

APORTES DOGMÁTICOS DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA
A PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

JUAN PABLO CARDONA CHAVES
Cód.: 066993335

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2011

APORTES DOGMÁTICOS DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA
A PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

JUAN PABLO CARDONA CHAVES

Tesis para optar al título de:
Magíster en Derecho

Director:
RODRIGO UPRIMNY YEPES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2011

*A mis padres,
soporte de mi existencia y promesa para no desfallecer*

“Los muertos son los únicos que ven el final de la guerra”
Platón

AGRADECIMIENTOS

Como los diversos caminos que emprende la mente por el mundo de las ideas, también éste ha contado con invaluable aportes bajo diferentes formas: debates, coincidencias, discrepancias, coloquios y soliloquios. Todos, han sido un insumo para la consecución del documento final, aunque difícilmente, este cúmulo de frases en constante evolución, podría llamarse final.

Por ello, aunque sea la injusticia la que reina al mencionar sólo algunos nombres, confío en que sean los suficientes para contrarrestar su arremetida.

A mis profesores en la Maestría, Rodrigo Uprimny Yepes, director de este trabajo, cuyo respeto y profunda admiración no podrían escapar a estas líneas. Camilo Sánchez, Camilo Borrero, Oscar Mejía Quintana, Andrés Abel Rodríguez, Mauricio García, Juan Jaramillo y Bernd Marquardt. Cada instante de sus clases, fue un motivo de inspiración y un ejemplo a seguir.

A Linda Cabrera y Carlos Alberto López, construcción y deconstrucción de un proyecto de investigación, que, finalmente, vio la luz.

A los mentores del tema, permanentes y altivos interlocutores, sin cuyas ideas y conversaciones, nada de lo escrito hubiera sido posible: Andreas Forer, Claudia López Díaz y Alejandro Guerrero.

A Jorge Errandonea y Carolina Villadiego, nadie confió tanto en que fuera posible, su apoyo y buenos consejos serían la envidia de cualquier estudiante con una tesis en ciernes.

A Tania Luna y Nataly Guzmán, dos grandes compañeras, apoyo en los profusos momentos de anomia, testigos de los fugaces instantes de lucidez, y cómplices de la angustia y la satisfacción que ha representado, para los tres, iniciar y terminar este espinoso sendero de dudas y certidumbres.

A Juan Carlos Arias Duque, su tiempo, su interés, y en especial, sus críticas, hicieron posible disminuir los errores, y le permitieron al documento algo tan necesario, como difícil: dialogar.

Finalmente, a la Universidad Pública, que a muchos nos permite ser y estar sin necesidad de aparentar.

A todos los mencionados, y a los ausentes, gracias...

Resumen

El sistema jurídico penal en Colombia recoge, primordialmente, la tendencia garantista que se cimienta en la defensa de los derechos de los procesados y, en ese sentido, corresponde con el sistema jurídico político del constitucionalismo y el modelo de Estado Social de Derecho vigentes. Sin embargo, con ocasión de la desmovilización de algunos grupos paramilitares, y la consecuente creación del Proceso Especial de Justicia y Paz, los tribunales encargados de Administrar Justicia en el proceso, han afrontado problemas jurídicos de particular complejidad, fundamentalmente, en un escenario: los derechos de las víctimas y sus tensiones con instituciones jurídico penales clásicas, como las garantías judiciales. En la solución de estas tensiones, la jurisprudencia nacional se ha apartado del paradigma garantista y ha producido una serie de aportes: i) en punto de los criterios orientadores para decidir; ii) de la metodología empleada; y, iii) de la no uniformidad, u oscilación entre tendencias jurídico penales, “neopunitivistas” y garantistas, según el caso.

Palabras Clave

Justicia transicional, Proceso Especial de Justicia y Paz, garantismo penal, derechos de los procesados, punitivismo humanitario, derechos de las víctimas, lucha contra la impunidad.

Abstract

The criminal justice system in Colombia reflects, primarily, the guarantor trend that is founded on the rights of the accused and in this sense, corresponds with the political and legal system of constitutionalism and the model of Social state of law in force. However, during the demobilization of paramilitary groups and the consequent creation of Special Process for Justice and Peace, the courts which are charged with administering justice in the process, have faced particularly complex legal problems, basically, in a scenario: Rights of Victims and their conflicts with Juridical Penal Institutions, such as Judicial Guarantees. In resolving these tensions, national jurisprudence paradigm has moved away from guarantees and has produced a series of contributions: i) a point of guiding criteria for deciding ii) the methodology used, and iii) the non-uniformity , or oscillation between criminal legal trends, "neopunitivists" and guarantors, according to each case.

Key words

Transitional Justice, Justice and Peace Process, Guarantism, Rights of the accused, Humanitarian Punitivism, Crime Victim Rights, Fight against impunity.

CONTENIDO

	pág.
LISTA DE CUADROS	9
ABREVIATURAS Y SIGLAS	10
INTRODUCCIÓN	12
1. TENDENCIA JURÍDICO NORMATIVO PENAL EN COLOMBIA	16
1.1. CORRELACIÓN ESTADO DE DERECHO – DERECHOS HUMANOS Y DOGMÁTICA PENAL LIBERAL	16
1.1.1. El ideario liberal y la consolidación del Estado de Derecho como correlatos del derecho penal contemporáneo	17
1.1.2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional y su recepción en el ámbito jurídico penal en Colombia	26
1.2. TENDENCIA GARANTISTA DEL MODELO NORMATIVO PENAL EN COLOMBIA	33
1.2.1. Generalidades del Garantismo Penal	34
1.2.2. Condiciones de existencia del garantismo: constitucionalismo, Estado de Derecho, democracia y paz	43
1.2.3. Adopción de una tendencia garantista en Colombia	48
1.3. VIGENCIA DE OTROS MODELOS NORMATIVOS PENALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	57
1.3.1. Eficientismo	58
1.3.2. “Punitivismo humanitario” o “Neopunitivismo”	61
CONCLUSIONES PRELIMINARES	66

2. EL CARÁCTER ESPECIAL DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ COMO DESAFÍO AL PARADIGMA NORMATIVO PENAL TRADICIONAL	68
2.1. ANTECEDENTES DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	68
2.1.1. Surgimiento de Autodefensas y Paramilitares en Colombia.	69
2.1.2. Consolidación y resultados de la acción paramilitar: consecuencias sociales, económicas, políticas y el recrudecimiento de la guerra.	75
2.1.3. Negociaciones y Acuerdos de desmovilización: ¿el fin del paramilitarismo?	81
2.2. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	88
2.2.1. Estándares internacionales que enmarcan el proceso de Justicia y Paz	89
2.2.2. Normatividad de paz vigente en Colombia	98
2.3. POSIBLE CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	104
2.3.1. Tres momentos de la Ley de Justicia y Paz: concepción, expedición y desarrollo jurisprudencial	104
2.3.2. Contenido de la Ley de Justicia y Paz: “procedimiento penal” como componente esencial, y “complementariedad” con la legislación procesal penal ordinaria	113
2.3.3. Uso de las herramientas de la Justicia Transicional en Colombia: una experiencia fragmentada	121
2.3.4. Elementos especiales que diferencian el Proceso de Justicia y Paz respecto del Procedimiento Penal Ordinario	127
2.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	131
3. APORTES DE LA EXPERIENCIA DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ PARA ESCENARIOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL	133

3.1.	LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD COMO MARCO Y CRITERIO DE ACCIÓN	133
3.1.1.	Antecedentes de la lucha contra la impunidad	134
3.1.2.	Implicaciones del estándar internacional de la lucha contra la impunidad	142
3.2.	LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y SUS TENSIONES CON INSTITUCIONES JURIDICO PENALES EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	157
3.2.1.	Tensiones con el derecho a la Reparación de las víctimas: aplicación de las medidas cautelares sobre bienes de los postulados	159
3.2.2.	Tensiones a propósito de la Vigencia de la Ley 975 de 2005	162
3.2.3.	Exclusión y Extradición de postulados como vulneración de los derechos de las víctimas	165
3.2.4.	Tensiones con ocasión de la Figura de las Imputaciones Parciales	169
3.3.	TENSIONES EN PUNTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: IMPUTACIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES	173
3.3.1.	La imputación de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad en Colombia: decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso de Justicia y Paz	174
3.3.2.	Concierto para delinquir ¿crimen de lesa humanidad?	189
3.4.	CONCLUSIONES PRELIMINARES	194
	CONCLUSIONES FINALES	197
	BIBLIOGRAFÍA	201

LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro No. 1. Aportes de las revoluciones liberales burguesas al derecho penal contemporáneo.	21
Cuadro No. 2. Postulados del demoliberalismo penal en la Constitución Política de Colombia.	25
Cuadro No. 3. Condiciones de constitucionalización en el ordenamiento jurídico colombiano.	31
Cuadro No. 4. Principios axiológicos del sistema garantista.	41
Cuadro No. 5. Grado de reconocimiento de los axiomas del sistema garantista en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano.	51

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACCU	Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá
ACDEGAM	Asociación Campesina de Agricultores y Ganaderos del Magdalena Medio
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
Bacrim	bandas criminales
BCB	Bloque Central Bolívar
Cfr.	Confrontar
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CINEP	Centro de Investigación y Educación Popular
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C.P.	Constitución Política
CRS	Corriente de Renovación Socialista
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
EPL	Ejército Popular de Liberación
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
GAOML	Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley
Has.	hectáreas

MAPP/OEA	Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos
MAQL	Movimiento Armado Quintín Lame
MIR-COAR	Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados
MPAN	Movimiento Patriota de Autodefensa Nacional
M-19	Movimiento 19 de Abril
num.	Numeral
Párr.	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos
PRT	Partido Revolucionario de los Trabajadores
SAC	Sociedad de Agricultores de Colombia
TFP	Tradicón, Familia y Propiedad
UC-ELN	Unión Camilista-Ejército de Liberación Nacional
UP	Unión Patriótica

INTRODUCCIÓN

A pesar del hálito humanista de las sociedades contemporáneas y el armónico complemento que le brinda el auge de los Derechos Humanos a partir de la Segunda Guerra mundial, las múltiples experiencias violentas no han dejado de ser la constante, por el contrario, los regímenes autoritarios mutan en sofisticadas formas de vulneración de la dignidad humana cuando no son los ejércitos que se forman reivindicando diversas causas que oscilan entre lo religioso y lo político¹.

La multiplicidad de vejámenes que se suscitan con ocasión de las olas de violencia en sus diferentes expresiones, ha originado la necesidad de pensar mecanismos que permitan hacer transiciones hacia la paz o hacia la democracia, de acuerdo con el paradigma de gobierno actual.

Colombia, como los demás países de América Latina y muchos otros en el mundo, ha sufrido diversos fenómenos de violencia que se extendieron también durante el siglo XX que tuvo como alborada la llamada Guerra de los Mil Días. Más tarde, la agudización del enfrentamiento entre los partidos liberal y conservador desembocó en el homicidio de Jorge Eliécer Gaitán abriendo un nuevo y cruento capítulo en la historia nacional que a la postre, dio lugar a una negociación entre los actores que, al excluir otros intervinientes políticos, suscitó la creación de las guerrillas marxistas en los años sesenta². Como reacción a las mismas, y bajo el auspicio de organismos estatales, los años ochenta significaron el surgimiento del fenómeno paramilitar, cuyo poder se extendió a lo largo del territorio escribiendo con la sangre y el dolor de miles de colombianos una nueva página de inmensurables atrocidades³.

En medio del auge del paramilitarismo, “el 15 de julio de 2003, el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia (...), suscribieron el ‘Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir con la Paz de Colombia’”⁴, con el cual se inicia el proceso de desmovilización del referido grupo.

¹ Según la forma como se propicie la violencia, la misma puede clasificarse en vertical (cuando es un actor el dominante, como en el caso de las dictaduras) u horizontal (cuando son dos actores los enfrentados en condiciones de relativa igualdad, por ejemplo las guerras civiles). OROZCO, Iván. Citado en: UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Justicia transicional en perspectiva comparada”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006.

² Para una ambientación del fenómeno de la violencia en Colombia, ver, entre otros: WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Eds.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006.

³ Una revisión de las hipótesis que dan cuenta del surgimiento y desarrollo del paramilitarismo en Colombia: *infra*, num. 2.1.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

Con el fin de otorgarle un respaldo que fuera más allá de lo político, y en desarrollo del acuerdo con los grupos en proceso de desmovilización, el Gobierno impulsó en el Congreso de la República una legislación que brindara seguridad jurídica a la negociación, de manera que el 25 de julio de 2005 fue promulgada la Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”⁵.

El articulado de la Ley 975 de 2005 contiene el procedimiento penal mediante el cual son procesadas las personas desmovilizadas de los Grupos Armados al Margen de la Ley y que han sido postuladas por el Gobierno Nacional para obtener los beneficios que la misma ley prevé, entre ellos, acceder a una pena alternativa que oscila entre los cinco y ocho años⁶.

No obstante la claridad aparente de la cual se encuentra provisto el proceso establecido en la Ley 975 de 2005 –conocida como “Ley de Justicia y Paz”–, son múltiples los debates que se ciernen en torno al proceso que incluyen discusiones políticas, jurídicas y éticas, o, como lo manifiestan algunos funcionarios vinculados, o que lo estuvieron, en instancias que tienen que ver con el proceso: hay un debate fuerte entre el minimalismo pragmático y el maximalismo moral⁷.

La complejidad de las controversias que ha suscitado el proceso de justicia y paz y la importancia que el mismo ha cobrado conforme cada vez más víctimas se acercan a él y concentran allí la esperanza de reivindicar sus derechos, motivan la reflexión académica y científica sobre el particular.

En algunos de los casos de justicia transicional, los funcionarios judiciales tienen a su cargo un papel relevante por su responsabilidad en la adjudicación del Derecho y el tratamiento punitivo ofrecido a los beneficiarios de las normas de transición. En el proceso de justicia y paz –sin afirmar de lleno que se trate de una experiencia transicional–, los funcionarios tienen una responsabilidad semejante, respecto del manejo de instrumentos jurídicos como la pena alternativa, las medidas de reparación y la reconstrucción de la verdad judicial, es decir, porque deciden sobre la situación del procesado y sobre los derechos de las víctimas.

⁵ Imprenta Nacional, Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

⁶ Ley 975 de 2005, art. 29, inc. 2º: “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”.

⁷ Por Minimalismo pragmático entiende: privilegiar la paz y sacrificar totalmente la justicia. Y por Maximalismo moral: privilegiar la justicia por encima de todo. PIZARRO, Eduardo. En el lanzamiento del libro: OROZCO ABAD, Iván, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2009. Septiembre 18 de 2009: Universidad de los Andes.

La relevancia de su rol se reafirma al constatarse que el proceso de paz que se pretende consolidar a través de la Ley 975 de 2005, al no ser concebido como un proceso de justicia transicional desde sus inicios, pero incluir poco a poco sus instrumentos, recarga sobre los hombros de los funcionarios judiciales todas las funciones que en un proceso mejor concebido estarían distribuidas entre diferentes entidades.

De esta manera, al no existir Comisiones de la Verdad u otro medio extrajudicial⁸, el derecho a la verdad de las víctimas debe ser garantizado en el proceso penal consagrado en la Ley 975 de 2005. Lo mismo sucede con el derecho a la reparación, cuya satisfacción depende de las decisiones judiciales al carecerse de un programa administrativo de reparaciones⁹ dejando, entonces, en el proceso judicial, la carga de garantizar tanto los derechos de los procesados, como los derechos de las víctimas y de la sociedad.

Entonces, dada la importancia de tratar el rol de los funcionarios judiciales en procesos especiales y en particular, en el proceso de Justicia y Paz, es preciso auscultar sobre los principales problemas que afrontan en sus decisiones, las causas de los mismos y elucubrar sobre las soluciones que han ofrecido.

De particular relevancia se encuentra revestido el problema sobre los derechos en el proceso, por una razón: la dogmática penal tradicional en Colombia obedece a un modelo liberal de tendencia garantista, propio del Estado de Derecho recogido en la Constitución Política de 1991, diseñado, como todo esquema penal ordinario, para responder a una criminalidad de excepción en sociedades estables y “bien ordenadas”¹⁰, es decir, donde el cumplimiento de la norma es la regla y por tanto, la infracción sólo se concibe como eventual, de suerte que el sistema reacciona con cierta facilidad para reprimir el comportamiento disconforme.

Sin embargo, la criminalidad a la cual se enfrenta el Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia, cuya pretensión es afrontar décadas de violencia masiva, implica una serie de particularidades que han suscitado desafíos jurídicos otrora no contemplados, y como consecuencia, sin reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico interno, de manera que los tribunales encargados de

⁸ La Ley 1424 de 2010 crea un "mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica", pero, sólo para quienes hayan cometido delitos de menor impacto como concierto para delinquir, de manera que no es un instrumento fuerte o del cual se espera la verdad sobre los hechos más relevantes o que revistan la calidad de crímenes internacionales.

⁹ Si bien el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1290 de 2008, el mismo constituye un programa de indemnizaciones selectivo, de manera que no puede concebirse como un verdadero programa que garantice la reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia. De otro lado, la recién expedida Ley 1448 de 2011 (ley de víctimas), aún no empieza a regir, y constituye una expectativa aunque de compleja ejecución.

¹⁰ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

administrar justicia en el referido proceso, han generado aportes dogmáticos, en ocasiones basados en experiencias transicionales de otros países, que han causado tensiones con los postulados más básicos de la tradición jurídica en materia penal.

Así, la pregunta que surge es: ¿cuáles han sido los principales desafíos jurídicos y los correspondientes aportes dogmáticos¹¹, que en materia penal han afrontado y elaborado los Tribunales encargados de administrar justicia en el Proceso de Justicia y paz en Colombia, y cuyas tensiones han sido manifiestas en relación con la dogmática tradicional?

En el presente documento se sostendrá la siguiente hipótesis: la dogmática penal tradicional vigente en Colombia, de tendencia garantista, propia de un Estado de Derecho de corte liberal (I), no brinda las herramientas necesarias para afrontar las particularidades y desafíos que conlleva la especialidad que reviste el Proceso de justicia y paz (II), de manera que los tribunales encargados de Administrar Justicia en el proceso, en algunos puntos de especial complejidad, han optado por apartarse de los paradigmas ordinarios y construir aportes o recoger experiencias comparadas, fundamentalmente, en un escenario: los derechos de las víctimas y sus tensiones con instituciones jurídico penales clásicas, como las garantías judiciales (III).

¹¹ “Dogmática es, según Kant, ‘el procedimiento dogmático de la razón pura, *sin previa crítica de su propia capacidad*’. El dogmático parte de presupuestos que toma sin examen como verdaderos (...). El dogmático del derecho no pregunta qué es ‘en general’ derecho y si, bajo cuáles circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay ‘en substancia’ conocimiento jurídico”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. VILLAR BORDA, Luis y MONTOYA, Ana María [Trads.]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 48. En un sentido similar, pero sobre dogmática penal en particular: “Al estudio de un ordenamiento jurídico penal determinado, se le denomina *Dogmática*”. AGUDELO BETANCUR, Nódier. “Estudio preliminar. La obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado”. En: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2ª. Ed., 1990, p. XXXIII.

1. TENDENCIA JURÍDICO NORMATIVO PENAL EN COLOMBIA

En Colombia, la fórmula del Estado Social y Constitucional de Derecho que rige el ordenamiento jurídico nacional, tiene grandes implicaciones en la construcción del sistema normativo penal (1), pues confronta el modelo jurídico político del constitucionalismo con postulados propios del derecho penal liberal correlativo al Estado de Derecho decimonónico, adoptando una tendencia garantista en materia penal (2), pero, con manifestaciones normativas suficientes para la apertura hacia tensiones permanentes con modelos eficientistas y neopunitivistas (3).

En el presente capítulo, se observará una breve historia del Estado de Derecho, su mutación hacia un nuevo modelo bajo el paradigma del constitucionalismo, las implicaciones de ello en el derecho penal, y en particular, en la consolidación del sistema garantista, y la recepción del fenómeno en el ordenamiento jurídico colombiano, así como las tensiones que en el mismo residen a partir de la consagración de otros modelos normativos: el eficientismo y el “neopunitivismo” o “punitivismo humanitario”.

1.1. CORRELACIÓN ESTADO DE DERECHO – DERECHOS HUMANOS Y DOGMÁTICA PENAL LIBERAL

La historia del Estado de Derecho y su tránsito hacia el Estado constitucional fue común con la historia de los derechos humanos y del derecho penal contemporáneo, fenómenos que constituyen un producto del ideario liberal.

Esa correlación ha implicado que el modelo de Estado, según el momento histórico, adopte una determinada manera de ejercer el poder punitivo: al principio, en la concepción del Estado de derecho liberal, con límites legales para su ejercicio, y, posteriormente, en el marco del Estado constitucional de Derecho, con límites constitucionales bajo la denominación de derechos fundamentales.

De esta manera, como se presentará a continuación, se hace necesario el estudio de los referentes que sirvieron para consolidar la idea de Estado de Derecho, analizar sus características e implicaciones en punto del derecho penal, entre ellas, el ideario demoliberal en la materia, y verificar su tránsito hacia el Estado

constitucional de Derecho con la consecuente constitucionalización del derecho penal y la edificación de un sistema de derechos.

Sólo este recorrido permitirá comprender las bases sobre las cuales se erige el modelo normativo penal en Colombia, y así, poder abordar, en el siguiente capítulo, el análisis del garantismo como sistema predominante.

1.1.1. El ideario liberal y la consolidación del Estado de Derecho como correlatos del derecho penal contemporáneo

Hasta el siglo XVIII, en el mundo occidental primaba como forma de gobierno la monarquía y con ella, los Estados absolutistas en los cuales se privilegiaba la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal representada por el monarca, de suerte que las relaciones entre poder y Derecho estaban signadas bajo la cláusula *rex facit legem*¹².

En materia penal, esto representaba un ejercicio puramente inquisitivo del poder de sanción que ejercía el Soberano, de manera que la labor punitiva se concebía como una legítima represión a quien infringiera las disposiciones de Su Majestad resultando impensables nociones tan sofisticadas como los derechos del procesado.

Sin embargo, las ideas del liberalismo irrumpieron paulatinamente en esa sociedad anquilosada en el arquetipo atávico, hasta para ella misma, del *Machtstaat* o “Estado bajo el régimen de la fuerza”¹³, enarbolando principios que hoy se conciben como elementales, pero cuya consolidación costó demasiado a sus adalides.

“En la acepción más común (...) por ‘liberalismo’ se entiende una determinada concepción del Estado, la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, y como tal se contrapone tanto al Estado absoluto como al Estado que hoy llamamos social”¹⁴.

Esta definición del liberalismo basada en la necesidad de limitar el poder del Estado, se complementa con los siguientes componentes que en definitiva conforman el ideario liberal¹⁵: la “libertad”¹⁶, los “derechos”¹⁷, el “individualismo”¹⁸,

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. GASCÓN, Marina [Trad.]. Madrid: Trotta, 8ª. Ed., 2008, p. 21.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. FERNÁNDEZ, José [Trad.]. México: Fondo de Cultura Económica, 1ª Ed. en español, 1989, p. 7.

¹⁵ No se pretende hacer un listado exhaustivo sobre las ideas que componen el liberalismo, sólo se presentan algunas que revisten especial relevancia, y a partir de las cuales es posible desentrañar su significado esencial.

e ideas sobre la formación y funcionamiento del Estado como el “contrato social”¹⁹ y la “ley como voluntad general”²⁰.

La fuente de este sistema de ideas se ubica en el *iluminismo* o movimiento de la Ilustración²¹, corriente de pensamiento racionalista surgida en el siglo XVIII, cuyos autores también recibieron el nombre de *enciclopedistas*²², que tenía como objetivo “(...) erradicar la religión, negar la existencia de Dios, cuestionar la inmortalidad del alma, atacar la iglesia y a las instituciones políticas antiguas”²³.

En palabras de Emmanuel Kant la ilustración es la salida del hombre de su minoría de edad²⁴ y “[p]ara esta ilustración tan sólo se exige libertad y, a decir verdad, la más inofensiva de cuantas pueden llamarse así: el hacer *uso público* de la propia razón en todos los terrenos”²⁵.

¹⁶ “El liberalismo es la doctrina en la que la connotación positiva recae en el término ‘libertad’, con la consecuencia de que una sociedad es mejor en cuanto la esfera de la libertad es más amplia y la esfera del poder más restringida”. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. *Op. cit.*, p. 100. El autor aclara que la “libertad” del liberalismo obedece a su acepción moderna según la clasificación que elabora Constant: “el gozo pacífico de la independencia privada”. CONSTANT, Benjamin. “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”. En: *Collection complète des ouvrages*. París: Béchét Libraire. Vol. IV., Parte 7, 1820, p. 252. Citado en: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁷ “El presupuesto filosófico del Estado Liberal (...) es la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural (o iusnaturalismo): la doctrina, de acuerdo con la cual el hombre, todos los hombres indistintamente, tienen por naturaleza, y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales (...)”. *Ibidem*, p. 11.

¹⁸ Al respecto, Bobbio arguye: “El nexos entre el liberalismo y la democracia es posible porque ambos tienen un punto de partida en común: el individuo; los dos reposan en una concepción individualista de la sociedad”. *Ibidem*, p. 49. Y agrega: “Sin individualismo no hay liberalismo”. *Ibidem*, p. 16.

¹⁹ Tanto John Locke como Jean Jacques Rousseau, como pensadores liberales, formularon la tesis del contrato social como el acuerdo de los hombres libres que dio vida a la sociedad política. La diferencia está en que, para el primero, en el pacto los hombres sólo delegaban parte de sus derechos, en tanto que para el segundo había una enajenación total de los derechos a la comunidad en pleno. En todo caso, para los dos la sociedad política se conformaba para la protección de la seguridad y los bienes de los asociados. SALCEDO, Marta Elena. *Historia de las ideas políticas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000, pp. 103-117.

²⁰ “La ley (...) es la expresión de la *voluntad general* y en esa medida no puede ser la expresión arbitraria del Soberano, ni la de una voluntad particular, individual o de grupo (...) se constituye en la única solución frente a las posibles arbitrariedades de quienes ejercen el poder en el gobierno”. *Ibidem*, p. 121.

²¹ “El *iluminismo* o filosofía de la *ilustración*, es la versión castellana de la palabra alemana ‘aufklärung’, y puede traducirse como ‘época de las luces’”. BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de Historia Política*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1994, p. 198.

²² Recibieron el nombre de “enciclopedistas” porque publicaron una ingente obra titulada “Enciclopedia o diccionario razonado de las ciencias, artes y oficios, por una sociedad de personas de letras”. REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Las Generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá: Página Maestra, 2002, p. 102.

²³ *Ibidem*, p. 102.

²⁴ KANT, Emmanuel. *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*. En: ARAMAYO, Roberto [Ed.]. *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Madrid: Alianza Editorial, 2004, p. 83.

²⁵ *Ibidem*, p. 85.

Bajo esta influencia, se gestaron los principales fenómenos históricos que dieron lugar a la formación del Estado de Derecho liberal: la revolución norteamericana y la Constitución Política de aquel país, y la Revolución Francesa, acompañada de aquellos procesos que se transformaron o derivaron como consecuencia de su influencia ideológica²⁶.

“[E]n concreto, la época revolucionaria que acompañó el surgimiento del Estado liberal se inicia con la revolución de independencia norteamericana”²⁷ pero se dilata hasta mediados del siglo XIX, de manera que algunos autores dividen su proceso de consolidación en cuatro periodos, así:

[En el primer periodo] (...) se distinguen, en primer lugar, tanto la revolución de independencia de Norteamérica, como la Revolución Francesa de 1789, las guerras de independencia americana, las revueltas inglesa, holandesa, suiza, belga y sueca; este primer período finaliza en 1815 con el destierro definitivo de Napoleón. Un segundo período de contiendas se observa entre 1814 y 1825, en lo que los historiadores han denominado como la época de la contrarrevolución o la restauración monárquica. Un tercer período comprende los años de 1820 a 1830, en el que el pensamiento liberal latente intenta restablecer sus principios, período conocido como las revoluciones liberales. Y por último, en un cuarto periodo, se presenta la oleada de movimientos revolucionarios como los de 1848 en París (jornadas de febrero), Italia, Austria y Alemania, en los cuales se consolida la burguesía²⁸.

Como antecedente insalvable de todo este proceso revolucionario se tiene la experiencia inglesa que, previa a la aparición del ideario liberal y de la Ilustración, “ya desde la llamada gloriosa revolución de 1688 y 1689, habían logrado romper el absolutismo monárquico e implantar un régimen parlamentario de derecho, es decir, todo un verdadero Estado de derecho (...)”²⁹.

Así, se tiene que son tres los hitos principales, aunque no los únicos, en la conformación del Estado de Derecho en su forma primigenia: la revolución inglesa, la revolución de las colonias inglesas en América del Norte y la revolución francesa. En suma, las llamadas “revoluciones burguesas liberales”³⁰.

²⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 3ª Ed., 2003, p. 218.

²⁷ *Ibidem*, p. 220.

²⁸ SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Cáceres, 1991, pp. 124-129. Citado en: SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Op. cit.*, p. 220.

²⁹ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Op. cit.*, p. 221.

³⁰ REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Op. cit.*, p. 51.

Respecto del término “Estado de Derecho”³¹, la teoría del Estado del liberalismo alemán –aquí adoptada como marco analítico para el tema sin desconocer que existen otras teorías- es la que se arroga su creación indicando que se trata de una “(...) acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas”³², y que también aquello que trata de designarse con el término es propio de dicha escuela, pues se basa en los planteamientos de la concepción racional del derecho³³.

Bajo estos presupuestos, los autores alemanes definen el Estado de Derecho como “una nueva ‘especie’ de Estado (...), como el ‘Estado de la razón’, el ‘Estado del entendimiento’ (Mohl), ‘en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general’ (von Aretin)”³⁴.

Esta definición, con un claro componente racionalista kantiano y aún funcional a las posibles pretensiones totalitarias por carecer de un contenido específico³⁵, en nada riñe con la acepción imperante durante el siglo XIX y ajustada a la corriente liberal del término y que se propone como la más clara para dar a entender la noción bajo estudio en lo que atañe al presente trabajo: “el gobierno según las leyes”³⁶.

Ahora bien, los mencionados hitos en la formación del Estado de Derecho, conforman una correlación con la historia de los derechos humanos, o al menos, a la primera generación de derechos³⁷ y a la vez con la consolidación del derecho penal del Estado liberal.

³¹ Luigi Ferrajoli, apoyado en la obra de Bobbio, resalta la dificultad de definir el término: “‘Estado de derecho’, es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea, se remonta a Platón y a Aristóteles, del ‘gobierno de las leyes’ contrapuesto al ‘gobierno de los hombres’, la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, el pensamiento político liberal sobre los límites de la actividad del estado y sobre el estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el constitucionalismo inglés y norteamericano, la tesis de la separación de poderes, la teoría jurídica del estado elaborada por la ciencia alemana del derecho público del siglo pasado y después por el normativismo kelseniano (...)”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; RUÍZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos; TERRADILLOS, Juan y CANTARERO, Rocío [Trads.]. Madrid: Trotta, 1ª Ed. en español, 1995, pp. 855-856.

³² BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. SERRANO, Rafael de Agapito [Trad.]. Madrid: Trotta, 2000, p. 18.

³³ *Ibidem*, p. 19. “Incluso se puede indicar con exactitud la primera ocasión en que se utiliza el término. Lo utiliza por primera vez Carl Th. Welcker en 1813 y reaparece luego en 1824 en el *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* de Joh. Christoph Freiherr von Aretin”. *Ibidem*, p. 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 22.

³⁵ Acerca del carácter funcional al Despotismo ilustrado de la definición formal de Estado de Derecho, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 22.

³⁶ GNEIST, R. *Vervaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlin: 1869. Citado en: BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*, p. 27. Sin embargo, adelante se verá cómo Ferrajoli presenta una diferencia entre gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas, y gobierno *sub lege* o sometido a las leyes: *Infra*, num. 1.2.2.

³⁷ REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Op. cit.*, pp. 51 y ss.

Si bien no es este el escenario para hacer el recuento histórico de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa³⁸, es oportuno relacionar una síntesis de lo que sus reivindicaciones significaron para la consolidación de un derecho penal liberal.

Cada uno de esos procesos constituyó un aporte en la historia de la consolidación del Estado de Derecho y de los Derechos Humanos (y del constitucionalismo como en el caso de los Estados Unidos³⁹) bajo el paradigma de pensamiento liberal, y arrojaron una serie de disposiciones en materia penal que tienen como fuente declaraciones de derechos (como en el caso del *Bill of Rights*, *Petition of Rights* o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) y Constituciones Políticas como en la revolución de las Colonias inglesas en América del Norte.

El siguiente cuadro sintetiza la correlación entre la referida historia y el derecho penal contemporáneo:

Hecho	Aporte al derecho penal liberal	Documento
Revolución inglesa	Derecho al debido proceso	Carta Magna inglesa, art. 39.
	Derecho a la defensa	<i>Petition of Rights</i> , art. 4
	<i>Habeas corpus</i> ⁴⁰	<i>Petition of Rights</i> , art. 5 <i>Habeas corpus act</i>
Revolución de las colonias inglesas en Norteamérica	Derecho al debido proceso	Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia, num. VIII
		Constitución de los Estados Unidos de América, Enmiendas 5, 6 y 14.
	Derecho a un juicio público	Constitución de los Estados Unidos de América,
	Derecho a un juicio	

³⁸ Para una síntesis de la historia de los procesos revolucionarios liberales burgueses, ver: REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Op. cit.*, pp. 51 y ss.

³⁹ REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Op. cit.*, p. 73.

⁴⁰ Si bien se cita la Revolución inglesa como el referente inmediato de la figura que hoy se conoce con el nombre de *habeas corpus*, es preciso aclarar que los antecedentes de la figura se encuentran en el Derecho romano, más exactamente, en el interdicto pretoriano *homo libero exhibendo*, mediante el cual podía pedirse la presentación o exhibición del hombre libre que estuviera privado de la libertad. PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina. *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 120.

	imparcial	Enmienda 6.
	Derecho a la defensa	Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda 6.
	<i>Non bis in ídem</i>	
	Derecho a la libertad personal	Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda 4.
Prohibición de castigos crueles o excesivos	Declaración de de Derechos del buen pueblo de Virginia, num. IX.	
Revolución Francesa	<i>Nullum crimen sine lege</i>	Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 7.
	<i>Nulla poena sine praevia lege</i>	Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 8.
	Necesidad de la pena	
	Irretroactividad de la Ley penal	
Presunción de inocencia	Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 9.	

Cuadro No. 1. Aportes de las revoluciones liberales burguesas al derecho penal contemporáneo.

De la tabla se pueden extraer al menos, dos conclusiones: i) en cada uno de los procesos revolucionarios mencionados, hubo instrumentos jurídicos que reconocieron derechos y libertades ligadas a la construcción de una nueva dogmática penal; y ii) los componentes que aportaron las declaraciones de derechos y las constituciones a la construcción de un nuevo derecho penal conforman, y al mismo tiempo encuentran solidez en un principio hijo del mismo proceso revolucionario, que a su vez es base del Estado de Derecho: legalidad y en particular, legalidad penal.

“En general ‘legalidad’ significa conformidad a la ley. Se llama ‘principio de legalidad’ aquel en virtud del cual ‘los poderes públicos están sujetos a la ley’ de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley (...). En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista”⁴¹.

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara y Universidad Autónoma de México, 2001, p. 117.

Dicho principio, constituye el rasgo característico más importante del Estado de Derecho liberal, “un *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad*”⁴².

En particular, el principio de legalidad penal, en su concepción más primigenia, se expresa en los aforismos *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimene* y *nullum crimen sine poena legali* formulados por primera vez en el *Lehrbuch* de Anselmo von Feuerbach con las mismas funciones que se le atribuyen al principio en su expresión general, aunque con un enfoque en la función punitiva del Estado: limitando las fuentes formales del derecho penal, garantizando certeza jurídica, seguridad y confianza⁴³. Más adelante se volverá sobre este punto a partir del análisis de Luigi Ferrajoli, quien diferencia entre estricta y mera legalidad⁴⁴.

Ahora bien, de la historia del Estado de Derecho en su forma liberal primigenia, que por sus hitos, es concomitante con la historia de los derechos humanos y del derecho penal, es de resaltar que un movimiento en particular significó una ruptura con el “Antiguo Régimen” en cuanto al ejercicio del poder punitivo: el llamado *demoliberalismo penal*⁴⁵.

La severidad de las penas y su desproporcionalidad en relación con el hecho cometido, el tratamiento desigual para efectos punitivos, el uso de la tortura y de la pena de muerte así como la indefinición de las penas y las sanciones, entre otras, eran las políticas que primaban y orientaban el ejercicio punitivo⁴⁶.

Uno de los seguidores de las nuevas ideas emergidas en su tiempo fue Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, conocido a través de su obra como Cesare Beccaria⁴⁷, quien en su escrito de 1764 titulado “De los delitos y de las penas”, formuló una crítica certera al sistema penal del momento y propuso las bases de

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 24.

⁴³ SÁNCHEZ, Esiquio Manuel. *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007, p. 40.

⁴⁴ *Infra*, num. 121.

⁴⁵ AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Op. cit.*, p. XVI.

⁴⁶ *Ibidem*, p. XVI. En sentido similar: “El poder político ilimitado busca naturalmente expandir su control sobre los mecanismos de represión penal para usarlos dentro de sus prioridades estratégicas. Tal es el núcleo de la utilización del poder punitivo por parte de los Estados ‘absolutos’ que se consolidaron entre los siglos XVI al XVIII”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 27.

⁴⁷ Otros autores de la misma corriente: Gaetano Filangieri, Ludwig Feuerbach y Manuel de Lardizábal. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. cit.*, p. 56.

uno nuevo inspirado en la filosofía política del demoliberalismo⁴⁸, “el sistema penal demoliberal”⁴⁹.

Los postulados fundamentales de la obra de Beccaria, y como consecuencia, de la propuesta demoliberal de derecho penal, siguiendo el análisis de Nódier Agudelo, son los siguientes: i) el contrato social como fundamento del derecho a castigar⁵⁰; ii) el principio de legalidad del delito y de la pena⁵¹; iii) el principio de separación de los poderes⁵²; iv) la necesidad de la pena para infligir una amenaza sobre el ciudadano que no quiera respetar el pacto⁵³ y su finalidad preventiva general⁵⁴; v) el rechazo de la pena de muerte; y vi) la publicidad de los procesos.

Los principales postulados de Beccaria marcaron un hito en la historia del derecho penal, así como la idea fundadora en la cual se sustentaron, valga recordar, la limitación del poder a través del principio de legalidad⁵⁵, idea que también constituye, como se observó atrás, el cimiento del Estado de Derecho, evidenciando su correlación con aquella, y cuya vigencia es incontestable.

A modo de digresión –no por ello impertinente–, un salto en el tiempo y en el espacio hasta el constitucionalismo colombiano, permite observar lo acertado de afirmar la vigencia de los postulados del demoliberalismo en materia penal⁵⁶.

El siguiente cuadro muestra la forma como la Carta Política de Colombia de 1991, erige con el carácter de principios y derechos fundamentales, lo que en tiempos de Beccaria fue detonante de una revolución.

⁴⁸ Esencialmente, tal filosofía propone el control del poder y del Estado a través del Derecho. AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Op. cit.*, p. XXXVII.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. XXXIV. En el mismo sentido, ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁰ AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Op. cit.*, pp. XXXV-XXXVI.

⁵¹ *Ibidem.*, p. XXXVII.

⁵² *Ibidem.*, p. XXXIX.

⁵³ *Ibidem.*, p. XLIV.

⁵⁴ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Op. cit.*, p. LXIII.

⁵⁶ Cfr.: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

Postulado	Manifestación en la Constitución Política de Colombia
Contrato social como fuente del Estado en función de la protección de los ciudadanos	Art. 2, inc. 2°. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
Principio de Legalidad del delito y de la pena	Art. 29, inc. 2°. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
Principio de separación de los poderes	Art. 113. Inc. 2°. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. (...) Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.
Rechazo de la pena de muerte	Art. 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.
Rechazo de la tortura	Art. 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
Publicidad de los procesos	Art. 29, inc. 4°. (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (...).

Cuadro No. 2. Postulados del demoliberalismo penal en la Constitución Política de Colombia.

Hasta aquí se ha sostenido la idea de la legalidad como fundadora de la noción de Estado de Derecho y de su correlación con el derecho penal de influencia demoliberal.

A continuación, se observará cómo ese principio base evoluciona –sin perder su esencia- bajo el modelo jurídico político del constitucionalismo que permea tanto al Derecho como a la concepción de Estado –en una nueva manifestación de su correlación-, generando diversas transformaciones, pero, manteniendo incólume preceptos como los tratados atrás, con la consecuencia de propiciar tensiones entre postulados clásicos y los nuevos, por ejemplo, en materia penal.

1.1.2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional y su recepción en el ámbito jurídico penal en Colombia

En resumen, las características básicas del Estado de Derecho, como una especie⁵⁷ de Estado, podrían expresarse así:

(...) la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: *a)* la supremacía de la ley sobre la Administración; *b)* la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; *c)* la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado (...). [U]n significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración⁵⁸.

Los aspectos mencionados llevan a reafirmar la idea de la primacía de la “ley” como insignia del Estado liberal de Derecho, de manera que resulta oportuno destacar los puntos más relevantes que, sobre dicho concepto, caracterizan el Estado liberal de Derecho.

En primer lugar, la ley tiene una doble connotación, en la medida en que no representa lo mismo para la Administración que para los particulares. Para aquella, significa una descripción de su competencia, el derrotero que marca y establece su acción; en tanto que para los segundos, implica exactamente lo contrario, una mera limitación del principio de autonomía, es decir, expresa una regulación en su actuar⁵⁹. En síntesis, la ley indica qué puede hacer la Administración y qué está vedado para los particulares.

⁵⁷ Se usa el término “especie”, obedeciendo la definición inicial ofrecida atrás con base en el constitucionalismo alemán. Cfr.: BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*, pp. 19-22.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 28.

En segundo lugar, las leyes tienen la característica de ser *generales y abstractas*. “La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho”⁶⁰ en la medida en que opera para todos los sujetos de derecho sin distinción alguna, postulado que relaciona intrínsecamente con máximas tan caras al Estado de derecho como la igualdad ante la ley, la separación de poderes⁶¹ y la moderación del poder⁶².

El carácter abstracto de la ley se define como generalidad en el tiempo, el destino de la ley a valer indefinidamente, de suerte que se garantiza la certeza y previsibilidad del derecho y se declara una desavenencia frente a las leyes retroactivas (necesariamente concretas en su vigencia) y aquellas que se agotan en un tiempo breve⁶³.

Finalmente, vale decir que la ley en el Estado liberal de Derecho constituía una expresión hegemónica, pues “se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de ese entonces (...) [de manera que] jurídicamente la ley lo podía todo (...)”⁶⁴.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, podría afirmarse, con Zagrebelsky, lo siguiente:

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el ‘positivismo jurídico’ como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley (...) ⁶⁵.

Ahora, la conquista liberal del Estado de Derecho no estaría exenta de nuevas dificultades que se encontraría con su evolución y con la dinámica propia de la historia y los paradigmas de pensamiento siempre dinámicos en el campo del Derecho⁶⁶, hecho que es fácil de constatar con una mirada al estado de cosas

⁶⁰ Ibidem, p. 29.

⁶¹ Si bien aquí no se hace un desarrollo amplio de estos dos conceptos, es imprescindible recordar que hacen parte de las características del Estado liberal de Derecho y por tanto, complementan el ejercicio de caracterizar su naturaleza que se realiza sucintamente en el presente acápite.

⁶² Ibidem, p. 29.

⁶³ Ibidem, pp. 29-30.

⁶⁴ Ibidem, p. 31. Con la expresión “ese entonces”, el autor alude al siglo XIX, época en la cual sitúa el auge del Estado liberal de Derecho.

⁶⁵ Ibidem, p. 33.

⁶⁶ Acerca de los factores que posiblemente generaron la crisis del Estado de Derecho en su concepción originaria, ver: BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*, pp. 34 y ss.

vigente que no corresponde con “los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo”⁶⁷.

Los cambios suscitados en el modelo original devinieron en lo que hoy se conoce como “Estado Constitucional”, fórmula que afecta, entre otras cosas, la posición de la ley que, por primera vez en la época moderna, se subordina a una categoría jurídica más alta: la Constitución⁶⁸.

Esta transformación no vino sola o fue espontánea, obedece a un movimiento que también tiene sus raíces en la revolución de las colonias inglesas en América del Norte, hecho que se considera fundacional del movimiento jurídico político del Constitucionalismo⁶⁹.

