entiende como un “beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiado a la paz nacional, a la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”. Estas condiciones revelan, de hecho, la estructura fundamental de la ley: se otorgan beneficios, se establecen condiciones para ello, ligadas sobre todo al aporte a la paz, es decir, a la desmovilización y a la dejación de las armas; ligadas a la restitución de las víctimas y en el contexto de la justicia restaurativa; también se establecen condiciones para la preservación de la memoria, ligadas de alguna forma a la idea o intención de buscar la verdad. (Hay diversos artículos que se refieren entonces al “derecho a la justicia”, artículo 6, “derecho a la verdad”, artículo 7 y “derecho a la reparación”, artículo 8.)

En esa dirección, el artículo 30 establece la pena alternativa, base del beneficio: “En caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en la presente Ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en la privación de la libertad por un período mínimo de (5) años y no superior a los (8) años, tasada de acuerdo con la grave-

dad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”. Éste ha sido, como se ha dicho, uno de los puntos de mayor discusión. Para entender el contexto en que se ha movido su expedición, vale recordar lo expuesto por el jefe de ponentes de los proyectos: “se trata de actores que no han sido vencidos militarmente”. Pueden discutirse las razones para que ello sea así, y en este sentido las críticas han sido agudas, pero sí le asiste certeza al ponente: no hay victorias militares; por esa razón, en su criterio, no se los puede condenar con las penas altas que las mismas normas establecen para los delitos. Eso sería una ingenuidad, como varios parlamentarios lo anotaron.

Este último punto hay que aclararlo. De acuerdo con la ley, sí se condena efectivamente por el delito cometido, es decir, por ejemplo, por treinta o cuarenta años según el tipo penal, pero la pena que efectivamente se impone es la que oscila entre cinco y ocho años. Sin embargo, sí hay sentencia condenatoria, sí hay juzgamiento y condena. Con ello se vuelve a un aspecto señalado que nos interesa en función del tema del derecho penal internacional: la Corte Penal no tendría competencia, se dice, ya que ha existido efectivamente un juzgamiento, una condena. Se trata, sin duda, de una salida audaz de los asesores del gobierno.

En uno de los incisos, el artículo 30 reseñado establece: “cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se concederá la libertad a prueba por un término igual a la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado [...]”. En seguida, se prevé: “Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal [...]”

Es decir, hay una posibilidad de aplicación de la sentencia efectiva, los veinte, treinta o cuarenta años. Ello, claro, dependerá de circunstancias que no son precisamente jurídicas: del destino mismo del conflicto armado, de la contribución a la paz por parte de los beneficiados, etcétera. Una pregunta surge: ¿Cómo se va a garantizar al beneficiado que en otro gobierno no se le aplique la pena completa? ¿De qué dependerá la evaluación de su contribución a la paz, etcétera, cuando sean otras las condiciones y la coyuntura? La ley, como tal, tiene una vocación de permanencia, pero las condiciones en que se originó son eminentemente políticas y coyunturales: es puro derecho penal político. Otra pregunta: ¿Cómo se moverá la Corte Penal Internacional en el contexto de este derecho penal político?

## 5.2. Reformas al delito político

Para facilitar todo el proceso, para facilitar la percepción general de los actos cometidos por los actores sujetos al beneficio y para legitimar esa percepción, se ha establecido que sus actos se encuentran concebidos en el horizonte del delito político: se ha reformado el Código Penal en su artículo sobre sedición, tal como se comentó en su momento. El artículo 72 establece que “también incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera en el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”.

Ello permite facilitar también el hecho mismo de la desmovilización. Se ha discutido mucho el hecho de permitir desmovilizaciones individuales; se trataría de hechos confusos y que puede dar lugar a negociaciones individuales con meros delincuentes. Además, el control será más difícil; recuérdese que se habla de unos 15 mil hombres distribuidos en diversos frentes: ya existen, de hecho, cientos de desmovilizados.