La noción de “constitucionalismo”⁷⁰ suele usarse como idea superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico⁷¹ y si bien, no es pacífica su definición⁷², en términos generales puede asociarse al precepto de la supremacía de la Constitución, de la cual devienen dos rasgos, a saber: i) la existencia de un proceso efectivo de control de constitucionalidad de las leyes; y ii) la consolidación de la idea de limitación y control del poder⁷³.

Las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo del Estado de Derecho legislativo son de primera magnitud: el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para normas con cualquier contenido, sino que, sin convertirse tampoco en un autómatas ejecutor de la Constitución, ha de acomodar su política a las amplísimas (también ambiguas y contradictorias) exigencias constitucionales⁷⁴.

Para Robert Alexy, los principales rasgos del constitucionalismo serían los siguientes: “valor en vez de norma; ponderación en vez subsunción;

⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 33.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁶⁹ REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Op. cit.*, p. 73.

⁷⁰ También se usan las expresiones “neoconstitucionalismo” y “constitucionalismo contemporáneo”, y aunque hay autores que señalan diferencias entre los referidos términos (v.gr., ver: COMADUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: CARBONELL, Miguel [Ed.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 83), en el presente trabajo se habla de “constitucionalismo” acogiendo la fórmula sugerida por Prieto Sanchís en virtud de la cual, se trata de diversas expresiones o rúbricas que sirven para aludir a distintos aspectos de un mismo fenómeno, una especie de nueva cultura jurídica. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara, 2ª. Ed., 1999, p. 15.

⁷² Para una ambientación sobre las diversas definiciones o formas de concebir el Constitucionalismo, ver: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. *Op. cit.*, pp. 101-107.

⁷³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 17.

omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”⁷⁵.

Como consecuencia de las características anotadas del nuevo modelo jurídico político expresado en el Estado Constitucional, el ordenamiento jurídico ha sufrido una mutación que irriga los diversos escenarios del Derecho que se encuentran sujetos a las disposiciones constitucionales, fenómeno que se ha conocido como la “constitucionalización del derecho”.

Esta expresión alude a un proceso de transformación del ordenamiento jurídico en el cual, éste queda totalmente impregnado por las normas constitucionales, de manera que “un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución (...) capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”⁷⁶.

Ahora, en tratándose del ámbito nacional, la transformación del Estado en Estado constitucional y la consecuente constitucionalización del Derecho, han sido fenómenos cuya recepción en Colombia se ha experimentado de manera paulatina pero clara y contundente.

Sobre el primer punto, basta con echar un vistazo a la Constitución política de 1991 y citar dos disposiciones que se corresponden plenamente con lo esbozado arriba acerca de las características fundamentales de un Estado regido bajo el modelo jurídico político del constitucionalismo: i) el carácter supremo de la Constitución, expresado en el artículo 4° de la Carta Fundamental⁷⁷, y ii) la existencia de un proceso de control de constitucionalidad de las leyes, contenido, tanto en el mismo artículo 4° que funda un control difuso de constitucionalidad en Colombia, como en el artículo 241 Superior⁷⁸ con el cual se crea la Corte Constitucional como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional al cual se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Sobre la naturaleza del Estado en Colombia, y desentrañando el carácter Constitucional del mismo, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de derecho y social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P. art. 1). Estos tres

⁷⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 160. Citado en: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. *Op. cit.*, p. 16.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. *Op. cit.*, p. 153.

⁷⁷ “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

⁷⁸ “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. **En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho**⁷⁹. (Negrillas fuera del texto original).

De lo preceptuado por la Corte se puede inferir que hay un reconocimiento en punto de la evolución del concepto “Estado de Derecho” que se lee necesariamente en clave de la supremacía constitucional, superando la noción clásica del Estado legislativo y recogiendo la fórmula del Estado Constitucional.

Así mismo, es posible colegir que la Corte entiende la cláusula prevista en el artículo 1° de la Constitución con la cual se define el Estado colombiano como social y de derecho, en los términos que la doctrina constitucional ha sugerido, esto es, caracterizando al Estado Constitucional, “al mismo tiempo y al mismo nivel, como ‘social’, ‘democrático’ y ‘de derecho’”⁸⁰.

Ahora bien, el fenómeno de la constitucionalización del derecho en Colombia, se constata en el estudio de las “condiciones de constitucionalización” de un ordenamiento jurídico que propone Riccardo Guastini⁸¹.

Son siete las “condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como ‘impregnado’ por las normas constitucionales”⁸², a saber: i) una constitución rígida; ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; iii) la fuerza vinculante de la Constitución; iv) la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución; v) la aplicación directa de las normas constitucionales; vi) la interpretación conforme de las leyes; y vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas⁸³.

El siguiente cuadro ilustra cómo en el ordenamiento jurídico colombiano están dadas las referidas condiciones de constitucionalización⁸⁴:

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-747 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos, párr. 6.

⁸⁰ SERRANO, Rafael de Agapito. “Prólogo”. En: BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*, p. 10.

⁸¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional. Op. cit.*, p. 154.

⁸² *Ibidem*, p. 154.

⁸³ *Ibidem*, pp. 155-163.

⁸⁴ El cuadro se basa, parcialmente, en el análisis que del punto ha hecho la doctrina nacional. Ver: SÁNCHEZ, Manuel Esiquio. *Op. cit.*, pp. 28-29.

Condición de constitucionalización	Expresión en Colombia
Rigidez de la Constitución	La constitución Política de Colombia es escrita y está protegida en relación con la legislación ordinaria. Además, su modificación sólo puede darse mediante procedimientos especiales que la misma Carta prevé.
La garantía jurisdiccional de la Constitución	La <i>garantía jurisdiccional</i> de la Carta Fundamental existe en tanto se prevé un control de constitucionalidad de las leyes en cabeza de la Corte Constitucional y de los jueces de instancia a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.
La fuerza vinculante de la Constitución	La misma Constitución Política de Colombia establece su carácter jerárquico superior y vinculante a través de la cláusula en el artículo 4° donde afirma su prevalencia en caso de incompatibilidad con otra norma jurídica y el deber de nacionales y extranjeros de acatar sus disposiciones.
La sobreinterpretación de la Constitución	Determina esta condición que la Constitución es interpretada por el Tribunal constitucional para que le sean extraídas numerosas normas implícitas, no expresas; labor que la Corte Constitucional de Colombia realiza en el ejercicio interpretativo de la Constitución ⁸⁵ .
La aplicación directa de las normas constitucionales	Las normas constitucionales son de aplicación directa e inmediata ⁸⁶ .

⁸⁵ “La Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene precisamente atribuciones jurídicas para asegurar que los mandatos de la Carta sean eficaces y prevalezcan en nuestro ordenamiento. Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, **sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta.** La interpretación de la Constitución, - que por demás permite materializar la voluntad del constituyente -, tiene por consiguiente, como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores”. (Negritas fuera del texto original). CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-292 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Consideraciones y Fundamentos, num. 9.

⁸⁶ “(...) la Constitución Política (...) tiene un carácter normativo formal y material que la hace aplicable de manera inmediata y no necesita de la reiteración de su contenido en normas de otra jerarquía para garantizar su efectividad (C.P., art. 4º)”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-757 de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Consideraciones y Fundamentos, num. 8.

<p>La interpretación de las leyes conforme la Constitución</p>	<p>Conforme el principio de supremacía constitucional, las leyes deben estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y será el Tribunal Constitucional el que decida definitivamente sobre la interpretación de las leyes y la conformidad de las mismas en los términos de la Constitución.</p>
<p>La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas</p>	<p>La Constitución define ámbitos de competencia para el ejercicio del poder político, como las facultades del Presidente y Vicepresidente, entre otros.</p> <p>Así mismo, sujeta al Poder Legislativo –órgano de elección popular y consecuente naturaleza política- en cuanto a sus funciones y procedimientos, por ejemplo, en materia de elaboración de las leyes.</p>

Cuadro No. 3. Condiciones de constitucionalización en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como es de esperarse, el derecho penal y procesal penal no han sido la excepción en este fenómeno, por el contrario, es común encontrar en la doctrina afirmaciones como que “el derecho penal comienza en la Constitución”⁸⁷ o estudios sobre la constitucionalización del proceso penal a partir de las funciones constitucionales que éste último desarrolla⁸⁸.

La Corte Constitucional ha reconocido este proceso en los siguientes términos:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustancial como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a

⁸⁷ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 222. Citado en: PERDOMO TORRES, Jorge. *Los principios de legalidad y oportunidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 50.

⁸⁸ Como ejemplo se presenta el estudio de Manuel Esiquio Sánchez, quien encuentra en el proceso penal colombiano, el desarrollo de siete funciones eminentemente constitucionales, a saber: i) la realización del *ius puniendi*; ii) la realización de la Justicia; iii) la búsqueda de la verdad real; iv) la garantía del derecho a la libertad; v) la protección de los derechos de las víctimas; vi) la reinserción social del delincuente; y vii) la garantía de la actividad de las partes como mecanismo para alcanzar una sentencia justa. SÁNCHEZ, Esiquio Manuel. *Op. cit.*, pp. 32-35.

la vez, orientan y determinan su alcance (...). [E]l *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales⁸⁹.

En punto de la teoría jurídica, se mencionó que el Estado de Derecho legislativo correspondía con el positivismo jurídico, ahora, a partir del auge del constitucionalismo, un importante sector de la doctrina⁹⁰ considera que con éste, el positivismo jurídico deviene en teoría inviable.

Dicha afirmación se apoya en el llamado “argumento de los principios”, de acuerdo con el cual el fenómeno de la constitucionalización del derecho refuerza el valor de los derechos fundamentales que son típicamente normas principales, de manera que si el derecho contiene principios –lo cual es una verdad de Perogrullo en un Estado Constitucional– no hay lugar para la teoría del positivismo jurídico⁹¹.

Sin embargo, en medio del aparente dominio del antipositivismo en la corriente del constitucionalismo, hay autores que no se identifican con esa tendencia, como es el caso de Luigi Ferrajoli, quien, partidario del derecho constitucionalizado, no ha renunciado al positivismo jurídico⁹² y aboga por un derecho garantista en cuyo centro deben hallarse los derechos de los individuos⁹³.

Es precisamente la teoría garantista en materia penal de Ferrajoli la que se propone aquí como la tendencia que, en parte, ha retomado el ordenamiento jurídico penal en Colombia. Planteamiento que se sustentará a continuación.

1.2. TENDENCIA GARANTISTA DEL MODELO NORMATIVO PENAL EN COLOMBIA

Se ha visto cómo el derecho penal y procesal penal contemporáneos tienen antecedentes comunes con la consolidación del Estado de Derecho y de su evolución en el Estado Constitucional, así como con la primera generación de los derechos humanos, en todos los casos, bajo el ideario liberal; de manera que se ha evidenciado una correlación entre el modelo de Estado y el modelo normativo penal.

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-038 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico, num. 4. Reiterado en la Sentencia C-936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Fundamentos de la Decisión, num. 17.

⁹⁰ Cfr.: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 100.

⁹¹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.* pp. 100-101.

⁹² “Para Ferrajoli el constitucionalismo es una manera de consumir el positivismo jurídico”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.* p. 105.

⁹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.* p. 102.

Ahora, el desarrollo del modelo político jurídico del constitucionalismo, su incidencia en el Estado de Derecho y factores tan de suyo como la instrumentalización del Estado en función de la protección de los derechos, tienen una significativa expresión en materia penal bajo el modelo del garantismo que propone Luigi Ferrajoli⁹⁴.

A continuación, se presentarán algunos de los rasgos principales del garantismo (sus diferentes acepciones, la noción de derecho penal mínimo y la importancia de las garantías penales y procesales); sus condiciones de existencia que, en esencia, pueden resumirse en las nociones de Estado de Derecho, constitucionalismo, democracia y paz; y se ofrecerá una hipótesis sobre la manera como el ordenamiento jurídico nacional, ha recogido, en parte, tales postulados.

1.2.1. Generalidades del Garantismo Penal

Son diversas las acepciones que pueden pretenderse del término “garantismo”, sin embargo, en la teoría jurídica actual predomina la que alude a la obra de Ferrajoli⁹⁵, de manera que es en ésta donde se enmarcará lo que aquí se ha considerado la tendencia garantista del modelo normativo penal en Colombia.

Aún así, es posible distinguir tres acepciones de la palabra “garantismo” que, en principio, tienen una connotación meramente penal, pero contienen componentes teóricos y filosóficos generales que unidos conformarán lo que Ferrajoli ha denominado una teoría general del garantismo⁹⁶.

En la primera acepción, “garantismo” designa un *modelo normativo de derecho*: el Estado de Derecho, y se presenta como su principal rasgo funcional⁹⁷ “que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad; y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”⁹⁸.

⁹⁴ Ferrajoli ha conformado una especie de teoría general del garantismo, “la cual ha vinculado estrechamente con la Teoría del Estado Constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)”. CARBONELL, Miguel. “Presentación”. En: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. México: Universidad Autónoma de México, 2006, p. 4.

⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli ‘Derecho y Razón’”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006, p. 13.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Op. cit.*, p. 854.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 855.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 851-852.

El garantismo tiene el defecto, como todo esquema epistemológico, de ser un modelo límite, en buena medida ideal porque no ha sido realizado ni será realizable⁹⁹, de manera que no será afortunado hablar de sistemas garantistas o antigarantistas, resulta más pertinente referirse a *grados* de garantismo y diferenciar entre el modelo teórico previsto en la Constitución y el funcionamiento efectivo del sistema, pues la primera sólo será garantista, en la medida que contenga, no solo principios y derechos, sino técnicas coercitivas, esto es, garantías que permitan el control y limitación del poder¹⁰⁰.

En la segunda acepción, “garantismo”, cimentado en la clásica separación positivista entre ser y deber ser en el derecho –fundamental en el pensamiento de Ferrajoli¹⁰¹–, alude a una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad” como nociones separadas entre sí y respecto de la “vigencia” y “existencia” de las normas¹⁰². En este sentido, “garantismo” es la teoría jurídica del *positivismo crítico* con el que Ferrajoli se opone al positivismo dogmático¹⁰³.

Específicamente, la idea central del positivismo crítico consiste en lo siguiente:

(...) los juicios de valor se han incorporado al derecho en los estados constitucionales permitiendo una crítica al derecho desde el propio interior del ordenamiento jurídico [-dirigida a los aspectos de ineficacia e invalidez-] y ello meramente cualifica, sin alterarla, la esencia de su positivismo jurídico. Por tanto, a diferencia de lo que el modelo ‘paleopositivista’ de derecho sostenía, no tendría por qué haber incompatibilidad entre la formulación de juicios de valor y la formulación de juicios de validez¹⁰⁴.

Los conceptos que diferencia Ferrajoli¹⁰⁵ cobran importancia en la medida que reafirman el paso del Estado legislativo al Estado Constitucional, pues en éste se incorpora un nivel normativo más, que a su vez limita la producción legislativa a través de los conceptos de “validez” en cuanto la elaboración de contenidos (el

⁹⁹ Ibidem, pp. 38 y 103.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 852.

¹⁰¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 852.

¹⁰³ “Llamo ‘iuspositivismo dogmático’ a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad: tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes sólo las normas efectivas”. Ibidem, p. 871.

¹⁰⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.* p. 104

¹⁰⁵ “Una norma es *justa* si merece una valoración positiva desde un criterio moral (extrajurídico). – Una norma es *válida* si no adolece de vicios materiales o sustantivos; es decir, si no contradice a una norma jerárquicamente superior (...). – Una norma está *vigente* o existe si no adolece de vicios formales; es decir, si ha sido creada por el sujeto competente mediante el procedimiento jurídicamente previsto (...). – Una norma es *eficaz* si es observada por sus destinatarios y/o aplicada por los órganos de aplicación”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Op. Cit.*, p. 21.

“deber ser” del derecho), y el de “vigencia” en cuanto las formas de elaboración de los mismos (el “ser” del derecho), de suerte que se erige una “garantía frente al legislador”, fuente del principio constitutivo del moderno Estado de Derecho: el principio de legalidad estricta¹⁰⁶, como se verá más adelante.

Con base en lo anterior, Ferrajoli hace trepidar la presunción de regularidad que hay en los actos de poder, esa presunción de legitimidad del derecho *vigente* propia del positivismo dogmático¹⁰⁷, con importantes consecuencias para esta teoría como la remoción de, por lo menos, tres de sus más entrañables dogmas, a saber: i) la fidelidad del juez a la ley; ii) la función descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo *vigente*¹⁰⁸; y iii) la pretensión de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico¹⁰⁹.

El primer dogma se estremece por cuanto el juez puede dejar de aplicar una norma que considere inválida al contrastarla con la Constitución¹¹⁰. Por su parte, el segundo postulado aludido se debilita cuando se faculta al jurista para criticar el derecho *vigente*, ya no desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la *validez* a partir del examen de las normas conforme las normas jurídicas de rango superior¹¹¹.

Los dos puntos resultan bastante significativos para lo que en el ámbito nacional se conoce como excepción de inconstitucionalidad (Constitución Política, art. 4°), y acción pública de inconstitucionalidad (Constitución Política, art. 241, nums. 4 y 5) respectivamente, y son un esbozo de lo que se está presentando como tendencia garantista del ordenamiento jurídico penal colombiano.

Finalmente, en la tercera acepción, “garantismo” designa una *filosofía política*, la que funda al Estado y al derecho como instrumentos para la tutela y garantía de los derechos, labor que a su vez, constituye la finalidad de ambos¹¹².

Esta perspectiva *utilitarista* e instrumentalista del Estado (y del Derecho) dirigido a satisfacer sólo derechos fundamentales¹¹³, se opone a la concepción *totalitarista* del Estado con una importante implicación: mientras en esta última retoza una visión finalista y optimista del poder como algo bueno, en la tercera acepción del garantismo pervive una concepción pesimista del poder como algo malo, sea

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 22-23.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 872.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 878.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 873.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 874.

¹¹² *Ibidem*, p. 853.

¹¹³ *Ibidem*, p. 884.

quien fuere quien lo posea, pues se haya expuesto a falta de límites y garantías, es decir, a degenerar en el despotismo¹¹⁴.

Planteadas las tres acepciones que conforman la teoría general del garantismo, queda esclarecido el programa que, en general, propone Ferrajoli, y que en materia penal, como a continuación se verá, retoma principalmente la primera acepción¹¹⁵, y se expresa en las nociones de *derecho penal mínimo* y de garantías penales y procesales.

Para Ferrajoli, el derecho penal nace como negación de la venganza y se justifica, no con el fin de garantizarla sino de impedirla, de proscribir la venganza privada y sustituir la relación bilateral parte ofendida-ofensor, por una relación trilateral en la cual el tercero es la autoridad judicial¹¹⁶, cuyo ejercicio, en todo caso, no es absoluto y debe ser limitado.

En este orden de ideas, el derecho penal tiene como fin una doble función preventiva¹¹⁷, ambas, en sentido negativo, a saber: i) la prevención general de los delitos; y ii) la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera, marca el límite máximo de las penas y representa el interés de la mayoría no desviada, en tanto que la segunda, fija el límite mínimo de las penas y representa el interés del reo o acusado¹¹⁸.

No es claro cómo el derecho penal pueda ser eficaz en el cumplimiento de su primera función, pues hay complejas realidades sociales para las que el temor hacia las penas puede no ser suficiente. Pero, es definitivo que sea eficaz en el desarrollo de la segunda función, pues a través de ella se fundamenta el *derecho penal mínimo* y garantista. Además, es minimizando la reacción del Estado frente al delito como el derecho penal cobra su identidad y se diferencia de otros sistemas de control social como el policial, el disciplinario o el terrorista¹¹⁹.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 885.

¹¹⁵ Ferrajoli reconoce la prevalencia de la acepción penal de la noción “garantismo”, pues ha sido en este ámbito donde se ha desarrollado como teoría y como práctica en oposición a las legislaciones fascistas y a las de emergencia y de excepción erigiéndose como bandera contra el arbitrio punitivo, y en ese sentido, como continuidad de la tradición clásica del pensamiento liberal. FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Op. cit.*, pp. 3-4.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 333.

¹¹⁷ Conforme esta explicación, la primera función reviste una prohibición, cuyo fin es la satisfacción del máximo bienestar posible para los no desviados, mientras que la segunda función, marca el fin de la pena: mínimo malestar necesario para los desviados. *Ibidem*, p. 336.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 334.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 334. En el mismo sentido, y como expresión de este tipo de pensamiento en el ámbito latinoamericano, se cuenta con la opinión de Alberto Binder, para quien “(...) todas las garantías se resumen en una sola idea (...): *el uso que el Estado hace del poder penal no debe ser arbitrario*”. BINDER, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 143.

Entonces, ha sido esa exigencia de minimización del poder punitivo la que ha fundado el proyecto de *derecho penal mínimo* –sinónimo de garantismo– “que designa un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiénola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona”¹²⁰.

En una acepción más simple, el *derecho penal mínimo* es una “técnica de tutela de los derechos fundamentales”¹²¹, esto es, la protección del débil contra el más fuerte “que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal es el reo”¹²².

Ahora, los límites que constituyen la previsión legal de los delitos mediante la cual se protegen los derechos, son las *garantías penales sustanciales*, en tanto que los límites de la comprobación judicial, igualmente contemplados para la tutela de los derechos, son las *garantías procesales y orgánicas*¹²³, sobre las cuales se volverá más adelante.

De lo anterior, Ferrajoli desprende lo que sería, en concreto, un programa de *derecho penal mínimo*¹²⁴, entre cuyas propuestas destaca la siguiente:

(...) el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe introducirse a nivel constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas y de procesos penales si no es a través de una modificación o una integración que se apruebe con procedimientos agravados, del texto del código penal o procesal¹²⁵.

Entonces, esbozado el significado de la teoría general del garantismo a partir de las tres acepciones que la componen y bosquejada la noción de *derecho penal mínimo*, a continuación se abordará un tercer elemento clave en la comprensión del garantismo de Ferrajoli: las ya mencionadas garantías penales y procesales.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. *Op. cit.*, p. 4.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 335.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. *Op. cit.*, p. 13.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. *Op. cit.*, p. 4.

¹²⁴ Como ejemplos de propuestas en que se articulan el programa de derecho penal mínimo, Ferrajoli cita las siguientes: “la explícita introducción, si es posible en la Constitución, del principio de lesividad sea en abstracto que en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos que se castigan con simples penas pecuniarias; la eliminación de la vergonzante cadena perpetua, la disminución de los máximos legales de las penas de detención y la introducción de penas alternativas a la reclusión y, finalmente, la restauración del proceso acusatorio diversamente utilizado (...)”. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. *Op. cit.*, p. 66.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 66.

El garantismo “(...) tiene por noción central o articuladora precisamente la de ‘garantía’. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo [o] toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”¹²⁶.

En punto de los derechos, Ferrajoli establece una división adicional a la planteada entre expectativas negativas y positivas. Se trata de una distinción cuatridimensional entre los derechos: derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales. Esquema del que también se servirá para establecer un modelo de democracia articulado en las cuatro dimensiones¹²⁷.

Las dos primeras clases de derechos –políticos y civiles– son considerados secundarios, formales o instrumentales en la medida que sirven para legitimar la democracia formal o política, referida a los medios para tomar las decisiones; en tanto que las otras dos clases de derechos –de libertad y sociales–, se denominan primarios, sustanciales o finales dada su vocación para fundar la democracia sustancial, referida al contenido de las decisiones, al qué se puede y sobre qué no se puede decidir, ni siquiera, por mayorías en una democracia¹²⁸, asunto sobre el que se volverá más adelante.

Ahora, en punto de las garantías, como se observó atrás, el autor en comentario también establece una categorización entre *garantías penales o sustanciales* y *garantías procesales, jurisdiccionales o instrumentales*. Las primeras, en tanto “sustanciales”, corresponden a “las normas y cuestiones de derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena”¹²⁹. Las segundas, como “instrumentales”, responden a las preguntas de cuándo y cómo juzgar y aluden a “las normas de derecho procesal relativas a los métodos y a las formas de comprobación de aquellos”¹³⁰.

En concreto, son *garantías penales*: los principios de estricta legalidad, taxatividad de los delitos, lesividad, materialidad y culpabilidad. Son *garantías procesales*: los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa¹³¹, la separación

¹²⁶ CARBONELL, Miguel. “Presentación”. En: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal. Op. cit.*, p. 5.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. “El paradigma normativo de la democracia constitucional”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 464.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 464.

¹³¹ A pesar de la confluencia de garantías en pie de igualdad que propone Ferrajoli, en punto del derecho de defensa, otro sector de la doctrina lo considera “especial” respecto de otras garantías, por cuanto es preciso que el procesado cuente con alguien a través de quien pueda controlar el cumplimiento de las garantías procesales y penales, de manera que la defensa se convierte en una especie de “motor” de las otras garantías. De hecho, ante el carácter estático de las demás garantías, en un proceso es la defensa quien tiene la posibilidad de ponerlas en marcha. BINDER, Alberto. *Op. cit.*, pp. 145-146.

rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la jurisdicción¹³² y el principio de juez natural¹³³.

Entre garantías penales o sustanciales y garantías procesales o jurisdiccionales hay una especie de correlación¹³⁴, o, para mayor precisión, una subsidiariedad de las segundas respecto de las primeras. Entre los dos sistemas de garantías existen nexos tanto estructurales como funcionales¹³⁵.

Existe una correlación estructural, por cuanto “[l]as garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión, acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control”¹³⁶, esto es, garantías procesales.

La correlación funcional se da por cuanto “las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativos que si faltasen las garantías procesales”¹³⁷.

Como atributo adicional de este conjunto de garantías, valga decir que son las garantías penales las que limitan el poder de decisión del juez sobre la *verdad jurídica*, y son las garantías procesales las que minimizan el poder del juez sobre la *verdad fáctica*¹³⁸.

¹³² Ferrajoli establece una subcategoría dentro de las garantías procesales: las *garantías orgánicas*, “relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc. Llamaré, en cambio, procesales a las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción (...)”. *Ibidem*, p. 539.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. *Op. cit.*, p. 4.

¹³⁴ Desde otra perspectiva analítica –la epistemología garantista-, Ferrajoli ha sostenido que las garantías penales y procesales, corresponden a los dos elementos constitutivos del esquema epistemológico de identificación de la desviación penal de tipo garantista, a saber: un elemento referido a la definición legislativa (garantías penales) y el otro alusivo a la comprobación jurisdiccional (garantías procesales). FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 34.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 537. Otros autores, llaman la atención sobre la necesidad de mitigar las diferencias entre garantías penales y procesales, pues este ejercicio, hace perder de vista la perspectiva global de lo que en últimas se trata el fenómeno de las garantías: “(...) una serie de ‘escudos protectores de la persona’, que procuran regular el ejercicio del poder penal por parte del Estado, de modo que tal ejercicio no acabe por convertirse, a su vez, en un nuevo delito. BINDER, Alberto. *Op. cit.*, p. 145.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 537.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 537.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 118.

Las garantías presentadas por Ferrajoli expresan los diez axiomas o principios axiológicos fundamentales que conforman, sumados, el sistema penal garantista, cognitivo o de estricta legalidad y que responden a preguntas específicas que explican el sistema y se pueden agrupar por los elementos que representan¹³⁹, con una aclaración: los axiomas A1 – A6 enuncian las garantías *penales*, y los axiomas A7 - A10 enuncian las garantías *procesales*¹⁴⁰, así:

Axioma o principio fundamental	Garantía que expresa	Elemento que representa	Pregunta a la que responde
A1 <i>Nulla poena sine crimine.</i>	Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito	Pena	¿Cuándo y cómo castigar?
A2 <i>Nullum crimen sine lege.</i>	Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto		
A3 <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate.</i>	Principio de necesidad o de economía del derecho penal		
A4 <i>Nulla necessitas sine iniuria.</i>	Principio de lesividad o de la ofensividad del acto	Delito	¿Cuándo y cómo prohibir?
A5 <i>Nulla iniuria sine actione.</i>	Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción		
A6 <i>Nulla actio sine culpa.</i>	Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal		
A7 <i>Nulla culpa sine iudicio.</i>	Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto	Proceso	¿Cuándo y cómo juzgar?

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 93-94.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 97.

A8 <i>Nullum iudicium sine accusazione.</i>	Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación		
A9 <i>Nulla accusatio sine probatione.</i>	Principio de la carga de la prueba o de verificación		
A10 <i>Nulla probatio sine defensione.</i>	Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.		

Cuadro No. 4. Principios axiológicos del sistema garantista.

Ferrajoli reconoce que estos principios han sido elaborados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII en desarrollo de su pretensión de limitar el poder penal absoluto y que han venido siendo incorporados a las constituciones modernas convirtiéndose en los principios jurídicos del Estado de Derecho¹⁴¹. Esto, como una nueva constatación de dos afirmaciones sostenidas páginas atrás en este documento: la correlación entre Estado y derecho penal; y el ideario liberal como derrotero en la construcción de los postulados penales y procesales penales modernos.

Ahora, dentro del listado de garantías que conforman el sistema penal garantista, Ferrajoli destaca dos que revisten especial importancia: el *principio de estricta legalidad* –expresado en el axioma A3-, al cual le atribuye la caracterización del sistema¹⁴², y el principio de jurisdiccionalidad¹⁴³.

Tratándose del principio de legalidad, se distingue entre legalidad *estricta* y *mera* o *lata* –expresado en el axioma A2-. La principal diferencia entre uno y otro principio consiste en lo siguiente:

Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine*

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 93.

¹⁴² *Ibidem*, p. 95.

¹⁴³ El modelo penal garantista se asegura en los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. *Ibidem*, p. 22. Una mirada adicional a la importancia de estos dos principios en la obra de Ferrajoli y una síntesis de los mismos, en: GUASTINI, Riccardo. “Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo”. En: GIANFORMAGGIO, Letizia [Ed.]. *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 44.

accusatione, sine probatione, sine defensione). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada¹⁴⁴.

Como corolario de lo anterior: la *mera legalidad* se identifica con la reserva relativa de la ley –en sentido formal, como mero mandato legislativo- y se dirige al Juez, ya que lo sujeta a las leyes vigentes. Por su parte, la *estricta legalidad* se identifica con la reserva absoluta de la ley –en sentido sustancial, que dota de contenido el mandato legislativo- y se dirige al legislador a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la sujeción del Juez *solamente* a la ley¹⁴⁵.

Así, la estricta legalidad se erige como el principio más importante que asegura, mediante las garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del daño y de la culpabilidad que forman sus elementos constitutivos¹⁴⁶.

Por su parte, en materia procesal, se encuentra la jurisdiccionalidad, expresada en el axioma A7 *-nulla culpa sine iudicio-*, la cual, al igual que la legalidad, puede entenderse en dos sentidos, a saber: mera o lata, y estricta jurisdiccionalidad, según vaya acompañada de otras garantías procesales¹⁴⁷.

En sentido lato, la jurisdiccionalidad implica que el juicio viene simplemente requerido por un conjunto de garantías penales *-nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio-*. En cambio, conforme la jurisdiccionalidad en sentido estricto, es el juicio el que reclama todo el conjunto de las garantías procesales *-nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione-*¹⁴⁸.

Resta por decir que “[e]stricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad resultan así mediadas y conectadas, la primera como presupuesto de la segunda (...) en el sentido (...) que el juez comprueba o prueba como verdadero (que se ha cometido un delito) sólo (si el hecho comprobado o probado corresponde a) lo que está taxativamente denotado por la ley como delito”¹⁴⁹.

1.2.2. Condiciones de existencia del garantismo: constitucionalismo, Estado de Derecho, democracia y paz

El modelo penal límite garantista que propone Ferrajoli no puede existir de manera autónoma e independiente sin atender condiciones que deben satisfacerse para

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 95.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 96.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 538.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 538-539.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 96.

que logre su desarrollo, y que, en algunos casos, son correlativas al él y se alimentan de sus postulados.

Cuatro son las condiciones que se proponen aquí como necesarias para que pueda consolidarse el modelo normativo penal garantista (es la primera acepción de las tres presentadas, la que se recoge para encarar el análisis del punto): i) el modelo jurídico político del constitucionalismo; ii) el Estado de Derecho; iii) la democracia; y iv) la paz.

Las dos primeras categorías propuestas –constitucionalismo y Estado de Derecho– encuentran su máxima relación con el garantismo, posibilitándolo y a su vez nutriéndose de él, a partir de la definición que Ferrajoli expone del *principio de estricta legalidad*.

Se señaló páginas atrás, que el *constitucionalismo* se asocia con la idea de supremacía de la Constitución, de la cual devienen la existencia de un proceso efectivo de control de constitucionalidad de las leyes, y la consolidación de la idea de limitación y control del poder¹⁵⁰. Sólo el modelo jurídico político del constitucionalismo “incorpora un riguroso ‘principio de estricta legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a las fuentes formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales”¹⁵¹.

Así mismo, sólo el modelo del constitucionalismo permite que haya desde dentro y desde fuera del sistema, una formulación de juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes –asociado a lo que se acabó de mencionar como control de constitucionalidad–, lo cual constituye la principal diferencia del positivismo crítico de Ferrajoli con el positivismo dogmático o paleopositivismo¹⁵², como se mencionó páginas atrás.

En síntesis, “el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales”¹⁵³.

En cuanto al *Estado de Derecho*, atrás se mencionó que el garantismo, en su primera acepción, se presenta como su principal rasgo funcional¹⁵⁴, apreciación

¹⁵⁰ *Supra*, num. 1.1.2.

¹⁵¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Constitucionalismo y Garantismo”. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro [Eds.]. *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 41.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. GREPPI, Andrea [Trad.]. Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

¹⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Constitucionalismo y Garantismo”. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁴ *Supra*, num. 1.2.1.

que se encuentra múltiples veces y de diversas formas dentro de la obra de Ferrajoli¹⁵⁵ y en sus comentaristas¹⁵⁶, pero que sólo puede comprenderse si se presenta la noción “Estado de Derecho” no de cualquier forma, sino como el autor en comento la define.

Ferrajoli sigue la distinción establecida por Bobbio entre gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas, y gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, que a su vez, puede entenderse en el sentido débil o formal de que cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido de acuerdo a lo que ella disponga, y en el sentido fuerte o sustancial de que cualquier poder debe ser *limitado* por la ley que condiciona tanto sus formas como sus contenidos¹⁵⁷.

Así, la idea de Estado de Derecho *per leges* se asocia a la teoría alemana, arriba expuesta, del *Rechtsstaat*¹⁵⁸ -y a su vez con la idea de legalidad en sentido lato-, en tanto que el gobierno *sub lege* se relaciona con el uso inglés de *rule of law* y el italiano de *stato di diritto* -y a su vez con la idea de legalidad en sentido estricto- y es el que, resulta compatible con el Estado constitucional, ya que “en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder”¹⁵⁹.

Entonces, el término “Estado de Derecho” es usado por Ferrajoli en la segunda acepción presentada, y se caracteriza por dos aspectos, a saber: i) en el plano formal, por el principio de estricta legalidad que subordina los poderes públicos a la ley y somete a ésta a un control de legitimidad por parte de los jueces independientes (*v.gr.* Tribunal constitucional); y ii) en el plano sustancial, por la instrumentalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos¹⁶⁰.

Es en este sentido que Estado de Derecho es sinónimo de garantismo¹⁶¹.

La tercera condición -aunque como se ha visto hasta ahora el constitucionalismo y el Estado de Derecho se presentan más como interdependientes respecto del garantismo que como sus condiciones-, es la *democracia*, noción que, como la de Estado de Derecho, tiene una acepción particular en el marco del garantismo.

¹⁵⁵ *V. gr.*, ver: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, pp. 104 y 855.

¹⁵⁶ *V. gr.*, ver: BOBBIO, Norberto. “Prólogo”. En: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 856.

¹⁵⁸ En este sentido, “son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal”. *Ibidem*, p. 856.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 856.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 856-857.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 856.

Ferrajoli, parte de diferenciar la *democracia formal o política*, asociada al Estado de Derecho liberal, de la *democracia sustancial o social*, vinculada al Estado Social de Derecho, y considerar al garantismo como la base de esta última¹⁶².

En la primera concepción de la democracia, dominante hasta la actualidad, esta funge como el método idóneo de formación de las decisiones colectivas que garantiza la voluntad popular a través de: i) el sufragio universal, y ii) el principio de mayoría; es decir, se cimienta en el “quién” decide (el pueblo o sus representantes) y el “cómo” decide (la regla de mayoría), independientemente de los contenidos de las decisiones. De allí que también se denomine concepción procedimentalista de la democracia¹⁶³.

Esta acepción presenta una dificultad fundamental: ignora los límites y vínculos constitucionales del principio de mayoría, que no son otros que los *derechos fundamentales*¹⁶⁴, y en ese sentido, es incapaz de dar cuenta de las democracias constitucionales contemporáneas¹⁶⁵.

Ahora, como se mencionó atrás¹⁶⁶, Ferrajoli distingue entre derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales, donde los dos primeros son funcionales para legitimar la democracia formal; en tanto que las otras dos clases de derechos fundan la democracia sustancial.

Así, democracia sustancial es aquella en la cual los derechos de libertad y los derechos sociales, fungen como límites al poder de la mayoría en dos sentidos: prescribiendo i) que no sobre todo se puede decidir (derechos de libertad); y que ii) no sobre todo se puede dejar de decidir (derechos sociales)¹⁶⁷.

Entonces, mientras en la democracia formal hay un énfasis en el “quién” y en el “cómo”, en la democracia sustancial lo hay sobre el “qué”.

La relación entre garantismo y democracia, es desentrañada por Ferrajoli de la siguiente manera:

[E]l garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben

¹⁶² *Ibidem*, pp. 864-865.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. “El paradigma normativo de la democracia constitucional”. *Op. cit.*, pp. 15-16 y 19.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. *Op. cit.*, p. 99.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. “El paradigma normativo de la democracia constitucional”. *Op. cit.*, p. 17. Ferrajoli identifica una dificultad adicional a la concepción formal de la democracia referida a su incapacidad para dar garantías de supervivencia a la propia democracia política, pues en ausencia de límites sustanciales los métodos democráticos pueden suprimir los propios métodos democráticos, por ejemplo, si por mayoría se eliminan derechos políticos, la separación de poderes o la representación. *Ibidem*, p. 18.

¹⁶⁶ *Supra*, num. 1.2.1.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 864.

decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba¹⁶⁸.

La cuarta y última condición que se propone aquí como necesaria para la existencia del modelo normativo penal garantista es la paz.

La relación entre el derecho y la guerra, que es violencia sin reglas, es antagónica, siendo el derecho la negación de la guerra y la guerra la negación del derecho¹⁶⁹. De hecho, el Estado moderno surge como negación efectiva de la guerra y el derecho moderno como un sistema normativo de olvido de la guerra¹⁷⁰.

El garantismo, como se mencionó, es correlacional al Estado de Derecho, pero, siempre que este pueda desarrollar el cumplimiento de sus fines, entre ellos, garantizar la paz, pues sólo en ese contexto es posible que funcione como instrumento de tutela de los derechos sin estar sometido a circunstancias que lo obliguen a privilegiar su subsistencia, antes que cumplir la finalidad que el garantismo le encomienda.

En ese sentido, “todo sistema de justicia penal que quiera acercarse al ideal garantista plenamente desarrollado, vale decir, al garantismo del Estado social de derecho, debe operar sobre premisas empíricas de una paz político-militar (...)”¹⁷¹.

En contextos de conflicto el discurso liberal del olvido de la guerra se vuelve disfuncional al Estado de Derecho que deja de operar en lógica garantista y se ve abocado a adoptar el eficientismo como condición de posibilidad para su existencia¹⁷².

La paz, se constituye como un presupuesto que de satisfacerse, permite que el modelo rijan y cumpla uno de los fines que lo justifica: la reducción de la violencia en la sociedad, mas no la consecución de la paz en contextos de guerra.

En suma, el derecho penal está llamado a ser el “garante”, o por lo menos uno de los grandes garantes, de una paz social presupuesta y no el constructor originario

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 864.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁷⁰ OROZCO ABAD, Iván. “Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 38.

¹⁷² *Ibíd.*, pp. 42 y 44.

de la misma. Sólo sobre la hipótesis de la paz, en términos generales, realizada, puede construir el liberalismo, el discurso del derecho penal mínimo¹⁷³.

1.2.3. Adopción de una tendencia garantista en Colombia

Es difícil afirmar que Colombia, como en general, los países de América latina, haya adoptado alguna tendencia teórica pura o estricta en materia jurídica. Por el contrario, si bien algunos autores encuentran una “tendencia histórica de tipo formalista procedimental”¹⁷⁴ en la tradición jurídica colombiana, de los mismos estudios puede colegirse la primacía del “eclecticismo jurídico”¹⁷⁵ en el ordenamiento nacional.

Conforme dicho planteamiento, es de esperarse que tampoco en materia penal Colombia haya adoptado un modelo normativo único que permita pregonar del sistema absoluta armonía y coherencia.

En efecto, como a continuación se verá, a partir de la revisión de la Constitución Política y de las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004, mediante las cuales se adoptan los códigos penal y de procedimiento penal vigentes¹⁷⁶, respectivamente, es posible plantear la siguiente subhipótesis de trabajo: Colombia ha adoptado una tendencia garantista penal en cuanto i) el contexto nacional presupone la existencia de tres de las que aquí se han llamado condiciones de existencia del garantismo (el modelo del constitucionalismo, el Estado social de derecho y la democracia sustancial), y ii) hay un reconocimiento de *garantías penales y procesales*. Pero, no es posible afirmar la vigencia plena de su propuesta, principalmente, porque el presupuesto de la paz no se ha satisfecho¹⁷⁷ y por cuanto no se ha garantizado un *derecho penal mínimo* en cuanto: i) minimización de penas y ii) de delitos, y iii) prevención de delitos.

¹⁷³ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis y Universidad Nacional de Colombia, 2ª. Ed., 1999, pp. 57-58.

¹⁷⁴ MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998, p. 69.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹⁷⁶ El estudio de la legislación se abordará de manera complementaria o subsidiaria, pues, como se ha explicado, y la doctrina ha afirmado, “(...) el ámbito de fundamentación para la construcción de un derecho penal garantista y mínimo no está determinado por la ley sino por el moderno constitucionalismo (...)”. URBANO, José Joaquín. “Constitución política y teoría de la pena”. En: BERNAL CUELLAR, Jaime [Coord.]. *XXV jornadas internacionales de derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 343.

¹⁷⁷ Sobre la cuarta condición, la paz, y por qué se afirma que en Colombia la misma no está satisfecha, se ocupará el segundo capítulo de este documento.

En cuanto a las condiciones de existencia del garantismo, páginas atrás se demostró¹⁷⁸ la manera como el ordenamiento jurídico en Colombia ha dado un giro hacia el modelo jurídico político del *constitucionalismo* a partir del test de constitucionalización que propone Riccardo Guastini, de suerte que no es necesario volver sobre el punto para constatar que dicho presupuesto del garantismo se satisface.

Así mismo, se constató que, conforme la cláusula prevista en el artículo 1° de la Constitución y la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del modelo de Estado en Colombia, el mismo corresponde a la idea de *Estado Constitucional de Derecho*¹⁷⁹, fórmula que mejor se identifica con el garantismo.

En adición a lo anterior, puede mencionarse que los dos presupuestos que establece Ferrajoli como característicos del Estado de Derecho¹⁸⁰ en su mejor acepción, se satisfacen en el modelo colombiano: i) el presupuesto formal del *principio de legalidad*¹⁸¹; y ii) el presupuesto sustancial de los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales por medio de la incorporación en la Constitución de deberes públicos¹⁸².

Ahora, en punto de la *democracia sustancial* que reivindica Ferrajoli, basta con mencionar que la misma se satisface en Colombia al constatar la existencia de una carta de derechos prevista en la Constitución Política¹⁸³, Norma Fundamental que contiene, tanto las cláusulas de sufragio universal¹⁸⁴ y el principio de mayorías¹⁸⁵, propias de la democracia formal, como un catálogo de derechos de libertad y de derechos sociales que, en esencia, conforman el presupuesto fundamental de la democracia sustancial¹⁸⁶.

En este orden de ideas, a partir del examen meramente teórico del ordenamiento jurídico en Colombia, y soslayando de momento los aspectos fácticos o grados de

¹⁷⁸ *Supra*, num 1.1.2.

¹⁷⁹ *Supra*, pie de pág. 69.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Op. cit.*, p. 856.

¹⁸¹ El artículo 29 Superior constituye la expresión más significativa del principio de legalidad estricta en Colombia en la medida que constituye un *límite* a la actuación punitiva del Estado. Así mismo, la supremacía de la Constitución (Const. Pol., art. 4°) y la existencia de un Tribunal máximo de control de constitucionalidad (Const. Pol., art. 241) complementan la vigencia en Colombia de las ideas de “estricta legalidad” y “Estado de Derecho” (como *rule of law* o *statu di diritto*) que propone Ferrajoli.

¹⁸² Los artículo 2° sobre los fines del Estado y de las autoridades de la República, y una serie de deberes específicos sobre algunos derechos en particular, como los consagrados en los artículos 55, 64 y 70 de la Constitución Política, garantizan la tutela de los derechos en Colombia.