## 5.3. Sobre los hechos cometidos antes de la desmovilización

Un artículo es especialmente problemático: ¿qué pasa con los hechos cometidos que sean conocidos con posterioridad a la concesión de los beneficios? Este punto se discutió arduamente. Finalmente, se estableció que aun esos hechos, que deben ser en todo caso investigados y haber sido cometidos en razón de la pertenencia al grupo armado y antes de su desmovilización (es decir, no se trata de delitos posteriores), tendrían que ser juzgados. Además, como se ha dicho, existe siempre la posibilidad de aplicar la pena principal que una vez se estableció. Lo importante para el análisis es que se puede aplicar la pena alternativa, siempre y cuando se cumplan los requisitos ya comentados.

Ahora bien, la mera posibilidad de que sean imputados hechos que no fueron conocidos en el momento de aplicarse la sentencia desvela otro de los aspectos más discutidos: se trata de la confesión. Éste fue un tema tratado con especial atención por el autor de este escrito en el texto inicialmente reseñado. El artículo 17 establece, más que la confesión, la figura de la versión libre. Así, los miembros del grupo armado, “cuyos nombres someta el gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, rendirán versión libre [...]. Lo cual quiere decir, además, que, tal

como se ha observado desde el proyecto inicial del 2003, se trata de una justicia penal política adscrita al mando del Poder Ejecutivo: por eso se ha interrogado aquí acerca de cuál será luego, con otro presidente, el destino individual de los beneficiados. Es posible también que en este contexto se entienda por qué el tema se ha politizado tanto y por qué, una y otra vez, se les ha preguntado a los comandantes de las autodefensas su parecer en torno a la posible reelección del actual presidente.

#### **5.4. El problema de la confesión**

Por ningún lado aparece en el artículo la noción de *confesión*. Se dice que el fiscal asignado interrogará sobre todos los hechos que tenga conocimiento, pero no se habla de confesión. La razón, según los ponentes, es que ello sería inconstitucional, dado que entrañaría una vulneración al principio de no autoincriminación. Una disyuntiva es clara entonces: a juicio de varios parlamentarios, que incluso abandonaron el recinto de discusión en el momento de votación más álgido, acusando todo el proceso de ser una farsa, no hay manera de conocer nunca qué es realmente lo que sucedió, y la versión libre será la apertura a narrar hechos que se sabe de antemano que serán objeto del beneficio. (Esta discusión toma renovado interés desde el punto de vista del hallazgo de la verdad.)

#### **5.5. El problema de la conexidad de los delitos**

Otro tema grande de discusión ha sido el relacionado con los posibles delitos conexos y, en todo caso, la posibilidad de que al amparo de la ley sean beneficiados meros delincuentes comunes, sobre todo narcotraficantes. Los Estados Unidos de América han sido especialmente enfáticos en solicitar la extradición de miembros de las autodefensas ligados a este delito. De hecho, el gobierno colombiano ha suspendido el envío de personas, por la vía de la extradición, vinculadas al proceso de paz. (Como se ha dicho, existe desde hace dos años una zona despejada en la cual habitan comandantes y miembros del grupo armado, de tal forma que las órdenes de captura se encuentran suspendidas.)

El artículo 20 hace referencia a la acumulación de procesos y establece que “se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organiza-

do al margen de la ley". Luego, la norma establece que en ningún caso puede haber acumulación de procesos por conductas cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado. Habría que ver si esto evita que, efectivamente, no se "cuelen" delitos comunes; en cualquier caso, según parece ser el sentido de la norma, si durante la pertenencia al grupo armado se ha cometido delito de narcotráfico, éste puede estar cobijado por el beneficio; incluso por el hecho de que la ley hace referencia expresa al beneficio cuando se trata de concierto para delinquir, figura en Colombia típica del derecho penal de enemigo, que se suma automáticamente a todas las conductas propias de actores colectivos.