¹⁸³ Cfr.: Constitución Política de Colombia, Título II (de los derechos, las garantías y los deberes).

¹⁸⁴ Cfr.: v. gr. Constitución Política de Colombia, arts. 40, num. 1° (derechos políticos), 258 (sufragio) y 260 (elección directa de servidores públicos).

¹⁸⁵ Cfr.: v. gr. Constitución Política de Colombia, arts. 103 (mecanismos de participación ciudadana), 146 (mayorías en el Congreso), 190 (elección del presidente de la república) y 258 (sufragio).

¹⁸⁶ *Supra*, p. 38.

materialización de esos planteamientos normativos esbozados, es posible colegir que el garantismo penal encuentra satisfechos tres de los presupuestos necesarios para su consolidación.

De otro lado, cuando se abordaron los aspectos generales del garantismo penal, se destacaron –sin la pretensión de desconocer otras formas de presentación del pensamiento de Ferrajoli¹⁸⁷- dos postulados como “rasgos principales del garantismo”, a saber: i) la noción de derecho penal mínimo; y ii) el sistema de garantías penales y procesales.

Pues bien, es el sistema de garantías penales y procesales el que se considera recogido por el ordenamiento nacional desde la Constitución Política y, de manera complementaria, en disposiciones legales. En ese sentido, es un elemento más para reconocer la tendencia garantista del modelo normativo penal en Colombia.

Ferrajoli desarrolló una tipología de los sistemas punitivos de acuerdo con la cual, es posible establecer el grado de garantismo de un sistema¹⁸⁸ según contemple o no los axiomas garantistas del principio de estricta legalidad expuestos en el cuadro No. 4¹⁸⁹, de suerte que, al modelo límite garantista que satisface la totalidad de garantías penales y procesales,

[es posible adicionar] solamente otros nueve sistemas (...), disponibles a grandes rasgos en orden de garantismo decreciente y de autoritarismo creciente: un sistema S1 ‘sin prueba y defensa (en sentido estricto)’; un sistema S2 ‘sin acusación separada’; un sistema S3 ‘sin culpabilidad’; un sistema S4 ‘sin acción’; un sistema S5 ‘sin ofensa’; un sistema S6 ‘sin necesidad’; un sistema S7 ‘sin delito’; un sistema S8 ‘sin juicio’; y un sistema S9 ‘sin ley’. Cada uno de estos sistemas resulta caracterizado, respecto del [sistema garantista límite], por la falta o el debilitamiento, además de la garantía sustraída (...)¹⁹⁰.

De lo anterior, surge la necesidad de evaluar el sistema colombiano, según las tipologías propuestas por Ferrajoli, esto es, de acuerdo con el grado de satisfacción de las garantías penales y procesales. El siguiente cuadro permite corroborar que, en efecto, en punto del reconocimiento de garantías, Colombia entraña una tendencia garantista o, en los términos del autor en comento, un alto *grado* de garantismo, así:

¹⁸⁷ *V. gr.*, ver: GUASTINI, Riccardo. “Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo”. *Op. cit.*, pp. 42-60.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, pp. 97 y ss.

¹⁸⁹ *Supra*, num. 1.2.1.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 98.

Ahora bien, como lo ha manifestado Ferrajoli, el modelo garantista ha sido concebido como un sistema abierto, susceptible de ser perfeccionado con la inclusión de otras garantías¹⁹⁶ y en ese sentido, garantías que en principio no hacen parte del esquema inicial propuesto, sirven para reforzar el sistema y son correspondientes con él. Es lo que sucede con principios como el *in dubio pro reo*, la analogía *in bonam partem*¹⁹⁷ y la irretroactividad de la ley penal a favor del reo¹⁹⁸, entre otros.

Pues bien, precisamente la Constitución Política de Colombia contempla una serie de garantías adicionales a las que se presentaron de manera esquemática en el cuadro, que permiten reforzar la tendencia garantista del modelo, entre ellas: el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (Const. Pol., arts. 29, inc. 4°; y 31, inc. 1°); no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Const. Pol., art. 29, inc. 4°); la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso (Const. Pol., art. 29, inc. 5°); los principios de de favorabilidad (Const. Pol., inc. 3°); y no *reformatio in pejus* (Const. Pol., art. 31, inc. 2°)¹⁹⁹.

De lo anterior, se puede extraer la siguiente conclusión: en el modelo normativo penal en Colombia reside un alto grado de garantismo en punto del reconocimiento de garantías penales y procesales a nivel constitucional, hecho que se demuestra al establecer una relación entre los axiomas que propone Ferrajoli y las disposiciones constitucionales en materia de garantías, donde se encuentra el reconocimiento directo de seis de aquellos, y por vía de interpretación constitucional el otro tanto, salvo el principio de carga de la prueba que sólo tiene rango legal.

No obstante, este último hecho debilita el grado de garantismo presente en el modelo colombiano, pues en un sistema ideal, todas las garantías penales y procesales deberían estar previstas de manera directa en la Carta Fundamental. La omisión respecto del principio de carga de la prueba²⁰⁰ y el hecho de que tres de las garantías penales deban desentrañarse de la jurisprudencia constitucional, (necesidad, lesividad y materialidad) implican que no se pueda afirmar la vigencia plena del modelo garantista sin fisuras ni riesgos en el escenario jurídico nacional.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 105.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 705.

¹⁹⁹ De manera complementaria, la legislación penal y procesal penal también contempla el sistema de garantías en una serie de disposiciones que refuerzan la idea según la cual en punto del reconocimiento de garantías, el modelo normativo penal en Colombia se encuentra revestido por una tendencia garantista, así: Ley 906 de 2004, arts. 6° (legalidad); 7° (presunción de inocencia e *in dubio pro reo*); 8° (defensa); 15 (contradicción); 19 (juez natural); y 20 (doble instancia), entre otros. Ley 599 de 2000, arts. 6° (legalidad y retroactividad); 8° (prohibición de doble incriminación) y 12 (culpabilidad), entre otros.

²⁰⁰ Según la tipología expuesta por Ferrajoli, la ausencia del axioma A9 devendría en un sistema de mera legalidad que en la escala sugerida implica una aproximación a modelos de procedimiento penal autoritario. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 97. Sin embargo, esta apreciación puede matizarse al encontrarse el principio satisfecho, como en efecto sucede, al menos en la legislación.

En el mismo sentido, como una muestra de la insatisfacción del pleno de “requisitos” de existencia del modelo garantista, se encuentra que en Colombia no se ha desarrollado el programa del *derecho penal mínimo* –del que se dijo atrás, es uno de los “rasgos principales del garantismo”-. Por el contrario, en los últimos años la tendencia ha sido hacia una “inflación del derecho penal”²⁰¹ en dos puntos, a saber: i) el aumento del número de conductas consideradas punibles por el legislador; y ii) el aumento de las penas.

Tras la adopción del código penal vigente, mediante la ley 599 de 2000, se han proferido una serie de disposiciones que más se aproximan a un derecho penal máximo. Por ejemplo, la ley 890 de 2004 modificó y adicionó el Código Penal aumentando el número de tipos penales e incrementando los mínimos y los máximos de las penas para los delitos mayores. Entre otros, aumentó el máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de 40 a 50 años (art. 2°), y, en casos de concurso de conductas punibles, de 40 a 60 años (art. 1°).

Así mismo, aumentó las penas de prisión para los delitos y creó nuevos tipos penales como “soborno en la actuación procesal”, “ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad” y un capítulo de “delitos contra medios de prueba y otras infracciones”.

En la misma línea se profirieron las leyes 1028 de 2006²⁰², 1032 de 2006²⁰³, 1142 de 2007²⁰⁴, 1220 de 2008²⁰⁵, 1273 de 2009²⁰⁶ y 1311 de 2009²⁰⁷, entre otras.

Sumado a este fenómeno que tratadistas han llamado expansión penal o hipertrofia penal²⁰⁸, otras propuestas del programa de derecho penal mínimo²⁰⁹ se echan de menos en la normatividad colombiana: la inexistencia de una

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Op. cit.*, p. 417.

²⁰² “Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones”. Mediante esta ley se crean cinco conductas punibles bajo un nuevo capítulo adicionado al Título X del Código Penal: “CAPITULO VI ‘Del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan y otras disposiciones’.

²⁰³ “Por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal”.

²⁰⁴ “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

²⁰⁵ “Por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública, de que trata el Título XII, Capítulo I del Código Penal”.

²⁰⁶ “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado “de la protección de la información y de los datos”- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”.

²⁰⁷ “Por medio de la cual se adicionan los artículos 377a y 377b a la ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de semisumergibles o sumergibles”.

²⁰⁸ Cfr.: PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 242.

²⁰⁹ Acerca del programa de derecho penal mínimo, ver: *Supra*, p. 28 y pie de pág. 118.

disposición que prevea la reserva de código²¹⁰, la vigencia de la detención preventiva²¹¹, la existencia de contravenciones²¹² y de delitos contra el patrimonio no querellables²¹³, entre otras, son muestra de la debilidad del plan de Ferrajoli en Colombia²¹⁴, en cuanto a la noción de derecho penal mínimo se refiere.

En síntesis, el modelo normativo penal en Colombia tiene una tendencia garantista marcada por dos supuestos: i) la vigencia de la mayoría de condiciones de existencia del garantismo que a su vez, se alimentan del modelo para pervivir; y ii) la consagración constitucional de un sistema de garantías penales y procesales que se aproxima al modelo límite propuesto por Ferrajoli.

No obstante, la carencia de una de las condiciones de existencia del garantismo –la paz-, y el hecho de que no se haya realizado el programa de derecho penal mínimo, impiden afirmar la vigencia plena del modelo garantista en el ordenamiento nacional, aunque no son óbice para que, con base en la importancia del sistema de garantías constitucionales y su fuerza para impregnar el resto del ordenamiento jurídico, se aduzca el carácter dominante del garantismo penal en Colombia.

Para el objeto de interés del presente trabajo, resulta de especial relevancia el punto de la prevalencia del sistema de garantías en Colombia, pues, es en este escenario donde se concentran los aspectos problemáticos que en el capítulo tercero se presentarán: las tensiones entre derechos de los procesados y los de las víctimas en el procedimiento penal especial de justicia y paz; y la imputación de crímenes internacionales en el mismo contexto.

1.3. VIGENCIA DE OTROS MODELOS NORMATIVOS PENALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

A pesar de la importante influencia de los elementos del garantismo en el ordenamiento jurídico nacional, el mismo ha permitido la coexistencia de otras tendencias normativas en materia penal, generando una permanente tensión

²¹⁰ *Contrario sensu*, la jurisprudencia Constitucional ha manifestado lo siguiente: "En conclusión, el Fiscal General de la Nación es competente para presentar proyectos de Código Penal y de Procedimiento Penal puesto que ambos son elementos del diseño de la política criminal del Estado. Además, **el Código de Procedimiento Penal no debe ser tramitado como una ley estatutaria sino como una ley ordinaria.**" (Negrillas fuera del texto original). CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-646 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹¹ Cfr.: Ley 906 de 2004, art. 307.

²¹² Cfr.: Ley 599 de 2000, art. 19.

²¹³ Cfr.: Ley 599 de 2000, Título VII, arts. 239 y ss.

²¹⁴ Sin embargo, hay que resaltar que con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante los cuales se implanta el Sistema Penal Acusatorio en Colombia y con disposiciones como el artículo 24 Superior, se esbozan elementos del programa de derecho penal mínimo en Colombia

que, como más adelante se observará, se ha exacerbado en el marco del proceso especial de Justicia y Paz.

A continuación, se verá que el eficientismo y el “punitivismo humanitario” o “neopunitivismo” son modelos normativo penales que se manifiestan en el ámbito jurídico colombiano, cada uno, a través de figuras especiales que les dan vida: la “excepcionalidad” y los derechos sociales, en el caso del primero; y la inflación legislativa penal y la asunción de los derechos de las víctimas en el proceso penal, en el caso del segundo.

1.3.1. Eficientismo

Cuando se habla del modelo normativo penal eficientista se alude, en general y sin perjuicio de que haya otras definiciones, al sistema que soslaya las garantías procesales y penales, y en su lugar, privilegia el criterio de eficiencia en la labor represiva y punitiva del Estado²¹⁵, lo cual implica, por ejemplo, el relajamiento de las formas expresadas en derechos con el fin de conseguir más resultados punitivos.

La idea de eficientismo lleva implícita la concepción en virtud de la cual el derecho penal es la herramienta más eficaz para la consecución de fines estatales como el mantenimiento del orden público²¹⁶, y su aplicación es motivada por la incapacidad del Estado para garantizar la paz y la seguridad – presupuestos empíricos para la vigencia de un Estado constitucional de Derecho²¹⁷, que lo llevan a adoptar una dinámica disconforme con un sistema fuerte de garantías.

En Colombia, a pesar de la tendencia liberal y garantista que se denota en la Constitución Política, la misma ofrece posibilidades de articular el eficientismo dentro del marco del Estado Social de Derecho y del constitucionalismo²¹⁸, principalmente en dos escenarios, a saber: i) la figura de la “excepcionalidad” en punto de los estados de excepción y de la posibilidad de expedir leyes especiales o “anormales”; y ii) la consagración de derechos sociales.

Ha sido histórica la preocupación de la doctrina constitucional nacional y de organismos internacionales de protección de los derechos humanos sobre el uso excesivo que en Colombia se le ha dado a la figura de los estados de excepción²¹⁹. Principalmente, se ha advertido que la disposición, dada su

²¹⁵ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, p. 41.

²¹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. Cit.*, p. 223.

²¹⁷ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, p. 28.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

²¹⁹ Cfr.: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997”. En: SANTOS, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *Caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis sociojurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 317 y ss.; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”. En: UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César y GARCÍA,

naturaleza, ha servido para adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales con el fin de mantener el orden público²²⁰.

Los estados de excepción tienen raigambre constitucional en Colombia desde la Constitución de Cúcuta de 1821²²¹, y ha venido evolucionando al tiempo que ha sido empleada de manera sistemática por los gobiernos nacionales hasta su última consagración en la Constitución Política de 1991 (arts. 212 y ss.).

La razón por la cual se considera que esta figura implica una muestra de eficientismo²²² (y con él, negación del garantismo) en el ordenamiento nacional, es porque permite la suspensión de la normatividad ordinaria en lo que resulte incompatible con el estado excepcional, la concentración de poderes en cabeza del poder ejecutivo, y la interrupción de los derechos²²³ para conjugar una situación que motivó la declaratoria de la excepción.

No obstante, la Corte Constitucional ha jugado un papel determinante en las fricciones que ha generado el empleo de la figura en los últimos años respecto del sistema de garantías, “procurando la vigencia de un régimen de libertad cada vez más garantista”²²⁴.

A propósito de dichas tensiones, a manera de síntesis, se puede afirmar lo siguiente: “[q]uizá en ningún otro país, como en Colombia, pueda encontrarse, simultáneamente, un desarrollo hipertrofiado de la legislación de excepción, así como un intenso activismo jurisprudencial, ora eficientista, ora garantista”²²⁵.

Una segunda manifestación del eficientismo –en su ropaje de “excepcionalidad” o emergencia-, se encuentra en la legislación ordinaria “en la que el legislador consagra normas penales o de procedimiento penal que se alejan de las

Mauricio. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2006, pp. 534 y ss.; y, CARDONA CHAVES, Juan Pablo y LUNA BLANCO, Tania. “Estados de Excepción en Colombia: 1948-1990”. En: MARQUARDT, Bernd [Ed.]. *Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 449 y ss.

²²⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. Cit.*, p. 222.

²²¹ Cfr.: CARDONA CHAVES, Juan Pablo y LUNA BLANCO, Tania. *Op. cit.*, p. 453.

²²² OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, pp. 159 y ss.

²²³ Acerca de la diferencia entre privación, suspensión y limitación de un derecho, la jurisprudencia constitucional ha expresado: “Existe una diferencia entre los conceptos de privación, suspensión y limitación de los derechos fundamentales. La privación de un derecho sólo puede hacerse de manera concreta, personal, como consecuencia de una sanción, que sólo puede ser impuesta por un juez, en tanto que la suspensión de un derecho, permite que el derecho pueda ejercerse ante otras personas que no sean el Estado y el derecho suspendido se rodea de ciertas garantías para evitar que haya abusos o suspensión sin requisitos. Por su parte la limitación de un derecho tiene como supuesto fundamental la posibilidad de ejercer el derecho, aún con un gravamen, pero puede ser ejercido, sin que pueda impedirse su ejercicio. De esta manera, limitar presupone la posibilidad del ejercicio del derecho, que se ejerce con condiciones, pero no se impide su ejercicio”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1136 de 2009. M.P.: Jaime Araújo Rentería. Consideraciones de la Corte Constitucional, num. 22.

²²⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. Cit.*, pp. 254-255. En sentido contrario, indicando que la Corte Constitucional ha desarrollado una lectura antigarantista y restrictiva de los derechos y libertades, ver: CALLE CALDERÓN, Armando. “La Corte Constitucional y las garantías penales”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, José Oberto [Coord.]. *Op. cit.*, p. 221.

²²⁵ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, p. 161.

características estructurales básicas del *derecho normal*, para construir, por tanto, un verdadero *derecho anormal*²²⁶. Forma que si bien, no ha sido muy empleada, se mantiene como posibilidad real en Colombia.

Este “derecho anormal” se expresa en una normatividad que regula materias específicas para las cuales se consideran insuficientes los principios regulares, como las legislaciones antiterroristas, de manera que se opta por un cambio en las reglas aunque sin acudir a facultades extraordinarias o suspensión de otras normas, como en los estados de excepción.

El referente más conocido en Colombia se encuentra en la expedición de la Ley 684 de 2001 –declarada inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional²²⁷–, por la cual se expedían normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional, conocida entre la opinión pública como el “estatuto antiterrorista”, que contenía entre sus disposiciones, la facultad a la Fiscalía para atribuir funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas militares, entre otro tipo de afectaciones a la independencia judicial, el debido proceso y, en general, los derechos humanos²²⁸.

La tercera forma de eficientismo, aunque ya no como “excepcionalidad” sino como fenómeno inherente al Estado Social de Derecho, es la que representa la consagración de los derechos sociales recogidos en la Constitución Política (arts. 42 y ss.).

Aunque no podría abordarse el tema de los derechos sociales con una connotación negativa y menos aún cuando se advirtió que su vigencia determina la fórmula de la *democracia social* que es presupuesto del garantismo, llama la atención que en ellos confluye una sugestiva tensión: por un lado, constituyen la esfinge que inauguró la noción “social” del Estado y superó el decimonónico Estado de Derecho liberal. Pero, de otro lado, generan una dinámica eficientista al prescribir la necesidad de que el Estado intervenga en una esfera que el liberalismo garantista, consideraría exclusiva de los individuos.

Con el Estado social se configura un tránsito en la concepción de la Constitución como *marco* a la Constitución como *derrotero*²²⁹, es decir, de la concepción liberal original de una Carta Fundamental que *limita* el poder del soberano (principio de legalidad en sentido estricto), se pasa a una perspectiva en la cual la eficiencia adquiere la condición de un valor objetivo en los derechos prestación²³⁰, de manera que la Constitución se dispone para la

²²⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. Cit.*, p. 223.

²²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-251 de 2002. MM.PP.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

²²⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *Op. Cit.*, p. 240.

²²⁹ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, p. 43.

²³⁰ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Op. cit.*, p. 43.

producción y persecución de fines particulares y generales y para la consecución de fines presupuestos normativamente²³¹.

Al hacer del Estado, uno intervencionista para garantizar la realización de los derechos sociales, en principio, cede la principal garantía que recoge las demás: el principio de legalidad estricta, a favor de una mera o lata legalidad, donde el poder es *conferido* no *limitado* por la Ley, generando significativos cambios en materia penal en aspectos como la teoría de la pena (cuya función retributiva se perfila mejor como preventiva); la antijuridicidad material (no se protegen sólo bienes jurídicos individuales sino colectivos o sociales); y la tipicidad (de tipificar delitos de conducta se pasa a tipificar delitos de omisión), entre otros²³².

Así, son tres las manifestaciones del eficientismo que la Constitución Política admite y que se suman a la tendencia garantista expresada y al “punitivismo humanitario” o “neopunitivismo” que a continuación se expondrá, haciendo del modelo normativo penal, como se dijo atrás, una muestra más del eclecticismo jurídico que es la “regla” en el ordenamiento nacional.

1.3.2. “Punitivismo humanitario” o “Neopunitivismo”

A partir de la segunda posguerra, se ha agudizado la preocupación por el tema de la impunidad y se ha presenciado la creciente ola de mediadas para impedir su perpetuación²³³. En ese camino, tres han sido los soportes fundamentales: la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y del Derecho Penal Internacional (DPI), y el debilitamiento del positivismo jurídico como teoría jurídica predominante²³⁴.

Sin embargo, un sector de la doctrina considera que el fenómeno ha generado una consecuencia negativa que ha caracterizado como “punitivismo humanitario”²³⁵ o “neopunitivismo”, entendiéndolo por tal, una “(...) corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo *puede* y *debe* llegar a todos los rincones de la vida social (...)”²³⁶.

En esencia, soslayando de momento la connotación negativa con que autores como Pastor han abordado el tema, este proceso de transformación del

²³¹ *Ibidem*, p. 74.

²³² *Ibidem*, pp. 75-76.

²³³ *Infra*, Capítulo 3.

²³⁴ *Infra*, num. 3.1.1.

²³⁵ OROZCO ABAD, Iván. *Conferencia internacional ¿Selección y priorización de autores y de delitos en la investigación?* Bogotá: Agencia alemana de Cooperación Internacional (GIZ), Embajada de la República Federal de Alemania, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), y Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos (Mapp-OEA), agosto 24 de 2011.

²³⁶ PASTOR, Daniel. *Op. cit.*, pp. 240-241.

derecho penal se manifiesta en dos sentidos, a saber: i) la expansión penal²³⁷; y ii) la promoción de los derechos de las víctimas²³⁸.

Al primer aspecto se aludió cuando se abordó la llamada hipertrofia penal o evidencia del derecho penal máximo, que también en Colombia se ha manifestado en el aumento de penas y de número de conductas punibles dentro de la legislación penal²³⁹. Respecto del segundo, se concibe como la inversión de la finalidad del derecho penal, que deja de ser la protección del imputado, para convertirse en la protección de la víctima con la particularidad que la misma se ejerce, fundamentalmente, a través de la búsqueda a ultranza del castigo para el victimario²⁴⁰.

Tres son los *fundamentos* con los cuales se ha identificado el “neopunitivismo” y que soportan sus ya referidas, dos expresiones: i) la idea del derecho constitucional como castigo penal; ii) la satisfacción de las víctimas; y iii) un repudio a las soluciones no penales²⁴¹.

El primer aspecto se basa en una consideración: en la Constitución existen “(...) obligaciones de punir como forma de proteger los derechos fundamentales”²⁴². Esto implica creer que todo derecho fundamental debe ser tutelado penalmente, en oposición a la idea liberal de que el derecho penal se debe circunscribir a tutelar los derechos más importantes, debe ser mínimo. Bajo este planteamiento, el derecho penal deja de ser *ultima ratio*, facultativo, y se convierte en obligatorio²⁴³.

En segunda medida, el interés por satisfacer a las víctimas implica, en el caso más extremo, la inversión de la concepción tradicional del derecho penal que se concebía como *Magna Charta* del delincuente y en su lugar, pasa a convertirse en *Magna Charta* de la víctima²⁴⁴.

Esta es quizá la tensión más importante con respecto al sistema garantista, pues de acuerdo con éste, el derecho penal constituye un sistema de garantías a favor del imputado como límite a la reacción estatal frente al delito, pero, al

²³⁷ *Ibidem*, p. 241.

²³⁸ *Ibidem*, p. 247. No obstante, algunos autores llaman la atención sobre el hecho que, la participación de la víctima en el proceso estuvo reconocida desde los comienzos del sistema penal, cuando se utilizaba la *composición* como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado como medio de persecución penal. Después, tras el tiempo de la inquisición que impuso la persecución penal pública y el control del Estado y no de la víctima sobre la acción, el positivismo criminológico a través de Ferri, también trató de posicionar a la víctima en el proceso, incluyéndola a ella y su reparación, dentro de las funciones del Derecho penal. Sin embargo, aunque el tema tiene antecedentes significativos, se reconoce que la discusión ha ganado muchos adeptos y está lejos de agotarse. MAIER, Julio. “La víctima y el sistema penal”. En : AA.VV. *La víctima y el sistema penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, pp. 185-187.

²³⁹ *Supra*, num. 1.2.3..

²⁴⁰ PASTOR, Daniel. *Op. cit.*, p. 263.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 266.

²⁴² *Ibidem*, p. 267.

²⁴³ *Ibidem*, p. 269.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 273.

menos bajo esta definición de “neopunitivismo”, la víctima entra a ser sujeto activo de la acción penal y con ello, el sistema de garantías debe entrar a favorecerle, y el Estado puede encontrar licencias, otrora límites, en búsqueda de una nueva finalidad principal: el castigo a ultranza²⁴⁵.

En tercer lugar, descartar las soluciones no penales tiene de suyo la convicción de que el poder punitivo sólo puede ejercerse mediante la incriminación y el castigo, de manera que todos los procesos deben ser esclarecidos y terminar con un condenado. Esta afirmación, riñe con la concepción garantista de tradición liberal que concibe preferible, en todos los casos, la no punibilidad frente al castigo²⁴⁶, y puede devenir también en un derecho penal máximo y eficientista, en el sentido que, el sistema tiende a robustecerse de la forma que sea “necesaria” con el fin de evitar la evasión del castigo.

No obstante, frente a la descripción del “punitivismo humanitario” o “neopunitivismo” que se acaba de presentar, es oportuno oponer algunos argumentos que justifican el fenómeno, aunque, bajo la misma acepción general del término: como política que privilegia la aplicación del derecho penal para la solución de problemas sociales y la perspectiva de la víctima en el proceso.

El primer argumento consiste en la necesidad de revisar la política criminal con base en un gravísimo contexto afectado por el problema de impunidad que se manifiesta en dos sentidos: i) la afectación a los sectores más relegados de la sociedad y con mayores dificultades para el acceso a la justicia; y ii) como reflejo de la inadmisibles desigualdad social²⁴⁷. En ese sentido, se hace un llamado a revisar el cambio en el sistema normativo penal con base en aspectos empíricos y propios de la realidad y no como un fenómeno aislado o autopoietico del Derecho.

El siguiente planteamiento, apoyado en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha sido mostrada por un sector de la doctrina como ejemplo del “neopunitivismo”²⁴⁸, sustenta lo aducido:

La jurisprudencia interamericana, presupone una noción de igualdad sustantiva que apunta a brindar mayor protección a quienes, a raíz de factores estructurales, sufren un trato desigual del Estado. Este principio abandona la neutralidad, pues trata precisamente de dar un tratamiento particular a ciertas prácticas extendidas de violencia estatal, seguidas de prácticas también estructurales de impunidad, que desarrollan las propias instancias del Estado. De allí que se pretenda reforzar la protección de las víctimas de ciertos crímenes públicos, privando de

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 275.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 277.

²⁴⁷ ABRAMOVICH, Víctor. “Epílogo”. En: TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008, p. 261.

²⁴⁸ Cfr.: PASTOR, Daniel. *Op. cit.*, pp. 254 y ss.

efectos a la absolución fraudulenta o aparente. Ello implica, además, atribuir consecuencias jurídicas concretas al hecho de que los responsables se hubieran beneficiado o resultado privilegiados por la administración desigual y selectiva del poder punitivo²⁴⁹.

Adicionalmente, se esgrime un matiz al modelo normativo propuesto: la lucha contra la impunidad y con ella, el llamado a juzgar las violaciones de Derechos Humanos (es decir, activar el derecho penal en su defensa), es afortunada en tratándose de crímenes graves, no de cualquiera, crímenes que precisamente son manifestación del desborde de los propios sistemas penales²⁵⁰.

En este orden de ideas, en el llamado “neopunitivismo” no prevalecería la lógica vengativa de la víctima y el consecuente furor por juzgar a cualquier precio, como se mencionó atrás. De lo que se trata, es de satisfacer los derechos de los débiles en un sistema inequitativo, es decir, las víctimas; de manera que no se reclama más poder punitivo, sino, simplemente, su ejercicio y aplicación racional e igualitaria²⁵¹.

Así, la discusión está servida. Por el momento, no corresponde tomar partido a favor de una u otra postura, basta con hacer una breve alusión al debate y, como a continuación se esbozará, mostrar la forma como en Colombia también este modelo jurídico penal ha hecho carrera al punto que se erige en la esfera constitucional como una fuerte tendencia cuyo principal escenario de fricción se circunscribe al proceso especial de justicia y paz, tópico que se desarrollará en el capítulo tercero del presente trabajo.

La participación de las víctimas en el procedimiento penal, alcanza respaldo constitucional y legal en Colombia, con el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se asignó a la Fiscalía General de la Nación, la función de “[v]elar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal (...)”²⁵², y en su posterior desarrollo legal situado en los artículos 11 (derechos de las víctimas) y 137 (intervención de las víctimas en la actuación penal) de la Ley 906 de 2004.

Con la normatividad señalada se inaugura con rango constitucional y legal, un sistema de garantías procesales y penales a favor de las víctimas de las

²⁴⁹ ABRAMOVICH, Víctor. *Op. cit.*, p. 262.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 261.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 262-263.

²⁵² Constitución Política de Colombia, art. 250, num. 7. En la sentencia C-591 de 2005, al revisar varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional destacó las funciones que la Fiscalía General de la Nación debe cumplir en relación con las víctimas en el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria, tales como: “(i) solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para “la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”; (ii) solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y (iii) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal”. Citado en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

conductas punibles: el acceso a la administración de de justicia de manera específica (Ley 906 de 2004, art. 11) y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (Ley 906 de 2004, art. 137)²⁵³.

No obstante, los antecedentes de dicho sistema se encuentran en la jurisprudencia constitucional que antes del citado Acto Legislativo y su desarrollo legal, ya había avanzado significativamente en el concepto de víctima y sus derechos en el proceso penal con un criterio amplio en su favor, "(...) basándose para ello en la propia normativa constitucional (arts. 1º, 2º, 15, 21, 93, 229 y 250 y en los avances del derecho internacional de los derechos humanos"²⁵⁴. El primer hito jurisprudencial se encuentra en la sentencia C-228 de 2002, aún en el marco de la Ley 600 de 2000 –anterior código de procedimiento penal vigente-. Desde entonces, profusa ha sido la línea que ha consolidado el rol de la víctima a partir de su "su condición de interviniente especialmente protegido"²⁵⁵ en el proceso penal.

A modo de síntesis, como ejemplos de la línea que ha desarrollado la Corte, se tiene lo siguiente²⁵⁶: en la sentencia C-580 de 2002, la Corte estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia. En la sentencia C-228 de 2003 la Corte Constitucional declaró inexecutable una disposición del Código de Justicia Penal Militar (Ley 522 de 1999), que limitaba el derecho de acceso a la administración de justicia de las víctimas de delitos de conocimiento de la justicia penal militar²⁵⁷.

Luego, en la sentencia C-004 de 2003 la Corte reconoció la garantía jurídica con que cuentan las víctimas de los delitos constitutivos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos²⁵⁸.

Insoslayable, la sentencia C-209 de 2007, en la cual la Corte se pronunció sobre diversas facultades procesales de las víctimas en el proceso penal, tales como: "(...) las facultades en materia probatoria; las facultades para solicitar medidas de aseguramiento y de protección; las facultades en la aplicación del principio de oportunidad; las facultades frente a la solicitud de preclusión; las facultades en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la

²⁵³ Estas son las dos disposiciones más completas en cuanto a las garantías de las víctimas en el proceso penal dispuestas en la Legislación procesal penal. Sin embargo, la ley 906 de 2004 contiene otra serie de medidas que favorecen a las víctimas como el art. 99 sobre medidas patrimoniales, y los arts. 132 a 136, entre otras.

²⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

²⁵⁵ *Ibidem*. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

²⁵⁶ Una completa síntesis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca de los derechos de las víctimas, en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

²⁵⁷ *Ibidem*. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

²⁵⁸ *Ibidem*. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

acusación en la etapa del juicio; las facultades de impugnación de decisiones fundamentales (...)", entre otras²⁵⁹.

De especial interés para lo que es objeto del presente documento, se tiene la sentencia C-370 de 2006 que conoció de una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos artículos de la Ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz). En ella, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional, enfatizando en los derechos a la verdad la justicia y la reparación²⁶⁰ y en la participación procesal de la víctima en calidad de interviniente especial dentro del proceso.

Las implicaciones de este último punto, en especial, las tensiones que ha generado este ampuloso movimiento jurisprudencial con respecto de la tendencia normativa garantista en Colombia, se observarán en el capítulo tercero.

Así, se ha presentado brevemente la manera cómo, en punto de la asunción de la víctima al proceso penal, el "punitivismo humanitario" se manifiesta en Colombia a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, como una tendencia normativa penal que, de alguna manera, acompaña al garantismo –tendencia predominante- y a las expresiones de eficientismo en la configuración del modelo jurídico penal nacional. En el siguiente capítulo, se iniciará el examen del proceso especial de justicia y paz, procedimiento penal especial en el cual, la confluencia de las tres tendencias normativas ha significado llamativas y particulares tensiones.

1.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1. Las categorías de Estado de Derecho, Constitucionalismo, Derechos Humanos, y Derecho penal contemporáneo son descendientes de un mismo proceso revolucionario erigido durante bastantes años de consolidación y bajo el sistema de ideas liberal, de suerte que, el estudio y comprensión de esta última, requiere de una perspectiva integral que reconozca su correlación y los aportes con respecto de las otras.
2. El legado de las ideas liberales que abarcó diversos campos del conocimiento, tuvo en el llamado demoliberalismo penal su máxima expresión en el escenario del derecho punitivo. Sus postulados marcaron un hito, aún hoy vigente, basados en una idea fundamental: la limitación del poder a través del principio de legalidad.
3. La tradición penal liberal continuó su desarrollo por la historia hasta consolidarse en el modelo normativo del garantismo penal que reivindica la consagración constitucional de un sistema de garantías procesales y penales a favor del procesado y de un derecho penal mínimo que

²⁵⁹ *Ibidem*. Fundamentos de la Decisión, num. 3.1.

²⁶⁰ La definición de estos derechos y sus fuentes a nivel internacional, en: *infra*, num. 2.2.1.

garantice la limitación del poder del Estado y del Derecho, entendidos como meros instrumentos para la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas.

4. El garantismo penal requiere de cuatro presupuestos para que exista en una sociedad: el modelo jurídico político del constitucionalismo, el Estado de Derecho, la democracia y la paz. Presupuestos que a su vez, se alimentan del garantismo para consolidarse y mantenerse.
5. A partir del examen meramente teórico del ordenamiento jurídico en Colombia, es posible colegir que en el ámbito nacional reside una tendencia garantista marcada por dos supuestos: i) la vigencia de la mayoría de condiciones de existencia del garantismo (constitucionalismo, Estado de Derecho y democracia); y ii) la consagración constitucional de un sistema de garantías penales y procesales que se aproxima al modelo límite propuesto por Luigi Ferrajoli. Sin embargo, factores como la prevalencia de un derecho penal máximo y la inexistencia de un escenario de paz, más o menos realizada, impiden aseverar la plenitud de la vigencia de un modelo normativo penal garantista en el país, aunque no obstan para argüir que es la tendencia dominante.
6. Así como se contemplan elementos del garantismo, el eficientismo y el “punitivismo humanitario” o “neopunitivismo” son modelos normativos penales que también se manifiestan en el ámbito jurídico colombiano. Cada uno, a través de figuras especiales que les dan vida: la “excepcionalidad” y los derechos sociales, en el caso del primero; y la inflación legislativa penal, y la asunción de los derechos de las víctimas en el proceso penal, en el caso del segundo. Este escenario ha causado una serie de tensiones con el modelo garantista cuya expresión más crítica se evidenciará en el proceso especial de justicia y paz.

2. EL CARÁCTER ESPECIAL DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ COMO DESAFÍO AL PARADIGMA NORMATIVO PENAL TRADICIONAL

Con ocasión del proceso de desmovilización de las principales estructuras del paramilitarismo en Colombia, se profiere la Ley 975 de 2005 como marco normativo que reglamenta el Proceso de Justicia y Paz, procedimiento penal excepcional cuyos antecedentes (1), marco normativo nacional e internacional (2), y naturaleza o carácter especial (3), como se verá a continuación, evidencian su particularidad, y la dificultad de abordar sus desafíos con base en el modelo normativo penal vigente, descrito en el capítulo anterior.

2.1. ANTECEDENTES DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

La historia de Colombia como república independiente ha estado marcada por un sino plagado de violencia²⁶¹ que ha tenido como característica una constante mutación en cuanto a motivos, actores, medios utilizados y vías de solución, aunque no siempre exitosas. De hecho, Colombia arribó al siglo XXI en medio de un conflicto tan prolongado y complejo que, con acierto, los analistas han dado en catalogar una *guerra sin nombre*²⁶².

No es fácil establecer el origen de esta guerra inasible²⁶³, que dada su permanencia, se cataloga, para unos, como una de las más antiguas del mundo, y para otros, la más antigua, según la fecha que se establezca como punto de partida. Al menos dos lecturas se enfrentan en el momento establecer el inicio del conflicto: i) quienes sostienen que sus raíces se encuentran en el período de la Violencia (1946)²⁶⁴ y hallan una continuidad con el contexto

²⁶¹ Sólo durante el siglo XIX, la historia de Colombia da cuenta de catorce confrontaciones y movilizaciones armadas. SÁNCHEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá: Áncora editores, 2008, p. 17.

²⁶² Colombia ha vivido “una guerra innumerable, en dos acepciones. En primer lugar (...) como todas las guerras, ha producido atrocidades sin nombre. Pero, en segundo lugar, al contrario de muchas otras, ha resultado inasible hasta para la barroca obsesión tipológica de los analistas sociales”. GUTIÉRREZ, Francisco y SÁNCHEZ, Gonzalo. “Prólogo”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 13.

²⁶³ Adoptar este rótulo para caracterizar el fenómeno violento en Colombia implica que en este trabajo no se aborde la discusión tipológica propia del análisis político, en la cual se pueden adoptar categorías como “guerra civil”, “guerra irregular” o “nueva guerra”, entre otras, para definir la situación nacional, ni se ofrezca el análisis jurídico en torno a establecer si se trata a o no de un “conflicto armado no internacional”, bajo la descripción que hace el Derecho Internacional Humanitario (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, art. 1.1), pues no es el objeto del documento. Por este motivo, basta con dar cuenta de un escenario violento que será descrito, y que puede ser rotulado indistintamente como guerra o conflicto.

²⁶⁴ Como el periodo de la Violencia (con mayúscula), se conoce la época comprendida entre 1948 y 1958, durante la cual se suscitó el más cruento enfrentamiento entre los dos partidos tradicionales en Colombia

actual a pesar de los cambios en aspectos como los protagonistas; y ii) quienes plantean una diferencia radical entre la Violencia de los años cuarenta, y la violencia revolucionaria que iniciaría con la revolución cubana (1959) y el surgimiento de las guerrillas en Colombia (entre 1964 y 1967)²⁶⁵.

Sea cual fuere la fecha que se adopte como origen del conflicto actual, lo cierto es que hay una serie de hitos que constituyen antecedentes fundamentales para la formación, consolidación y desmovilización de los grupos paramilitares²⁶⁶ en Colombia.

A continuación, se expondrán las diversas tesis sobre su origen, las posibles definiciones del fenómeno paramilitar, su proceso de crecimiento y expansión, los resultados de su accionar en el país, hasta llegar al proceso de negociación que dio al traste con su desmovilización. Todos, antecedentes insoslayables para caracterizar lo que, a partir de 2005 se llamó Proceso Especial de Justicia y Paz.

2.1.1. Surgimiento de Autodefensas y Paramilitares en Colombia.

Son tres las hipótesis con las cuales se cuenta para explicar el origen del fenómeno paramilitar en Colombia: la primera, es que los paramilitares nacieron como una fuerza campesina espontánea que se vio en la necesidad de tomar las armas para repeler el asedio de las guerrillas²⁶⁷, es decir, como grupos de autodefensa.

La segunda, es que su creación es de responsabilidad de los narcotraficantes, cuyos diferentes grupos o capos se asociaron en contra de la guerrilla para combatir, en principio, el secuestro, de manera que, con la fundación del “Movimiento Muerte a Secuestradores” (MAS) se tendría una fecha de inicio del paramilitarismo²⁶⁸.

(Liberal y Conservador), iniciado con el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán y menguado con el acuerdo entre las partes, conocido como “Frente Nacional”, mediante el cual se alternaron el poder, excluyendo a otras fuerzas políticas, durante dieciséis años. Para otros, el periodo de la Violencia termina en 1953 con la toma de facto de la presidencia por parte del general Gustavo Rojas Pinilla.

²⁶⁵ PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. “Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Op. cit.*, pp. 173-174.

²⁶⁶ Mauricio Romero hace una importante diferenciación entre “autodefensas” y “paramilitares”, “(...) considerando *paramilitares* a los grupos armados para realizar operaciones de limpieza política y consolidación militar, previas al dominio territorial de un área, mientras *autodefensa* se refiere a las agrupaciones organizadas para defenderse de un agresor y mantener el control de un territorio, sin pretensiones de expansión”. ROMERO, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas. 1982-2003*. Bogotá: Planeta y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 38. En el presente documento se aludirá únicamente a los “paramilitares” por ser los grupos que, conforme la descripción de Romero y el relato que se presentará, han sido los nefastos co-protagonistas de la violencia reciente en Colombia.

²⁶⁷ OTERO, Alfonso. *Paramilitares: la modernidad que nos tocó*. Bogotá: Quebecor World, 2008, p. 14.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 14.

Finalmente, la tercera versión sugiere que los paramilitares fueron creados por las Fuerzas Militares del Estado para distraer las acusaciones sobre violaciones de los Derechos Humanos de las cuales se les acusaba hacia los años setenta²⁶⁹. Esta tesis se liga a la versión sobre la creación legal de los paramilitares a través de decretos que autorizaban la conformación de grupos de autodefensa, como adelante se verá.

Un antecedente que algunos investigadores recuerdan, aunque sin ligarlo con el paramilitarismo que se consolidó entre los años ochenta y noventa, es la existencia de ejércitos privados en Colombia desde la época de la Violencia, cuando grupos de bandoleros y “pájaros” se organizaron como aparatos armados al servicio de gamonales, terratenientes y capataces, auspiciados por el Partido conservador²⁷⁰.

En el mismo sentido, como fenómeno de formación de ejércitos particulares, se cuenta con el ejemplo de los esmeralderos en Boyacá, los cuales, para comienzos de los años sesenta conformaron grupos armados con la finalidad de garantizar la explotación de las minas, a través de la intimidación a campesinos o propietarios de fincas que tuvieran vetas²⁷¹.

Sin embargo, como se mencionó, estos dos ejemplos no guardan la continuidad necesaria para explicar el surgimiento del paramilitarismo en Colombia como se le conoció en su forma más evolucionada, de manera que no contribuyen en la explicación de las hipótesis, arriba esbozadas y que adelante se desarrollan.

Las tres explicaciones sobre el nacimiento de los paramilitares guardan una correlación con la definición del fenómeno, punto sobre el cual los investigadores del tema han elucubrado bastante:

Para Gustavo Duncan, en la definición de los paramilitares confluyen varios factores como el ser “(...) fuerzas que el Estado organiza para llevar a cabo asesinato selectivo de opositores políticos, como grupo de mercenarios anticomunistas propios de la guerra fría, como ejércitos adscritos a un grupo de interés del corte de terratenientes y gamonales y como escuadrones de la muerte al servicio de narcotraficantes”²⁷². A su modo de ver, la suma de esos elementos explica un fenómeno que ha mutado en el tiempo y ha tenido características particulares de acuerdo al momento histórico²⁷³.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 15.

²⁷⁰ DUNCAN, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta, 2006, p. 173. En sentido similar: GARZÓN, Juan Carlos. “La complejidad paramilitar: una aproximación estratégica”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005, p. 52.

²⁷¹ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 53. En sentido similar: DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 187.

²⁷² DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, pp. 240-241.

²⁷³ *Ibidem*, p. 241. No obstante, la categoría analítica bajo la cual Duncan examina el fenómeno paramilitar es la de “Señores de la Guerra”, término que se atribuye a investigadores extranjeros como Giustozzi, y que se presenta “cuando la coerción y protección en una sociedad por parte de facciones armadas al servicio de intereses individuales y patrimonialistas, es superior a la capacidad del Estado

Como se observa, la variopinta definición que ofrece Duncan recoge acepciones que corresponderían a las hipótesis dos y tres, sobre su origen.