Es de anotar, respecto de Estados Unidos, que un grupo de congresistas de ese país hizo una serie de advertencias y consideraciones que dieron lugar a que las discusiones se extendieran. Incluso, el vicepresidente de la República debía reunirse con varios de ellos, lo que no se concretó, en un hecho que se interpreta como propiciado por la presión de las ONG. (El presidente de la República parece no valorar aún el poder de las organizaciones, aunque varias veces ha tenido serios enfrentamientos con ellas. Hay que decir, no obstante, que el vicepresidente de Colombia ha preservado una actitud de comunicación con las ONG.)

La ley, finalmente, trae una estructura muy compleja e interesante sobre reparación a las víctimas y sobre preservación de la memoria histórica. Este articulado, solo, merece un estudio en profundidad que no es posible adelantar aquí. No obstante, se harán precisiones pertinentes, especialmente sobre el problema de la verdad.

## **6. ● Verdad, justicia penal y crímenes internacionales: equilibrios complejos**

### **6.1. La búsqueda de la verdad y la confesión**

El argumento de constitucionalidad en relación con la confesión es fuerte, pero hay que matizarlo o, por lo menos, colocarlo en el lugar que corresponde. Desde el trabajo anterior, mencionado al principio de este texto, el autor reseñó la necesidad

de diferenciar muy bien entre la verdad que se busca desde el punto de vista histórico, y la verdad, siempre más reducida, que es posible deducir de la aplicación de la norma penal. Es decir, entre la verdad que puede surgir de una Comisión de Verdad y aquella que surge de un proceso penal.

La reconstrucción probatoria en materia de derechos humanos, con toda suerte de intereses en juego y en disputa, es extremadamente difícil de adelantar. En el trabajo escrito para el primer libro en conjunto, se daba cuenta de la duración excesiva de un proceso penal —uno de decenas de acciones que no son juzgadas nunca—; son años para que se llegue a una verdad mínima. Por esa razón, la idea, ligada al derecho administrativo, de una reparación de carácter integral que parte del reconocimiento estatal de la ocurrencia de hechos violatorios de derechos humanos, toma cada día más fuerza. Por esa razón, además, el problema central de la verdad se plantea por fuera del derecho penal: se trata de reconstruir verdades a partir de consensos que surjan de una auténtica voluntad de esclarecer la historia; no la historia que puede contar el derecho penal, sino la historia que cuentan los pueblos y las personas ultrajadas. El derecho penal es extraordinariamente limitado en este punto.

Cuando se trata de la verdad, en la discusión parlamentaria los ponentes y siempre el gobierno la refieren al problema de la confesión; la convierten en un problema penal. Y allí surgen entonces los límites constitucionales que deben respetarse. Pero ese no es el problema: éste radica en hacer un esfuerzo social conjunto por reconstruir los horrores y hacer que constituyan la memoria —con la vergüenza, además, que a todo pueblo le debe ser propia—, una memoria viva para evitar que dichos horrores vuelvan a producirse.

El artículo 7 de la ley, que se refiere a la verdad, es muy ambiguo. De un lado se dice que “la sociedad y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas del secuestro y desaparición forzada”. Luego se dice que los procesos judiciales deben buscar el hallazgo de la verdad. Al final, aparece una disposición un poco críptica, que no se sabe si constituye un aplazamiento de esa búsqueda o si se deja abierta la posibilidad para que en el futuro se creen verdaderas Comisiones de Verdad. Dice el último inciso de la norma: “Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”.