Otros autores, los definen como “(...) grupos armados que están directa o indirectamente con el Estado y sus agentes locales, conformados por el Estado o tolerados por éste, pero que se encuentran por fuera de su estructura formal”²⁷⁴.

Esta definición se asocia un poco más a la tercera hipótesis presentada sobre el origen del paramilitarismo.

Por su parte, Mauricio Romero explica el paramilitarismo bajo la categoría analítica de “empresarios de la coerción”, la cual “(...) hace referencia al individuo especializado en administración, despliegue y uso de la violencia organizada, la cual ofrece como mercancía a cambio de dinero u otro tipo de valores”²⁷⁵.

Estas definiciones permiten afirmar la dificultad de recoger una definición para los paramilitares en Colombia, y en ese sentido, para comprometerse de manera tajante con una fecha de origen. Sin embargo, los hechos que a continuación se relacionan pueden considerarse hitos en el surgimiento y consolidación de dichos grupos, y conforme se relatan, es posible atribuirlos a una u otra hipótesis de gestación ofrecidas.

Para comienzos de los años ochenta, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), tenían un exitoso control territorial en la zona del Magdalena medio, en especial, en el municipio de Puerto Boyacá. En 1982, las FARC celebran su Séptima Conferencia, en la cual redefinen su estrategia y su táctica militar con la finalidad de aumentar su control territorial y expandirse nacionalmente²⁷⁶.

Esta directriz conllevó la necesidad de buscar más fuentes de recursos con lo cual sobrevinieron una serie de abusos sobre las poblaciones en las cuales ejercían control. En Puerto Boyacá²⁷⁷, se multiplicaron los secuestros

democrático de ejercer un grado mínimo de monopolio de la violencia, y al ser las facciones armadas la principal herramienta de coerción, extracción de recursos y de protección del orden social en una comunidad es posible concluir que se constituyen en un Estado en la práctica”. Ibidem, p. 30.

²⁷⁴ KALYVAS, Stathis y ARJONA, Ana. “Paramilitarismo: una perspectiva teórica”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *Op. cit.*, p. 29.

²⁷⁵ ROMERO, Mauricio. *Op. cit.*, p. 17 y pp. 57 y ss.

²⁷⁶ RAMÍREZ, William. “Autodefensas y poder local”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *Op. cit.*, pp. 171-172.

²⁷⁷ Para una reconstrucción completa del paramilitarismo en Puerto Boyacá, ver: MEDINA, Carlos. *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia: Origen, desarrollo y consolidación. El caso Puerto Boyacá*. Bogotá: Documentos periodísticos, 1990.

incluyendo a los notables del municipio e incluso a ganaderos simpatizantes o colaboradores; aumentaron las extorsiones y los homicidios punitivos²⁷⁸.

Lo anterior propició un escenario desfavorable para la guerrilla, los pobladores se organizaron para repeler los abusos de las FARC. Ramón Isaza, reunió varios peones y propietarios, solicitó ayuda al batallón de la región e inició una labor de exterminio contra todos aquellos considerados auxiliares de la guerrilla. En este contexto se destacarían personajes como Gonzalo Pérez y Pablo Guarín, considerados pioneros del fenómeno paramilitar²⁷⁹.

Tal sería su grado de organización, que en 1984 se legalizan las estructuras que habían creado con el nombre de Asociación Campesina de Agricultores y Ganaderos del Magdalena Medio (ACDEGAM), a través de la cual se coordinaban y operaban los grupos de autodefensa en la región con el apoyo de las Fuerzas Militares del Estado y organizaciones anticomunistas como Tradición, Familia y Propiedad (TFP)²⁸⁰.

El caso Puerto Boyacá es considerado el hito en el surgimiento del paramilitarismo en Colombia, especialmente, para quienes defienden la primera hipótesis esbozada arriba (fenómeno espontáneo surgido contra las guerrillas) como la que explica su nacimiento.

Pero este hecho no estaría aislado de otra serie de fenómenos que en la época surgirían en el escenario nacional. El principal, el auge del narcotráfico, que según los analistas tuvo dos momentos: el de la marihuana (entre 1978 y 1982) y el de la cocaína, que hasta hoy es uno de los rubros más importantes de las exportaciones colombianas²⁸¹.

En este contexto de consolidación de los grupos de narcotraficantes, se suscita otro de los hitos de la historia del paramilitarismo, que para los defensores de la segunda hipótesis esbozada arriba (paramilitares como ejércitos de los narcotraficantes) sería el momento de su creación. Se trata del secuestro, por parte de la guerrilla del M-19, de Martha Nieves Ochoa en noviembre de 1981.

Con el secuestro de un miembro de la familia Ochoa se desató una gran indignación en los grupos narcotraficantes que, en respuesta, conformaron una organización que “les garantizara seguridad y que pudiera enfrentar a quienes representaban una amenaza para sus seres queridos y el recién ganado patrimonio”²⁸². De esta forma, 223 capos de los carteles de la droga financian

²⁷⁸ GUTIÉRREZ, Francisco y BARÓN, Mauricio. “Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Op. cit.*, p. 286.

²⁷⁹ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, pp. 246-247.

²⁸⁰ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 49. Más adelante, el movimiento evolucionó hasta conformar un partido político que denominaron Movimiento de Reconstrucción Nacional (MORENA). DUNCAN; Gustavo. *Op. cit.*, p. 248.

²⁸¹ LÓPEZ RESTREPO, Andrés. “Narcotráfico, ilegalidad y conflicto”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Op. cit.*, pp. 414-415.

²⁸² OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 51.

la creación del movimiento Muerte a Secuestradores (MAS), en cuyo accionar contrataron la entrega a las autoridades de delincuentes y guerrilleros, y la comisión de múltiples asesinatos y desapariciones²⁸³.

A esta historia de consolidación de los grupos narcotraficantes y su actuar conjunto, e inicialmente al mando de los grupos paramilitares²⁸⁴, se podrían agregar muchos más datos que dan cuenta de una estrecha relación, sin embargo, dado que no es el objeto del presente trabajo, basta con aludir brevemente al prontuario de uno de los referentes del paramilitarismo en Colombia: la familia Castaño Gil.

Al tiempo que las divisiones entre quienes conformaban los paramilitares de Puerto Boyacá se hacían insostenibles y daban al traste con el fin del movimiento, en el Urabá antioqueño y en Córdoba, Fidel y Carlos Castaño – antiguos miembros del cartel de Medellín- compraban miles de hectáreas y, aprovechando los conocimientos adquiridos sobre violencia paramilitar, entre 1988 y 1990, lograron expulsar al Ejército Popular de Liberación (EPL) y, esta vez, controlando el negocio de la droga, sin ser subordinados a los capos históricos, lograron el control territorial de la zona²⁸⁵, gestando lo que en 1994 se daría a conocer como Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)²⁸⁶.

A partir de 1996 se inicia un periodo de expansión de los paramilitares que se basó en la estrategia empleada en Puerto Boyacá y en el Urabá, esto es, evitar la confrontación armada con las guerrillas y en su lugar, exterminar sus “bases de apoyo”²⁸⁷.

Para ese entonces ya se habían manifestado intentos de unificación o acercamientos entre los diferentes grupos paramilitares que surgían a nivel nacional, como la “Coordinadora Nacional de Autodefensas” creada a finales de 1994 en una reunión celebrada en Cimitarra (Santander)²⁸⁸. Sin embargo, sería en abril de 1997 cuando se crearía la principal confederación de grupos paramilitares conocida como Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), bajo el mando unificado de Carlos Castaño Gil y con un propósito nacional

²⁸³ *Ibidem*, p. 51.

²⁸⁴ También en Puerto Boyacá, donde se mostraba un fenómeno más parecido al de autodefensa, Gonzalo Rodríguez Gacha y Pablo Escobar toman el control de dichas estructuras. DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 248.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 271-272.

²⁸⁶ Ese hecho fue antecedido por sucesos como la muerte del capo de la droga Gonzalo Rodríguez Gacha (1989); la desmovilización de grupos guerrilleros como el Movimiento 19 de Abril, M-19 (1990), el Movimiento Quintín Lame y una parte del Ejército Popular de Liberación, EPL (1991); el exterminio violento del movimiento político Unión Patriótica; la conformación de los PEPES (Perseguidos por Pablo Escobar), grupo que contó con los hermanos Castaño Gil; el asesinato de Pablo Escobar (1993) y la desaparición de Fidel Castaño (1994), entre otros. Todos, hechos que contribuirían en la reconfiguración de la guerra en Colombia.

²⁸⁷ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 68 y 70.

²⁸⁸ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 182.

antiguerrillero²⁸⁹. A su consolidación y resultados, se referirá el siguiente subcapítulo.

Ahora, la alusión a los hechos referidos como explicación del surgimiento del paramilitarismo, en los cuales se encuentran hitos históricos que respaldan las hipótesis uno y dos mencionadas arriba, no resulta suficiente para dar cuenta de la confluencia de factores que dieron al traste con la creación de fenómeno paramilitar en Colombia. A continuación, se relacionan los hechos que respaldan la tercera hipótesis de acuerdo con la cual, los paramilitares son una creación del Estado tanto por el patrocinio brindado por las Fuerzas Militares como por el respaldo legal conferido.

El recuento de documentos legales que de una u otra forma contribuyeron con la consolidación del paramilitarismo, ya fuera a través de autorizaciones o de creación expresa de ejércitos privados, inicia en 1964 cuando el Gobierno autoriza a la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) la conformación de organizaciones de autodefensa²⁹⁰.

Sin embargo, el instrumento jurídico que históricamente ha sido más representativo en la hipótesis de la creación legal de los paramilitares, es el decreto 3398 de 1965, expedido por el presidente Guillermo León Valencia bajo el amparo del estado de sitio y convertido en legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968²⁹¹. De este decreto, “Por el cual se organiza la defensa nacional”, se destacan especialmente los siguientes apartes:

“ARTÍCULO 25. Todos los colombianos, hombres y mujeres no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad.
(...)

ARTÍCULO 33. (...). PARAGRAFO 3o. El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los Comandos autorizados podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”.

Con estos dos artículos, ciudadanos que no hacían parte de las Fuerzas Públicas podían usar armas de uso privativo, para fines funcionales al gobierno como el restablecimiento de la normalidad, lo cual implicaba la posibilidad de realizar ataques y no solo ejercer actividades de autodefensa.

La Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de 25 de mayo de 1989 declaró inconstitucional el párrafo 3° del artículo 33 del decreto 3398 de 1965, hecho que coincidió con la expedición del decreto 815 de 1989 con el cual se suspendió la aplicación de la norma citada aunque mantuvo la vigencia

²⁸⁹ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 302.

²⁹⁰ RAMÍREZ, William. *Op. cit.*, p. 158.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 158.

del artículo 25. Como respaldo, posteriormente se expidió el decreto 1194 del mismo año que establecía condenas penales para civiles y miembros del Ejército reclutaran, financiaran, organizaran o pertenecieran a los grupos armados que la norma llamaba escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada²⁹².

En los años noventa, a pesar de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, nuevos instrumentos jurídicos se crearon para permitir el uso de armas por parte de particulares. Así, el decreto ley 2535 de 1993 “por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos”, señaló en su artículo 9º: “Las armas de uso restringido son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, que de manera excepcional, pueden ser autorizadas con base en la facultad discrecional de la autoridad competente, para defensa personal especial (...)”.

En el mismo sentido, se expidió la Ley 61 de 1993²⁹³ reglamentada por el decreto ley 356 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada que creó los “servicios especiales de vigilancia y seguridad privada” o “Convivir”, norma que superaría el examen de constitucionalidad que hiciera la Corte Constitucional²⁹⁴ en la sentencia C-572 de 1997.

En síntesis, el amplio panorama de teorías y hechos que explican el origen del paramilitarismo en Colombia, más allá de arrojar elementos para favorecer una u otra hipótesis, manifiesta la complejidad del fenómeno desde su surgimiento, y más bien, permite entrever que ha sido la confluencia de factores jurídicos, políticos y militares la que desde diferentes espacios territoriales y momentos históricos explica una historia que no es continua sino que es el cúmulo de diversas intersecciones.

2.1.2. Consolidación y resultados de la acción paramilitar: consecuencias sociales, económicas, políticas y el recrudescimiento de la guerra.

Como se mencionó, el proceso paramilitar tuvo su intento más exitoso de unificación en abril de 1997 con la creación de las AUC. Los objetivos de Carlos Castaño al mando de la confederación, pueden resumirse así: i) lograr presencia nacional; ii) conseguir espacios políticos; y iii) establecer un mando central²⁹⁵.

²⁹² *Ibíd.*, p. 162.

²⁹³ "Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y seguridad privadas".

²⁹⁴ RAMÍREZ, William. *Op. cit.*, p. 164.

²⁹⁵ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 185. Para otros investigadores, la estrategia militar de las AUC fue trazada por Vicente Castaño, alias “el profe”, hermano mayor de los Castaño, quien impuso una “proyección nacional en dos sentidos: a) el montaje de un aparato militar orgánico desde el punto de vista de sus estructuras de mando, obediencia e identidad de cuerpo; b) la toma y mantenimiento de territorios

No era fácil cumplir la tarea, pues los líderes de los diferentes grupos con características paramilitares a nivel nacional se encontraban dispersos y el único punto en común que podría motivarlos hacia la unidad era la lucha antisubversiva, que no parecía suficiente si de lo que se trataba era de ceder su poder local a favor de un mando central. Sin embargo, Castaño e Iván Roberto Duque, alias Ernesto Báez, se dedicaron a agrupar a todas las pequeñas fracciones a nivel nacional²⁹⁶, ya fuera mediante la persuasión, o mediante la fuerza²⁹⁷.

Así, en desarrollo de dichos objetivos, la fase de expansión paramilitar obtuvo resultados que a nivel nacional multiplicaron las noticias sobre las masacres que propiciaron estos grupos que a su paso obtenían control sobre el negocio del narcotráfico, menguaban el poder de las guerrillas y consolidaban su poder militar mediante la conformación de nuevos frentes y bloques.

En Putumayo, primera zona ocupada por considerarse “estratégica”, se hicieron tristemente célebres municipios otrora desconocidos para el centro del país como La Hormiga, San Miguel y Puerto Asís, debido a la ola de violencia que los envolvió. Así mismo, incursionaron en Bolívar, Norte de Santander, en el Valle del Cauca, en el Cauca, en Magdalena, Arauca, Cundinamarca, la región de los Montes de María, como ejemplos paradigmáticos de un accionar caracterizado por la comisión de homicidios selectivos y masacres como forma de quitarle bases de apoyo a la guerrilla²⁹⁸. Este proceso de expansión ha sido localizado temporalmente entre 1997 y 2002²⁹⁹.

El éxito de su expansión fue registrado por la Casa de Nariño en un documento oficial que señaló, para comienzos de 2001, “la existencia de 49 frentes bélicos haciendo presencia en 26 de los 32 departamentos del país y en 382 de los 1098 municipios”³⁰⁰. Según el periódico El Tiempo, esto equivalía a 13500 hombres distribuidos en un 35% del territorio nacional³⁰¹.

En general, los paramilitares lograron un sólido poder local sustentado sobre tres bases:

dentro de los cuales logra directas e indirectas formas de dominio poblacional, y fragmentarias pero importantes neutralizaciones del poder institucional”. RAMÍREZ, William. *Op. cit.*, p. 146.

²⁹⁶ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 185.

²⁹⁷ Un ejemplo de anexión por la fuerza de un grupo paramilitar a las AUC fue el de Hernán Giraldo, quien había mantenido desde los años ochenta, con la fundación del grupo “los chamizos”, un control sobre la sierra nevada de Santa Marta y tuvo que confrontar militarmente con las estructuras de Castaño y Báez. Al final, Giraldo tuvo que ceder y hacer parte del proyecto confederado de las AUC, lo que significó la creación del llamado Frente Resistencia Tayrona.

²⁹⁸ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 70-77. A pesar que la estrategia paramilitar no priorizaba los combates con la guerrilla, éstos fueron inevitables, de manera que según el Sistema de Información de la Fundación Seguridad y Democracia, de 1998 a 2002, se registraron 483 enfrentamientos entre estructuras paramilitares y guerrilla. *Ibidem*, p. 78.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰⁰ RAMÍREZ, William. *Op. cit.*, p. 147.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 147.

a) el uso directo de la violencia de las armas sobre los pobladores; b) el empleo de una economía de guerra conformada por recursos ilegales tales como el narcotráfico, el secuestro, la extorsión y el robo, entre otros; c) la construcción de un tejido social a partir de la redistribución de bienes y servicios por la vía del clientelismo armado, los beneficios otorgados en seguridad y empleo y la creación de nuevas élites locales a través de nuevas estructuras de solidaridad política³⁰².

En particular, el paramilitarismo tuvo un gran impacto en casi todas las esferas de la vida nacional. Como se verá, los resultados de su accionar se manifiestan con claridad al menos en cuatro escenarios: político, económico, social, y en el recrudescimiento de la guerra.

En el plano *social*, los paramilitares constituyeron “redes de protección” para la ciudadanía, de manera que a cambio de una contribución se brindaba seguridad y se perseguía a delincuentes comunes o individuos considerados “indeseables” para la armonía de los barrios o municipios, como habitantes de la calle, atracadores, consumidores de droga o prostitutas, hecho que la opinión pública nacional ha conocido como “limpieza social”, pero que, en realidad, no eran nada distinto a operaciones destinadas a consolidar un poder territorial en una zona específica que les permitiera cubrir esas y otras acciones con un manto de impunidad que la población no advertía como injusto³⁰³.

Igualmente grave, fue lo que sucedió con los valores tradicionales de las regiones dominadas por los paramilitares, su proceder hizo de la desigualdad ante la ley y de las restricciones a la libertad, hechos admitidos en las poblaciones³⁰⁴.

Así, por ejemplo, lo que la sociedad comprendiera como justo dependía de la posición de cada individuo con respecto a la estructura de poder, de manera que si se tenía un buen nivel de influencia se podía exigir un mejor tratamiento del sistema de leyes³⁰⁵. Un fenómeno similar de inversión de la escala de valores, es comentado por autores que señalan hechos como la familiarización de los jóvenes con las armas, con los delitos y con los grupos de sicarios, lo que conllevó una tendencia favorable al dinero fácil y con ello, que parte de la juventud se ocupara en las redes paramilitares³⁰⁶.

En lo *económico* también fue evidente y devastador el accionar paramilitar. Por un lado, se hicieron al control del negocio de la droga en las zonas donde no se disputaba con la guerrilla. Tal fue la ligazón paramilitarismo-narcotráfico (aunque los investigadores establecen diferencias entre los narcotraficantes que compraron franquicias de los paramilitares y los paramilitares que se

³⁰² *Ibidem*, p. 197.

³⁰³ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 339.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 147.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 147.

³⁰⁶ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 246.

involucraron en el negocio de la droga³⁰⁷), que para el momento de la desmovilización, diez de los catorce jefes de las AUC eran considerados “grandes narcotraficantes”, ya fuera al revisar los listados del gobierno norteamericano o del nacional³⁰⁸.

Son múltiples las consecuencias de este hecho, entre ellas, se puede contar la infiltración de empresas legales que resultaban siendo usadas para el lavado de activos “(...) y la inversión de ganancias ilícitas en actividades legales que funcionaban en mercados demasiado dinámicos para ser controlados por un solo competidor”³⁰⁹, de esta manera no llamaban la atención de las autoridades como sí habría sucedido de haber optado por la extorsión a grandes monopolios.

De otro lado, es insoslayable el problema de la apropiación de las tierras en Colombia por parte de los grupos paramilitares. El control sobre el territorio era políticamente funcional por cuanto sobre él desplegaba población leal (ya fuera por simpatía o por intimidación); y porque permitía la producción y tráfico de drogas. Pero, la razón principal, era lo invaluable que resultaba el control de tierras desde el punto de vista de la inmunidad ante la justicia³¹⁰.

Al menos dos efectos de trascendental importancia pueden extraerse del control territorial del paramilitarismo: i) la contrarreforma agraria; y ii) la agudización del desplazamiento forzado.

Ya desde el primer auge del narcotráfico en Colombia se habló de una contrarreforma agraria que consistió en la adquisición que hicieran los grandes capos de la droga de un considerable número de propiedades consideradas como buenas tierras para diferentes efectos, en su caso, también para el cultivo y tráfico de droga³¹¹.

Sin embargo, otra contrarreforma agraria se suscitaría con los paramilitares, aumentando el nivel de concentración de la propiedad rural como resultado del uso de la violencia y del terror³¹². Otero cita cifras de la Contraloría General de la República de acuerdo con las cuales “entre 1985 y 1996 lo predios con extensiones mayores a 500 hectáreas (has.) se duplicaron al pasar de abarcar 9.6 millones de has. a cubrir 19.2 millones de has. La mayor parte de los grandes predios nuevos se ubican en regiones como Urabá, Magdalena Medio y Norte de Santander, justo las regiones más asoladas por la violencia”³¹³.

³⁰⁷ Cfr.: OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 223.

³⁰⁸ GUTIÉRREZ, Francisco. “Narcotráfico y paramilitarismo: ¿matrimonio indisoluble?”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *Op. cit.*, p. 240.

³⁰⁹ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 343.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 315.

³¹¹ *Ibidem*, p. 253. Apoyado en un estudio de Alejandro Reyes, Duncan relata que para 1995, al menos un 11% de los predios rurales en Colombia había sido adquirido por narcotraficantes.

³¹² OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 243.

³¹³ *Ibidem*, p. 243.

En cuanto a la tragedia del desplazamiento forzado, vale decir que si bien, no es un fenómeno que surgió con el accionar paramilitar, éste ha sido uno de sus grandes promotores en los últimos tiempos, algunas veces presionando el despojo de manera directa³¹⁴, u otras veces trayendo éste como consecuencia lógica de su incursión en un territorio o de las disputas con las guerrillas.

Según cifras de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), entre 1985 y 2002 fueron desplazadas 2'905.845 personas³¹⁵, y si bien, el drama del desplazamiento se ha mantenido aún después de la desmovilización de las principales estructuras de las AUC, los datos citados muestran una importante relación del fenómeno con el escalamiento de la guerra y el protagonismo de los paramilitares en la escena, de manera que aquel se cuenta como un resultado más de la “gesta” paramilitar.

Ahora, en el plano *político* es mucho lo que ha tenido oportunidad de conocer el país gracias a las investigaciones de académicos, activistas de derechos humanos y recientemente, la eficiencia de la Justicia en la investigación de lo que se ha llamado “parapolítica”.

Si bien la documentación sobre la vinculación del paramilitarismo en la política indica que desde la década de 1980 los barones liberales en Antioquia y la Costa Caribe, entre otras zonas, organizaron alianzas con dichos grupos³¹⁶, la contundencia de este fenómeno se hizo evidente a partir de las elecciones para Congreso y Presidencia de la república de 2002. La siguiente cita es reveladora:

En 2002 los congresistas electos con apoyo del narcoparamilitarismo obtuvieron el 34% de las curules y más de dos millones y medio de votos, equivalentes al 25% de la votación para Senado. Ocho de cada diez de esos congresistas entraron a hacer parte de la coalición del presidente Uribe y cogobernaron con él desde entonces. En 2006 casi todos los congresistas de la parapolítica fueron reelegidos y mantuvieron la misma proporción y representatividad dentro de la coalición de gobierno³¹⁷.

Valga decir que no sólo fueron el Congreso y la Presidencia de la república las instituciones que resultaron permeadas por votos del paramilitarismo. A nivel

³¹⁴ Acerca de una tipología de las formas de despojo en Colombia, ver: SALINAS, Yamile. *Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008.

³¹⁵ CODHES. *Comportamiento del desplazamiento 1985-2005*. En línea, disponible en: <http://www.codhes.org/Info/grafico-tendencias.htm>. Citado en: OTERO, Alfonso. *Op cit.*, p. 245.

³¹⁶ GUTIÉRREZ, Francisco. “Reflexiones a propósito del libro ‘Y refundaron la patria...’”. En: LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia [Ed.]. *Y refundaron la patria...De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Debate, 2010, p. 10.

³¹⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia. “‘La refundación de la patria’, de la teoría a la evidencia”. En: LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia [Ed.]. *Op. cit.*, p. 33.

nacional, otras instancias como Concejos y Alcaldías municipales, y Gobernaciones y Asambleas departamentales también tuvieron miembros representantes elegidos con apoyo de grupos paramilitares o con algún nivel de vinculación a esos grupos, de suerte que, para abril de 2010, la Fiscalía reportaba estar investigando a 400 políticos de elección popular a nivel nacional³¹⁸.

A pesar que las diversas hipótesis sobre los objetivos de los paramilitares en Colombia, coinciden en afirmar que dichas organizaciones no tuvieron como propósito la toma del poder nacional³¹⁹, el dominar los procesos electorales y la consecuente apropiación del juego democrático sí les era funcional en términos de la consolidación del control territorial³²⁰. Así mismo, la infiltración de instituciones del poder central evitaba la posible intervención de las fuerzas de seguridad, la burocracia central y los organismos de control³²¹, hecho que de alguna manera explica su denodada arremetida en el escenario político.

Son numerosos los resultados del ejercicio del poder de miembros o personas cercanas a los grupos paramilitares en los cuerpos colegiados³²²; sólo como ejemplo que muestra cuán funcional fue ese poder, se puede citar un reporte que recibió la Casa de Nariño en 2004, sobre cómo el dinero del régimen subsidiado de salud estaba siendo desviado hasta en un 40%, es decir, 2.5 billones de pesos, por cuenta del aparato de corrupción compuesto por funcionarios públicos y políticos locales favorables a los paramilitares en sus zonas de influencia³²³.

Finalmente, en el escenario *militar* y en términos del *recrudescimiento de la guerra* devenido del accionar paramilitar, ya se citó una implicación en el tema del desplazamiento forzado, la cual se suma a cifras como las muertes relacionadas con el conflicto, o, como las llama el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), cuya base de datos sobre la violencia es una de las más completas del país: homicidios políticos.

Un estudio sobre el homicidio político en Colombia entre 1975 y 2004, basado en la información del CINEP³²⁴ (rango de tiempo que abarca la fecha de inicio del accionar paramilitar si se toman en cuenta las hipótesis 1 y 2 sobre su

³¹⁸ *Ibidem*, p. 29.

³¹⁹ Para algunos autores, los paramilitares se encuentran más ligados a una lógica de construcción de poder local que nacional. Cfr.: RAMÍREZ, William. *Op. cit.*, pp. 137 y ss.

³²⁰ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 122.

³²¹ *Ibidem*, p. 124.

³²² Como ejemplo, se tienen las llamadas leyes de economía agraria: ley de biocombustibles (ley 939 de 2004), ley forestal (ley 1021 de 2006), Estatuto de Desarrollo Rural (ley 1152 de 2007), y ley de saneamiento y titulación (ley 1182 de 2008). UNGAR, Elisabeth y CARDONA, Juan Felipe. “Leyes de economía agraria. ¿intentos para legalizar el despojo?”. En: LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia [Ed.]. *Op. cit.*, pp. 331 y ss.

³²³ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 192.

³²⁴ GUTIÉRREZ, Francisco. “Tendencias del homicidio político en Colombia 1975-2004: una discusión preliminar”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Op. cit.*, pp. 475 y ss.

gestación que la ubican a comienzos de la década del ochenta), da cuenta de cerca de 53.000 homicidios, de los cuales, más de 25.000 se cometieron fuera de combate³²⁵.

Así mismo, el estudio concluye que desde 1983 en el país se han producido más de mil muertes (homicidios políticos) por año³²⁶, de manera que si “(...) el criterio estándar de los comparatistas cuantitativos es que hay una guerra civil desde que se producen 1.000 o más muertes debido a un conflicto interno, con no más del 95% de un solo bando”³²⁷, en Colombia hay guerra, al menos, desde 1983, conclusión determinante para lo que interesa en este trabajo al constatar que no ha sido la paz, sino su negación, la constante en la vida nacional³²⁸.

A esta contundente cifra, se suman casos específicos como el exterminio del movimiento político Unión Patriótica (UP) cuyas víctimas se calculan en 3.200³²⁹, dato alarmante en un país que se precia ser la democracia más antigua de América Latina.

En síntesis, el impacto social, económico, político y militar³³⁰ del accionar paramilitar transformó significativamente la forma de vivir, la estructura, el *ethos* y el *logos* en Colombia, evidenciando una diferencia radical con el actuar de otros grupos armados ilegales como las guerrillas, y es que la de éstos últimos ha sido una revolución fracasada, la de los paramilitares, en cambio, fue una contrarrevolución triunfante.

2.1.3. Negociaciones y Acuerdos de desmovilización: ¿el fin del paramilitarismo?

Como se observó páginas atrás, el momento culmen del paramilitarismo en Colombia se dio con su proyecto de unificación³³¹ en 1997 con las

³²⁵ *Ibíd.*, p. 480.

³²⁶ *Ibíd.*, p. 484.

³²⁷ GUTIÉRREZ, Francisco. “Tendencias del homicidio político en Colombia 1975-2004: una discusión preliminar”. *Op. cit.*, p. 484.

³²⁸ En el numeral 1.2.2. del presente trabajo, cuando se analizaron las condiciones de existencia del garantismo penal, se aseveró que una de ellas sería la paz y, a continuación, en el numeral 1.2.3., se indicó que la misma no estaba dada en Colombia, de manera que no podría afirmarse categóricamente la vigencia de dicho modelo normativo penal, idea que aquí se completa al constatar las cifras y el contexto de violencia en el país.

³²⁹ GUTIÉRREZ, Francisco. “Tendencias del homicidio político en Colombia 1975-2004: una discusión preliminar”. *Op. cit.*, p. 481.

³³⁰ En este punto podrían sumarse otros hechos como los ya referidos numerosos combates entre guerrillas y paramilitares, así como la divulgada alianza entre Fuerzas Militares del Estado y grupos paramilitares, por motivos de conveniencia (GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 49) o a nivel de infiltración o contratación. DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 133.

³³¹ Aunque históricamente los grupos paramilitares en Colombia han surgido de manera independiente y fragmentada, de manera que el de las AUC fue un proyecto casi único, investigadores dan cuenta de otros dos intentos de unificación anteriores: el primero, liderado por Gonzalo Rodríguez Gacha a mediados de

denominadas AUC, sobre cuya consolidación y éxito ya se escribieron algunas líneas que a continuación se complementan, con el recorrido hasta llegar a la negociación con el gobierno suscrita en el año 2003 y los factores que la hicieron posible.

Tras las apariciones en público del comandante de las AUC para el año 2000, Carlos Castaño, a través de entrevistas en las principales cadenas de la televisión nacional, el país conoció la faceta contrainsurgente del proyecto paramilitar, hecho que devino en una opinión pública favorable para aquél, principalmente, debido al momento político que se vivía para ese entonces cuando el gobierno del presidente Pastrana se encontraba en una nebulosa negociación con la guerrilla de las FARC³³².

En ese entonces, el grupo paramilitar mostró su intención de negociar con el gobierno en términos semejantes a los cuales éste se encontraba dialogando con las FARC³³³; sin embargo, los acercamientos se suspendieron tras la masacre de El Chengue (Sucre), en la cual, los paramilitares asesinaron, en enero de 2001 a treinta personas³³⁴.

Aunque hubo nuevos acercamientos a través de la Iglesia católica, sólo sería hasta la elección del nuevo gobierno, en 2002, cuando los jefes paramilitares, Carlos Castaño y Salvatore Mancuso, manifestaron con vehemencia su intención de poner fin a la existencia de las AUC³³⁵.

Así, el primero de diciembre de 2002 iniciaron las negociaciones con el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, previa declaratoria del cese de hostilidades por parte de las AUC³³⁶, condición que había impuesto el gobierno para dar por iniciado el diálogo³³⁷.

los ochenta; y el segundo, a finales de 1992, cuando apareció un grupo autodenominado Movimiento Patriota de Autodefensa Nacional (MPAN) que reunió agrupaciones de diferentes regiones, incluido Víctor Carranza. GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

³³² PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. Bogotá: Ediciones B, 2007, pp. 38-39.

³³³ *Ibidem*, p. 40.

³³⁴ *Ibidem*, p. 41.

³³⁵ *Ibidem*, p. 41. En punto de los procesos de negociación de los grupos de autodefensa en Colombia, es oportuno recordar que el de las AUC no fue el primero ni el único, ya para la época del gobierno Gaviria (1991-1994), se había suscitado la desmovilización de tres expresiones paramilitares: un remanente del grupo de Gonzalo Rodríguez Gacha en pacho (Cundinamarca); el grupo de Puerto Boyacá, al mando de Ariel Otero, y el grupo de Fidel Castaño –quien después se rearmaría- en Córdoba y Urabá. GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 64.

³³⁶ La fraccionada estructura de las AUC, impidió que todos sus bloques estuvieran de acuerdo con la desmovilización, de manera que el Bloque Metro, liderado por alias “Dobrecero”, no tomaría parte en el proceso de diálogo. *Ibidem*, p. 90.

³³⁷ PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. *Op. cit.*, p. 42. No obstante, investigaciones posteriores han establecido que el cese de hostilidades fue vulnerado de manera sistemática por los grupos paramilitares: “Se ha registrado que, entre la fecha de inicio del cese de hostilidades por parte de los grupos paramilitares el 1° de diciembre de 2002 y el 30 de junio de 2008, por lo menos 4.300 personas han sido asesinadas o desaparecidas por fuera de combate por grupos paramilitares. Las violaciones al derecho a la vida demuestran que lamentablemente los grupos paramilitares continúan existiendo y que siguen cometiendo violaciones a los derechos humanos bajo los

En el mismo sentido, se pronunciaron el Bloque Central Bolívar (BCB)³³⁸ y la llamada Alianza Oriente, integrada por las Autodefensas Campesinas de Casanare y las Autodefensas de Meta y Vichada³³⁹, de manera que fueron tres las mesas de negociación que abrió el gobierno en el proceso de paz con los grupos paramilitares.

En este punto, a propósito de la mención a la división con la que llegaron a la mesa de negociación los ejércitos paramilitares, es oportuno analizar brevemente dos ítems: i) ¿por qué decidieron negociar?; y ii) ¿cuál era el estado interno de la organización al momento de la negociación?.

Son varias las hipótesis con las que se cuenta para elucubrar el motivo por el cual un ejército que parecía fuerte y consolidado, con incidencia social, política, económica y militar –como se observó atrás–, decidió dejar las armas y someterse a la justicia; o, como lo dice Alfredo Rangel, se desmovilizaron “(...) en el preciso momento en que son más fuertes y cuando sus posibilidades de fortalecimiento y expansión son poco menos que limitadas”³⁴⁰.

Para Rangel, son “[v]arias las razones que parecen haber confluído para que los paramilitares hubieran tomado esta decisión sin haber sido derrotados militarmente por el Estado”³⁴¹, a saber: i) una fatiga de la guerra entre algunos dirigentes de la organización cuyo estilo de vida no se acostumbró al aislamiento y rudeza de la vida en la selva; ii) la confianza en el gobierno Uribe a quien veían con expectativas reales de derrotar a la guerrilla en un corto plazo; iii) la convicción en que las condiciones jurídicas y políticas para su desmovilización serían semejantes a las de las guerrillas desmovilizadas a principios de los años noventa; y iv) el respaldo nacional e internacional con el que contaba Uribe, hecho que les daba confianza en el proceso³⁴².

Por su parte, Rafael Pardo intenta una explicación a la decisión de los paramilitares de desmovilizarse, basada en tres argumentos: i) la confianza en el gobierno Uribe para conquistar aspectos críticos en su desmovilización como el tratamiento político a la organización; ii) el temor a la extradición, incrementado con las solicitudes que en ese sentido expidió el gobierno de los Estados Unidos para 2002, lo cual habría llevado a los jefes paramilitares a preferir una negociación; y iii) los paramilitares habrían comprendido que su proyecto estaba derrotado en el sentido que si bien, podrían continuar

mismos patrones y agrediendo a los mismos sectores o grupos de la sociedad que han venido atacando desde sus orígenes”. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: La metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2010, p. 25.

³³⁸ Este bloque se constituyó en escisión de las AUC tras los enfrentamientos entre sus líderes “Ernesto Báez”, “Julián Bolívar” y “Macaco”, con Carlos Castaño y Rodrigo Franco, alias “Doblejero” por temas como el narcotráfico. GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 87-88.

³³⁹ PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. *Op. cit.*, p. 42.

³⁴⁰ RANGEL, Alfredo. “Prólogo”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *Op. cit.*, p. 16.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

³⁴² *Ibidem*, p. 16.

acumulando riquezas y ejerciendo poder territorial, jamás provocarían el colapso de las FARC³⁴³.

Las hipótesis planteadas confluyen en un punto: la confianza en el gobierno Uribe, hecho que de alguna manera se explica al ver las coincidencias que existían entre el máximo jefe de las AUC para 2002, Carlos Castaño, y el presidente Álvaro Uribe, ambos luchadores antsubversivos, que habían perdido a sus padres a manos de la guerrilla³⁴⁴, aspectos comunes que, entre otros, como su origen rural, permitía que el diálogo fluyera con mayor facilidad.

Ahora, ¿cuál era el estado de las estructuras paramilitares al momento de la negociación? Pues bien, los grupos paramilitares que llegaron a los diálogos con el gobierno Uribe padecían, al menos, tres fuertes dolencias: su división interna³⁴⁵, la exacerbación de su debilidad ideológica; y la dependencia del narcotráfico.

El proyecto Castaño de unificación de los grupos paramilitares nunca fue lo suficientemente sólido como para proyectar una organización de carácter nacional a largo plazo. Múltiples fueron las divisiones entre las facciones que conformaban las AUC, en buena medida, explicadas por la conformación misma de ese ejército donde al final primaron los intereses locales de índole personal sobre la pretensión de unificación nacional³⁴⁶.

El origen social de los miembros de las AUC incidió en el carácter que tomó la organización, ex guerrilleros y militares de bajo rango en retiro conformaban al final buena parte de los mandos militares³⁴⁷, junto con ellos, narcotraficantes “puros”, campesinos pobres, medianos hacendados, peones de terratenientes y desempleados rurales conformaban una mixtura carente de ideología o expectativas más de las meramente personales³⁴⁸ que impedían avizorar un proyecto amplio.

A tal punto llegaron las divisiones y fricciones entre los bloques de las AUC que devinieron en enfrentamientos militares y asesinatos entre los dirigentes de la organización, tres ejemplos son los más significativos: la confrontación entre las Autodefensas Campesinas de Casanare (ACC) de Héctor Buitrago y su hijo Martín Llanos, contra el Bloque Centauros de Miguel Arroyave que terminaría con el asesinato de este último³⁴⁹; la guerra que libraron el Bloque Metro liderado por alias “doble cero” contra el Bloque Cacique Nutibara de alias “don Berna” en Medellín, que dio al traste con la muerte del primero; y el homicidio

³⁴³ PARDO, Rafael. *La historia de las guerras*. Bogotá: Ediciones B, 2004, p. 625. Citado en: GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 82.

³⁴⁴ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 238.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 238.

³⁴⁶ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 318.

³⁴⁷ GUTIÉRREZ, Francisco y BARÓN, Mauricio. *Op. cit.*, p. 297.

³⁴⁸ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 320.

³⁴⁹ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 320.

de Carlos Castaño, líder histórico de ese movimiento, en abril de 2004, presuntamente por orden de otros jefes paramilitares.

El otro factor que debilitó a las AUC, y que no está desligado del anterior, fue la lucha de posiciones frente al tema del narcotráfico. La organización se dividió entre quienes defendían esta práctica, como alias “Ernesto Báez” del BCB, y quienes propugnaban por proscribirla de la organización, como Carlos Castaño y alias “Doblezero”, dirigentes que incluso, llegaron a pronunciarse públicamente en ese sentido. Este enfrentamiento llevó a la renuncia de Castaño a la comandancia de la organización en julio de 2002, hecho que contribuyó al ascenso de Salvatore Mancuso a la cúpula de las AUC³⁵⁰. Al final, podría decirse que la línea narcotraficante se impuso³⁵¹.

El anterior, era en términos generales el panorama de las autodefensas para el momento de las negociaciones de paz con el gobierno que, iniciadas en diciembre de 2002, llegarían a formalizarse el 15 de julio de 2003 mediante la suscripción del “Acuerdo de Santa fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia”, en el cual se acordaron los elementos principales del proceso: “[s]e definió que el objetivo era la desmovilización de todos los grupos, para lo cual se acordó una fecha máxima (31 de diciembre de 2005), se estableció que los miembros de las AUC se concentrarían en lugares determinados y estos se comprometieron a mantener el cese de hostilidades”³⁵².

Posteriormente, “[e]l 15 de Mayo del 2004 se firmó el segundo acuerdo en Santa fe de Ralito donde se establece la concentración en una zona de ubicación de todos los comandantes de las AUC”³⁵³.

Como primer avance del acuerdo, “(...) el 25 de Noviembre del 2003, se desmovilizaron 874 integrantes del Bloque Cacique Nutibara de las AUC en la ciudad de Medellín (...) [y ese] mismo año, se desmovilizaron (...) las Autodefensas Campesinas de Ortega, en Cajibío, Departamento del Cauca”³⁵⁴, el Bloque Bananero, las Autodefensas del Sur del Magdalena, las Autodefensas de Cundinamarca, los Bloques Catatumbo, Sinú y San Jorge, en ese orden³⁵⁵.

El proceso de desmovilización terminó el 15 de agosto de 2006 con el Frente Norte Medio Salaquí o Frente Chocó (perteneciente al Bloque Elmer

³⁵⁰ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 88.

³⁵¹ DUNCAN, Gustavo. *Op. cit.*, p. 321.

³⁵² PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?. Op. cit.*, p. 53.

³⁵³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Segundo informe trimestral del secretario general sobre la Misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Septiembre 28 de 2004, p. 7.

³⁵⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Primer informe trimestral del secretario general sobre la Misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Mayo 11 de 2004, pp. 3-4.

³⁵⁵ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 107-111.

Cárdenas), arrojando como resultado 31.689 personas en un total de 38 estructuras desmovilizadas³⁵⁶.

Durante el proceso hubo tropiezos como el cese de las desmovilizaciones entre febrero y junio de 2005 cuando las autodefensas decidieron esperar la aprobación de la Ley de Justicia y Paz, de hecho, el trámite mismo de esta ley fue bastante complejo. Así mismo, la violación del cese de hostilidades y la orden de arresto que se profirió en contra de Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “Don Berna”, por su presunta participación en el asesinato del diputado del departamento de Córdoba Orlando Benítez, su esposa y conductor, en las afueras de la Zona de Ubicación³⁵⁷, fueron algunos hechos que hicieron tensas las relaciones entre las partes. Sin embargo, son tres los verdaderos problemas que arrojó el proceso de desmovilización y cuyas consecuencias aún hoy se evidencian: i) las falsas desmovilizaciones; ii) la venta de franquicias por parte de los paramilitares; y iii) el mantenimiento de estructuras paramilitares no desmovilizadas o reagrupadas.

Ha sido de público conocimiento el hecho que un número muy significativo de personas que se presentaron como miembros de los grupos paramilitares y como consecuencia se “desmovilizaron”, en realidad nunca pertenecieron a dichas organizaciones. De hecho, con la primera desmovilización, el Alto Comisionado para la Paz reconoció que sólo el 35% de las 874 personas que depusieron las armas en realidad eran paramilitares³⁵⁸.

Esto explica por qué, a pesar de que en el año 2000 los informes del Ministerio de Defensa daban cuenta de un número de paramilitares que no superaba los 10.000³⁵⁹, al final de las negociaciones se tuvo esa cifra sorpresivamente triplicada.

Otro de los hechos vergonzosos de la desmovilización fue la venta de franquicias de la organización a narcotraficantes. Si bien se tiene información de que las autodefensas implantaron la figura de las franquicias desde 1998 con fines de expansión, se tienen casos como la venta del bloque Vencedores de Arauca a los mellizos Mejía Múnera por dos millones de dólares y las de grupos del sur del país a alias “Pablo Sevillano” y a Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco” (hoy extraditados a los Estados Unidos)³⁶⁰, con lo cual, se constata que muchos narcotraficantes podrían verse cobijados por los beneficios que se negociaron para un grupo aparentemente con carácter político antisubversivo.

³⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Octavo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Febrero 14 de 2007, p. 4. En el Anexo A de este informe se detallan los grupos desmovilizados, el número de desmovilizaciones por sexo, número de armas entregadas y relación hombres/armas.

³⁵⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Quinto informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Octubre 5 de 2005, p. 6.

³⁵⁸ GARZÓN, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 106.

³⁵⁹ PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. *Op. cit.*, p. 12.

³⁶⁰ OTERO, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 232-233.