Algunos autores han interpretado esta fórmula como un aplazamiento *pactado* en la búsqueda de la verdad y son muy críticos de dicha fórmula. Así, por ejemplo, se dice: “La ley aplazó expresamente el mecanismo político del registro de la verdad. A pesar de las razones poderosas que sin duda llevaron a tomar esa decisión, lo único claro por ahora es que el gobierno y el Estado lograron escurrir la responsabilidad de dar la versión oficial de un capítulo oscuro —pero necesario de conocer en toda su dimensión— de nuestra breve y agitada historia”.<sup>7</sup>

En la ley se hace referencia a la preservación de la memoria, pero en relación con la preservación de los archivos, etcétera. No se ha notado, sin embargo, una real voluntad por esclarecer verdades, por hallar *la verdad*. Es muy elocuente que el gobierno haya rechazado siempre la creación de una Comisión de Verdad. No se sabe realmente por qué. Lo que sí es claro es que las discusiones más crudas en el Parlamento se dieron alrededor del problema de la verdad. Para algunos parlamentarios, la esencia del proyecto, hoy ley de la República, no reside tanto en otorgar impunidad, sino, ante todo, en dificultar que por ese medio se reconozca la verdad. Parece que existe un temor generalizado de conocer la verdad. Hay mucho que está en juego; mucho dinero, además.

## 6.2. Derecho penal, confesión y reconciliación: una triada problemática

En los esfuerzos que en todas las naciones se han adelantado para prohijar una transición democrática, el problema de la verdad ha sido un hecho central. Es el caso de Chile, por ejemplo, que ha sorteado tantos obstáculos para hallar verdades, que enfrentó una Constitución muy cefíida a la voluntad de los antiguos autócratas. El presidente de ese país, Ricardo Lagos, en cuanto al informe de la Comisión sobre Prisión Política y Tortura, ha dicho: “Ésta es una Comisión para investigar la verdad de lo que pasó; no es un tribunal de justicia. Una cosa es decir: ‘esto ocurrió’ y otra decir: ‘estos son los culpables’”.<sup>8</sup>

Nótese que aquí se refuerza la idea que nos ha acompañado sobre la diferenciación entre diversas *verdades*. No obstante, también la verdad, esta verdad amplia, se ha relacionado con el derecho penal. En diversos estudios que dan cuenta de procesos

---

<sup>7</sup> Danilo Rojas Betancourt, “De la verdad y otros demonios”, en revista Semana On Line, sábado 30 de julio de 2005, p. 1.

<sup>8</sup> Semanario *El Espectador*, semana del 12 al 18 de diciembre de 2004, p. 14A

de transición muy complejos, se ha aceptado, como en este escrito, el papel restringido del derecho penal en la posibilidad de superar el pasado. Pese a ello, en relación con la verdad y el papel de la confesión sí se ha rescatado una función positiva de ésta para el derecho penal. En el informe sobre Argentina, que hace parte de un gran trabajo de derecho comparado a instancias del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo, se dice, por ejemplo: “[...] se impuso la comprobación de que: por un lado, la elaboración del pasado no es una tarea primordialmente del derecho penal, dado que el derecho penal no constituye un sustituto racional para la confrontación social y política con el pasado, necesaria para el futuro. Por otro lado, sin embargo, el derecho penal no deja de tener influencia en la elaboración del pasado”.<sup>9</sup>

Luego se ligan reconciliación, reconstrucción del pasado y derecho penal. Así, “parece ser sabido que la reconciliación sólo es posible cuando la verdad ha sido descubierta”. Los autores sitúan esta conclusión en el marco del derecho natural, lo cual es problemático, pero ella se rescata aquí en función del tema que se reseñará en el siguiente apartado. Finalmente, se concluye entonces: “En esa medida, el papel del derecho penal también consiste en funcionar como medio coactivo para el descubrimiento de la verdad”.<sup>10</sup> Ésta es la conclusión a la cual llegan algunas personas que en Colombia se acercan al tema.<sup>11</sup>