Finalmente, aún hoy se sufren las consecuencias de la no desmovilización de la totalidad de los paramilitares³⁶¹ y el rearme de otros. Ya para 2006, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA), daba cuenta del hecho: “[e]n zonas específicas se han comenzado a dar situaciones de posibles rearmes y la aparición de grupos armados que pretenden presentarse como la denominada ‘nueva generación del paramilitarismo’”³⁶². Y después, en 2007, con más precisión, reportó:

En sus labores de verificación, la MAPP/OEA ha identificado violaciones a los compromisos de desmovilización así como de desarticulación y desmonte de la estructura militar. La Misión observa con preocupación situaciones de posibles rearmes, reductos no desmovilizados y la aparición de otros grupos armados (...). La MAPP/OEA ha identificado 22 estructuras, en las cuales se encuentra la participación de mandos medios – desmovilizados o no -, el reclutamiento de excombatientes de las autodefensas, y el control de economías ilícitas.³⁶³

El fenómeno que se avistaba para entonces, hoy es de conocimiento nacional y ha sido presentado con el nombre de “bandas criminales” (Bacrim) y aunque el gobierno de Uribe siempre fue enfático en manifestar que con el proceso de desmovilización había acabado el paramilitarismo en Colombia³⁶⁴, el tema no es pacífico, y la naturaleza de estos nuevos grupos, así como la relación de comandantes de las antiguas AUC con aquellas es motivo de debate, pues investigaciones recientes parten de una hipótesis contraria a la del gobierno anterior, argumentando que: “(...) las denominadas ‘Bacrim’ continúan ejerciendo diversas formas de violencia sociopolítica (...); surgieron de manera concomitante a la supuesta desmovilización de los paramilitares e hicieron su aparición en las mismas zonas donde actuaban los grupos paramilitares de las Auc (...); [y] [v]arios de estos grupos están dirigidos por reconocidos paramilitares (...)”³⁶⁵.

³⁶¹ “(...) la desarticulación del paramilitarismo (...) ha quedado solamente en la desmovilización de sus estructuras militares, dejando intactas sus estructuras criminales y mafiosas”. RANGEL, Alfredo. *Op. cit.*, p. 19.

³⁶² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Séptimo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Agosto 30 de 2006, p. 6.

³⁶³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Octavo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Febrero 14 de 2007, p. 3.

³⁶⁴ Cfr.: COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Op. cit.*, pp. 76 y ss.

³⁶⁵ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 91.

2.2. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

La historia universal ha enseñado que pretender una suerte de paz perpetua como lo quisiera Kant³⁶⁶ o, de manera más contemporánea, la consolidación plena de sistemas democráticos en los países del orbe, resulta tan deseable como utópico.

Las nefastas consecuencias de las guerras y de los regímenes autoritarios, que han sido una constante, poco a poco han devenido en la preocupación de la comunidad internacional, o para otros, de las potencias mundiales que tras ser vencedoras en los conflictos, se han arrogado la facultad de hacer justicia conforme sus criterios³⁶⁷, en cuanto a la necesidad de construir “estándares” básicos que permitan a una sociedad en guerra o bajo una dictadura, hacer un tránsito hacia un escenario más deseable, esto es, según el caso, hacia la paz o hacia la democracia.

Si bien, puede darse diferentes sentidos a la expresión “estándar”³⁶⁸, en el tipo de contextos mencionado, la misma corresponde a parámetros, reglas o “(...) pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto al adelantar procesos de transición [que] están explícitamente recogidas en los distintos ordenamientos (...) o [que] surgen de los mismos por vía interpretativa”³⁶⁹.

La consolidación de dichos parámetros, principalmente, a lo largo del siglo XX, se ha venido estableciendo a través de los diferentes instrumentos internacionales³⁷⁰, jurisprudencia, doctrina e informes o declaraciones de Organismos Internacionales propias de, por lo menos, tres ramas del derecho: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Penal Internacional (DPI)³⁷¹.

³⁶⁶ KANT, Emmanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Espasa y Calpe, 1965.

³⁶⁷ Cfr: ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

³⁶⁸ Para una reconstrucción del uso del término “estándar” en general, y en la jurisprudencia constitucional colombiana, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: QUINCHE, Manuel Fernando. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 19-39.

³⁶⁹ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: RETTBERG, Angélica [Comp.]. *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC) y Universidad de Los Andes, 2005, p. 24. Citado en: QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. cit.*, p. 27.

³⁷⁰ “De acuerdo con la definición de instrumentos internacionales adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ‘la noción de instrumentos internacionales es más amplia que la de tratados, dado que incluye los actos unilaterales de organizaciones internacionales y los instrumentos concertados no convencionales, además de los tratados propiamente dichos’. (Comisión de Derechos Humanos, *Aplicación universal de los tratados internacionales de derechos humanos*, Informe preliminar preparado por el Sr. Emmanuel Decaux, Relator Especial encargado de realizar un estudio detallado sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/8, 6 de julio de 2004, párr. 7)”. Citado en: RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 23.

³⁷¹ QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. cit.*, p. 27.

Así mismo, dicha normatividad –en sentido amplio- así como las experiencias a las cuales ha correspondido, han gestado una forma de justicia que contiene a las primeras (normas) y propende por regular las segundas (experiencias): la justicia transicional.

Más adelante se aludirá con mayor profundidad a esta expresión³⁷², por ahora, basta con mencionar que la misma, quizá por encontrarse aún en evolución, carece de una definición universalmente aceptada, aunque, algunos autores ofrecen una idea básica que resume lo mencionado hasta aquí:

[L]a justicia transicional hace referencia a la idea de que luego de períodos de violaciones masivas a los derechos humanos, las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a la democracia, no pueden hacerse de cualquier manera, sino que deben tener unos mínimos de justicia asociados al respeto de derechos de las víctimas. Pero a su vez, el enfoque de la justicia transicional reconoce que en las transiciones operan restricciones fácticas que imponen ciertos límites a la consecución de una justicia plena, por lo cual se trata siempre de una justicia imperfecta (...) ³⁷³.

Así, a continuación se examinará brevemente cuáles son los estándares internacionales de los procesos de transición, la forma como los mismos se han incorporado al ordenamiento jurídico interno, en específico, su adopción en la Ley de Justicia y Paz, y se presentará el conjunto de normas internas que conforman el marco jurídico de paz en Colombia.

2.2.1. Estándares internacionales que enmarcan el proceso de Justicia y Paz

Como se mencionó, los procesos de transición a la democracia o a la paz experimentan una tensión entre lo fáctico y lo jurídico, que, traducida en clave de valores implica una tensión entre paz y justicia, la cual, con el correr de los años se ha inclinado a favor de la segunda a través de la consolidación de los estándares que propenden por regular dichos procesos, estándares que han sido aceptados por los Estados en una lógica que tiene como resultado su autolimitación para negociar acuerdos de paz, debido al sometimiento voluntario a obligaciones internacionales³⁷⁴.

La regulación de la facultad de los Estados para ejecutar acuerdos de paz ha sido signada por el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) con cuatro características de particular notoriedad: i) el

³⁷² *Infra*, num. 2.3.3.

³⁷³ UPRIMNY, Rodrigo. “Prólogo”. En: RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 10.

³⁷⁴ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 48.

aumento de las obligaciones de los Estados en materia de protección de los Derechos Humanos; ii) el establecimiento de la responsabilidad penal individual con ocasión de la comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; iii) la ampliación de los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de protección de los Derechos Humanos; y iv) la extensión de la protección de los Derechos Humanos de tiempos de paz a tiempos de guerra y de tiempos de guerra a tiempos de transición³⁷⁵.

Ahora, ¿cuáles son los estándares internacionales que deben respetar los procesos de transición?. Pues no son otros que las obligaciones del Estado respecto de las víctimas de las violaciones graves a los Derechos Humanos (en ocasiones, como en el derecho a la verdad, también la sociedad se considera víctima), sistematizadas en su forma más elaborada (sin desconocer que hay antecedentes) por Louis Joinet en el *Informe Final del relator especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*³⁷⁶, conocidos como los Principios de Joinet³⁷⁷.

Según dichos principios “(...) los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables, exigibles incluso en procesos de transición: (1) la satisfacción del derecho a la justicia, (2) la satisfacción del derecho a la verdad, (3) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, y (4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición”³⁷⁸.

En acuerdo con la posición de estudiosos del tema, hay que recordar que los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición no se encuentran vinculados exclusivamente con los procesos de transición, pues les corresponden a las víctimas de graves vulneraciones a los derechos humanos en cualquier contexto³⁷⁹. Sin embargo, es en los escenarios de transición donde “(...) adquieren una especial relevancia, porque emergen como límites normativos de las decisiones políticas que toman tanto los gobernantes como las mismas sociedades”³⁸⁰.

Respecto de sus fuentes, como se adujo líneas atrás, los derechos de las víctimas de vulneraciones graves a los Derechos Humanos (cláusula genérica que sirve para dar cuenta del fenómeno, pero, se especifica según el

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 51.

³⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

³⁷⁷ Los Principios de Joinet han sido objeto de actualizaciones posteriores, la última fue presentada el 8 de febrero de 2005 por Diane Orentlicher, experta independiente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, encargada de llevarla a cabo.

³⁷⁸ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 52.

³⁷⁹ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 18.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 18.

instrumento de que se trate) surgen de las *obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos* consagradas en el DIDH –tanto en el sistema universal, como en los sistemas regionales–, así como en el DIH y en el DPI.

Ahora, “(...) según las escuelas positivistas, toda norma internacional tiene un único origen: la voluntad estatal, manifestada de manera expresa (tratado internacional) o tácita (costumbre internacional)”³⁸¹, de manera que las obligaciones de los Estados a las que aquí se alude, tendrían alguna de esas dos fuentes. A continuación se aludirá a la primera.

En punto de la manifestación de la voluntad expresa de los Estados, el referente más claro se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁸², cuyo artículo 26, consagra el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y se erige como garantía del cumplimiento de las obligaciones de los Estados, en materia de Derechos Humanos y de DIH; obligaciones que pueden ser de carácter general o de carácter específico³⁸³.

Dentro de las obligaciones generales, se destaca el deber del Estado de respetar los derechos y garantizar su ejercicio, reconocido, a nivel universal, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) (arts. 2.1 y 2.2), y a nivel regional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH) (art. 1.1).

Acerca del carácter vinculante de estos documentos en Colombia, ya que este no es el espacio para ahondar en el complejo sistema de fuentes del Derecho nacional³⁸⁴, basta con aseverar que los mismos forman parte del ordenamiento jurídico interno con raigambre constitucional (esto es, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto), en la medida que cumplen los presupuestos del artículo 93.1 de la Constitución Política, y su aprobación se dio mediante la expedición de las Leyes 32/85 (Convención de Viena), 74/68 (PIDCP), y 16/72 (CADH).

Retomando, como obligaciones específicas, para lo que atañe al presente trabajo, se mencionan aquellas relacionadas con los derechos de las víctimas de graves vulneraciones de los Derechos Humanos a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, así:

³⁸¹ RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Universidad de Los Andes y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011, p. 45.

³⁸² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Doc A/CONF.39/27 (1969).

³⁸³ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 46.

³⁸⁴ Acerca de la incorporación de instrumentos internacionales al ordenamiento jurídico nacional, y del Bloque de Constitucionalidad en Colombia, ver: RAMELLI, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 27-82, y UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.

El *derecho a la justicia* se encuentra ligado a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para combatir la impunidad, ya que implica la obligación general de impartir justicia que “(...) puede ser llevada a la práctica tanto a través de los mecanismos penales ordinarios de los Estados como a través de la creación de tribunales especializados [tanto nacionales como internacionales] (...)”³⁸⁵.

Aunada a la anterior, se cuenta con la obligación de investigar, juzgar, condenar e imponer penas adecuadas³⁸⁶ a los responsables de las vulneraciones a los diferentes marcos normativos, a saber: a nivel del DIH, los Convenios I (art. 49), II (art. 50), III (art. 129) y IV (art. 146) de Ginebra de 1949, así como el Protocolo I Adicional a los mismos, establecen el deber de perseguir penalmente a quienes hayan cometido graves infracciones al DIH.

A nivel del DPI, con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)³⁸⁷, queda clara la obligación de los Estados de perseguir crímenes internacionales nucleares, esto es, los previstos en el Estatuto (párrafos 4 a 6 del Preámbulo)³⁸⁸.

Kai Ambos explica que antes de la adopción y entrada en vigor del Estatuto de la CPI, no era muy claro en qué medida existía un deber internacional de perseguir crímenes internacionales, aunque el mismo se deducía convincentemente de obligaciones contenidas en tratados como las Convenciones sobre Genocidio, sobre la Tortura y los Convenios de Ginebra de 1949³⁸⁹, así como de los Estatutos de Tribunales *ad hoc*, como el de Ruanda o el de la ex - Yugoslavia.

Esta nota se hace por cuanto es buen preámbulo para aludir que a nivel del DIDH no existe la referida obligación de manera expresa, al menos en un tratado internacional de carácter general, pues otros instrumentos, conforme la definición del término ofrecida arriba, sí han especificado el punto, como los documentos de los órganos de supervisión de los convenios internacionales de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos³⁹⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité contra la tortura, entre otros³⁹¹; así como algunos instrumentos que aluden a una forma específica de

³⁸⁵ FUNDACIÓN SOCIAL. *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Verdad, justicia y reparación*. Bogotá: Fundación Social, 2005, p. 42.

³⁸⁶ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 53.

³⁸⁷ El Estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1º de julio de 2002. Colombia lo aprobó mediante la Ley 742 de 2002 y depositó el instrumento de ratificación el 5 de agosto de ese mismo año, con una reserva, según la cual, la Corte no tendría competencia para conocer de crímenes de guerra por un lapso de siete años, esto es, hasta el 1º de noviembre de 2009.

³⁸⁸ AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008, p. 33.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 28-30.

³⁹⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto de 2010, CCPR/C/COL/CO/6, Párr. 9.

³⁹¹ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 54.

vulneración, como las referidas Convenciones sobre Genocidio y sobre la Tortura; y la jurisprudencia de la Corte IDH³⁹².

Ante esta situación, la doctrina ha explicado que en el escenario del DIDH, la obligación en mención se infiere y está contenida en el deber de los Estados de proporcionar a las víctimas un recurso judicial efectivo³⁹³, esto es:

a) dar a conocer, a través de medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; b) adoptar, en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas, las medidas necesarias para que éstas no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos; c) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación del caso³⁹⁴.

En el sistema universal, esta obligación se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 8°) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 (art. 2.3)³⁹⁵.

A nivel regional, el derecho a un recurso judicial efectivo para las víctimas (como es obligación del Estado, también es derecho de los destinatarios), es reconocido por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950 (art. 13), por la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981 (art. 7.1), y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 (art. 25)³⁹⁶.

En síntesis, se tiene que en las ramas del DIH y del DPI existe de manera expresa a nivel de tratados, la obligación fundante del derecho a la justicia: perseguir a los responsables de las vulneraciones graves a los Derechos Humanos, cuya especificidad se da según el Estatuto que la contiene. Y, en la rama del DIDH, la misma obligación se infiere de otra obligación: garantizar un

³⁹² Véase, entre otros: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párr. 294, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Párr. 41, Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, Párr. 233, Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párr. 262, Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, Párr. 106.

³⁹³ Cfr.: BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 53. En este texto, Botero y Restrepo aluden a la obligación de los Estados de investigar, juzgar, condenar e imponer penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los de los Derechos Humanos, y como fuente o respaldo, en punto del DIDH, citan las disposiciones que consagran expresamente el derecho a un *recurso judicial efectivo*.

³⁹⁴ FUNDACIÓN SOCIAL. *Op. cit.*, p. 47.

³⁹⁵ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 23.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 24.

recurso judicial efectivo, salvo que se consulten otros instrumentos internacionales sobre casos específicos, y decisiones de organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, que sí han desarrollado la referida obligación. .

Este deber general contiene, a su vez, cuatro obligaciones: i) investigar todo lo relacionado con las vulneraciones a los Derechos Humanos; ii) sancionar a los responsables; iii) imponer penas proporcionales a los responsables; y iv) respetar el debido proceso³⁹⁷.

Respecto del *derecho a la verdad*, se tiene que su primer referente también se ubica en el DIH, el cual reconoció explícitamente la existencia del derecho a la verdad de los familiares de personas desaparecidas, en el art. 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949³⁹⁸.

En segunda medida, se encuentra otro referente circunscrito a la desaparición forzada, en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, primer tratado de Derechos Humanos que ampara expresamente el derecho a la verdad en su artículo 24³⁹⁹: “[t]oda víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Todo Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”.

Posteriormente, los Principios de Joinet (1° a 4°) “establecen el ‘derecho inalienable a la verdad’, el ‘deber de recordar’ y el ‘derecho de las víctimas a saber’”⁴⁰⁰, afirmación que se hace en dos dimensiones: “(...) una individual y otra colectiva (...). La dimensión individual se refiere al derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en las que las violaciones graves tuvieron lugar y, en casos de desaparición y muerte, la suerte que corrió la víctima”⁴⁰¹.

Para garantizar este derecho, el Estado debe adoptar diseños institucionales que permitan su realización en la forma más idónea posible y no enfrente obstáculos legales que lo hagan ilusorio⁴⁰². En este sentido, se cuenta con mecanismos judiciales y no judiciales para garantizar la verdad, entre estos últimos, que los Principios de Joinet regulan *in extenso* (5° al 12), se encuentran las comisiones de investigación que incluyen las comisiones de la

³⁹⁷ Para un desarrollo de cada una, ver: BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, pp. 54 y ss.

³⁹⁸ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008, p. 82.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁰⁰ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁰¹ FUNDACIÓN SOCIAL. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Sentencia de mayo 11 de 2007, párr. 195.

verdad⁴⁰³, las cuales, aclara la doctrina, complementan o preparan la persecución penal, pero, no la sustituyen⁴⁰⁴.

Por su parte, la dimensión colectiva del derecho a la verdad se manifiesta en el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad de lo ocurrido, así como los motivos y las circunstancias en las cuales fueron cometidos los hechos victimizantes⁴⁰⁵.

Acerca del *derecho a la reparación*, si bien tiene como referentes el principio general del derecho internacional, reconocido desde larga data, en virtud del cual toda violación de una obligación internacional entraña la obligación de proveer reparación⁴⁰⁶, y una serie de instrumentos convencionales y declarativos que, para derechos específicos, lo protege⁴⁰⁷, son los Principios de Joinet (principio 33) los que establecen de manera más general y depurada la noción de derecho a la reparación al determinar que:

“[t]oda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación (...)”. Así mismo, señalan que “(...) deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y, por otra, medidas de satisfacción (...)” (principio 36).

Estos derechos son desarrollados en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁴⁰⁸, originados en los trabajos de Theo van Boven y Cherif Bassiouni, que definen la reparación como *restitutio in integrum*, en la medida que persigue “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación”.

Vale la pena acotar que esa definición hoy, en contextos de pobreza y exclusión, es controvertida, por cuanto devolver a una víctima que se encontraba en una situación de carencias y vulnerabilidad, aún antes del hecho que le propició un daño en medio del conflicto, al mismo escenario plétórico de necesidades, no causaría un efecto reparador y mucho menos constituiría una garantía de no repetición. De esta manera, *contratio sensu* a la reparación con vocación correctiva, algunos autores proponen una reparación con vocación transformadora, esto es, una fórmula que incluya la justicia distributiva en el

⁴⁰³ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁰⁴ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, pp. 52 y 61.

⁴⁰⁵ FUNDACIÓN SOCIAL. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁰⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁰⁷ Como ejemplos se citan los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.5 y 14.6); Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 14); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6); y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 24), entre otros.

⁴⁰⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

discurso de la reparación, de suerte que se apliquen medidas que contribuyan a la superación de las condiciones de marginalidad que propiciaron o facilitaron la victimización⁴⁰⁹.

El derecho a la reparación, como el derecho a la verdad, admite una dimensión colectiva que responde a la definición general de reparación y a los mismos objetivos, pero, a diferencia de la reparación individual, puede tener destinatarios diferentes, las colectividades, que pueden ser de dos tipos: comunidades (como las minorías nacionales o étnicas); y grupos, tanto los preexistentes al hecho que genera el daño, como los conformados con ocasión de un mismo daño⁴¹⁰.

Finalmente, las *garantías de no repetición*, a las que se refieren tanto los Principios de Joinet, como los de van Boven y Bassiouni, aluden a una serie de medidas encaminadas a prevenir que los hechos victimizantes, vuelvan a ocurrir. Este principio es incluido con frecuencia como parte del derecho a la reparación, de ahí que, en adelante, se disminuirán las alusiones expresas a él, por entenderse comprendido en otro derecho.

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, contemplan la limitación de la competencia de los tribunales penales militares, el fortalecimiento de la independencia de la rama judicial, la capacitación de todos los sectores sociales en materia de Derechos Humanos y DIH, y la revisión y reforma de las disposiciones legales que permitan o contribuyan a la violación de los Derechos Humanos⁴¹¹.

En sentido similar, los Principios de Joinet dividen en tres clases las garantías de no repetición: “(1) medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; (2) medidas de derogación de disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones; y (3) medidas (...) que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones”⁴¹².

Pues bien, resta precisar dos puntos: en primer lugar, se ha mostrado que el desarrollo de los derechos de las víctimas de las vulneraciones graves a los Derechos Humanos se ha dado principalmente a través de los Principios de Joinet (actualizados por Orentlicher), y en los Principios y Directrices basados en los trabajos de van Boven y de Bassiouni⁴¹³. Adicionalmente, y es lo que

⁴⁰⁹ Cfr.: UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”. En: DÍAZ, Catalina; SÁNCHEZ, Camilo y UPRIMNY, Rodrigo [Eds.]. *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), 2009, pp. 31 y ss.

⁴¹⁰ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, pp. 90-91.

⁴¹¹ BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 78.

⁴¹² *Ibidem*, p. 79.

⁴¹³ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, pp. 36-38.

falta agregar, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido ampulosa en su abordaje de manera que una referencia completa del punto, pretensión que no corresponde con la naturaleza de este documento, quedaría incompleta sin aludir a la importancia de las decisiones de la Comisión, y especialmente, de la Corte IDH⁴¹⁴ sobre el tema.

Así, se puede concluir que los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición se encuentran dispersos en diversas normas internacionales, de manera que

(...) la labor de concreción y de configuración como derechos humanos es obra, por una parte, de la jurisprudencia de la [Corte Interamericana de Derechos Humanos] y de las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en tanto que órgano de vigilancia del cumplimiento del PIDCP; por otra, de ciertas normas de *soft law*, y especialmente de los trabajos de determinados relatores de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (a partir de marzo de 2006, Consejo de Derechos Humanos)⁴¹⁵.

En segundo lugar, con base en lo anterior, no es posible soslayar que la forma como los derechos en mención han sido consolidados, representa un caso difícil para su incorporación en el ámbito jurídico nacional. Sin embargo, “[m]erced al bloque de constitucionalidad se han venido incorporando [como] nuevos derechos fundamentales al ordenamiento jurídico colombiano”⁴¹⁶.

Ya se mencionó en este documento⁴¹⁷ que este proceso de reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal en Colombia tuvo su principal hito en el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó el artículo 250 de la Constitución Política con el propósito de implementar en el país el sistema procesal penal acusatorio⁴¹⁸, y que desarrollos jurisprudenciales previos (como

⁴¹⁴ Al respecto, ver: QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. cit.* pp. 41-128. En particular, este autor señala el Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala como hito en punto del derecho a la verdad (pp. 70-71); el Caso Myrna Chang Vs. Guatemala como consolidación de los estándares en materia de verdad, justicia y reparación (pp. 72 y ss.); los Casos Barrios Altos y La Cantuta Vs. Perú, y Almonacid Arellano Vs. Chile como referentes en materia de verdad y de justicia (pp. 91 y ss.); y, en lo atinente a la reparación, da cuenta de una profusa línea en la cual se tienen como ejemplos los siguientes Casos (pp. 102 y ss.): Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua, Yatama Vs. Nicaragua, 19 Comerciantes Vs. Colombia, para analizar la participación de las víctimas en punto de las reparaciones; Palmara Iribarne Vs. Chile, a propósito de medidas de restauración; Cantoral Benavides Vs. Perú y Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, acerca de las medidas de satisfacción, y esta última también para revisar el punto de las indemnizaciones.

⁴¹⁵ RAMELLI, Alejandro. *Op. cit.*, p. 72.

⁴¹⁶ RAMELLI, Alejandro. *Op. cit.*, p. 71. Como respaldo a esta afirmación, el autor cita, a modo de ejemplo, los siguientes fallos de la Corte Constitucional de Colombia: C-004 de 2003; C-871 de 2003; C-454 de 2006; C-370 de 2006; T-576 de 2008 y C-1199 de 2008.

⁴¹⁷ *Supra*, num. 1.3.2.

⁴¹⁸ En el sistema procesal penal anterior, contemplado en la Ley 600 de 2000, la víctima individual o popular sólo podía constituirse en el proceso penal como parte civil con la finalidad de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible o podía reclamar dichos derechos ante la jurisdicción civil.

antecedentes) y posteriores, han acompañado este criterio, hasta llegar al proceso de Justicia y Paz que, como proceso de justicia transicional, ha sido la máxima expresión de dicha evolución⁴¹⁹.

2.2.2. Normatividad de paz vigente en Colombia

Si bien en el presente trabajo se ha aludido a un proceso de paz respaldado con la expedición de la Ley 975 de 2005, y por tanto, se podría inferir que es aquel el marco jurídico para la paz en Colombia, lo cierto es que son más las normas vigentes que, con diferentes objetivos y propósitos, conforman lo que podría denominarse una normatividad de paz en Colombia.

Los distintos procesos de paz en el país, tanto los fallidos como los exitosos, han estado acompañados de un soporte jurídico que les ha brindado legalidad y, de hecho, en algunos casos han terminado con acuerdos cuyo armisticio ha sido la expedición de una nueva Constitución Política⁴²⁰, como sucedió entre 1989 y 1991, cuando, las negociaciones entre el gobierno nacional y los grupos guerrilleros Movimiento 19 de Abril (M-19), Ejército Popular de Liberación (EPL), Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL), constituyeron uno de los factores determinantes para la promulgación de la Constitución Política de 1991⁴²¹.

Ejemplos paradigmáticos de esta relación entre lo político y lo jurídico, han sido los siguientes: las leyes No. 37 de 1981⁴²², y No. 35 de 1982⁴²³, que concedían amnistías a los autores y partícipes de hechos constitutivos de delitos políticos; la Ley No. 49 de 1985⁴²⁴, mediante la cual se facultó al gobierno para conceder indultos por los delitos de rebelión, sedición y asonada; y No. 77 de 1989⁴²⁵, que constituyó el marco jurídico para la desmovilización y concesión de los beneficios de amnistía e indulto a los miembros del M-19.

⁴¹⁹ *Supra*, num. 1.3.2.

⁴²⁰ Cfr.: VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y CEREC, 1987.

⁴²¹ Cfr.: “(...) es evidente que la convocación de una Asamblea Constitucional facilita la reincorporación de grupos alzados en armas a la vida civil, puesto que antiguos grupos guerrilleros, como el M-19, manifestaron como elemento trascendental para ese significativo paso, la posibilidad de participar en el seno de una Asamblea Constitucional y que otros grupos alzados en armas han manifestado formalmente su intención de acogerse al régimen civil por medio de su integración al proceso de cambio institucional a cargo de la Asamblea Constitucional, entre ellos el EPL, el Quintín Lame y el PRT”. Decreto No. 1926 de 1990 “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”, Considerando, párr. 4º.

⁴²² “Por la cual se declara una amnistía condicional”.

⁴²³ “Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”.

⁴²⁴ “Por la cual se concede una autorización al Presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones”.

⁴²⁵ “Por la cual se faculta al Presidente de la República para conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación”.

Así mismo, se cuenta con el Decreto No. 213 de 1991 que soportó la suscripción de acuerdos de paz –y la consecuente concesión de amnistías e indultos– con los miembros del EPL (15 de febrero de 1991), el PRT (25 de enero de 1991) y el MAQL (27 de mayo de 1991).

Otros ejemplos significativos son: el Decreto No. 1943 de 1991⁴²⁶, marco para el acuerdo de paz firmado con los Comandos “Ernesto Rojas” –disidencia del EPL– el 20 de marzo de 1992, así como la Ley 104 de 1993⁴²⁷, expedida en medio de las negociaciones con la Corriente de Renovación Socialista (CRS) – grupo disidente de la Unión Camilista-Ejército de Liberación Nacional (UC-ELN)–, formalizadas a través de un acuerdo suscrito el 9 de abril de 1994⁴²⁸; ley que también fue marco para la desmovilización de las Milicias Populares y Bolivarianas de Medellín y del Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera⁴²⁹.

Un nuevo marco jurídico para la paz surge con la Ley 418 de 1997⁴³⁰, que deroga las Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 (art. 131), y tiene tres componentes fundamentales, a saber: i) faculta al gobierno para propiciar acercamientos y firmar acuerdos de paz con Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML); ii) consagra medidas de atención humanitaria para las víctimas de la violencia política; iii) establece causales de extinción de la acción penal y de la pena por hechos constitutivos de delito político y conexos (complemento que se suprimió con las modificaciones posteriores a la ley), esto es, amnistías e indultos.

Con base en esta norma, se suscitó la desmovilización del Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados (MIR-COAR), el 29 de julio de 1998, al amparo de los Decretos 1247 de 1997 y 2087 de 1998⁴³¹.

También sirvió como marco jurídico para que el gobierno de Andrés Pastrana iniciara las negociaciones de paz con las FARC en 1998, en cuyo desarrollo, mediante las Resoluciones No. 85 del 14 de octubre de 1998, y No. 39 de 1999, estableció la controvertida “zona distensión” con una extensión de 42,139

⁴²⁶ “Por el cual se dictan medidas sobre indulto y Amnistía”.

⁴²⁷ “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Los beneficios que previó esta ley (causales de extinción de la acción penal y de la pena) no sólo pretendían cobijar a miembros de grupos subversivos como en las legislaciones anteriores. Esta vez, los beneficios se dirigían a “(...) personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados ‘milicias populares rurales o urbanas’” (art. 9°). Posteriormente, mediante la Ley 241 de 1995, que prorroga la vigencia, modifica y adiciona la Ley 104 de 1993, se agregan expresamente como destinatarios “las llamadas autodefensas” (art. 2°).

⁴²⁸ CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS. *Diez años después. Un balance del proceso de paz con la CRS*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, 2005, p. 2.

⁴²⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el Proceso de desmovilización en Colombia*. Diciembre 13 de 2004, párr. 56.

⁴³⁰ “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

⁴³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el Proceso de desmovilización en Colombia*. Diciembre 13 de 2004, párr. 57.

Km2, en San Vicente del Caguán (Caquetá), La Macarena, Mesetas, Uribe y Vista Hermosa (Meta), establecida originalmente el 23 de octubre de 1998 por tres años y cuatro meses y fue prorrogada en diciembre de 1999 mediante resolución No. 092⁴³².

La Ley 418 de 1997 mantiene su vigencia, prorrogada y parcialmente modificada y adicionada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

De hecho, en vigencia de la Ley 782 de 2002, el gobierno de Álvaro Uribe adelantó los acuerdos con los grupos paramilitares que, como se mencionó, tuvieron como resultado un nuevo marco normativo: la Ley 975 de 2005⁴³³.

Esta Ley, conocida como Ley de Justicia y Paz, en esencia, contiene un procedimiento penal especial que prevé la concesión condicionada del beneficio de la pena alternativa para los desmovilizados que hayan sido postulados al proceso, esto es, la suspensión de la pena principal establecida de acuerdo a la normatividad ordinaria, y su sustitución por una pena que puede oscilar entre 5 u 8 años de privación de la libertad (art. 29).

Su contenido se presentará más adelante, sin embargo, es oportuno hacer notar desde ya, que representa una ruptura con las fórmulas vistas con antelación en la medida que no contempla medidas explícitas de amnistía o indulto⁴³⁴, esto, quizá en parte, a que para el momento de su elaboración ya se contaba, como se vio atrás, con una serie de estándares internacionales más consolidados que otrora, para escenarios de paz.

Por ahora, basta mencionar que desde 2005, muchos han sido los problemas y desafíos que ha enfrentado la Ley de Justicia y Paz, entre las cuales se cuenta el hecho de ser el único instrumento jurídico mediante el cual el Estado pretendió, en su momento, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad (art. 7°), la justicia (art. 6°) y la reparación (art. 8°), y la dificultad de lograr ese propósito por medio de un procedimiento judicial excepcional, ha sido, muy probablemente, uno de los motivos que ha llevado al gobierno nacional a proferir decretos y tener la iniciativa legislativa en proyectos de ley con vocación de complementar el marco jurídico de paz en Colombia.

⁴³² *Ibidem*, párr. 58.

⁴³³ “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”.

⁴³⁴ Sectores de la doctrina consideran, *contrario sensu*, que La ley de Justicia y Paz constituye un indulto encubierto a paramilitares. Al respecto, ver: RODRÍGUEZ, Evaristo. “Indulto encubierto a paramilitares y capitulación de la Corte Constitucional”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista Pensamiento Jurídico. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, No. 17, Noviembre-Diciembre de 2006, pp. 191-209.

Así, mediante el Decreto No. 1290 de 2008⁴³⁵, con base en el “principio de solidaridad y la obligación residual de reparar” –el cual resultó bastante controvertido–, el gobierno creó un “Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley” (art. 1°).

En el decreto, se establecen montos específicos para las víctimas, directas o indirectas, según el caso, de homicidio, desaparición forzada y secuestro (cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales), tortura (treinta (30) salarios mínimos mensuales legales), desplazamiento forzado (hasta veintisiete (27) salarios mínimos mensuales legales), reclutamiento ilícito (treinta (30) salarios mínimos mensuales legales), entre otras conductas.

Tres críticas fundamentales recibió este programa: i) no haber incluido la participación de las víctimas en su elaboración ni en el mecanismo implantado; ii) no prever medidas integrales de reparación y, en su lugar, privilegiar la indemnización; y iii) en el punto de indemnización, establecer montos muy bajos⁴³⁶

Posteriormente, se expide la Ley 1312 de 2009⁴³⁷ por medio de la cual, entre otras disposiciones, se incluía una causal específica para la aplicación del Principio de Oportunidad, directamente relacionada con los desmovilizados de GAOML.

El texto original, decía:

Artículo 324. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:
(...)

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

Esta norma tenía la clara intención de que los Fiscales aplicaran el principio de oportunidad cuando conocieran de casos de desmovilizados no postulados a

⁴³⁵ “Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley”.

⁴³⁶ SAFFON, María Paula. “El decreto que repara a las víctimas: más retórico que eficaz”. En: *Revista Semana*, Edición Junio 04 de 2008. En línea, disponible en: <http://www.semana.com/opinion/decreto-repara-victimas-retorico-eficaz/112370-3.aspx>. Consultado por última vez: julio 15 de 2011.

⁴³⁷ “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, y cuyo único delito fuera la pertenencia al GAOML, que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, implicaría, haber incurrido en el delito de concierto para delinquir⁴³⁸.

Sin embargo, mientras duró vigente, esta norma nunca fue aplicada, y terminó por salir del ordenamiento jurídico a través de decisión de la Corte Constitucional que la declaró inexecutable⁴³⁹, por considerar, entre otras razones, que aplicar el principio de oportunidad en el contexto de una desmovilización de un GAOML, implica la renuncia del Estado a su deber de investigar y sancionar delitos que afectan gravemente la dignidad humana, lo que conduce al desconocimiento del derecho de las víctimas al acceso a un recurso judicial efectivo, y por esa vía a la justicia, la verdad y la reparación integral, y con esto, al incumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano⁴⁴⁰.

Esta decisión de la Corte Constitucional, conllevó una rápida e improvisada reacción del gobierno que presentó al Congreso un proyecto que sería ley de la república en menos de dos meses, lo que constituyó realmente un récord en la historia de los trámites legislativos de Colombia.

Se trata de la Ley 1424 de 2010⁴⁴¹, con la cual se crea un Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación con las personas desmovilizadas de GAOML que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos (arts. 1° y 2°).

Así mismo, se crea un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, en el cual, las personas que suscriban el referido acuerdo dirán la verdad sobre su participación en los grupos ilegales, declaración que no puede ser usada en un proceso judicial no contra ellos, ni contra terceros (art. 4°).

El beneficio que concede esta ley para quienes decidan suscribir el acuerdo y participen en el mecanismo –muestra de su interés especial en la verdad, más que en la justicia–, recae sobre la libertad, según el caso: quienes se encuentren condenados, se beneficiarán con la suspensión condicional de la

⁴³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, Julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez. Consideraciones, num. 1.7.

⁴³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-936 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas.

⁴⁴⁰ *Ibidem*. Fundamentos de la Decisión, num. 63.

⁴⁴¹ “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

ejecución de la pena por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la sentencia (art. 7°); y, quienes se encuentren procesados, se beneficiarán con la suspensión de las órdenes de captura (art. 6°).

Finalmente, este recorrido por la normatividad de paz en Colombia, termina con la expedición de la Ley 1448 de 2011⁴⁴², mejor conocida como “Ley de Víctimas”, la cual, al revisar el conjunto de normas citadas hasta aquí, se presenta como la primera Ley que tiene como únicas destinatarias las víctimas del conflicto armado en el país⁴⁴³, a diferencia de los otros marcos normativos alusivos a la paz, que, en su mayoría, han priorizado a los GAOML y sus beneficios.

Como lo señala su artículo 2°, la “(...) ley regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas de que trata el artículo 3° (...), ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía”. Es decir, su componente fundamental se encuentra en punto de la reparación.

Algunas de las medidas que se destacan de la Ley 1448 de 2011 son las siguientes: i) la creación de un registro único de víctimas (art. 154) que permitiría la unificación de los múltiples sistemas de registro coexistentes y dispersos; ii) la flexibilización de estándares probatorios a favor de las víctimas a través de la introducción de figuras como la presunción de la buena fe de las víctimas (art. 5°), la inversión de la carga de la prueba (art. 78), y principios favorables a las víctimas en casos especiales como violencia sexual (art. 38), entre otros; iii) la creación de acciones, instituciones y procedimientos específicos en materia de reparación, y en particular, en punto de restitución de los despojados (arts. 71 y ss); y, iv) el establecimiento de un enfoque diferencial para grupos en condiciones de vulnerabilidad como mujeres, niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y discapacitados.

Así, se tiene que Colombia ha transitado un largo camino de esfuerzos legislativos encaminados a la consecución de la paz, de los cuales, llama la atención el hecho que, al menos hasta 2005 y la expedición de la Ley de Justicia y Paz, había un derrotero común entre las diferentes iniciativas, marcado por tres características: i) las medidas se concentraban en lo político, de manera que el escenario jurídico se limitaba a la concesión de beneficios pero no actuaba más allá; ii) había un fuerte interés por la paz, que predominaba sin titubeos sobre de la justicia; y iii) los instrumentos

⁴⁴² “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁴³ Podría citarse como otras leyes con una pretensión semejante y anteriores a la Ley 1448 de 2011, algunas que consagran medidas especiales dirigidas a víctimas de algún daño o delito en particular como la Ley 387 de 1997 “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”; la Ley 986 de 2005 “Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones”; y la Ley 1436 de 2011 “Por medio de la cual se otorgan beneficios a las familias de las personas secuestradas con posterioridad al ejercicio de su cargo”.

contemplados para negociar la paz, se reducían a medidas de amnistía e indulto dirigidas a los desmovilizados, sin observar la participación o los intereses de las víctimas.

En cuanto a la normatividad vigente (a partir de la Ley 418 de 1997 y las normas posteriores que se citaron, en especial, la Ley 975 de 2005) se puede concluir preliminarmente que, inicialmente, se concentró en la justicia, a través de la concesión de beneficios punitivos de diferente orden (amnistías, indultos o penas alternativas), pero, poco a poco ha habido una evolución hacia la búsqueda de fórmulas de verdad (ley 1424 de 2010) y de reparación (ley 1448 de 2011).

A continuación, se verá que la diferenciación insinuada entre marcos normativos de paz anteriores a 2005 y los vigentes, encuentra su fuente principal en la Ley de Justicia y Paz, cuya caracterización, a partir de la fórmula de justicia transicional, el examen de su contenido y de un análisis sobre sus diferencias con el procedimiento ordinario, permitirá constatar que marca una nueva era en los procesos de paz en Colombia.

2.3. POSIBLE CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Se ha visto hasta aquí que la Ley de Justicia y Paz se encuentra determinada por una serie de antecedentes y un marco normativo nacional e internacional que reafirman la subhipótesis esbozada acerca de su particularidad respecto de otras normas que, al igual que ésta, prevén un procedimiento penal, y la consecuente dificultad de abordar sus desafíos con base en herramientas ordinarias.

A continuación se brindarán nuevos elementos para sustentar lo anunciado a partir de un esfuerzo por caracterizar el proceso de Justicia y Paz desde cuatro componentes, a saber: i) los tres momentos que han marcado lo que hoy es la Ley; ii) su contenido; iii) el uso de las herramientas de la Justicia Transicional en Justicia y Paz; y iv) las diferencias específicas del Proceso Especial de Justicia y Paz respecto del Procedimiento Penal Ordinario.

2.3.1. Tres momentos de la Ley de Justicia y Paz: concepción, expedición y desarrollo jurisprudencial

La caracterización del proceso especial de justicia y paz no es fácil, si se tiene en cuenta que su norma principal, la Ley 975 de 2005 que lo crea, ha sufrido una serie de transformaciones que se pueden resumir en tres momentos, a saber: i) concepción; ii) promulgación; y, iii) desarrollo jurisprudencial. Es decir, una era la idea que tenía el gobierno nacional cuando presentó el primer

proyecto de ley, otra fue la ley que finalmente se expidió, y otra es la normatividad con que se cuenta tras su ampuloso desarrollo jurisprudencial⁴⁴⁴.

En agosto de 2003, un mes después de firmado el Acuerdo de Santa Fe de Ralito, el gobierno presentó un proyecto de ley que denominó “Alternatividad Penal” (Proyecto de Ley Estatutaria No. 85 de 2003 - Senado), cuyo énfasis estaba en los beneficios de los desmovilizados, en particular, establecer en su favor una suspensión condicional de la pena cuando estuvieren condenados. El mismo beneficio para quienes fueran condenados después de la desmovilización, tras cumplir cinco años de pena, siempre que no reincidieran en la comisión de delitos, y realizaran actos de reparación definidos en la misma ley. La pena alternativa a la prisión se otorgaba si se reparaba a las víctimas⁴⁴⁵.

La consecuencia que traía esa ley, era que los desmovilizados no estarían un solo día en prisión y todos tendrían penas alternativas⁴⁴⁶.

El proyecto recibió fuertes críticas de sectores políticos, académicos y de los movimientos sociales, quienes aducían, entre otros, los siguientes argumentos: i) cualquier delito estaba comprendido dentro de los beneficios; ii) no había diferenciación en cuanto a la responsabilidad; y, iii) no constituía una medida para combatir la impunidad⁴⁴⁷.

Tras un amplio debate que incluyó la organización de Audiencias Públicas, se obtuvieron dos resultados: i) la presentación de un pliego de modificaciones al proyecto inicial por parte del gobierno, que se tituló “Proyecto de Ley de verdad, justicia y reparación”⁴⁴⁸; y ii) la presentación de nuevas iniciativas legislativas relacionadas con la desmovilización de los paramilitares, que sumaron nueve. Al final, triunfó una nueva iniciativa del gobierno⁴⁴⁹ (Proyecto de Ley No. 211 de 2005 – Senado), aunque reformada con respecto a las iniciales.

El 25 de julio de 2005 se expidió la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

⁴⁴⁴ Cfr.: URPIMNY, Rodrigo. “Las Leyes de Justicia y Paz”. En: *El Espectador*. Agosto 2 de 2010. En línea, disponible en: http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=818. Consultado por última vez: Julio 24 de 2011.

⁴⁴⁵ PARDO, Rafael. *Op. cit.*, pp. 60-61.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 62-64.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 90. Algunas de las medidas de este proyecto eran las siguientes: i) definiciones sobre víctimas y reparación concordantes con el Estatuto de Roma; ii) una pena alternativa que tendría un mínimo de prisión de cinco años y un máximo de diez; iii) se creaba un Tribunal de la Verdad, la Justicia y la Reparación; y iv) se establecían requisitos de reparación necesarios para obtener la libertad definitiva.

⁴⁴⁹ QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. cit.*, p. 130.

Pueden resaltarse tres diferencias estructurales con respecto al citado proyecto de Ley Estatutaria No. 85 de 2003 – Senado⁴⁵⁰, a saber: i) reconoce y define de manera explícita los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, omitidos en el proyecto inicial; ii) contempla el beneficio de la pena alternativa de mínimo cinco años y máximo ocho de prisión condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma ley, a diferencia del proyecto inicial que contemplaba la suspensión de la ejecución de la pena y penas alternativas a la prisión; y, iii) crea un procedimiento penal especial para la investigación y juzgamiento de los desmovilizados.

Hasta aquí, se tienen dos momentos de la Ley de Justicia y Paz, claramente diferenciados: su concepción y su expedición.

Ahora, el tercer momento anunciado se da con el control de constitucionalidad que ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en diferentes procesos⁴⁵¹, con ocasión de demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005, entre los cuales se destaca significativamente la Sentencia C-370 de 2006, que declaró la Ley ajustada a la “Constitución Política, con excepción de algunas de sus disposiciones, que fueron declaradas inconstitucionales o cuya interpretación fue condicionada”⁴⁵². Dado que su análisis fue ampuloso, se considera un “momento” diferente de Justicia y Paz.

A continuación se presentarán brevemente las principales decisiones de la Corte en el fallo mencionado, a partir del análisis que propone el profesor Leopoldo Múnera⁴⁵³, desde los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Un reconocimiento importante de carácter general, es admitir la existencia del principio de justicia transicional para Colombia, y con ello, “(...) la posibilidad de conceder generosas rebajas de pena a los actores armados que hayan cometido crímenes atroces con miras a promover su desmovilización, siempre y cuando vengan acompañadas de una garantía adecuada y suficiente de los derechos de las víctimas”⁴⁵⁴

En punto del *derecho a la verdad*, la Corte hizo, entre otros, dos aportes fundamentales: declaró inexecutable parte del inciso primero del artículo 25 de la

⁴⁵⁰ El proyecto se titulaba de la siguiente forma: “Por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”.

⁴⁵¹ Las principales sentencias de la Corte Constitucional en relación con la Ley 975 de 2005, son las siguientes: C-319 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006, C-370 de 2006, C-650 de 2006, C-127 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-670 de 2006, C-400 de 2006, C-476 de 2006, C-426 de 2006, C-080 de 2007, y C-1199 de 2008.

⁴⁵² UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 (sic) tras el fallo de la Corte Constitucional”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, p. 201.

⁴⁵³ MÚNERA, Leopoldo. “Procesos de paz con actores armados ilegales y prosistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Op. cit.*, pp. 66-101.

⁴⁵⁴ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 (sic) tras el fallo de la Corte Constitucional”. *Op. cit.*, p. 205.

Ley 975 de 2005 y exequibles condicionalmente los artículos 17 y 29, inc. 5°, exigiendo una *confesión plena y veraz* para que los postulados puedan acceder al beneficio de la pena alternativa, así:

6.2.2.1.7.23. En resumen, la ley demandada en los artículos analizados no incorpora mecanismos idóneos para que efectiva y realmente pueda satisfacerse el derecho a la verdad.

(...)

6.2.2.1.7.25. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable el inciso segundo y el siguiente apartado del inciso primero del artículo 25 de la ley demandada: *“sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley.”*

6.2.2.1.7.26. Adicionalmente, y bajo estos mismos supuestos, en la parte resolutive de esta providencia, se declarará executable, por los cargos analizados, el artículo 17, en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz.

(...)

6.2.2.1.7.28. Así, la Corte habrá de declarar executable el inciso quinto del artículo 29, en el entendido de que también se revocará el beneficio cuando se haya ocultado en la versión libre la participación del individuo desmovilizado como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo.

En segunda medida, declaró executable condicionalmente el numeral 10.6. del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, que prevé como requisito de elegibilidad para la desmovilización colectiva, para acceder a los beneficios que establece la Ley, el haber liberado a las personas secuestradas que se hallen en poder del GAOML, exigiendo que también se informe sobre el paradero de los desaparecidos.

En este punto, la Corte expresó:

6.2.2.2.11. En consecuencia, en defensa de los derechos a la verdad, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a un recurso judicial efectivo, la Corte considera que la omisión del legislador resulta inconstitucional. En consideración a los anteriores argumentos, la Corte declarará executable el numeral 10.6. del artículo 10 de la Ley demandada, en el entendido que **también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas**. (Negritas fuera del texto original).

Acerca del *derecho a la justicia*, la Corte hizo dos aportes de protuberante significado, por un lado, amplía los términos de investigación entre la versión libre y la formulación de imputación con la pretensión de obtener términos para la investigación más amplios y por tanto, más condescendientes con el tipo de criminalidad que se aborda en justicia y paz. Por otro lado, declara la inexecutable del artículo 31 de la Ley 975 de 2005 sobre las llamadas “zonas de concentración”.

En cuanto al mayor término para la investigación lo dirime al revisar el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, cuya redacción original, establecía que el desmovilizado que rinda versión libre “(...) se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso”. La expresión subrayada fue demandada.

La Corte, ateniéndose a los cargos de la demanda,

(...) declara executable la expresión ‘*dentro de las treinta y seis horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación*’ (...), en el entendido que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, **se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal**⁴⁵⁵. (Negrillas fuera del texto original).

A esta conclusión se llega tras interpretar en el aparte demandado, que el término de 36 horas, no podría aludir al término de investigación, sino como al “(...) plazo establecido para que el magistrado de control de garantías señale y realice la audiencia de formulación de imputación, una vez que el fiscal que conozca del caso lo ha solicitado”⁴⁵⁶, de manera que la puesta a disposición del desmovilizado ante el juez de control de garantías se encuentra sujeta a la elaboración y desarrollo del programa metodológico.

Adicionalmente, la Corte encuentra que el vocablo que sí parece fijarle un término al fiscal que reduce excesivamente la posibilidad de construir un caso antes de la audiencia de formulación de imputación es el de “inmediatamente” que encabeza el inciso juzgado. En este punto, la Corte arguye:

A todas luces, ello hace imposible que se desarrolle a cabalidad el programa metodológico de la investigación, lo cual afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho de las víctimas a la

⁴⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Consideraciones de la Corte, num. 6.2.3.1.6.3.

⁴⁵⁶ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 6.2.3.1.6.2.

justicia y torna irrealizable el deber del Estado de investigar. En consecuencia, la expresión “inmediatamente” será declarada inexecutable. Por supuesto, el desarrollo de dicho programa metodológico de investigación debe hacerse dentro de un plazo razonable, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia anteriormente citada, habida cuenta de que ya se han confesado delitos y que a la luz de los propósitos de la ley, es preciso definir oportunamente la situación de cada desmovilizado⁴⁵⁷.

Ahora, el artículo 31 de la Ley 975 de 2005, decía “(e)l tiempo que los miembros de grupos armados al margen de la ley vinculados a procesos para la reincorporación colectiva a la vida civil, hayan permanecido en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional (...) se computará como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses”.

Éste artículo fue demandado por vulnerar el derecho a la justicia por cuanto éste implica una “adecuada sanción”.

La Corte recuerda que las “zonas de concentración” se establecieron “(...) con el propósito de facilitar los diálogos, negociaciones y acuerdos en el marco de los procesos de desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley, (...) [y que] el ingreso a estas zonas constituye un acto voluntario de los miembros de los grupos armados ilegales”⁴⁵⁸.

Al final, declara inexecutable el artículo 31 demandado por considerar que

6.2.3.3.4.6. (...) asimila al cumplimiento de una *pena*, la circunstancia de estar ubicado en una zona de concentración, a pesar de que no haya habido ninguna medida del Estado que haya conducido a que las personas deban estar en dicho lugar. En ese sentido, no constituye pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales. Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión voluntaria de esas personas, lo que concurre a excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Finalmente, en cuanto al *derecho a la reparación*, la Corte Constitucional hace varios aportes, entre los cuales, pueden destacarse, entre otros, tres⁴⁵⁹: i)

⁴⁵⁷ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 6.2.3.1.6.5.

⁴⁵⁸ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 6.2.3.3.4.2.

⁴⁵⁹ Un análisis más exhaustivo de los aportes de la Corte Constitucional en materia de reparación, en: UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 (sic) tras el fallo de la Corte Constitucional”. *Op. cit.*, pp. 220-226.

ordena que los desmovilizados postulados deben satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas con su patrimonio lícito e ilícito y no sólo con el segundo como lo preveía la norma originalmente; ii) no acepta privilegiar los criterios fiscales sobre los derechos de las víctimas; y, iii) amplía el concepto de víctima que había sido reducido a las víctimas directas de un daño infligido por miembro de un GAOML, a los cónyuges o compañeros permanentes y a los familiares en primer grado de consanguinidad de las víctimas asesinadas o desaparecidas forzosamente.

Las diversas disposiciones que contenía la Ley 975 de 2005 originalmente, acerca de la obligación de los postulados de entregar su patrimonio obtenido ilícitamente con fines de reparación, dejando a salvo su patrimonio lícito (arts. 10.2, 11.5, 13.4, 17, 18 y 46), fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional, que adujo lo siguiente:

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. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo 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.

6.2.4.1.13. En efecto, en contextos de transición a la paz, podría parecer proporcionado que el responsable de delitos que ha decidido vincularse a un proceso de negociación, conserve una parte de su patrimonio de forma tal que pueda vivir dignamente e insertarse plenamente en la sociedad democrática y en el Estado de derecho. (...) De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual.

Así, la Corte Constitucional encuentra que no hay impedimento para que los beneficiarios de la Ley 975 de 2005, respondan civilmente con su propio patrimonio, aún siendo lícito, con el fin de reparar a las víctimas, aunque podrían conservar una parte del mismo para su digna subsistencia. Esta decisión genera otra consecuencia para la Ley, y es la posibilidad de que las

medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos de los postulados⁴⁶⁰.

En segunda medida, la Corte no admite que se privilegien criterios fiscales en detrimento de los derechos de las víctimas, más exactamente, que las reparaciones se limiten a los recursos presupuestales de la nación.

Al respecto, tras examinar el numeral 56.1 del artículo 55 de la Ley 975 de 2005, según el cual, corresponde a la Red de Solidaridad Social la función de “liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional”, la Corte sostuvo:

6.2.4.3.1.2. La Corte considera necesario detenerse en el contenido preciso de la norma que se estudia para dilucidar este cargo de inconstitucionalidad. En virtud de tal disposición, la Red de Solidaridad, al momento de *liquidar* y *pagar* las indemnizaciones que hayan sido decretadas por los jueces de conformidad con las disposiciones establecidas en la misma Ley 975 de 2005, habrá de sujetarse a los límites establecidos para ello en el Presupuesto Nacional. Ello implica que, en virtud de esta norma, pueden presentarse situaciones en las cuales una indemnización que ha sido reconocida y ordenada por un juez, creando así un derecho cierto y concreto en cabeza de una o más víctimas, puede ser limitada al momento de su liquidación y pago por parte de la Red de Solidaridad Social, en caso de que no exista suficiente disponibilidad de recursos en el Presupuesto Nacional para ello. En otras palabras, la norma que se estudia permite que la materialización de un derecho cierto y reconocido judicialmente –v.gr. el derecho a recibir una indemnización decretada judicialmente en tanto elemento de la reparación por los daños sufridos en virtud de violaciones de los derechos humanos- quede sujeta a una contingencia posterior, consistente en que existan suficientes recursos dentro del Presupuesto Nacional para pagarla.

6.2.4.3.1.3. En criterio de la Corte, esta limitación es desproporcionada, y constituye una afectación excesiva del derecho de las víctimas a la reparación.

En consecuencia, la Corte declara inexecutable la expresión “dentro de los límites autorizados en el Presupuesto Nacional” del numeral 56.1 del artículo 55 original de la Ley 975 de 2005.

Finalmente, la sentencia C-370 de 2006, amplía el concepto de víctima previsto en los incisos 2° y 5° del artículo 5 de la Ley 975 de 2005⁴⁶¹. Sobre el punto, la Corte adujo:

⁴⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006. *Op. cit.* Consideraciones de la Corte, num. 6.2.4.1.20.

6.2.4.2.12. En este sentido, afectaría el derecho a la igualdad y los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que el legislador tuviera como perjudicado del delito sólo a un grupo de familiares y sólo por ciertos delitos, sin atender a que en muchos casos el grado de consanguinidad deja de ser el factor más importante para definir la magnitud del daño causado y la muerte o la desaparición no son los únicos aspectos relevantes para identificar a las víctimas de grupos armados ilegales.

(...)

6.2.4.2.15. Por las razones expuestas, la Corte considera que viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada.

En consecuencia, la Corte declaró exequibles los incisos 2° y 5° del artículo 5 de la Ley 975 de 2005 "(...)" en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley"⁴⁶².

También es de rescatar la declaratoria de inexecutable por vicios de forma, del artículo 71⁴⁶³ de la Ley original, que otorgaba la posibilidad a los desmovilizados de grupos paramilitares de ser juzgados por la comisión "delitos políticos" –sedición, en particular–. Con esta decisión, el ordenamiento jurídico colombiano mantiene una diferenciación entre actores pro-sistémicos y anti-

⁴⁶¹ El artículo 5, inciso 2° dispone: "[t]ambién se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

El artículo 5, inciso 5° señala: [a]simismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

⁴⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006. *Op. cit.* Consideraciones de la Corte, num. 6.2.4.2.16.

⁴⁶³ Art. 71. "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o 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. (...)"

sistémicos⁴⁶⁴, con implicaciones, fundamentalmente, en cuanto a los beneficios punitivos para unos y otros

Así, tras el principal fallo de constitucionalidad proferido en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz, se configura un tercer momento en una serie de modificaciones al amparo normativo del proceso de paz con los paramilitares.

Como síntesis, se puede afirmar que los múltiples cambios se han dirigido en una misma dirección: la protección de los derechos de las víctimas, sin querer decir que la misma sea garantía o, de hecho, haya garantizado su tutela o el éxito de la Ley.

2.3.2. Contenido de la Ley de Justicia y Paz: “procedimiento penal” como componente esencial, y “complementariedad” con la legislación procesal penal ordinaria

Como se observó, para aludir a la Ley de Justicia y Paz se requiere una lectura integral de múltiples disposiciones jurisprudenciales que han adecuado su interpretación a la Constitución Política de Colombia. Así mismo, dicho panorama debe complementarse con los decretos reglamentarios de la Ley 975 de 2005 que ascienden a catorce, a saber: Decretos No. 4760 de 2005, No. 2898 de 2006, No. 4417 de 2006, No. 3391 de 2006, No. 4436 de 2006, No. 315 de 2007, No. 423 de 2007, No. 3570 de 2007, No. 176 de 2008, No.880 de 2008, No. 1290 de 2008, No. 1346 de 2008, No. 4719 de 2008, y No. 614 de 2009.

Con esta normatividad reglamentaria, y complementaria como en el caso del Decreto No. 1290 de 2008, se configura un complejo escenario legal para Justicia y Paz, que, sin embargo, mantiene unas características específicas que pueden ayudar a desentrañar, como es el propósito del presente capítulo, su naturaleza.

El Proceso Especial de Justicia y Paz, puede definirse como un proceso penal especial previsto para investigar, juzgar y sancionar a los miembros de GAOML desmovilizados colectiva o individualmente, por su mera pertenencia al grupo⁴⁶⁵, y por los delitos cometidos con ocasión y en desarrollo de su pertenencia al grupo, conceder beneficios punitivos a los mismos, y garantizar, a la vez, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Esta definición pretende dar cuenta de lo que es Justicia y Paz después de su revisión constitucional, es decir, con un alcance mayor, en términos teóricos, en

⁴⁶⁴ MÚNERA, Leopoldo. *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁶⁵ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la mera pertenencia al GAOML hace necesario que al postulado se le impute y formule cargos por el delito base en el proceso de Justicia Paz: concierto para delinquir. Auto Rad. No. 31539, *Op. cit.*. Consideraciones, num. 1.5.

relación con los derechos de las víctimas, esto es, un avance significativo respecto del nombre original de la Ley 975 de 2005, que enfatiza en la desmovilización de los GAOML: “[p]or 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”.

La definición ofrecida, que se basa en los artículos 1° y 2° de la Ley, y en propuestas de la doctrina⁴⁶⁶, armoniza los dos componentes fundamentales de la Ley: un procedimiento penal especial para cierto tipo de desmovilizados de GAOML, y el interés de tutelar los derechos de las víctimas.

A continuación, se aludirá a la estructura del proceso penal de justicia y paz y se cerrará con la manera como el mismo recoge, aunque eso no quiere decir que garantice en la práctica, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En cuanto al *ámbito de aplicación personal, material y temporal* de Justicia y Paz, se tiene lo siguiente:

En el ámbito de aplicación *personal*, Justicia y Paz regula la investigación, juzgamiento, sanción y concesión de beneficios de las personas que⁴⁶⁷:

1. Sean miembros de un GAOML, en los términos definidos en el artículo primero de la Ley 975 de 2005⁴⁶⁸.
2. Se hayan desmovilizados y se encuentren en los listados que remita el gobierno nacional a la Fiscalía General de la Nación, esto es, sean postulados para acceder a los beneficios que ofrece la Ley 975 de 2005.
3. Reúnan los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

En cuanto al ámbito *material* de aplicación, Justicia y Paz conoce de:

1. El delito de concierto para delinquir como delito base en el proceso.
2. Las conductas punibles cometidas por los desmovilizados postulados al proceso que hayan tenido lugar con ocasión y en desarrollo de su pertenencia al grupo, siempre que no se trate de las conductas previstas en los artículos 10, num. 5°, y 11, num. 6° de la Ley 975 de 2005⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Cfr.: HUBER, Florian. *La ley de Justicia y Paz: desafíos y temas de debate*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung (Fescol), Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Agencia alemana de Cooperación Técnica (GTZ), y Fondo Editorial Cerec, 2007, p. 131.

⁴⁶⁷ Cfr.: VARGAS, Álvaro y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coords.). *Manual de Procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, p. 134.

⁴⁶⁸ “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”

⁴⁶⁹ Art. 10.5. Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

3. Las conductas que no se encuentren cobijadas por la Ley 782 de 2002.

Respecto de este último aspecto, atrás se mencionó que la Ley 782 de 2002 modifica en parte y amplía la vigencia de las Leyes 418 de 1997 y 548 de 1999, es decir, dicha Ley rige para quienes hayan cometido delitos políticos y conexos. De esto se desprende que Justicia y Paz rige para quienes han cometido delitos comunes, afirmación que se soporta también, con la declaratoria de inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, que hiciera la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, comentada atrás.

Con esto, se tiene que Justicia y Paz es un proceso al cual primordialmente pueden concurrir desmovilizados de grupos paramilitares, no sólo por ser consecuencia de la negociación con éstos, sino porque, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los miembros de dichos grupos sólo incurrieron en delitos de carácter común, y no en delitos políticos, toda vez que en la tradición jurídica nacional, el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, inspirado en un ideal de justicia⁴⁷⁰, presupuesto que no se cumple en el accionar paramilitar, por cuanto éste se suscitó con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares⁴⁷¹.

Desde el punto de vista *temporal*, la Ley de Justicia y Paz aplica para las conductas punibles que hayan sido cometidas con anterioridad a la fecha de su vigencia, esto es, 25 de julio de 2005⁴⁷².

No obstante, el artículo 26 del Decreto No. 4760 de 2005 prevé que “(...) cuando se trate de conductas punibles de ejecución permanente, la Ley 975 de 2005 solamente será aplicable en aquellos eventos en que la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma. (...)”⁴⁷³.

De esta forma, Justicia y Paz aplica para hechos cometidos con anterioridad a su vigencia y, para las conductas de ejecución permanente siempre que el

Art. 11.6. Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

⁴⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, julio 11 de 2007. MM.PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Un análisis de esta providencia, en: VARGAS, Álvaro y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 139 y ss.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² Ley 975 de 2005, art. 72.

⁴⁷³ En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “(...) en el ámbito del proceso de Justicia y Paz, aceptar la imputación de conductas que revistan el carácter de permanencia en el tiempo, cometidas eso sí desde antes de la vigencia de la ley 975 del 25 de julio de 2005, no implica desnaturalizar el espectro de aplicación de la ley, ni tampoco comporta ‘condonar crímenes futuros’”. Auto Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, num. 6.

primer acto haya sido cometido con antelación a la entrada en vigencia de la Ley.

Ahora bien, el *proceso* previsto en la Ley 975 de 2005 se divide en dos etapas: una administrativa y otra judicial.

La Fase Administrativa, a cargo del gobierno nacional, es aquella durante la cual un GAOML “(...) o un miembro de este, manifiesta su voluntad de desmovilizarse y suministra la información necesaria para acceder a los beneficios jurídicos, económicos y sociales e iniciar su proceso de reintegración”⁴⁷⁴.

En esta fase, se prevén cinco rutas para la desmovilización⁴⁷⁵: i) desmovilización colectiva de un GAOML⁴⁷⁶; ii) desmovilización individual de un miembro de un GAOML⁴⁷⁷; iii) desmovilización de un miembro de GAOML privado de la libertad al momento de la desmovilización colectiva⁴⁷⁸; iv) desmovilización de un miembro de GAOML que se ha desmovilizado y posteriormente es privado de la libertad⁴⁷⁹; y, vi) desmovilización de un miembro de un grupo de guerrilla privado de la libertad⁴⁸⁰.

La fase termina con la entrega que hace el gobierno nacional a la Fiscalía General de la Nación, de una lista de postulados para acceder al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005.

La Fase Judicial, a cargo de la Rama Judicial, es aquella en la cual las autoridades judiciales adelantan la investigación, juzgamiento, sanción y, eventual concesión de beneficios punitivos previstos en la Ley de Justicia y Paz, de las personas desmovilizadas que han sido postuladas por el gobierno nacional.

Esta fase se basa, fundamentalmente, en el procedimiento penal ordinario previsto en la Ley 906 de 2004, de suerte que Justicia y Paz se erige, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “[en] un proceso armónico con los principios del sistema penal acusatorio”⁴⁸¹.

Afirmación que se constata con la mera observancia de las etapas que conforman la Fase Judicial del Proceso Especial de Justicia y Paz, previstas en la Ley 975 de 2005, las cuales, en su mayoría, aunque o todas, coinciden con

⁴⁷⁴ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, p. C3.

⁴⁷⁵ Cfr.: *Ibidem*, p. C4.

⁴⁷⁶ Decreto 100 de 2003, art. 2°.

⁴⁷⁷ Decreto 128 de 2003, art. 3°.

⁴⁷⁸ Decreto 3391 de 2006, art. 7° y Decreto 4719 de 2008.

⁴⁷⁹ Decreto 3391 de 2006, art. 5°, párr. 2°.

⁴⁸⁰ Decreto 1059 de 2008, arts. 2° y 3°.

⁴⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 27873, agosto 27 de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Consideraciones de la Sala, num. 2.1.

la legislación procesal penal permanente: Versión Libre y Confesión (art. 17), Formulación de Imputación (art. 18), Formulación de Cargos (art. 19), Control de Legalidad sobre la Aceptación de los Cargos (art. 19, inc. 3°), Incidente de Reparación Integral (art. 23) y Sentencia (art. 24). Podría adicionarse, un periodo de libertad a prueba que se establece en la sentencia que concede la pena alternativa, por un tiempo igual a la mitad de aquella (art. 29.4).

En el mismo sentido, se encuentran los “principios procesales” (Capítulo III) previstos en la Ley 975 de 2005: oralidad (art. 12), celeridad (art. 13), y defensa (art. 14).

A esto se suma, el hecho que, para la aplicación de la Ley 975 de 2005 no se creó una jurisdicción especial, sino que se atribuyó a la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial que debe cumplirse ante la Fiscalía General de la Nación –Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz– y las Salas Especializadas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial⁴⁸², “(...) de forma tal que no afecta la estructura general de la administración de justicia, ni se tocan principios generales o aspectos sustanciales de la Rama Judicial del poder público”⁴⁸³

Como adenda a lo anterior, se encuentran algunas figuras procesales que la Ley 975 de 2005 toma del procedimiento ordinario, reafirmando su carácter predominante de proceso penal, aunque especial. Entre ellas, se tienen la acumulación de procesos y de penas (art. 20), y el archivo de las diligencias (art. 27).

Para terminar esta relación estrecha entre el Proceso Penal Especial de Justicia y Paz y el Procedimiento Penal Ordinario, se cuenta con la figura de la *complementariedad* prevista en el artículo 62, en virtud del cual “[p]ara todo lo no dispuesto en la [Ley 975 de 2005] se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal.

Esta figura tendiente a solucionar los problemas de anomia propios de un Estatuto *ad hoc*, implica que, en lo relativo a la desmovilización y beneficios diferentes a la pena alternativa para miembros de GAOML, los vacíos de Justicia y Paz serán llenados por la Ley 782 de 2002, en tanto que, los vacíos alusivos al procedimiento penal, se solucionan acudiendo a la normatividad procesal penal ordinaria⁴⁸⁴.

La complementariedad también se encuentra descrita en artículo 2° del Decreto 4760 de 2005, aunque, de manera más concreta: “[e]n lo no previsto de manera específica por la Ley 975 de 2005 se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la Ley 906 de 2004 y, en lo compatible con

⁴⁸² FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Op. cit.*, pp. B14-B15.

⁴⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006, *Op. cit.*, num. 3.2.2.

⁴⁸⁴ APONTE, Alejandro. *El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*. Bogotá: Observatorio Internacional DDR y la Ley de Justicia y Paz, y Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), 2011, p. 53.

la estructura del proceso regulado por aquella, lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, así como la Ley 793 de 2002 y las normas civiles en lo que corresponda”.

Ya que en Colombia hubo reformas al procedimiento penal con una relativa cercanía en el tiempo⁴⁸⁵, que confluyeron también con la expedición de la Ley 975 de 2005, lo que propició una confusión en cual de los procedimientos penales debía entenderse como “complementario” de Justicia y Paz, situación parcialmente solucionada por el citado Decreto, y saldada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia, cuando dispuso que, al menos en principio, el Código de Procedimiento Penal a aplicar, en caso de ser necesario recurrir a la complementariedad, sería el que estuviera vigente al momento de la comisión de la conducta punible, es decir, el trámite de los hechos ocurridos antes del 1° de enero de 2005, por regla general será “complementado” con la Ley 600 de 2000, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener identidad con las consagradas en la Ley 906 de 2004⁴⁸⁶.

Así, se tiene que la estructura, las instituciones a cargo de la Ley, sus principios procesales, y algunas figuras procesales que recoge, corresponden con el proceso ordinario⁴⁸⁷, así como la figura especial de la complementariedad, hecho bastante significativo si se tiene en cuenta que el mismo tiene, como se verá más adelante, origen, finalidades, legislación, entre otros aspectos, diferentes a los de Justicia y Paz.

Esbozado el procedimiento que contiene la Ley de Justicia y Paz, es preciso observar lo relativo al beneficio que otorga: la pena alternativa.

La Ley 975 de 2005, describe, en principio el fenómeno de la *alternatividad*, en los siguientes términos:

(...) 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 beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión

⁴⁸⁵ Se cuenta con la Ley 600 de 2000, y con la Ley 906 de 2004 como los más recientes Códigos de Procedimiento Penal. Esta última, empezó a regir a partir del 1° de enero de 2005 de manera paulatina en el territorio nacional. Primero en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. Después, a partir de enero 1° de 2007, en los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y, en los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, a partir de enero 1° de 2008. Ley 906 de 2004, art. 530.

⁴⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Consideraciones de la Corte, num. 7.

⁴⁸⁷ En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha recordado que lsi bien, a Ley de Justicia y Paz es un estatuto especial de transición, en él también imperan las disposiciones del Acto Legislativo 03 de 2002, esto es, aquel mediante el cual se crea el nuevo procedimiento penal ordinario en Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30022, julio 16 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Consideraciones de la Corte, num. 2.

del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley⁴⁸⁸.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley especifica lo referido a la *pena alternativa*, indicando 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”.

De esta forma, se tiene que en Justicia y Paz, la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial, puede imponer dos tipos de pena, una principal, que corresponde a los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal, y una alternativa, sustitutiva de la anterior, que se aplica cuando el postulado ha cumplido una serie de condiciones: i) las previstas en el artículo 29, inciso 3^o⁴⁸⁹; y, ii) los requisitos de elegibilidad, que si bien, se previeron en principio, como condiciones para acceder al proceso, la práctica los ha convertido también, en obligaciones para obtener la pena alternativa.

Según la Corte Constitucional, la pena alternativa puede caracterizarse, de manera resumida, como: i) un beneficio punitivo; ii) judicial y sustitutivo de la pena ordinaria; iii) alternativa; iv) condicionada; v) implica privación de la libertad; vi) su mantenimiento depende de la libertad a prueba; y, vii) puede conllevar la extinción de la pena ordinaria; o, viii) puede ser revocada y en su lugar, ejecutarse la pena principal⁴⁹⁰.

Finalmente, la Ley se caracteriza por contemplar la participación y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, en dos sentidos: garantizándolos⁴⁹¹, y promoviéndolos⁴⁹².

A modo de digresión, es preciso recordar que, como se mencionó en el acápite anterior⁴⁹³, en Colombia los derechos de las víctimas no se crean con el proceso de Justicia y Paz, ya tenían antecedente jurisprudenciales y normativos (v.gr. el Acto Legislativo 03 de 2002 y en la Ley 906 de 2004). Sin embargo, como lo ha expresado la doctrina, estos derechos cobran un carácter especial y particular relevancia en procesos de justicia transicional, entre otras razones, por cuanto son, a la vez, límites normativos de las decisiones del gobierno y de la sociedad en materia de paz⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ Ley 975 de 2005, art. 5°.

⁴⁸⁹ El compromiso de contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

⁴⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006. *Op. cit.* Citada en: HUBER, Florian. *Op. cit.*, pp. 281-282.

⁴⁹¹ Ley 975 de 2005, art. 1°.

⁴⁹² Ley 975 de 2005, art. 4°.

⁴⁹³ *Supra*, num. 1.3.2.

⁴⁹⁴ RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 18.

La participación de las víctimas en el proceso se ampara en los artículos 36, que encarga a la Procuraduría General de la Nación, la labor de impulsar “(...) mecanismos para la participación de las organizaciones sociales para la asistencia a las víctimas”; y 37, que prevé la obligación del Estado de garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia, y con él una serie de medidas para cumplir dicho deber.

En cuanto a los derechos sustanciales de las víctimas, su *garantía* se encuentra prevista en el objeto de la Ley 975 de 2005 (art. 1°), de acuerdo con el cual: [l]a 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**”. (Negritas fuera del texto original).

Su *promoción* se establece en artículo 4° de la Ley, en virtud del cual, “[e]l 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”. (Negritas fuera del texto original).

Este último artículo es llamativo en tanto recoge explícitamente tanto los derechos de las víctimas como los derechos de los procesados, hecho que, como se verá en el siguiente capítulo de este trabajo, y ya se esbozó en el capítulo anterior, ha generado, en el contexto del proceso de Justicia y Paz, una serie de tensiones de difícil solución.

Así mismo, el artículo 6° de la Ley 975 de 2005, contempla el derecho a la justicia como un deber del Estado “(...) de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”.

El artículo 7° recoge el derecho a la verdad en cabeza, tanto de la sociedad, como de las víctimas, quienes “(...) 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 de secuestro y desaparición forzada”.

El artículo 8° instituye la reparación como un derecho que comprende “(...) las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas”. Disposición que se reitera y desarrolla, en los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley 975 de 2005.

Este derecho es explícitamente deber de los miembros de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley que resulten beneficiarios de la Ley 975 de

2005 (art. 42), y, del Estado, de manera subsidiaria, en caso de renuencia de los victimarios o insuficiencia de la reparación brindada por éstos.

En punto de este derecho, no es de soslayar el hecho que la Ley de Justicia y Paz contempla una dimensión colectiva del mismo a través de dos cláusulas: la primera, el deber de la Fiscalía General de la Nación de investigar los daños colectivamente causados de manera directa a las víctimas (art. 15.2); y, la segunda, el deber del Gobierno de “(...) implementar un programa institucional de reparación colectiva” (art. 49).

Así, aunque no es el espacio para hacer un análisis del cumplimiento de la Ley de Justicia y Paz de los llamados estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, de lo presentado, se puede concluir que la Ley, en términos generales, satisface dichos estándares en la medida en que los consagra en su articulado, aunque, carece de herramientas suficientes para desarrollar lo que prescribe, afirmación que se apoya en los resultados del proceso tras seis años de existencia⁴⁹⁵.

2.3.3. Uso de las herramientas de la Justicia Transicional en Colombia: una experiencia fragmentada

No es posible pretender caracterizar el Proceso Especial de Justicia y Paz sin aludir a uno de los aspectos más relevantes que aún hoy se discute entre la doctrina: establecer si el proceso colombiano corresponde o no al modelo de la Justicia Transicional.

Para empezar, es oportuno precisar qué se entiende por ese tipo de justicia, luego, esbozar sus antecedentes y finalmente, cavilar alrededor de su uso en Colombia.

Acerca de su acepción, hay que decir que, de por sí, es compleja, por cuanto, como se expresó páginas atrás, no existe un consenso sobre la misma. Sin

⁴⁹⁵ Hasta diciembre de 2001, sólo siete sentencias se profirieron por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz, desde la creación del proceso, en 2005: los casos de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro” (Rad. No. 200680526, marzo 19 de 2009); Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano” (Rad. No. 200680281, diciembre 2 de 2010); Aramis Machado (Rad. No. 200782790, junio 29 de 2011); Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino” y Uber Enrique Banquez Martínez, alias “Juancho Dique” (Rad. No. 200680077, junio 29 de 2010); José Rubén Peña, alias “Lucho”, Wilmer Morelo Castro, alias “Boqui”, y José Manuel Hernández, alias “Platino” (Rad. No. 200783070, diciembre 1 de 2011); Edgar Ignacio Fierro Flores, alias “Don Antonio” (Rad. No. 200681366, diciembre 7 de 2011); y Freddy Rendón Herrera, alias “El alemán” (Rad. No. 200782701, diciembre 16 de 2011) De éstas, la primera fue declarada nula por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Auto Rad. No. 31539, julio 31 de 2009, y las demás, salvo la que decide sobre alias “Juancho Dique” y alias “Diego Vecino”, fueron recurridas y se encuentran sin decisión de fondo por parte del tribunal de segunda instancia, de manera que sólo una se cuenta como sentencia en firme en Justicia y Paz, tras haber sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia (Sentencia Rad. No. 34547, abril 27 de 2011) aunque, lo relativo al incidente de reparación integral, fue revocado, de suerte que para diciembre de 2011 se contaba con dos condenados pero ninguna víctima reparada.

embargo, son varios los intentos con los cuales se cuenta y cuyas ideas vale la pena citar.

Ya se había mencionado lo que el profesor Uprimny propone como una idea básica sobre el significado de la justicia transicional:

[L]a justicia transicional hace referencia a la idea de que luego de períodos de violaciones masivas a los derechos humanos, las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a la democracia, no pueden hacerse de cualquier manera, sino que deben tener unos mínimos de justicia asociados al respeto de derechos de las víctimas. Pero a su vez, el enfoque de la justicia transicional reconoce que en las transiciones operan restricciones fácticas que imponen ciertos límites a la consecución de una justicia plena, por lo cual se trata siempre de una justicia imperfecta (...) ⁴⁹⁶.

Otra teórica del tema, Ruti Teitel, considera que “[l]a justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores” ⁴⁹⁷

Para Jon Elster, en términos generales, y prescindiendo de gran parte de sus aportes en el tema, “[l]a justicia transicional se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro” ⁴⁹⁸.

Finalmente, una definición parecida a la de Uprimny y con la cual podría considerarse que hay un acuerdo entre los entendidos en el tema, es la que ofrece Pablo de Greiff, quien considera que el término justicia transicional “(...) se refiere a un conjunto de medidas que han sido y son implementadas (...) para hacer frente al legado de los abusos masivos de derechos humanos. Estas medidas incluyen, por lo general, el enjuiciamiento penal de los responsables, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y varias formas de reforma institucional (...)” ⁴⁹⁹.

Ahora, sobre sus orígenes o antecedentes, valga decir que hay, por lo menos, dos concepciones: según Jon Elster, la justicia transicional es una expresión nueva pero da cuenta de un fenómeno antiguo que se remonta, incluso, a la Grecia Antigua. En cambio, para Ruti Teitel, es un fenómeno contemporáneo que se ha construido a partir de los juicios de Nuremberg ⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ UPRIMNY, Rodrigo. “Prólogo”. En: RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁹⁷ TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”. En: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94. La versión que se cita aquí, es la traducción al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 1.

⁴⁹⁸ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. ZAIDENWERG, Ezequiel [Trad.]. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 15.

⁴⁹⁹ DE GREIFF, Pablo. “Una concepción normativa de la justicia transicional”. En: RANGEL, Alfredo [Comp.]. *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio, 2009, p. 26.

⁵⁰⁰ UPRIMNY, Rodrigo. “Prólogo”. En: RINCÓN, Tatiana. *Op. cit.*, p. 9.

De hecho, Teitel, divide lo que llama “genealogía de la justicia transicional” en tres fases, a saber: la primera, el periodo de la posguerra, después de 1945 hasta el fin de la guerra fría, caracterizada por la retribución punitiva; la segunda, marcada por la inclusión de valores como la paz y la reconciliación con el consecuente cambio de los enjuiciamientos por otras medidas como las comisiones de la verdad, corresponde al periodo de la posguerra fría con ocasión de las transiciones hacia la democracia que comenzaron hacia 1989, y termina con el siglo XX, con lo cual inicia la tercera fase, o estado estable de la justicia transicional, asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente y la pretensión de normalización de la justicia transicional a través de tribunales permanentes como la CPI⁵⁰¹.

Retomando la citada definición de De Greiff, allí se identifican las herramientas que, normalmente, utiliza la justicia transicional, y que corresponden con las exigencias que impone la normatividad internacional para procesos de transición, es decir, medidas en punto de los ya referidos derechos de las víctimas de graves vulneraciones a los Derechos Humanos: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Esta alusión a la justicia transicional es relevante para el caso colombiano y, en particular, para caracterizar el Proceso Especial de Justicia y Paz, debido a que con posterioridad a la expedición de la Ley que le da origen, se suscitó el debate que consistió en preguntarse si en Colombia tenía lugar o no, un proceso de transición hacia la paz, y con él, un escenario de justicia transicional.

Pues bien, dos son las posiciones enfrentadas en esta discusión: por un lado, quienes consideran que en Colombia no hay una transición hacia la paz, cuyos argumentos principales son tres: i) la permanencia del conflicto armado en el país; ii) el hecho de que las negociaciones de paz iniciadas en 2002 no incluyeron a todos los actores armados; y, iii) el que la desmovilización de grupos paramilitares sólo haya consistido en la entrega de las armas, pero mantienen sus estructuras económicas y políticas⁵⁰².

Este criterio, implica que, difícilmente, podría pensarse en aplicar las herramientas de la justicia transicional en un escenario de conflicto, es decir, se interpreta dicha forma de justicia, como propia de escenarios de post-conflicto.

⁵⁰¹ TEITEL, Ruti. *Op. cit.*, pp. 2 y ss. Para una reconstrucción histórica de la Justicia Transicional y un análisis sobre los tipos de transición, ver: UPRIMNY, Rodrigo. “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *Op. cit.*, pp. 17-45.

⁵⁰² UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Anuario No. 4, junio de 2008, p. 171. Los mismos argumentos en: GUZMÁN, Diana; SÁNCHEZ, Camilo y UPRIMNY, Rodrigo, “Colombia”. En: FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010, p. 101.

Contrario sensu, otros autores consideran que la justicia transicional “(...) no se limita a situaciones post-conflictuales o de cambio de régimen (...), sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal”⁵⁰³.

De acuerdo con esta postura, a pesar de la existencia del conflicto armado en Colombia, podría estar experimentándose un proceso de justicia transicional.

Este criterio, y como consecuencia, la admisión de un proceso de transición en Colombia, ha sido utilizado y reiterado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Como se vio atrás, la Corte Constitucional admite la existencia del principio de justicia transicional para Colombia, y, la Corte Suprema de Justicia, en múltiples providencias se ha pronunciado de diversas formas aludiendo a que, el Proceso Especial de Justicia y Paz constituye una experiencia de justicia transicional.

Por ejemplo, para diferenciar el régimen de de la Ley 782 de 2002, del previsto en la Ley 975 de 2005, adujo:

(...) la ley 975 de 2005 **regula un proceso específico dentro del modelo propio de una justicia de transición** que debe concluir ordinariamente con una sanción, a diferencia de lo que ocurre con la 782 de 2002 que define procedimientos destinados a la realización del indulto (por parte del Gobierno), la amnistía, la inhibición de la investigación o la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento, según sea el caso, con intervención de las autoridades judiciales (fiscales o jueces)⁵⁰⁴. (Negritas fuera del texto original).

Así mismo, al abordar las finalidades del proceso, ha manifestado que “[s]e trata -como es sabido- de un **proceso que se enmarca dentro de los parámetros de la justicia transicional**, cuya finalidad es la de 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”⁵⁰⁵. (Negritas fuera del texto original).

También se ha valido del concepto para desentrañar la naturaleza de Justicia y Paz: “La **Ley de Justicia y Paz es un estatuto especial de transición** (...) inspirada en un modelo de Justicia Restaurativa (...). [S]e trata de un cuerpo

⁵⁰³ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 8. De hecho, Ambos considera que Colombia es en la actualidad el caso más importante de justicia de transición en medio de un conflicto. *Ibidem*, p. 8.

⁵⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 25830, septiembre 28 de 2009. M.P.: Mauro Solarte Portilla. Consideraciones de la Corte.

⁵⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32852, marzo 11 de 2010, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés. Consideraciones de la Sala, num. 3.

normativo *sui generis*, encauzado hacia la obtención de la paz nacional, para lo cual sacrifica caros principios reconocidos por el Derecho Penal de corte democrático⁵⁰⁶. (Negrillas fuera del texto original).

Y de lo anterior, ha considerado que el proceso especial “(...) implica el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico convencional de solución de los diversos conflictos sociales (...)”⁵⁰⁷, de manera que se requiere de una nueva hermética, aunque sin dejar de observar los principios y derechos previstos en la Constitución.

Así, si de argumentos de autoridad se trata, para sostener que Colombia vive un escenario de transición hacia la paz y que la Ley de Justicia y Paz es una herramienta de justicia transicional, se tienen los suficientes a partir de las decisiones de las Altas Cortes.

Sin embargo, hay que decir, junto con los profesores Uprimny y Saffon, que el discurso de la justicia transicional en Colombia ha tenido dos particularidades: por un lado, se empezó a utilizar de manera tardía, posterior a la desmovilización de los paramilitares y a la expedición de la Ley 975 de 2005, y no fue concomitante a ellos; y de otro lado, dicho discurso ha tenido usos democráticos y usos manipuladores, según quién y para qué lo emplee⁵⁰⁸.

Respecto del primer punto, los autores en comentario llaman la atención sobre el paradójico hecho que al comienzo de las negociaciones de paz y de las discusiones del proyecto de ley sobre el tema en el Congreso de la República, ninguno de los intervinientes o interesados usaba o pretendía usar el discurso de la justicia transicional. Por ejemplo, el gobierno reivindicaba el paradigma de la justicia restaurativa como el más adecuado para favorecer los intereses de paz y reconciliación. Sin embargo, con el tiempo y al día de hoy, se tiene que todos los actores, tanto las víctimas, como los desmovilizados, y los poderes ejecutivo y judicial, por razones diversas, terminaron adoptándolo⁵⁰⁹.

En cuanto al segundo planteamiento, los autores identifican dos usos del discurso de la justicia transicional: el uso manipulador, y el uso democrático. El primero, tiene como propósito ocultar la impunidad, en tanto que el segundo busca combatirla a través de la materialización de los derechos de las víctimas⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33494, abril 14 de 2010, M.P.: Javier Zapata Ortíz. Consideraciones de la Corte, num. 3.

⁵⁰⁷ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 3.

⁵⁰⁸ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”. *Op. cit.*, pp. 171 y 177.

⁵⁰⁹ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”. *Op. cit.*, p. 171.

⁵¹⁰ *Ibidem*, pp. 176-177.

En Colombia se ha utilizado el discurso de la justicia transicional en los dos sentidos mencionados:

El uso manipulador (...) es hecho esencialmente por el gobierno y los líderes paramilitares, pero también es apoyado ampliamente por la sociedad civil. Este uso consiste en utilizar una retórica generosa de la verdad, la justicia y la reparación, con el fin de ocultar y legitimar procesos parciales de impunidad. Las ilustraciones más prominentes de este uso manipulador de la justicia transicional pueden encontrarse en el texto original de la Ley de Justicia y Paz y en los decretos reglamentarios de la misma, expedidos por el gobierno después de la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional⁵¹¹.

Desde este punto de vista, los derechos de las víctimas que en efecto, quedaron consagrados en el texto de la Ley 975 de 2005, eran retórica, en la medida que no se encontraban acompañados de mecanismos adecuados para su materialización⁵¹².

Por su parte, el uso democrático del discurso de la justicia transicional ha corrido por cuenta de organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, movimientos de víctimas, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del empleo de diversos medios para combatir la impunidad⁵¹³.

Entre éstos, se cuenta el uso de mecanismos jurídicos para materializar realmente los derechos de las víctimas (como las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005); la crítica a la noción maximalista de reconciliación y perdón defendida por el gobierno para justificar la aplicación de la justicia restaurativa; las decisiones de las Altas Cortes colombianas a favor de los derechos de las víctimas y la prohibición de su sacrificio aún en aras de la paz; las acciones de la Corte Suprema para investigar y juzgar a los políticos que han sostenido vínculos con el paramilitarismo; y, las condenas de la Corte IDH al Estado colombiano en cinco casos por masacres cometidas por grupos paramilitares con omisión o anuencia de agentes del Estado⁵¹⁴.