Pero no es sólo la restricción de los alcances de la confesión lo que puede obstaculizar el hallazgo de verdades, dentro de la ley, en un sentido puramente penal. Lo son también otras circunstancias. Ya se ha hecho referencia aquí a las desmovilizaciones meramente individuales. De esta manera, para citar un ejemplo, se dice que la “verdad judicial por la que se optó a la postre, que sin duda es un mecanismo idóneo para la averiguación histórica, está rodeada de una serie de circunstancias que no dan buenos augurios. Sólo dos de ellas corroboran este temor: el alud de casos individuales que ahogarán la estructura judicial creada al efecto y los términos extremadamente breves para la investigación y el juzgamiento. Con ello, los fiscales y los jueces no

---

<sup>9</sup> Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, con la dirección de Jörg Arnold y la coordinación para América Latina de Kai Ambos, Buenos Aires: Hammurabi, p. 55.

<sup>10</sup> Ibídem, p. 57.

<sup>11</sup> Es el caso de Claudia Redondo en su escrito de grado. “El derecho a la verdad en el proyecto de ley de alternatividad penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 56. La autora insiste en la necesidad de separar las funciones de la verdad en el derecho penal y las propias de una Comisión de la Verdad, pero le concede al derecho penal un papel central en la búsqueda de la verdad.

tendrán más remedio que actuar a las volandas, pensar sólo en los casos, y no en las tantas interconexiones posibles de los mismos, y tomar decisiones que arrojen cifras compatibles con las que se esfuerza mostrar el gobierno con los desmovilizados".<sup>12</sup>

### **6.3. Antigua ley de sometimiento y confesión: la verdad como hecho irrelevante**

En intentos anteriores que se han adelantado en función de desactivación de máquinas de guerra, también el problema de la confesión fue muy importante. Es el caso de la denominada *política de sometimiento*, con la cual se buscó frenar la violencia del narcotráfico o, más exactamente, del narcoterrorismo urbano. En una decisión muy propia de la tensión weberiana entre una *ética política de convicción* y una *ética política de responsabilidad*, el Ejecutivo, en 1992, se enfrentó a un dilema especialmente difícil: o continuar una "guerra" con actores muy fuertes, o crear un mecanismo de negociación, un acercamiento. Así se ideó, en esta segunda vía, la lógica del sometimiento: se castigaría lo confesado y se desactivarían los grupos.

La selectividad del sistema fue el punto central de la crítica: grandes narcos y terroristas salían a las calles con pocos años de condena. Pero el problema de la verdad no fue tan grave; el problema central no eran las violaciones masivas de derechos humanos: era el terrorismo, el crimen organizado. Por eso los límites de la confesión no era materia de tan arduas polémicas. Ahora, en cambio, el problema sí es el de la verdad, y aquí la ley encuentra un punto de crítica muy fuerte. Incluso, el problema no es el de la impunidad en sí, como ha reiterado la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Colombia; el problema mayor de la impunidad es la relación de ésta con la imposibilidad o incapacidad de hallazgo de la verdad. El otro problema es que toda la estructura tan interesante relacionada con la justicia restaurativa se queda sin piso al faltar el hallazgo auténtico de verdades: no se trata de dádivas o de negociaciones individuales, ni de pura demagogia; hay una estructura normativa sobre justicia restaurativa que no sólo es importante e interesante, sino que viene tomando forma en el contexto general de la administración de justicia. Ella debe aplicarse en condiciones muy claras.

---

<sup>12</sup> Danilo Rojas, en loc. cit., p. 1.

## 7 • Reconciliación y derecho penal

En una entrevista muy interesante efectuada al vicepresidente de la República, una vez que el proyecto de ley se presentó a discusión en febrero del 2005, éste, enfatizando una serie de elementos religiosos, criticó el propio proyecto del gobierno y los consensos que alrededor de las presiones internacionales se generaban: a su juicio, los proyectos que existían constituían, en realidad, una política de sometimiento de los grupos de autodefensas, y no de “auténtica reconciliación”. Reparaba en la necesidad, ante todo, de un proyecto con sustentos de carácter moral y no retributivo. Consideraba que las presiones internacionales se hacían de buena fe, pero que eran equívocas: no partían del punto de vista del perdón ni eran aptas para la reconciliación. Insistió en la necesidad del perdón, en la necesidad de que los actores armados hicieran un auténtico ejercicio de contrición, que no es posible con “tribunales” ni actos de “linchamiento”.<sup>13</sup>

Todas las variables más polémicas se cruzan aquí: perdón y olvido, reconciliación, derecho penal, la verdad, los elementos religiosos. Una cosa es clara para el funcionario: poco derecho penal, nada de castigo; el perdón “significa no ir a la cárcel, contar la verdad de los hechos que el actor generó, y eso significa acto de contrición, de repararles a las víctimas algo del dolor que se les produjo. Eso es el perdón”, dijo con vehemencia el funcionario. La antítesis planteada se vive con profunda tensión: es posible la reconciliación sin castigo. Ya vimos que para diversos autores y, con ellos, para la mayor parte de las organizaciones nacionales e internacionales, eso no es posible. Los límites del derecho penal no significan, necesariamente plena impunidad. Hay relaciones, problemáticas pero concretas, entre derecho penal, confesión y búsqueda de la verdad, todo en el horizonte mismo de la reconciliación. Algunos autores hablan, incluso, de “perdones responsabilizantes” para acentuar el papel reconstructivo de la sanción penal.<sup>14</sup> En todo caso, se insiste: ¿cómo es posible la reconciliación sin saber la verdad? Una madre en Sudáfrica puede haber perdonado, quizá más como

<sup>13</sup> Entrevista de Francisco Santos con Jamid Amat, *El Tiempo*, Bogotá, 12 de febrero de 2005, p. 1.

<sup>14</sup> Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones”, en *Conflictos y seguridad democrática en Colombia. Temas críticas y propuestas*, Bogotá: Fundación Social, Fescol y Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2003, pp. 101 ss.

ciudadana que como madre, pero en todo caso un ejercicio de perdón se adelantó. No obstante, el punto de partida fue siempre la verdad; sin ella, y de manera general, se produce más violencia. Éste es uno de los puntos más débiles, no sólo de la ley en sí, sino de todo el proceso de paz como tal.

## 8. Corte Penal y Ley de Justicia y Paz: ¿cómo opera el poder de definición en la práctica?

El proyecto de ley en su momento y ahora la ley expedida han recibido críticas desde todas partes; incluso de las mismas autodefensas, que no quieren, en ningún caso, ir a la cárcel. No quieren que se les aplique una ley de sometimiento: son actores en un conflicto y no han sido derrotados. En su momento, uno de los congresistas más activos en la discusión aseguró que el proyecto no le servía a nadie, ni a los actores, ni a las víctimas, ni a la sociedad, ni a la comunidad internacional. Ésta, vigilante siempre, ha sido una de las más militantes críticas de la ley.

El mismo día en que en la Cámara de Representantes se acuñó la versión final del texto de la ley, se aprobó una iniciativa que creaba una comisión especial que debía explicar el proyecto a miembros e instituciones de la comunidad internacional. Por todos los medios, el gobierno ha pretendido explicar los alcances de la ley, situación que algunos han criticado, ya que ello demostraría que se trata de una ley sin un verdadero consenso. El consenso es, en todo caso, eminentemente precario.

En relación específica con la Corte Penal Internacional, en los días más álgidos de la discusión alrededor de la primera iniciativa, entre febrero y marzo del 2005, se conoció una carta del fiscal general de la Corte, dirigida al Estado colombiano, en la cual el funcionario manifestaba su preocupación por la situación general de derechos humanos en Colombia, hacía alusión a casos específicos y resaltaba su preocupación por los proyectos que se discutían en el escenario del conflicto armado. (La Corte Penal lo interpretó como un llamado de atención y un alerta).