De esta confluencia de circunstancias y posiciones sobre la justicia transicional en Colombia, se puede colegir que el país vive una transición fragmentada hacia la paz, y, en ese sentido, también es fragmentado el uso de la justicia transicional, por las siguientes razones:

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 177.

⁵¹² *Ibidem*, p. 177.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 179.

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 180-182. Las condenas de la Corte IDH al Estado colombiano que citan los autores, son las siguientes: *Caso de la masacre de 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de julio 5, 2004, serie C N° 109; *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de septiembre 15, 2005, serie C N° 134; *Caso de la masacre de Pueblo Bello*, sentencia de enero 31, 2006, serie C N° 140; *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de julio 1, 2006, serie C N° 149; *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de mayo 11, 2007, serie C N° 163.

De un lado, hay elementos *teóricos* que evidencian la existencia de medidas de transición como el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación formalmente estipulados en la Ley de Justicia y Paz, y robustecidos en aras de su materialización por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

A éstos, se suman los pronunciamientos de las Altas Cortes en el sentido que Colombia vive un proceso de justicia transicional y el respaldo que un sector de la doctrina le da a la tesis en virtud de la cual, la justicia transicional sí tiene cabida, aún en escenarios de conflicto.

De otro lado, hay elementos *fácticos* que dan cuenta de una transición hacia la paz en el país, como la efectiva desmovilización de grupos paramilitares en un número que ascendió a 30.000 personas, entre ellos, sus principales dirigentes; la participación en el proceso de Justicia y Paz de más de 300.000 víctimas⁵¹⁵ a la espera de que sus derechos sean satisfechos por esa vía; y la disposición por parte del Estado de una infraestructura jurídica y burocrática como contribución al proceso.

No obstante, a lo anterior se deben acompañar las críticas mencionadas con antelación, cuya veracidad es incontestable, como el hecho de que el conflicto armado no haya terminado, y que la desmovilización haya sido incompleta, de manera que éstas, sumadas con los elementos teóricos y fácticos sugeridos, arrojan como conclusión la existencia de un proceso de justicia transicional fragmentado en Colombia.

2.3.4. Elementos especiales que diferencian el Proceso de Justicia y Paz respecto del Procedimiento Penal Ordinario

Con el objetivo de demostrar la particularidad del proceso especial de Justicia y Paz en Colombia, hasta aquí se han presentado sus antecedentes; la normatividad internacional en la cual debe enmarcarse, la normatividad nacional que lo complementa y precede en el escenario de la paz; y, se han dado elementos para una posible caracterización, como sus transformaciones y adecuaciones constitucionales, sus componentes esenciales, y el uso de las herramientas de la justicia transicional.

Pues bien, en aras de concluir el ejercicio de caracterización del Proceso Especial de Justicia y Paz, a diferencia de lo visto arriba donde se hallaron confluencias entre éste y el Proceso Penal Ordinario, a continuación se observarán algunos de los elementos que los hacen realmente diferentes, y la

⁵¹⁵ UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ, *Informe Jefatura de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Septiembre 30 de 2010.

consecuencia que ello implica, en especial, para los funcionarios judiciales encargados de su aplicación.

1. Se trata de un *proceso relativamente nuevo*, es decir, sin antecedentes en la historia nacional, donde, como se vio, los procesos de paz se sellaban con acuerdos políticos sin un componente jurídico que implicara activar la Administración de Justicia más allá de las amnistías y los indultos, es decir, el Derecho era instrumento pero no límite para las negociaciones⁵¹⁶. Esto conlleva, en primer lugar, la carencia de precedentes judiciales que apoyen la solución de problemas jurídicos que se suscitan, con la consecuente necesidad de crearlos, y, en segundo lugar, el imperativo de recurrir al derecho comparado respecto de experiencias internacionales similares.
2. La *generalidad* o falta de especificidad de la legislación, esto es, que la Ley 975 de 2005, si bien constituye un estatuto procesal que otorga un marco jurídico para la penalización de los desmovilizados en el proceso de negociación con el gobierno, no posee el exhaustivo desarrollo y precisión de la cual se encuentran provistos los estatutos procesales ordinarios cuya construcción obedece a la técnica de la codificación, de manera que incluyen una serie de normas producidas durante varios años y compiladas en un solo instrumento. Por el contrario, la ley procesal que regula Justicia y Paz contiene un mayor nivel de riesgo en la presencia de vacíos normativos con la consecuente necesidad de recurrir a diversos métodos de interpretación, a pesar de la cláusula de 'complementariedad' prevista en el artículo 62 de la Ley, y, por tanto, a un mayor activismo judicial en las decisiones.
3. Se trata de un *procedimiento ex post*, creado después de la ocurrencia de los hechos, lo cual implica, necesariamente, una tensión con el principio de legalidad que protege a los procesados y en general, con el paradigma de la seguridad jurídica.
4. Son tribunales *ad-hoc* (o Salas con ese carácter creadas dentro de la estructura judicial ordinaria) aquellos que conocen de los casos, con una normatividad de la misma naturaleza, es decir, *sin vocación de permanencia*, lo que tiene como efecto, menor visión a largo plazo de los procesos, y por lo tanto, menores posibilidades de maduración y desarrollo de sus conceptos y, en cambio, mayores riesgos de generar conflictos con la normatividad ordinaria.
5. La *naturaleza política* del proceso, por su origen, arriesga las pretensiones de pureza y autodeterminación del Derecho propias de las tendencias formalistas y positivistas jurídicas en Colombia, de acuerdo

⁵¹⁶ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia". *Op. cit.*, p. 165.

con las cuales, no resulta deseable la inclusión de variables no jurídicas en las decisiones judiciales.

6. La *multiplicación del sistema de fuentes* del Derecho se hace más explícita dado el desarrollo de los llamados estándares internacionales para procesos de paz, con diversa fuerza vinculante de acuerdo con el derecho interno (disposiciones contenidas en tratados internacionales, decisiones de organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales o normas de *soft law*), de manera que se aumenta el riesgo de generar tensiones entre normas internas y normas internacionales, dificultando la identificación del marco jurídico específico a aplicar.
7. Los procesos de justicia transicional, y en este caso, el proceso de justicia y paz, se enfrentan a *situaciones de vulneración masiva de los Derechos Humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad*, es decir, no se trata, como en la justicia ordinaria, de excepciones a la norma y la consecuente puesta en funcionamiento del aparato estatal para reprimir al eventual infractor, por el contrario, en este tipo de casos, se trata de vulneraciones que no son la excepción, sino la regla⁵¹⁷. Esto último ha implicado la preocupación por valores que se consideran supranacionales, bienes jurídicos de la humanidad, entre otras nuevas categorías, de manera que ha devenido en un mayor clamor por justicia que trasciende las fronteras del Estado-nación, así como el auge y posicionamiento de los derechos de las víctimas que tiene como consecuencia la constante tensión entre éstos y los derechos de los procesados arraigados en el derecho procesal penal ordinario, para el caso colombiano, de tendencia garantista.
8. El proceso de justicia y paz, como los procesos de justicia transicional, tiene una *finalidad especial*, diferente a la de un proceso ordinario que corresponde a una lógica de justicia retributiva cuya finalidad principal es la *sanción* al infractor (aunque ahora se combine con estrategias de justicia restaurativa, entre otras). En cambio, el proceso bajo examen, aún mediante el instrumento fundamental del que dispone cuya esencia es punitiva (Ley 975 de 2005), tiene como finalidades, entre otras, la *reconciliación* de una sociedad que ha vivido en un contexto de violencia, lo cual implica, encaminar la lógica del proceso de manera diferente a la de un procedimiento ordinario.

También la Corte Suprema de Justicia, en sede de segunda instancia dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, ha identificado algunas diferencias de éste con respecto al procedimiento penal ordinario, en cuanto a⁵¹⁸: i) las

⁵¹⁷ DE GREIFF, Pablo. “Justicia y Reparaciones”. En: DÍAZ, Catalina (Ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Fondo Global para la paz y la seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, 2008, p. 307.

⁵¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30955, febrero 9 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos. Consideraciones.

situaciones previstas en una y otra reglamentación, por lo que no debe entenderse que la Ley 975 incorpora un proceso de partes; ii) los **destinatarios**, pues, mientras que la ley ordinaria está dirigida a los ciudadanos del común que eventualmente pudieran ser, en el futuro, responsables de una conducta delictiva, Justicia y Paz está dirigida a personas que hicieron parte de GAOML; iii) las **expectativas**, ya que mientras que el proceso penal ordinario asegura garantías al justiciable, Justicia y Paz persigue la consolidación de la paz; y, iv) los **derechos de los procesados**, y v) su **actitud**, que la Corte relata así:

(...) en lo referente a los derechos de que son titulares cada uno de los dos procesados en los distintos ordenamientos, también encontramos particularidades propias de la especialidad de cada ley: mientras que el de la justicia ordinaria tiene derecho a exigir que se le investigue dentro de un plazo razonable, amparado entre otros, por el derecho a la no autoincriminación, el desmovilizado somete su poder al del Estado (entregándole sus armas y cesando todo accionar violento), y renunciando a la garantía constitucional contenida en el artículo 33 superior, confiesa voluntariamente sus crímenes, ofrece toda la información suficiente para que se constate su confesión, y espera a cambio de dicha actitud las ventajosas consecuencias punitivas que consagra la ley a cuyo favor se acoge.

Por eso la actitud en uno y otro caso también es diferente: mientras que el procesado por la justicia y con la legislación ordinaria está enfrentado con el Estado, en términos de combativa exigencia, producto del ejercicio pleno de sus garantías procesales, el justiciable desmovilizado se encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley⁵¹⁹.

En suma, las diferencias halladas entre el Proceso Especial de Justicia y Paz y el proceso penal ordinario, evidencian, por lo menos, dos fenómenos: en primer lugar, Justicia y Paz tiene un carácter particular que no corresponde necesariamente con el del proceso ordinario, aunque tiene puntos en común dado que primordialmente es un procedimiento penal; y, en segundo lugar, dicha particularidad implica que el paradigma tradicional de enjuiciamiento penal de tendencia garantista, se vea ante otro escenario procesal que, por ahora, lo confronta, y, como se verá más adelante, genera dificultades para su aplicación.

⁵¹⁹ *Ibidem*. Consideraciones.

2.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1. Son diversas las teorías sobre el origen del fenómeno paramilitar, así como son múltiples sus definiciones, de manera que sólo una lectura integral de todos los hechos que se han considerado hito en su nacimiento, podría llevar a establecer que ha sido una confluencia de factores la que hizo posible el fenómeno, factores ligados al auge guerrillero, el auge del narcotráfico, y la estrategia del Estado en la lucha antisubversiva.
2. Las consecuencias del accionar paramilitar, en lo social, económico, político, y específicamente, en lo militar, dan cuenta que en Colombia, con ocasión de su aparición en el escenario nacional, sumada a la de otros actores como las guerrillas y la necesaria intervención de las Fuerzas Armadas del Estado, ha habido desde los años ochenta una situación de guerra o, como se definió en el capítulo anterior, no-paz, con las implicaciones, jurídicas, políticas, económicas y sociales que conlleva.
3. Los estándares internacionales para procesos de transición a la democracia o a la paz, no son otros que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, desarrollados por la jurisprudencia de Cortes y Tribunales internacionales, por la Organización de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos de *soft law*, y que en Colombia, vía bloque de constitucionalidad, constituyen derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno.
4. Todas las leyes de paz previas a la Ley de Justicia y Paz, han tenido como características: i) ser políticas por excelencia y por tanto, con poca participación de los jueces; ii) ser concesiones de beneficios sobre la acción penal y la pena pero sin establecer un procedimiento penal especial; iii) contener medidas como perdones y amnistías, y no otro tipo de beneficios que reduzcan la impunidad, como penas y condiciones para el otorgamiento de los beneficios sobre ellas.
5. Justicia y Paz ha sido un instrumento que se ha construido con el tiempo, y ha tenido por lo menos, tres momentos diferentes en su confección: el proyecto de Ley original; la Ley que salió expedida por el Congreso de la República; y la Ley que hoy se tiene tras los controles de constitucionalidad adelantados por la Corte Constitucional, fruto de los cuales se cuenta con una normatividad –en sentido amplio– con significativas diferencias respecto del proyecto original de la Ley y la Ley que fue expedida, principalmente, en punto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.
6. Al constatarse la existencia de elementos propios de una transición hacia la paz, como la efectiva desmovilización de miembros de GAOML, la participación de las víctimas en los procesos de juzgamiento y el reconocimiento del discurso de la justicia transicional por parte de los actores involucrados, aunque con diferentes pretensiones (unas veces

en pro de la impunidad, y otras para combatirla), y sumar a esos elementos el hecho de que confluyan en medio del conflicto armado y sin haberse logrado a plenitud (como el caso de las desmovilizaciones incompletas o la insatisfacción de los derechos de las víctimas), se tiene como conclusión que en Colombia se vive un proceso fragmentado de justicia transicional.

7. Aunque es posible hallar coincidencias entre Justicia y Paz y la Justicia procesal penal ordinaria, las diferencias en puntos como la finalidad, los destinatarios, el contexto que enfrenta y la naturaleza política, entre otras, fisuran significativamente la posibilidad de que los criterios ordinarios de interpretación y aplicación de la normatividad, propios de una tendencia garantista vigente en Colombia, rijan también en el escenario de Justicia y Paz.

3. APORTES DE LA EXPERIENCIA DEL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ PARA ESCENARIOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

El carácter especial del Proceso de Justicia y Paz, ha devenido en la creación de criterios dogmáticos particulares o la adopción de algunos empleados en experiencias internacionales, por parte de los Tribunales en Colombia, motivados, principalmente, por el estándar internacional de la lucha contra la impunidad, en punto de, por lo menos, un problema jurídico cuyas soluciones han confrontado el paradigma normativo penal de tendencia garantista: las tensiones entre los derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales tradicionales como las garantías judiciales.

Así, a continuación se presentarán los antecedentes y situación jurídica actual del paradigma de la lucha contra la impunidad, como marco que ha soportado en los últimos años la consolidación del estándar de respeto a los derechos de las víctimas, en procesos de transición hacia la paz o hacia la democracia.

Más adelante, se verá cómo ese marco ha incidido en el proceso de Justicia y Paz en Colombia, manifestándose, particularmente, en una serie de tensiones entre las instituciones penales como las garantías judiciales de los procesados y los derechos de las víctimas, en diversos temas sobre los cuales la jurisprudencia ha asumido sugestivas e innovadoras posturas, entre ellos: i) la aplicación de medidas cautelares reales en el proceso; ii) la vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) la exclusión y extradición de postulados; iv) la adopción de la figura de las imputaciones parciales; y, con especial énfasis, v) la imputación de crímenes internacionales.

Finalmente, se analizarán brevemente las bondades y dificultades de las soluciones que los Tribunales nacionales han dado a los temas propuestos, y se sustentará que, algunas de ellas, pueden tenerse como aportes dogmáticos de la experiencia colombiana para otros procesos, vigentes o futuros, de justicia transicional.

3.1. LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD COMO MARCO Y CRITERIO DE ACCIÓN

En escenarios de conflicto armado, o de dictadura, durante muchos años la impunidad de las graves vulneraciones a los derechos humanos fue considerada una especie de “mal necesario”, de manera que se consideró el precio a pagar para favorecer transiciones hacia la paz o hacia la democracia, como en efecto ocurrió durante buena parte del siglo XX⁵²⁰.

⁵²⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 3.

Sin embargo, esta situación fue cambiando paulatinamente, conforme se suscitaron dos fenómenos: i) la consolidación de dos ramas del derecho internacional público: el Derecho Penal Internacional (DPI), y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH); y ii) el debilitamiento del paradigma jurídico positivista, como a continuación se observará.

Estos dos hechos condujeron hacia un escenario jurídico en el cual se impusieron nuevas reglas para combatir la impunidad y que recayeron, tanto sobre los Estados, como sobre las personas que cometan graves vulneraciones a los Derechos Humanos o crímenes internacionales, según la rama que se trate. Entre estas normas, se destacan, los ya mencionados derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

En este acápite se abordarán de forma sucinta algunos aspectos relevantes sobre la lucha contra la impunidad, como la definición del fenómeno, sus antecedentes jurídicos e históricos, y el escenario actual del estándar en el DIDH, el DPI y el DIH, y, finalmente, se presentarán los principales retos que esa lucha ha enfrentado con respecto a tres garantías judiciales clásicas en el derecho penal liberal: prescripción, cosa juzgada y no retroactividad.

3.1.1. Antecedentes de la lucha contra la impunidad

Etimológicamente, el término “impunidad” proviene del latín *impunitas*, *-ātis*, que significa “falta de castigo”, noción que se ha proyectado, principalmente, en el escenario del derecho penal como ausencia de persecución y sanción penales de conductas punibles tipificadas⁵²¹.

Sin embargo, el devenir de otras ramas del Derecho como el DIDH, ha contribuido a la definición de impunidad en términos más precisos y luego, más amplios, hasta llegar a acepciones que superan la esfera meramente punitiva.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido la impunidad como “(...) la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y condena de los responsables de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana (...)”⁵²², concepto con el cual, se expande el concepto hacia otras vulneraciones.

En la misma dirección, se ha considerado que si bien, la impunidad tiene su origen, como se ha visto, en la ausencia de una justicia retributiva, también abarca otros aspectos igualmente reprochables, como la ausencia de verdad y

⁵²¹ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 15.

⁵²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998, párr. 173.

de reparación para las víctimas⁵²³, de manera que, en su acepción más elaborada, establecida en el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, promulgado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 8 de febrero de 2005, la impunidad constituye:

(...) una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones⁵²⁴.

De esta acepción y, atendiendo la apreciación citada en virtud de la cual, son diversas ramas del Derecho las que se han ocupado del tema, se puede establecer una primera conclusión en cuanto el concepto de impunidad se expresa en dos sentidos: lato y estricto.

En sentido lato "(...) se relaciona con los hechos subordinados al derecho penal general, mientras que 'impunidad' en sentido estricto, se vincula (sólo) a la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos"⁵²⁵. De esta forma, el estudio que aquí se hace, se concentra, como se infiere de las fuentes citadas, en el segundo sentido de la impunidad.

Ahora, es posible establecer diferentes formas de impunidad en sentido estricto, a partir de las múltiples maneras como se ha suscitado el fenómeno:

En primer lugar, desde el punto de vista material, se tienen dos categorías interrelacionadas pero claramente diferenciables de impunidad: fáctica y normativa⁵²⁶.

La impunidad fáctica, alude a la existencia de situaciones de hecho que no hacen posible la persecución y sanción penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales. Entre los mecanismos que suelen emplearse para privilegiar este tipo de impunidad se cuentan "(...) la intimidación de gobiernos civiles a través de las Fuerzas Armadas, las amenazas directas a la justicia y sus representantes, así como

⁵²³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo de castigo para los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Partenón, 2007, p. 427.

⁵²⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. Febrero 8 de 2005, principio 1.

⁵²⁵ AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Bogotá: Dike, 1997, p. 31.

⁵²⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 430.

contra partes en los procesos, la corrupción, falta de imparcialidad, voluntad o independencia de la justicia⁵²⁷, entre otros.

Por su parte, la impunidad normativa es aquella que se origina en normas jurídicas que impiden la persecución y sanción penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales. Como formas más recurrentes de este tipo de impunidad, suelen citarse, las amnistías, los indultos, las jurisdicciones especiales como la militar, o los estados de excepción, aunque, en estos dos últimos casos, se trata de escenarios que no eximen directamente de responsabilidad, pero facilitan esa posibilidad⁵²⁸.

Hay que advertir que, de acuerdo a la definición ofrecida líneas atrás, en esta clasificación también se estaría hablando de la falta de verdad, reparación y de garantías de no repetición para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales, cuando fáctica o normativamente, perviven obstáculos que impiden las satisfacción de esos dos derechos.

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal, la doctrina ha clasificado la impunidad dependiendo del estado del proceso, de manera que se cuenta con cinco figuras: i) impunidad fáctica, por ausencia de denuncia de los hechos; ii) impunidad investigativa, por la insuficiente actividad investigativa; iii) impunidad por congestión, debida a la sobrecarga de la justicia penal; iv) impunidad legal, ocasionada por reglas procesales; e v) impunidad delictuosa, generada por el desarrollo de actividades delictivas en contra de las partes procesales⁵²⁹.

Estas formas de impunidad, y otras tantas que sería posible citar⁵³⁰, han sido de gran recurrencia en la historia moderna de Occidente, en especial, como se mencionó atrás, en contextos de graves y masivas vulneraciones a los Derechos Humanos, siempre bajo diversos argumentos como la necesidad de conseguir la reconciliación, o la conservación del *status quo*⁵³¹.

Sin embargo, un hito histórico suscitó dos fenómenos jurídicos: i) el desarrollo del DPI y del DIDH; y ii) el fin del positivismo como arquetipo jurídico absoluto, que dieron al traste con un nuevo paradigma en el Derecho Internacional: la lucha contra la impunidad.

Se trata de la segunda guerra mundial (1939 – 1945), cuyo final, propició una evolución en materia de guerra y de paz, al menos en dos sentidos: i) la

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 430.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 431.

⁵²⁹ AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. *Op. cit.*, pp. 36-37.

⁵³⁰ Acerca de otros factores y tipos de impunidad, ver: AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Memorial en derecho. Amicus curiae presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Ceballos – Ecuador*. Diciembre 18 de 1997, párrs. 68 y 69. Citado en: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 431.

⁵³¹ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 73.

conciencia de la gravedad de los acontecimientos acaecidos; y ii) la presencia de una convicción jurídica respecto de la necesidad de proteger internacionalmente la dignidad humana⁵³².

Dicha evolución y los dos sentidos citados, pueden resumirse como un rechazo a ultranza a la injusticia (idea que desde la teoría jurídica maduró Gustav Radbruch, como se observará), y una disposición para evitar que hechos semejantes se repitieran y quedaran impunes.

Bajo esas premisas, las potencias mundiales vencedoras en la guerra constituyeron dos instituciones con fines diversos, pero, complementarios: la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, y los Tribunales Penales Militares Internacionales (TMI) de Núremberg y Tokio, en 1945 y 1946, respectivamente. La primera, con la intención de prohibir la guerra y mantener la paz en el mundo⁵³³; y los segundos, con la pretensión de juzgar los crímenes cometidos por los vencidos.

Con Núremberg y Tokio se impulsa una nueva rama del Derecho Internacional Público, el Derecho Penal Internacional, pues, "(...) hasta el final de la segunda guerra, la comunidad internacional nunca había ejercitado la represión penal de los comportamientos individuales"⁵³⁴, en su lugar, se había ocupado de la responsabilidad de los Estados, como únicos sujetos de Derecho Internacional⁵³⁵.

El primer referente, se sitúa tras el final de la primera guerra mundial, cuando es incriminado el káiser Guillermo II de Hohenzollern –emperador de Alemania– como criminal de guerra, acusación contenida en el artículo 227 del Tratado de Versalles contra él y sus colaboradores, sin embargo, el juicio nunca se llevó a cabo debido a que Holanda, país donde se encontraba refugiado, no accedió al pedido de extradición alegando, precisamente, que la responsabilidad internacional sólo era predicable de los Estados y no de los individuos⁵³⁶.

Después de Núremberg y Tokio, dicho precepto quedó definitivamente abolido, aunque su aplicación estuvo suspendida durante décadas, sólo hasta cuando se implantaron los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994)⁵³⁷ encargados de juzgar tres categorías de crímenes, inspiradas, aunque no de forma idéntica, en los Estatutos de los mentados tribunales: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.

⁵³² *Ibidem*, p. 70.

⁵³³ ZOLO, Danilo. *Op. cit.*, p. 37. No obstante, este autor advierte la manera contradictoria como la Carta de las Naciones Unidas aborda la conservación de la paz, pues, mientras el cuarto párrafo del artículo 2º prohíbe el uso de la fuerza por los Estados, el artículo 39 faculta al Consejo de Seguridad para tomar medidas, incluso, el uso de la fuerza, contra Estados que amenacen violar la paz internacional. *Ibidem*, p. 37.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 42.

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 50.

Posteriormente, se “normalizó” esta forma de justicia a través de la suscripción del Estatuto de Roma en 1998, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional como tribunal penal internacional permanente, y también se cuenta con una nueva experiencia de Tribunal *ad hoc* constituido para el caso de Sierra Leona.

No podría dejar de citarse la naciente jurisdicción penal universal, de la cual, España ya ha hecho uso en casos como el juicio a Augusto Pinochet.

Si bien, son esfuerzos encaminados en la lucha contra la impunidad, cuando de crímenes internacionales se trata, aunque concentrados en el punto de la justicia retributiva, los mismos no han estado exentos de críticas, principalmente, debido a que, para autores como Hans Kelsen, resulta “(...) incompatible con la función judicial que sólo los Estados perdedores estuviesen obligados a someter a sus ciudadanos a la jurisdicción de una corte penal. También los Estados vencedores habrían debido aceptar que sus propios ciudadanos, responsables de crímenes de guerra, fueran procesados por una corte internacional”⁵³⁸.

Paralelo a la consolidación del DPI, también se tiene el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que, como se insinuó atrás, podría corresponder tanto con el espíritu de lucha contra la injusticia como con el sentido de respeto a la dignidad humana que se soliviantan en la segunda posguerra y también lleva en sí el hálito de la lucha contra la impunidad.

En el capítulo anterior se mencionó la manera como la lucha contra la impunidad se encontraba ligada al derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y de crímenes internacionales, derecho que, a su vez, se funda en la obligación internacional de los Estados de perseguir a los responsables de las vulneraciones graves a los Derechos Humanos (en el caso del DPI y del DIH), y en las obligaciones de respetar los derechos y garantizar su ejercicio, en especial, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (para el caso del DIDH)⁵³⁹.

Pues bien, se ha sostenido que estas obligaciones –indefectiblemente unidas con el paradigma de la lucha contra la impunidad–, tienen su hito fundacional en la segunda posguerra y se han relacionado sus antecedentes en el DPI. Ahora, en cuanto al DIDH, también se tienen referentes anteriores a la creación de la ONU, y luego, otro tanto, fruto de su papel en lo que hoy se conoce como Sistema Universal de Derechos Humanos.

El primer ejemplo, es la *Convención sobre la Esclavitud*, de septiembre 5 de 1926, que obligaba a los Estados a prevenir y reprimir la trata de esclavos (art. 2°), y, de manera más específica, a “adoptar las medidas necesarias” para que

⁵³⁸ KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944, pp. 122 y ss. Citado en: ZOLO, Danilo. *Op. cit.*, p. 49.

⁵³⁹ *Supra*, num. 2.2.1.

las infracciones de las normas dictadas para hacer cumplir la Convención se castigaran con penas severas⁵⁴⁰.

Posteriormente, ya en la segunda posguerra, se tienen los siguientes instrumentos⁵⁴¹:

- La *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de septiembre 7 de 1956, previó el compromiso de los Estados de consagrar como delito en los ordenamientos internos actos que impliquen formas de esclavitud (arts. 3° y 6°).
- La *Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, de diciembre 21 de 1965, obliga a los Estados a declarar como “acto punible” la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, entre otras prácticas discriminatorias (art. 4°), y también exige a los Estados garantizar a las víctimas de actos de discriminación racial el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 6°).
- La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (CAT)*, de diciembre 10 de 1984, obliga a los Estados a investigar de manera pronta e imparcial la comisión de actos de tortura (art. 12°), a disponer lo necesario para tipificar en sus ordenamientos internos, el delito de tortura (art. 4°), y para instituir una jurisdicción sobre este delito aún si no existe un punto de conexión territorial, es decir, se propicia la asunción de una jurisdicción universal (arts. 5 a 9).
- El *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, de mayo 20 de 2000, mantiene el tipo de disposiciones de la CAT, aún en cuanto al establecimiento de una jurisdicción universal (arts. 3 a 10).
- La *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Convención sobre Desapariciones Forzadas)*, de 23 de diciembre 2006, contiene un amplio listado de disposiciones que explicitan exigencias retributivas y reparativas dirigidas a las víctimas de esta práctica (arts. 3 a 16 y 25 a 26).

Sin el carácter de convención, pero, como un hito en el desarrollo del DIDH en materia de lucha contra la impunidad, se tiene el ya mencionado *Informe Final del relator especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de 1997, conocido como los “principios de Joinet”, adoptados por Resolución de Naciones Unidas⁵⁴², y actualizados en 2005.

⁵⁴⁰ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 33-36.

⁵⁴² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de*

Paralelo a este recorrido, se encuentran los instrumentos relativos a la prohibición de amnistías, ampuloso listado que, por ahora sólo se menciona, y que será desarrollado más adelante en el presente documento⁵⁴³.

Resta por mencionar, que también instrumentos de los sistemas regionales han sido fundamentales en este proceso, y, para el caso nacional, debe mencionarse el papel de la Convención Americana de Derechos Humanos que a través de cláusulas generales como el deber del Estado de respetar los derechos y garantizar su ejercicio (art. 1.1.) y con la creación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, ha constituido también un baluarte en la lucha contra la impunidad.

Esta breve aproximación a una reconstrucción jurídica de los antecedentes de la lucha contra la impunidad, cimentados fundamentalmente en el DPI y en el DIDH, a partir de su consolidación en la segunda posguerra, quedaría incompleta si no se observara el fenómeno jurídico teórico que soportó, en gran medida, la posibilidad de que esas dos ramas del Derecho emergieran.

Se trata del debilitamiento del positivismo jurídico como paradigma que hasta la segunda guerra mundial se erigía como dominante, al menos, en los países de tradición jurídica continental. En particular, el positivismo normativista de Hans Kelsen.

En la vieja disputa entre positivismo y *iusnaturalismo*, que también es la discusión entre el Derecho y la moral, la primera corriente niega los postulados del derecho natural y de la justicia, arguyendo “(...) la imposibilidad de que existan normas jurídicas por fuera o por encima del correspondiente orden legal y que no sean producto de una voluntad, precisamente la de quienes ejercen el poder estatal”⁵⁴⁴. Es decir, se concentra en el problema de validez y la autonomización del Derecho.

Ya se citaron algunas críticas a esta forma de positivismo formuladas por Luigi Ferrajoli⁵⁴⁵, pero, el hecho que hizo trepidar sus cimientos fue “[l]a barbarie del nacional-socialismo, hecha a nombre de la ley (...). La idea kelseniana de que toda norma legal es derecho, sin consideración a su contenido, fue duramente combatida en la posguerra, y al positivismo se le adjudicó no poca responsabilidad (...) en la legitimación de la dictadura (‘la ley es la ley’)”⁵⁴⁶.

Esta reflexión sobre la rigidez del positivismo normativista cuestionó a los mismos defensores iniciales de esa escuela en Alemania, como fue el caso

conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

⁵⁴³ *Infra*, num. 3.1.2.

⁵⁴⁴ VILLAR BORDA, Luis. “Introducción”. En: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 2009, pp. IX-X.

⁵⁴⁵ *Supra*, num. 1.2.1.

⁵⁴⁶ VILLAR BORDA, Luis. *Op. cit.*, p. XII.

Gustav Radbruch, otrora promotor de ideas como la superioridad del Derecho en caso de conflicto con la justicia, y de la seguridad jurídica como primera misión del Derecho⁵⁴⁷, hace un giro en sus postulados ante la abrumadora legalización de la crueldad durante el régimen nazi.

Para Radbruch, el principio *ley es ley*, expresión del positivismo jurídico que dominó durante décadas entre los juristas alemanes, propició una suerte de legalidad injurídica, una contradicción en sí misma que resultó avalando la criminalidad nazi⁵⁴⁸.

En su nueva concepción del positivismo, la ley positiva lleva un valor inherente independientemente de su contenido, de manera que siempre es deseable en lugar de la ausencia de ley, ya que crea *seguridad jurídica*, pero ésta, ya no es el único y decisivo valor que deba realizar el derecho, a su lado se ubican otros dos valores: *justicia* y, en último lugar, *conveniencia* para el bienestar de la comunidad⁵⁴⁹, eso sí, bajo el entendido de que sólo lo que es justo beneficia al pueblo⁵⁵⁰.

De esta forma, ese valor tan caro al positivismo, la seguridad jurídica⁵⁵¹, “(...) toma una singular posición intermedia entre convivencia y justicia: ella es reclamada, de una parte, por el interés público, pero, de la otra, también por la justicia. Es una exigencia de la justicia, que el derecho sea seguro (...)”⁵⁵².

De un eventual enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, suscitado, por ejemplo, entre una ley positiva impugnada por su contenido, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, surge la conocida “fórmula de Radbruch”, hito en la historia de la lucha contra la impunidad:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse ‘como falso derecho’ y ceder el paso a la justicia”⁵⁵³.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. XVI. En el mismo sentido, ver: VIGO, Rodolfo. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. México, D.F.: Fontamara, 2008, p. 34.

⁵⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁵⁵⁰ VIGO, Rodolfo. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”. *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁵¹ La seguridad del Derecho “(...) se apoya en cuatro condiciones: 1) que sea positivo o estatuido en leyes; 2) que el derecho se base en hechos y no en juicios de valor del juez; 3) que esos hechos sean practicables con el menor margen de apreciación; y 4) que el derecho no se someta a cambios frecuentes”. VIGO, Rodolfo. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁵² RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 34-35.

Con esta fórmula, que los seguidores y comentaristas de la obra de Radbruch han divulgado como “la injusticia extrema no es derecho”⁵⁵⁴, el autor invita a oponer a la arbitrariedad legal sufrida por doce años en Alemania, un nuevo Derecho que realice las exigencias de la justicia con el mínimo posible de sacrificio de la seguridad jurídica⁵⁵⁵.

Son varios los efectos de este postulado⁵⁵⁶: el renacimiento i) del *iusnaturalismo*; ii) de los principios generales del Derecho; iii) de la supralegalidad del Derecho; y iv) de los Derechos Humanos que se cimentarán en el concepto de dignidad humana propuesto por Kant⁵⁵⁷ -el hombre como fin en sí mismo-, el cual irrigará, precisamente, toda la construcción posterior del DIDH.

Bajo la idea radbruchiana de lucha contra la injusticia extrema se pertrecha, como se ha esbozado hasta aquí, la lucha contra impunidad, soportada, en tres pilares principales⁵⁵⁸: el DPI, el DIDH y las teorías jurídicas no positivistas.

3.1.2. Implicaciones del estándar internacional de la lucha contra la impunidad

Hasta aquí, se han indicado las principales premisas teóricas y normativas que cimientan el paradigma de la lucha contra la impunidad.

Sin embargo, dado que su desarrollo es bastante reciente, en comparación con otros postulados del Derecho arraigados en la conciencia de Occidente desde el siglo XVIII, principalmente, en materia penal⁵⁵⁹, no son pocos los retos que ha enfrentado y, como consecuencia, las tensiones que ha generado con, al

⁵⁵⁴ Cfr.: VIGO, Rodolfo. “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, p. 90.

⁵⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁵⁶ Como un ejemplo de la aplicación concreta que tuvo la fórmula de Radbruch, se tiene la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de los centinelas del Muro de Berlín, donde conoció del recurso de amparo interpuesto por tres de los condenados, miembros del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. (Kleber, Streletz y Albrecht), quienes argumentaban que en el caso el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal, en la revisión, habían infringido el artículo 103.2 de la Ley Fundamental que preveía la prohibición de retroactividad. Ante este alegato, el Tribunal Constitucional reafirmó la validez de la norma, pero, consideró que dada la especialidad de la situación, había un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la prohibición absoluta de retroactividad, inclinando su decisión a la inaplicación de una regla que favorecía en demasía la injusticia, en este caso el artículo 103.2. de la Ley Fundamental, y con ello, negando el recurso. ALEXEY, Robert. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, pp. 311 y ss.

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ IBARRA, Juan. “Presentación”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, p. 10.

⁵⁵⁸ Se cuentan como principales con la pretensión de no soslayar el desarrollo del DIH que tuvo su máxima expresión en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en sus dos Protocolos adicionales de 1977, los cuales, como se dijo en el numeral 2.2.1. también contienen disposiciones ligadas a la lucha contra la impunidad, cuando establecen el deber de perseguir penalmente a quienes hayan cometido graves infracciones al DIH.

⁵⁵⁹ Cfr.: *Supra*, num. 1.1.1.

menos, otros dos paradigmas: i) las instituciones penales clásicas como algunas garantías judiciales de los procesados; y ii) la necesidad de la paz en contextos de graves vulneraciones a los Derechos Humanos.

En el primer escenario, es posible identificar tres instituciones penales (las dos últimas garantías clásicas) muy caras a la tradición penal liberal, que, de alguna manera han confrontado con la idea de combatir la impunidad, en la medida en que han sido usadas para favorecerla: *prescripción, cosa juzgada y no retroactividad*⁵⁶⁰.

En el capítulo I del presente documento se abordó el tema de las garantías penales y procesales a partir de la postura de Luigi Ferrajoli⁵⁶¹. Allí se concluyó que son *garantías penales*: los principios de estricta legalidad, taxatividad de los delitos, lesividad, materialidad y culpabilidad; y son *garantías procesales*: los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la jurisdicción, y el principio de juez natural.

También se adujo que el catálogo, no era cerrado, de manera que otras garantías podrían enlistarse para perfeccionar el modelo garantista.

Así mismo, a propósito del examen del tema en Colombia, se evaluó el *grado* en el cual el ordenamiento jurídico nacional recoge dichas garantías, concluyendo que en el país se cuenta con un sistema de fuerte tendencia garantista⁵⁶², en la medida en que por vía constitucional, legal o jurisprudencial, contempla un robusto listado de garantías, entre las que se cuentan, para lo que en el momento interesa: la imprescriptibilidad de las penas⁵⁶³ (Const. Pol., art. 28, inc. 3°), el principio de legalidad estricto y lato (Const. Pol., art. 29, inc. 2°.), del cual se derivan, entre otros, el debido proceso que a su vez implica, la no retroactividad, y el *non bis in idem* (Const. Pol., art. 29, inc. 4°).

La primera institución, la *prescripción de la acción*, que no podría llamarse en estricto sentido una garantía, pero, ha hecho parte de manera casi incólume de la tradición penal liberal, no se encuentra expresamente prohibida por disposiciones del Derecho Internacional convencional, de manera que, cabría inferir que los Estados no estarían obligados a reputar los tipos penales correspondientes a crímenes internacionales o graves vulneraciones a los Derechos Humanos, como imprescriptibles⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 129.

⁵⁶¹ *Supra*, num. 1.2.1.

⁵⁶² *Supra*, num. 1.2.3.

⁵⁶³ Es oportuno llamar la atención sobre la diferencia entre la prescripción de la *pena*, prohibida a nivel constitucional en tanto garantía fundamental, y la prescripción de la *acción penal* que no constituye *per se* una garantía judicial.

⁵⁶⁴ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 38.

Esta inferencia se soporta en dos hechos: en primer lugar, que “(...) la Convención sobre Desapariciones Forzadas reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados Parte apliquen un régimen de prescripción a ese delito siempre que los actos de desaparición forzada no integren un crimen contra la humanidad –art. 8,1 en relación con el art. 5–, aun cuando establece ciertas condiciones”⁵⁶⁵, como que el plazo de la prescripción sea prolongado y proporcional a la extrema gravedad del delito, y que se compute a partir del cese de la situación de desaparición forzada (art. 8.1)⁵⁶⁶.

En segundo lugar, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, principal instrumento internacional que regula específicamente la materia⁵⁶⁷, tiene dos particularidades que hacen controvertida su aplicación: i) restringe su alcance a un contexto situacional concreto dado por el listado y la definición que otorga a los crímenes –ligadas al Tribunal de Núremberg–: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, apartheid y genocidio (art. 1°); y ii) su naturaleza es consuetudinaria, no convencional, como lo han expresado el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doudou Thiam⁵⁶⁸, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶⁹.

No obstante, si bien no es clara la existencia de una obligación internacional de carácter convencional en materia de imprescriptibilidad de las graves violaciones a los Derechos Humanos y de los Crímenes Internacionales, sí existe una tendencia general a reconocer la importancia de dicho precepto, que se apoya en el derecho consuetudinario y en las decisiones de órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales⁵⁷⁰.

Así, se cuenta con recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del PIDCP y del Comité contra la Tortura en el sentido de instar a los Estados a ampliar los plazos⁵⁷¹ o derogar las leyes sobre prescripción⁵⁷².

A nivel jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁶⁷ También se encuentra a nivel regional europeo, la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, de 25 de enero de 1974.

⁵⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *Cuarto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Documento de Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.

⁵⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 153. Citada en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.

⁵⁷⁰ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁷² COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 138.

[S]on inadmisibles (...) las disposiciones de prescripción (...) que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁷³.

Finalmente, este principio de imprescriptibilidad de ciertos crímenes bajo el derecho internacional, ha sido recogido también por tribunales nacionales. Son emblemáticos los casos de *Eichmann* (Distrito Tribunal de Jerusalén, Sentencia de 12 de diciembre de 1961), y de *Klaus Barbie* (Corte de Casación de Francia, Sentencia de 20 de diciembre de 1985)⁵⁷⁴.

En Colombia la prescripción de la acción penal se encuentra establecida en los artículos 83 a 86 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). En síntesis, la normativa señala que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena prevista en la ley, si se trata de pena privativa de la libertad, pero, no podrá ser inferior a cinco años ni superior a veinte, salvo que se trate de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, casos en los cuales, será de treinta años.

También se consagran disposiciones especiales cuando el perpetrador sea servidor público (art. 83.5), cuando la comisión de la conducta se hubiere iniciado en el exterior (art. 83.6), y cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos en menores de edad (art. 83.3).

Es de resaltar que las disposiciones que extienden los términos de prescripción han sido integradas recientemente con ocasión de nuevas leyes como la 1154 de 2007 y la 1426 de 2010. Es decir, Colombia, a pesar de no ser Parte en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ha venido favoreciendo las recomendaciones citadas arriba en la materia.

⁵⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41. Ver igualmente: Caso de Barrios Altos vs. Perú, Sentencia (Interpretación de la sentencia de fondo), Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, párr. 15; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia (Reparaciones) de 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92, párr. 106; Caso del Carachazo vs. Venezuela, Sentencia (Reparaciones) de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, párr. 119; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 190; Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 152; Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 172; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 130; y Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 276. Citadas en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 139.

⁵⁷⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.

Sin embargo, aunque legalmente parece pacífico el tema, la jurisprudencia constitucional se ocupó de la posibilidad que la acción penal por el delito de desaparición forzada fuera imprescriptible:

En la sentencia C-580 de 2002, donde se estudia la constitucionalidad de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (Belem do Pará, julio 9 de 1994), la Corte examina el artículo 7 de la Convención que establece: “tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario (...)”.

Para el efecto, precisa el alcance del artículo 28 Superior que expresamente consagra la prohibición de imprescriptibilidad para las penas, pero no dice nada respecto de la acción penal.

La Corte parte de la siguiente consideración: el vacío respecto de la acción penal no quiere decir, *per se*, que la misma sea imprescriptible en Colombia, de manera que se ocupa del instituto de la imprescriptibilidad de la acción penal a nivel nacional.

Para empezar, identifica la clara tensión entre la prohibición de imprescriptibilidad de las penas o las acciones penales que se erige como una garantía del debido proceso y la posibilidad de que el Estado ejerza de forma intemporal el *ius puniendi*. Al respecto, arguye que esta garantía no puede ser absoluta. “Su alcance depende del valor constitucional de los intereses protegidos mediante la acción penal específica frente a la cual se pretenda oponer (...)”⁵⁷⁵, es decir, resulta razonable que el legislador le de un trato diferenciado al término de prescripción de la acción penal dependiendo del delito, entre otros motivos, en razón a la necesidad de erradicar la impunidad frente a delitos en los cuales resulta especialmente difícil recopilar pruebas o juzgar efectivamente a los responsables⁵⁷⁶.

Pasa a ocuparse específicamente de la desaparición forzada, caso en el cual, la prohibición consagrada en el artículo 12 de la Convención, impone al Estado un deber especial de protección, deber que implica, a su vez, una ampliación del conjunto de facultades de que dispone el legislador para satisfacer el interés en erradicar la impunidad. Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción⁵⁷⁷.

Las razones que aduce para sustentar esa facultad del legislador se basa en tres consideraciones: i) el interés en erradicar la impunidad; ii) la necesidad de que se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la

⁵⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁷⁶ *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁷⁷ *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

reparación; y iii) la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurrir en la conducta de desaparición forzada⁵⁷⁸.

Volviendo a la tensión planteada, la Corte, procura su resolución a través de un test de proporcionalidad en el cual examina si la imprescriptibilidad de la acción penal en el caso de la desaparición forzada "(...) es un medio adecuado para lograr los fines propuestos y si estos no se pueden satisfacer a través de mecanismos que afecten menos los derechos del inculcado"⁵⁷⁹.