Para algunas personas de la comunidad jurídica colombiana, el caso es sencillo: haga lo que se haga, tratándose de crímenes internacionales, la Corte Penal tendría

competencia para juzgarlos. Si el Estatuto, que es un motor que en los diferentes países debe impulsar la lucha contra los más atroces crímenes, no opera en ese país, la Corte tiene competencia. De hecho, en toda la discusión, los mismos miembros de las autodefensas han expresado su temor sobre cuál será el tratamiento que se les va a dar en el futuro, cuando ya no gobierne el mismo presidente con el que han negociado, y el temor es fundado. Más aún lo es frente a la Corte Penal: una persona es condenada en Colombia por cuarenta años y se le aplican en realidad tres o cuatro; la Corte entraría a conocer por la vía de la complementariedad.

Muchos argumentos se han señalado en función de la posible aplicación del Estatuto. Éstos han sido ya evaluados por el autor en el trabajo varias veces citado. Básicamente, se trata de la existencia de un colapso sustancial. Se reconoce que el Estado no ha colapsado totalmente, pero sí en sustancia: es incapaz de capturar a las personas, no aplica la ley penal, suspende la ley temporalmente con fines políticos. Recuérdese que el numeral 3 del artículo 17 establece que “a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido a un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

La norma ofrece muchas y diversas posibilidades, y en algunas de ellas podría ser consecuente la aplicación del Estatuto de Roma. (Serán problemas de interpretación, cruzados por toda suerte de presiones o intereses políticos.)

El otro argumento fuerte que se ha esgrimido es el de la cosa juzgada. En éste ha insistido de manera particular una parte de la comunidad internacional. Recuérdese que el numeral 3 del artículo 20 establece que la “Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal [...] a menos que el proceso en otro tribunal” haya revestido características muy particulares. Por ejemplo, la establecida en el literal *b*, que hace referencia a un proceso que no “hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”. En este sentido, se ha destacado también el preámbulo del Estatuto de Roma, que se refiere de manera particular a la situación de impunidad frente a los crímenes internacionales y a la necesidad de superarla.

Nótese que la norma trae una redacción similar a la ya citada sobre complementariedad. La noción de *someter* será fuente de discusión central, sin duda, para la Corte Penal Internacional. Precisamente, en todo el proceso de expedición de la norma se planteó el hecho de si la ley constituía o no una estructura de sometimiento a la justicia. Al final —y esto va a ser clave hacia el futuro— se dejó de hacer referencia a este hecho. En todo caso, no es una ley de sometimiento a la manera como se hizo con los antiguos narcoterroristas urbanos. Según el discurso gubernamental —aunque con toda clase de contradicciones—, se trata de la incorporación a la vida civil de actores armados que pretenden dejar las armas. Se trata, en consecuencia, de la desactivación de una fuente de violencia extrema, de la desmovilización de combatientes en el escenario de conflicto armado. Con una característica central ya enunciada: los actores no han sido vencidos militarmente, como lo subrayó el parlamentario jefe de ponentes en uno de los momentos más agudos de la discusión.

El gran equilibrio que deberá hacer la Corte Penal Internacional será entre sus presupuestos, que de manera relativamente sencilla desde el punto de vista estrictamente jurídico pueden tener lugar para que se aplique el Estatuto, y el legítimo derecho que tiene un Estado, precario y feudalizado, a la desactivación de máquinas de guerra y desmovilización de actores armados. Uno de los grandes desafíos de la Corte será el de generar una jurisprudencia razonable en esta dirección. Un hecho resultará fundamental: las decisiones que en relación con la ley tome el juez constitucional colombiano. Desde ya se anuncian múltiples demandas a la ley y, una vez más en la historia reciente del país, será el juez constitucional el que decida la estructura última de una iniciativa normativa tan compleja. En el ámbito interno, no se percibe mucha esperanza alrededor del proceso de paz en sí; en todo caso, hay un marcado pesimismo alrededor de los costos que se deben pagar por él.