Obviando de momento los argumentos de la Corte, en síntesis, la solución es planteada de la siguiente manera: "(...) frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas"⁵⁸⁰.

Así, como conclusión (...), la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso⁵⁸¹.

Así, la Corte Constitucional privilegia la lucha contra la impunidad, y con ella, los derechos de las víctimas en un escenario de conflicto con instituciones tradicionales del derecho penal que implican garantías, como la prescripción, disminuyendo la importancia de las mismas que otrora, era incuestionable.

La segunda institución del Derecho penal aludida, que también ha sido usada como medio para favorecer la impunidad, es la *cosa juzgada* inherentemente asociada al principio *non bis in idem*⁵⁸² y definida por éste.

El principio *non bis in idem* se "(...) formula como la prohibición de someter al inculcado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismos hechos"⁵⁸³.

En esos términos es reconocido por numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional como los siguientes:

⁵⁷⁸ Ibídem. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁷⁹ Ibídem. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁸⁰ Ibídem. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁸¹ Ibídem. Consideraciones, num. 3.2.

⁵⁸² COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 140.

⁵⁸³ CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000, p. 100.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4); Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 4); Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 19); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 22); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 10); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 9); y Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 9)⁵⁸⁴.

Como se observa en la definición presentada, para que el principio *non bis in idem* sea aplicable, es necesario que la segunda (o posterior) persecución penal se refiera al mismo hecho que fue objeto de la primera. “El concepto de identidad de hecho implica, a estos efectos, la existencia de una triple identidad: identidad de persona (*idem personam*), identidad de objeto (*idem re*), e identidad de causa de persecución (*idem causa petendi*). Si alguna de ellas falla, no regirá el principio”⁵⁸⁵.

El examen de esta garantía ha sido abordado desde dos dimensiones: “su validez a la luz de los estándares internacionales del debido proceso legal; y su validez en relación a la obligación de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos”⁵⁸⁶.

Desde la primera dimensión, la jurisprudencia interamericana, entre otras fuentes, ha establecido criterios para examinar la aplicación material de la cosa juzgada y el principio *non bis in idem*, que se pueden resumir así: que la actuación se haya adelantado ante un tribunal competente, independiente e imparcial, con la plena observancia de las garantías judiciales y de los derechos de los justiciables como de las víctimas y causahabientes que se han hecho parte en el proceso⁵⁸⁷.

La vulneración de este postulado ha provocado decisiones de la Corte IDH como la tomada en el caso de civiles condenados por un tribunal militar peruano, donde declaró inválido el proceso “por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y ordenó a las autoridades garantizar un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal⁵⁸⁸.

En la misma línea de disertación, la Corte IDH ha elaborado el concepto de “‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 142.

⁵⁸⁵ CAFFERATA NORES, José. *Op. cit.*, p. 101.

⁵⁸⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 143.

⁵⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo resolutivo 13. Citada en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 144.

⁵⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 131. Ver igualmente: Caso La Cantuta vs. Perú, *Op. cit.*, párr. 153; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, *Op. cit.*, párr. 154; y

La segunda dimensión –la obligación de los Estados de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos–, se encuentra más ligada a la lucha contra la impunidad, de manera que la validez de la cosa juzgada esta condicionada a que el proceso no haya sido enderezado a consagrar la impunidad o sea incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia⁵⁹⁰.

De esta dimensión se desprenden postulados como: i) la cosa juzgada no puede ser invocada cuando el autor de un crimen bajo el derecho internacional no ha sido debidamente juzgado o castigado por ese mismo crimen o el proceso tenía como fin exonerar de responsabilidad penal internacional a la persona⁵⁹¹; y ii) las causas penales instruidas con una “falta de diligencia tal que esté calculada para permitir que el acusado eluda su responsabilidad real”, constituye un “simulacro de proceso”, respecto del cual no puede invocarse el principio *non bis in ídem* y la cosa juzgada⁵⁹². Entre otros.

En Colombia, la figura del *non bis in ídem* se encuentra prevista en la Constitución Política (art. 29.4), y en la Ley 599 de 2000 (art. 8°)⁵⁹³.

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha referido al carácter relativo y no absoluto de esta garantía:

(...) así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del *non bis in ídem* (...), es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la **relativización de la mencionada garantía**, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano⁵⁹⁴. (Negritas fuera del texto original).

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 98.

Citadas en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 144.

⁵⁹⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁹¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Documento de Naciones Unidas Suplemento No. 10 (A/51/10), págs. 74 y ss. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁹² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones - 2 de mayo a 22 de julio de 1994, Documento de Naciones Unidas Suplemento No. 10 (A/49/10), pág. 86. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 146.

⁵⁹³ “Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.

⁵⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-554 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Fundamentos, num. 4.10.

En decisión posterior, la misma Corte enfatizó la necesidad de relativizar el principio de *non bis in ídem* atendiendo valores y principios que también son relevantes y que, como consecuencia pueden colisionar con aquel y hasta superarlo, en particular, alude a que este supuesto se configura en tratándose de los derechos de las víctimas y la obligación del Estado de investigar juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos, así:

Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al *non bis in ídem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el *non bis in ídem*, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado (...)⁵⁹⁵.

De esta forma, se evidencia que tanto a nivel nacional como internacional, las garantías fundamental del *non bis in ídem*, y por contera, la cosa juzgada, han confrontado con intereses propios de lucha contra la impunidad, de suerte que, el efecto, ha sido su limitación, aunque, no por ello puede afirmarse que han perdido su vigencia.

Finalmente, la *no retroactividad de la ley penal* (principio de irretroactividad) es la tercera institución clásica del derecho penal –también erigida históricamente como garantía judicial del procesado bajo la lógica del pensamiento liberal–, cuyo uso, al igual que el de los dos preceptos ya tratados, ha favorecido, en ciertos contextos, la impunidad.

Como lo ha precisado el Comité de Derechos Humanos, este principio se traduce en “(...) el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por la ley posterior se imponga una pena más leve”⁵⁹⁶.

De lo anterior, es claro que la *no retroactividad* se deriva del principio de legalidad penal, ya tratado en este documento, y es, en general, bajo esa forma que se encuentra reconocido en el DPI⁵⁹⁷, en el DIH⁵⁹⁸, y en el DIDH⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-004 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre. Consideraciones y Fundamentos, num. 13.

⁵⁹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (art. 4º), párr. 7. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 129.

⁵⁹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 24)

⁵⁹⁸ Convenio III de Ginebra (art. 99); Convenio IV de Ginebra (art. 67); Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 75.4); y Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 6.2). Citados en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

De manera específica, y como cláusula general aplicable también en materia penal, se cuenta con la consagración del principio *sub examine* en el Derecho de los tratados, toda vez que la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, dispone: “**Irretroactividad de los tratados.** Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

En el mismo sentido se encuentran otros instrumentos internacionales que regulan materias específicas pero aluden, directamente a la irretroactividad, por ejemplo, la Convención sobre Desapariciones Forzadas dispone que: “Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado” (art. 35.2.).

No obstante, la jurisprudencia de los sistemas regionales de Derechos Humanos, en este caso, tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana, han propendido por distinguir los “actos instantáneos” de las “situaciones continuadas de vulneración de los Derechos Humanos” (lo que en Derecho penal se llaman tipos penales de ejecución instantánea y de ejecución permanente). Los primeros, perpetrados de una sola vez en un momento temporal, y las segundas, aquellas en las cuales la vulneración del derecho se prolonga en el tiempo, de manera que si la conducta que afecta al derecho continúa cometiéndose después de la entrada en vigencia del correspondiente instrumento internacional, el Estado podría responder por tales hechos⁶⁰⁰.

Esta distinción claramente favorece las situaciones de desaparición forzada, aunque también se ha extendido a casos en los cuales se vulnera el acceso a la Administración de Justicia⁶⁰¹.

Ahora bien, ya que mediante la *no retroactividad* se puede llegar a favorecer la impunidad al dejarse de enjuiciar a personas cuyos comportamientos no eran punibles en la legislación interna del respectivo país para la época de su comisión, múltiples tribunales penales nacionales e internacionales, así como los órganos de los sistemas universal, americano y europeo de protección de Derechos Humanos han establecido que sí es posible juzgar y sancionar a personas por hechos cometidos sin ley que los tipificara en su momento,

⁵⁹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15); Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 7); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7.2); Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 15); y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9). Citados en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

⁶⁰⁰ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁰¹ *V.gr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C No. 27, párr. 39. Citada en: BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 41.

cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional o de graves violaciones a los Derechos Humanos⁶⁰².

Como ejemplos primigenios se tienen los ya citados TMI de Núremberg y Tokio, así como los juicios celebrados por los tribunales de los Aliados en virtud de la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, en los cuales se juzgaron conductas que no eran consideradas delito en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, esto es, crímenes tipificados *ex post facto*, esgrimiéndose argumentos como que "(...) los actos perpetrados por los acusados vulneraron principios generales reconocidos por todas las naciones civilizadas y vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos"⁶⁰³.

Con posterioridad se tiene variedad de casos fallados conforme en mismo criterio en procesos internos como en Argentina (caso Simón), Israel (caso Eichmann), en Francia (caso Barbie), en Alemania (caso Kleßer, Streletz y Albrecht); y en procesos de Tribunales *ad hoc* (TPIY caso Tadic)⁶⁰⁴, entre otros; así como también se cuenta con jurisprudencia de sistemas regionales de DDHH⁶⁰⁵.

A nivel convencional, la posibilidad de juzgar y sancionar a personas por la comisión de conductas que no eran típicas en la normatividad interna para el momento de su realización se soporta, al menos, en tres instrumentos internacionales, a saber⁶⁰⁶:

- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 15,1: "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho nacional o internacional**". (Negrillas fuera del texto original).
Y, en especial, su artículo 15.2: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los **principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**". (Negrillas fuera del texto original).
- *Convenio Europeo de Derechos Humanos* establece, art. 7: "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el **derecho nacional o internacional**". (Negrillas fuera del texto original).
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 9: "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse

⁶⁰² FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania y Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pp. 40-41.

⁶⁰³ *Ibíd.*, p. 42.

⁶⁰⁴ *Ibíd.*, p. 41.

⁶⁰⁵ *Vgr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre del 2006, Serie C No. 154, párr. 151; CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Papon c. Francia, Sentencia de 15 de noviembre del 2001, 54210/00, párr. 5, entre otras. Citadas en: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁰⁶ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

no fueran delictivos según el **derecho aplicable**". (Negrillas fuera del texto original).

Esta última, siempre que el aparte "derecho aplicable" se interprete en un sentido amplio, similar a los otros dos instrumentos citados, es decir, como derecho nacional, internacional, o principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Así, a pesar de la fuerte tradición que en materia penal inviste al principio de legalidad y con él, a la *no retroactividad*, la lucha contra la impunidad lo ha mermado a partir los desarrollos convencionales y jurisprudenciales del DPI y del DIDH, hasta formular un nuevo estándar que podría resumirse de la siguiente forma:

(...) la ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el derecho internacional no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el derecho internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional⁶⁰⁷.

En Colombia, el tema de la no retroactividad ya ha sido objeto de discusión y análisis, principalmente en sede del Proceso Especial de Justicia y Paz, de manera que el desarrollo de la discusión a nivel interno se tratará más adelante en el presente documento⁶⁰⁸.

Visto el primer escenario que se presentó como conflictivo respecto de la posibilidad de consolidar la lucha contra la impunidad (las instituciones penales clásicas, como algunas garantías judiciales de los procesados), a continuación, se examinará, de manera resumida, el segundo escenario de confrontación que ha encarado dicho paradigma: la necesidad de la paz en contextos de graves vulneraciones a los Derechos Humanos.

Los contextos de graves y masivas vulneraciones a los Derechos Humanos, favorecidos históricamente por situaciones de guerra y de dictadura, tendieron a solucionarse, por ejemplo durante el siglo XX, a través de la concesión de amnistías u otras medidas de clemencia a los perpetradores de la violencia.

El concepto de "amnistía" varía según el contenido de las disposiciones que contenga, de manera que, aunque en términos generales puede concebirse

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 133. En contra de este estándar, principalmente, por lo indeterminado e impreciso de las normas de derecho internacional, y en especial, de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, de manera que, a partir del Derecho Internacional consuetudinario no sería posible crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales nacionales, ver: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 44-46.

⁶⁰⁸ *Infra*, num. 3.3.1.

como un medio de extinción de la responsabilidad penal⁶⁰⁹, se distingue entre “amnistías generales o particulares” según cobije o no a todos los sujetos que han cometido un hecho; “amnistías propias o impropias” en la medida en que incluyan o no a los condenados con sentencia en firme; o “amnistías condicionales o incondicionales” dependiendo de los requisitos o condiciones que imponga para su concesión⁶¹⁰.

Las amnistías, en sus diferentes expresiones, fueron empleadas con gran recurrencia en los años ochenta durante las transiciones vividas en América Latina –sin ser éste el único ejemplo⁶¹¹–, en una clara evidencia de la tensión entre dos valores de gran importancia para la Humanidad: justicia y paz⁶¹².

Así ocurrió en Uruguay con la “ley de caducidad”, en Argentina con la “ley de punto final”⁶¹³, y en Centroamérica, donde se promovieron iniciativas como el *Acuerdo de Esquipulas II* de agosto de 1987, adoptado en desarrollo del *Acuerdo sobre procedimientos para establecer la paz firme y duradera en Centro América (Esquipulas I)* y suscrito por los Gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, donde los presidentes centroamericanos acordaron emitir “decretos de amnistías”, como en efecto ocurrió en los procesos salvadoreño (Decreto No. 805 de 27 de octubre de 1987), guatemalteco (Decreto No. 32/88 de 23 de junio de 1988), hondureño (Decreto No. 199/87 de 26 de noviembre de 1987) y nicaragüense (Ley de amnistía de 1987)⁶¹⁴.

Sin embargo, paralelo a este proceso, el DIDH a nivel convencional, y mediante decisiones de organismos internacionales jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales, inició una campaña contra ese tipo de medidas toda vez que han sido funcionales a la impunidad, principalmente en escenarios donde se busca una transición a la democracia y a la paz, consolidando como estándar, la inaplicabilidad de amnistías o medidas análogas en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y crímenes internacionales como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.

En este proceso, se cuenta con algunos instrumentos, como los siguientes⁶¹⁵:

Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, cuyo principio 19 prescribe que: “En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en

⁶⁰⁹ A nivel internacional es más común emplear el término “amnistía” para las dos formas de extinción de la responsabilidad penal que en el ordenamiento colombiano se diferencian, según se trata de extinción de la acción (amnistía) o de la pena (indulto).

⁶¹⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 438.

⁶¹¹ En años posteriores también se han aplicado amnistías en diferentes partes del mundo como en Uganda, la República Democrática del Congo, Croacia y Libia, entre otros.

⁶¹² Un análisis de esta tensión a través del test de proporcionalidad, en: AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición. Op. cit.*, p. 75.

⁶¹³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 439.

⁶¹⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 4.

⁶¹⁵ *Ibidem*, pp. 93-94.

otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”.

La *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cuyo artículo 18 establece: “Los autores o presuntos autores [de desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.

Así mismo, el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, establece en el principio 24, “Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía”, entre ellas, que la amnistía y otras medidas de clemencia no afecten al derecho de las víctimas a la reparación.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que las amnistías otorgadas a los autores de graves violaciones a los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados, así:

(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía (...) que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶¹⁶.

A nivel del DPI, se cuenta con decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona que ha afirmado que es “una norma cristalizada del derecho internacional que un gobierno no puede conceder amnistía para serios crímenes bajo derecho internacional”⁶¹⁷. En sentido similar, para el caso de la tortura, se ha pronunciado el TPIY⁶¹⁸.

También las normas del DIH admiten un análisis en este punto: si bien el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, señala en su artículo 6.5. que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o

⁶¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 101.

⁶¹⁷ Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, Sentencia sobre excepciones preliminares de 13 de marzo de 2004, Prosecutor against Morris Kallon, Brima Bazzy Kamara (Case No. SCSL-2004-15-PT, Case No.SCSL-2004-16-PT), párr. 84, Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 97.

⁶¹⁸ TPIY. Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Caso El Fiscal c. Anto Furundzija, Expediente No. IT-95-17/1-T 10 párr. 155. Citado en: AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición. Op. cit.*, p. 88.

que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha elaborado una interpretación restrictiva del artículo, indicando que la amnistía a la cual alude no puede cobijar los crímenes de guerra y las infracciones al derecho internacional humanitario⁶¹⁹.

Según el CICR: “Los trabajos preparatorios del artículo 6 (5) indican que este precepto tiene el propósito de alentar la amnistía (...) como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No (...) para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional”⁶²⁰.

Así, las normas y decisiones en materia de DIDH, DIH y de DPI dan cuenta de una prohibición genérica de conceder amnistías u otras medidas de clemencia en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y de crímenes internacionales, según el Estatuto que los recoja.

En Colombia, el tema de las amnistías y los indultos ha tenido un desarrollo propio.

Históricamente, ya se mencionó páginas atrás⁶²¹ que los diversos procesos de paz vividos en Colombia durante los años noventa se apoyaron en leyes de amnistía e indulto, de manera que la figura no es extraña en el contexto nacional, pero, así mismo, se anotó que, conforme ha evolucionado la normatividad internacional en la materia, su uso se ha restringido hasta el punto de que la última negociación de paz con ocasión de la desmovilización de las principales estructuras paramilitares, no contempló esa fórmula, y en su lugar, se optó por las penas alternativas.

Constitucionalmente, se prevén las figuras de amnistía e indulto en los artículos 150.17 y 102.2. En el primero, se establece que el Congreso, mediante Ley podrá “[c]onceder por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos”. El segundo artículo, dispone que el Gobierno podrá “[c]onceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad”.

Legalmente, también se adujo atrás, la Ley 418 de 1997, prorrogada y parcialmente modificada y adicionada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, contiene en su Título III sobre “causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos”, las disposiciones sobre la posibilidad de conceder indultos (arts. 50 y ss.) y amnistías (arts. 60 y ss.) por la comisión de delitos políticos y conexos.

⁶¹⁹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 104.

⁶²⁰ Carta del CICR dirigida al Fiscal del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el año 1995 (Original en inglés, traducción libre). El CICR reiteró esta interpretación en otra comunicación fechada 15 de abril de 1997. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 104.

⁶²¹ *Supra*, num. 2.2.2.

Como se observa, han sido diversos los retos que ha enfrentado la lucha contra la impunidad en su desarrollo como estándar durante la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, como se verá en el siguiente acápite, en contextos de transición hacia la democracia o hacia la paz, aún son muchos los desafíos que enfrenta y, así mismo, son múltiples las salidas que a nivel jurídico la dinámica de cada proceso ha propuesto, y el caso colombiano, es un ejemplo más cuyos aportes también son una contribución insoslayable.

3.2. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y SUS TENSIONES CON INSTITUCIONES JURIDICO PENALES EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Hasta aquí se han mencionado algunas tensiones que el paradigma de la lucha contra la impunidad (que como se definió, es igual a la lucha por los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición) ha suscitado con otros arquetipos como instituciones penales tradicionales entre las que se cuentan garantías judiciales, y con valores tan caros a la humanidad como la paz.

Dichos desafíos, poco a poco han encontrado respuesta y salida a través del Derecho convencional y consuetudinario, y mediante decisiones de organismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales de los sistemas universal y regionales de DDHH, así como por tribunales penales nacionales e internacionales y del órgano que interpreta oficialmente las normas del DIH.

Sin embargo, un escenario de justicia transicional, aunque fragmentado, como el nacional, cimentado principalmente en un procedimiento penal que obedece a la tradición garantista propia del modelo penal ordinario, ha demostrado que las mencionadas, no son las únicas tensiones entre derechos o principios que pueden suscitarse, de manera que los nuevos retos, y las particularidades de otros desafíos ya trabajados, han propiciado criterios de solución especiales, como los que a continuación se presentarán.

Como ejemplos, a través de la metodología del análisis de caso, se tratarán los siguientes temas que han sido examinados por la jurisprudencia nacional proferida por la Corte Suprema de Justicia en el Proceso Especial de Justicia y Paz, en los cuales se evidencian, específicamente, tensiones entre los derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales propias de la tradición garantista como las garantías judiciales⁶²²: i) la aplicación de medidas cautelares reales en el proceso; ii) la vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) la

⁶²² En páginas anteriores se presentaron de manera breve las principales garantías penales y procesales de las que se encuentran investidos los procesados penalmente en Colombia a través de un análisis de la relación de las mismas con el modelo garantista (cuadro num. 5). Así mismo, se presentaron cuáles son los derechos de las víctimas como estándares internacionales (num. 2.2.1.) y la forma como se encuentran recogidos en el Proceso Especial de Justicia y Paz (num. 2.3.2.).

adopción de la figura de las imputaciones parciales; iv) la exclusión y la extradición de postulados; y, aunque será tema del siguiente acápite, vi) la imputación de crímenes internacionales.

En general, puede considerarse que un criterio orientador utilizado por la Corte Suprema para la solución de los debates que se plantearán, y con base en el cual se ha erigido una nueva propuesta dogmática a pesar de la tradición de tendencia garantista sobre la cual se cimienta el modelo procesal penal recogido por la Ley de Justicia y Paz, ha sido el siguiente:

El modelo de justicia transicional colombiano, implica el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico convencional de solución de los diversos conflictos sociales, para dar paso a una nueva propuesta de reconciliación que facilite el proceso de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la ley⁶²³.

Es posible realizar un análisis preliminar de este criterio, y con él, examinar los casos que se presentarán.

Se considera deseable que los tribunales nacionales, en cualquier instancia y tipo de proceso, respeten los presupuestos del Estado de Derecho en la forma que sugiere Ferrajoli (como *rule of law* o *statu di diritto*), *a Fortiori*, cuando es ésta la forma de Estado que prevalece en Colombia, como ya se demostró⁶²⁴, y porque a través de ella se satisfacen de mejor manera los derechos fundamentales.

Ahora, el modelo normativo penal de tendencia garantista que recoge Colombia –en un alto grado⁶²⁵–, se encuentra en armonía con el referido tipo de Estado, de manera que es defendible afirmar que debería ser aquel el que primara en las diversas decisiones judiciales.

Sin embargo, dado que es inaplicable el modelo garantista en forma absoluta, puesto que el elemento de la paz no se satisface en el escenario nacional, y que hay una apertura legal hacia otros modelos normativo penales como el “punitivismo humanitario”⁶²⁶, no es desproporcionado ni contrario a la legalidad, pensar en la aplicación de fórmulas jurídicas que se separen de la tendencia garantista en materia penal.

Lo anterior, con mayor razón, cuando se trata de un proceso como el de Justicia y Paz, cuyos antecedentes, marco normativo nacional e internacional y

⁶²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33494 de 14 de abril de 2010. M.P: Javier Zapata. Consideraciones, num. 3.

⁶²⁴ *Supra*, num. 1.2.3.

⁶²⁵ *Supra*, num. 1.2.3

⁶²⁶ *Supra*, num. 1.3.2.

naturaleza, como se mencionó⁶²⁷, lo hacen especial y constituyen un desafío al paradigma dominante.

En síntesis, aunque sí es deseable que la tendencia garantista sea la que rijan las decisiones judiciales pertinentes, toda vez que domina en el ordenamiento jurídico y se encuentra en armonía con el modelo de Estado vigente en Colombia que a su vez, privilegia los derechos fundamentales, no es exigible para los tribunales nacionales con competencia en el Proceso Especial de Justicia y Paz, su aplicación a ultranza y estricta por cuanto: i) no están dadas plenamente las condiciones para su aplicación; ii) hay una apertura legal en Colombia que se separa de él; y iii) los tribunales se ocupan de un proceso con carácter especial.

Así las cosas, cuando el criterio citado de la Corte Suprema, se refiere al “abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas”, es posible inferir que alude a la separación de algunas de las instituciones propias del sistema dominante de tendencia garantista de suerte que, en principio, resulta justificable y acertado como parámetro de revisión de los casos que conoce la Corporación en el marco del proceso de Justicia y Paz.

3.2.1. Tensiones con el derecho a la Reparación de las víctimas: aplicación de las medidas cautelares sobre bienes de los postulados

Una de las tensiones de derechos en el Proceso Especial de Justicia y Paz, se ha suscitado en punto de la garantía del derecho a la reparación de las víctimas. En el caso que se cita a continuación⁶²⁸, la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de segunda instancia en este proceso, resuelve sobre el momento procesal para imponer medidas cautelares reales sobre bienes de los postulados.

La Sala de Casación Penal de la Corte resolvió recurso de apelación interpuesto contra la decisión de un Magistrado con funciones de control de garantías que, en audiencia preliminar, anterior a la formulación de imputación, impuso medidas cautelares sobre catorce bienes de propiedad del postulado Salvatore Mancuso.

Si bien la apelación se fundamenta en diversos puntos, el problema jurídico más llamativo que resuelve la Corte es el siguiente: ¿es procedente la imposición de medidas cautelares reales, antes de iniciarse el trámite de la audiencia preliminar de formulación de imputación?

⁶²⁷ *Supra*, Cap. 2.

⁶²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 28040, agosto 23 de 2007. M.P.: María del Rosario González.

Para la Sala, la decisión del Magistrado constituyó una irregularidad basada, fundamentalmente, en el hecho que la Ley 975 de 2005 es clara en señalar que “(...) sólo es posible el decreto o imposición de medidas cautelares una vez se ha formulado imputación por parte del Delegado de la Fiscalía respecto de las hipótesis delictivas que obran en contra de la persona postulada a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz”⁶²⁹.

Así se desprende de su artículo 18:

Artículo 18. Formulación de imputación. Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.

En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. **Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación a las víctimas.** (...). (Negrillas fuera del texto original).

Entonces, no es objetable que la imposición de medidas cautelares sobre bienes en el proceso de justicia y paz es ulterior al acto de la formulación de imputación, ya sea en la misma audiencia preliminar o en una posterior⁶³⁰, de manera que, en el caso bajo examen se reconoce un proceder contrario al descrito en la ley, que compromete el *derecho al debido proceso*, pero, al mismo tiempo, se constata que la medida se impone como única fórmula para preservar los derechos de las víctimas⁶³¹, en particular, la reparación.

Así, la Sala encuentra una tensión entre el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y 6° de la Ley 906 de 2004⁶³², y el derecho de las víctimas a obtener una reparación integral⁶³³, dado que se ha desconocido la estructura del proceso especial consagrado en la Ley de Justicia y Paz al disponerse la realización de la audiencia de imposición de medidas cautelares sin haber llevado a cabo formulación de la imputación al postulado, para favorecer la reparación de las víctimas.

Para resolver la tensión hallada, la Sala arguye el carácter “(...) prevalente que han adquirido los derechos de las víctimas en el ámbito penal, [que], cobra

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 27.

⁶³² “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio”.

⁶³³ *Ibidem*, pp. 42-43.

mayor significado dentro del marco de la justicia transicional, porque la concesión de beneficios a los integrantes de los [GAOML] (...), está supeditado a que reparen integralmente a sus víctimas (...)⁶³⁴.

Con base en ello, procede a aplicar lo que llama un “criterio objetivo de ponderación”⁶³⁵, que arroja como resultado que el choque planteado debe solucionarse a favor del derecho de las víctimas a la reparación, por el siguiente motivo:

(...) pues el perjuicio que se ocasiona a las víctimas consecuente con aplicar *strictu sensu* el rito legal consagrado en la Ley 975, esto es, imponer las medidas cautelares sólo hasta cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte del fiscal para iniciar la investigación, según lo refiere el artículo 17 de dicha normatividad, es mayúsculo y puede ser prácticamente irremediable, ante la posibilidad de actos de disposición o de enajenación posteriores que complicarían la reparación⁶³⁶.

De esta forma, la Sala confirma la decisión impugnada.

Este criterio ha sido reiterado por la Corte en providencias posteriores donde ha conocido de casos semejantes, como cuando decidió sobre la necesidad de poner a disposición de Acción Social-Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes ofrecidos por los postulados antes de decretar las medidas cautelares sobre los mismos, en causa contra Diego Fernando Murillo, alias “don Berna”⁶³⁷, y ha servido para insistir en la necesidad de surtir el trámite de imposición de medidas cautelares “(...) con la mayor celeridad y [conforme] la pedagogía que la Sala ha venido realizando en torno a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (...)”⁶³⁸.

De lo anterior, se colige que la Corte Suprema de Justicia, al enfrentar un escenario de confrontación entre un derecho propio de la tradición garantista que orienta, en general, el ordenamiento jurídico nacional, como lo es el debido proceso –estrechamente ligado al principio de legalidad, pilar en la concepción del Estado de Derecho–, ha optado por un criterio basado en lo siguiente: i) el método de la ponderación como mecanismo para solucionar la tensión entre derechos; y ii) una posición no garantista en los términos vistos en el capítulo I.

Acerca del método de la ponderación o juicio de proporcionalidad, si bien no es el centro de la observación en este documento, hay que decir que la Corte no

⁶³⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁶³⁵ *Ibíd.*, p. 43.

⁶³⁶ *Ibíd.*, p. 43.

⁶³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30360, septiembre 8 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁶³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33257, marzo 24 de 2010. M.P.: Javier Zapata Ortiz, p. 19.

hizo un análisis suficiente que permita inferir su adecuación a lo que la doctrina sobre el tema ha formulado.

Si bien dejó claro el carácter de derechos de los preceptos en contienda y en ese sentido, los revistió con la posibilidad de que su cumplimiento se mida en grados y no como sucede con las reglas (todo o nada), la Corte no agotó el examen mínimo que exige el juicio de proporcionalidad: las condiciones fácticas del caso (juicios de adecuación y necesidad), y las condiciones jurídicas de aplicación de mismo (juicio de proporcionalidad)⁶³⁹, de suerte que es censurable la forma como llegó a la conclusión.

Como se trata de una discusión sobre derechos, resulta afortunado el método de la ponderación elegido por la Corte para la solución del caso, pero no la forma como lo desarrolló.

La decisión de proteger el derecho de las víctimas a la reparación sobre el debido proceso, como derecho *per se* de los procesados, implica una renuncia a los criterios propios del garantismo penal. Aunque la Corte no elucubra sobre lo que se esbozó en el primer capítulo de este documento acerca de los sistemas garantista, eficientista y “neopunitivista”, su decisión puede catalogarse, al menos, como no garantista, dando cuenta de la insuficiencia de dicho modelo para dar respuestas satisfactorias para sí, en el escenario de la justicia transicional.

Si bien se afirmó que es deseable la aplicación de la tendencia garantista en la solución de los casos que arriban a instancias judiciales, éste es un ejemplo de la posibilidad que existe de emplear criterios que se aparten de dicha tendencia y, en su lugar, bajo consideraciones como la colisión con derechos provenientes de otra corriente y de igual rango jurídico, es decir, también en respeto de la legalidad, elegir otra solución que se orienta hacia paradigmas normativo penales como el llamado “punitivismo humanitario”, sin que se encuentre una afectación material –sólo formal– sobre los derechos de los procesados, y se favorezca de manera razonable los derechos de las víctimas.

3.2.2. Tensiones a propósito de la Vigencia de la Ley 975 de 2005

La vigencia de la Ley 975 de 2005 también ha sido un tema debatido en las instancias judiciales, motivado por el mandato de protección de los derechos de las víctimas en el proceso.

En el caso de Omar Enrique Martínez Ossias, alias “Maicol”⁶⁴⁰, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema conoció de la apelación interpuesta

⁶³⁹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁶⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999, febrero 24 de 2009. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

contra la decisión que adoptó una Magistrada de la Sala Penal de la jurisdicción de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla en función de Control de Garantías, por medio de la cual se declaró sin competencia y no impartió aprobación a la imputación parcial que la fiscalía realizara por conductas punibles ejecutadas el 28 de febrero de 2006.

Es de recordar, que el artículo 72 de la Ley 975 de 2005 dispone que la misma se “(...) aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación”, esto es, 25 de julio de 2005, de manera que, al modo de ver de la Magistrada, la disposición excluye la posibilidad de imputar hechos que se hayan cometido con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley.

El problema jurídico que ocupó a la Corte consistió en lo siguiente: ¿proceden las imputaciones en el marco de la alternatividad penal cuando se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a la promulgación de la Ley 975 de 2005?⁶⁴¹.

En este caso, el Ministerio Público, uno de los recurrentes, planteó la tensión entre el derecho a la justicia de las víctimas y la legalidad estricta de la norma (debido proceso), argumentando que, aplicar exegéticamente el artículo 72, implicaría dejar de investigar las conductas cometidas por el postulado, en el caso concreto, que fueron cometidas con posterioridad al 25 de julio de 2005, lo cual significaría atentar contra los derechos de las víctimas en la medida en que se les dejaría “(...) al albur de los procesos penales de la justicia ordinaria, porque la experiencia enseña que estos terminan con decisiones inhibitorias o preclusiones por la incapacidad de la justicia para investigar y sancionar delitos de lesa humanidad”⁶⁴².

Sin embargo, la Corte en este caso no encuentra precisamente una tensión de derechos:

La interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte al artículo 72 de la Ley 975 de 2005, no puede desconocer su tenor literal, posición que consulta no solo el querer del legislador, tal como se infiere de la claridad del texto legal y de las discusiones del proyecto de ley en el Congreso, sino que atiende la política criminal especial de justicia restaurativa concebida por el Estado para la transición hacia el logro de una paz sostenible, y privilegia ante todo los derechos fundamentales de los residentes en Colombia⁶⁴³.

También se apoya la Corte Suprema en la decisión de constitucionalidad proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible el artículo 72 de la Ley 975 de 2005, aduciendo, entre otros argumentos que “(...) dada la ausencia de precepto constitucional que regule el tema, la

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 12.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 57.

determinación acerca de la fecha de entrada en vigencia de una ley es un asunto que compete de manera privativa al legislador, por lo que en principio no es dable que el juez constitucional u otra autoridad cuestionen el alcance de esta decisión”⁶⁴⁴.

En este caso, la Corte falló confirmando la decisión del *a quo*.

Sobre el mismo tema y planteando nuevas tensiones entre derechos, se suscitó otro debate con ocasión del caso de Walter Ochoa Guisao⁶⁴⁵, donde la Corte conoció de la apelación interpuesta contra la decisión de un Magistrado con funciones de control de garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual manifestó su incompetencia para conocer (parcialmente) de la imputación parcial de cargos por hechos sucedidos con posterioridad al 25 de julio de 2005.

Uno de los argumentos de los apelantes, consistió en advertir la vulneración del derecho a la verdad de las víctimas derivada de otro derecho vulnerado: el debido proceso de los postulados que se socava, según el recurrente, porque se incumplen las condiciones o “reglas de juego” que fueron acordadas en la desmovilización⁶⁴⁶.

Conforme este particular argumento, el derecho a la verdad de las víctimas se afecta en la medida en que la falta de garantías para el postulado deviene en una afectación a la espontaneidad de su confesión, de manera que la verdad no será completa si se afecta el debido proceso del postulado.

Otro argumento se basó en considerar las consecuencias cuantitativas de la decisión que conllevaría una afectación a los derechos de las víctimas, pues, para la fecha del Auto, la Unidad Nacional de Información de Justicia y Paz reportaba la comisión de 7197 hechos ejecutados después de la fecha de la vigencia de la Ley⁶⁴⁷, de manera que, dejar de investigar ese número de hechos, implicaría una vulneración a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La Corte reiteró lo sostenido en la decisión examinada con antelación, en cuanto la ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que la norma aplica para hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia (artículo 72)⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1199 de 2008. M.P.: Nilson Pinilla. Citada en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999. *Op. cit.*, p. 64.

⁶⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 13. Un tema adicional que tuvo solución en este caso respecto de la vigencia de la Ley 975 de 2005, se trató de los delitos de ejecución permanente. Al respecto, la Corte precisó que, tratándose de dichas conductas la Ley de Justicia y Paz sí sería aplicable cuando las conductas continuaran cometiéndose después de su entrada en vigencia, siempre que “la consumación materializada con el primer acto, se haya cometido con antelación a la entrada en vigencia de la misma”. *Ibidem*, p. 14.

Respecto de los argumentos del impugnante, adujo que ninguna razón le asiste, dado que soslaya que los derechos de las víctimas que no se satisfagan en Justicia y Paz por cuanto hay conductas que escapan a su ámbito temporal de aplicación, “(...) **se satisfarán** en el proceso ordinario, donde el procesado cuenta con las garantías fundamentales del debido proceso, del derecho de defensa, del juez y de fiscal imparciales”⁶⁴⁹.

Aunque la Sala no aludió específicamente a la posible vulneración al debido proceso de los postulados ocasionada con un supuesto incumplimiento de los acuerdos de negociación, es fácil inferir que tal afectación no existe, si se recuerda, como ya se ha mencionado, que el debido proceso es de raigambre legal y no política, es decir, su eventual vulneración se ocasiona con el desconocimiento de la Ley, no de un acuerdo político o instrumento de naturaleza semejante.

Así, en las dos decisiones citadas, la Corte privilegia la legalidad estricta mediante la interpretación exegética de la Ley, sujetándose a su tenor literal, y esta vez, a diferencia de otros intervinientes en el proceso que hallaron sugestivas tensiones de derechos en punto de la vigencia de la Ley, la Sala consideró que no había tales, de suerte que, falló de acuerdo a lo que esperaría un modelo garantista de fuerte respeto al principio de legalidad.

Con esta decisión, si bien no habría un aporte innovador de la jurisprudencia nacional en el marco de la justicia transicional, como en el tema anterior, es de resaltar que la Corte demuestra la posibilidad de resolver situaciones particulares acaecidas en dicho tipo de justicia, acudiendo a la tradición garantista, manifestada, en este caso, en el carácter absoluto de la legalidad como principio.

Así, aunque hubiera sido deseable un método de solución que debatiera sobre la eventual afectación de otros derechos y no se redujera a la interpretación exegética de la norma, es afortunado que aparezca el garantismo como criterio a emplearse en procesos excepcionales como los transicionales, y que su uso se entienda, como normalmente acaece, como un desarrollo de la legalidad.

3.2.3. Exclusión y Extradición de postulados como vulneración de los derechos de las víctimas

Una institución no regulada expresamente en la Ley 975 de 2005, pero, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través de un número plural de pronunciamientos⁶⁵⁰, es la exclusión de los postulados del Proceso Especial de Justicia y Paz.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁵⁰ Cfr.: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Autos Rad. No. 27873, agosto 27 de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha; Rad. No. 30998, febrero 12 de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa; Rad. No. 31325, marzo 4 de 2009; Rad. No. 31162, marzo 11 de 2009, Julio Enrique Socha; Rad. No. 31234,

En uno de los casos más emblemáticos del proceso de Justicia y Paz, en razón a consideraciones de la Corte en temas exclusión, extradición y concierto para delinquir (como se verá más adelante), la Sala de Casación Penal conoció en segunda instancia del recurso de apelación presentado por la Procuradora Judicial II contra la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, de 12 de marzo de 2008, a través de la cual se abstuvo de decretar la exclusión de la lista de postulados a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, del desmovilizado Manuel Enrique Torregrosa Castro⁶⁵¹.

La exclusión del postulado del proceso de Justicia y Paz había sido solicitada por la Fiscalía en razón a que encontraba configurada la vulneración del requisito de elegibilidad previsto en el artículo 10.4 de la Ley 975 de 2005⁶⁵², debido a que las autoridades de Estados Unidos de América tenían información sobre la participación del postulado en una organización criminal que desde 2002 hasta abril de 2007 importaba cocaína a ese país, motivo por el cual el 7 de mayo de 2007 había sido impartida orden de captura en su contra, y el 24 de septiembre de 2007 había sido radicada por la Embajada de los Estados Unidos de América la Nota Verbal, en la que se solicitaba su extradición⁶⁵³.

Por diversas razones, el *a quo* negó la solicitud de exclusión del postulado del proceso de Justicia y Paz. De especial interés, resulta un argumento aducido en virtud del cual, la exclusión perjudica a las víctimas porque se reduce la posibilidad de satisfacer su derecho a la verdad, en tanto no se conseguiría una verdad completa sobre las circunstancias y motivos que llevaron a la ejecución de los graves delitos que se atribuyen a los paramilitares.⁶⁵⁴

La Corte enfrentó el siguiente problema jurídico: la existencia de una investigación penal contra un postulado por la posible comisión de conductas punibles después de la fecha de vigencia de la Ley 975 de 2005 ¿configura un incumplimiento de los requisitos de elegibilidad que implique su exclusión del procedimiento especial?.

La Sala resuelve el problema planteado reivindicando la importancia y firmeza del principio de presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera que rechaza la pretensión del recurrente argumentando que la investigación abierta o, como en este caso, la solicitud de extradición, sólo indica que la persona enfrentará un juicio en el cual deberá ser

abril 20 de 2009, M.P.: María del Rosario González; y Rad. No. 33494, abril 14 de 2010, M.P.: Javier Zapata, entre otros.

⁶⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁵² “10.4. Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita”.

⁶⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Antecedentes, num. 2.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 4.

desvirtuada la citada garantía⁶⁵⁵ y no implica *per se*, responsabilidad penal que acarree su exclusión del proceso de Justicia y Paz.

Para lo que interesa al presente trabajo, llama la atención la argumentación de la Corte acerca de la tensión que se genera entre el instituto de la exclusión, reglado jurisprudencialmente, y los derechos de las víctimas, relación mediada, en este caso, por la figura de la extradición, figura que ha jugado un papel relevante en el proceso de Justicia y Paz.

En punto de la extradición, es necesario mencionar que la Corte Suprema de Justicia, ente encargado de conceptuar definitivamente sobre el pedido de extradición que hace un país extranjero⁶⁵⁶, ha oscilado bastante en los conceptos emitidos en relación con desmovilizados postulados en el proceso de Justicia y Paz.

En todas las decisiones tomadas en 2008⁶⁵⁷, asintió al pedido de extradición, no obstante que en algunos de los conceptos expedidos, aclaró que se concedía "(...) condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas y al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado"⁶⁵⁸.

Sin embargo, en las últimas decisiones⁶⁵⁹, la Corte Suprema ha proferido conceptos desfavorables sustentados en la siguiente tesis: "por vulneración al espíritu de la Ley 975, el desconocimiento de los derechos de las víctimas, la preponderancia del funcionamiento de la administración de justicia colombiana y la gravedad de los delitos investigados en Colombia"⁶⁶⁰.

En el citado caso Torregrosa, la Corte reconoce la citada tensión, de la siguiente forma: en primer lugar, recuerda que la Ley le indica cuáles son los criterios que debe tener en cuenta para emitir un concepto en los casos de solicitud de extradición, a saber:

- (i) Que se trate de hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);
- (ii) Que no se trate de delitos políticos (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);

⁶⁵⁵ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, nums. 20-21.

⁶⁵⁶ Ley 906 de 2004, arts. 501-502.

⁶⁵⁷ En suma, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en cinco casos: Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; Rad. No. 29559, abril 22 de 2008 M.P.: Julio E. Socha; Rad. No. 29299, mayo 15 de 2008, M.P.: Luis Quintero; Rad. No. 28503, julio 31 de 2008, M.P.: Javier Zapata y Rad. No. 29298, septiembre 23 de 2008, M.P.: Ma. del Rosario González.

⁶⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. No. 30451, agosto 19 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

(iii) Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años (Ley 906 de 2004, artículo 493-1);

(iv) Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente (Ley 906 de 2004, artículo 493-2)⁶⁶¹.

En segundo lugar, aduce que esos criterios no son suficientes, y que se hace necesario observar las normas constitucionales y la normatividad internacional en materia de lucha contra la impunidad y de derechos y garantías, tanto de los extraditados, como de los asociados⁶⁶²

En tercer lugar, tras relacionar el carácter vinculante de los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para Colombia, resalta la trascendencia de la Justicia en los siguientes términos:

(...) como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico⁶⁶³.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que "(...) existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas (...), [pues] la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos, resulta siendo una forma de impunidad"⁶⁶⁴.

En otro de los casos donde conceptuó desfavorablemente, la Corte señaló que en los casos de extradición:

(...) se deben privilegiar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del accionar de los grupos armados al margen de la ley, máxime si la gravedad de los delitos imputados en el extranjero, *'palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura y*

⁶⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Consideraciones de la Corte, num. 22.

⁶⁶² *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 24.

⁶⁶³ *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 26. Criterio reiterado posteriormente en el Auto Rad. No. 31539, julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez. Consideraciones, num. 2.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 26.

*otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados*⁶⁶⁵.

De esta forma, la Corte encuentra una nueva tensión entre legalidad y derechos de las víctimas ponderando los últimos frente a otras disposiciones y consideraciones jurídicas en casos de exclusión de postulados al proceso de Justicia y Paz con ocasión de las solicitudes de extradición.

No obstante, las consideraciones manifestadas por la Corte, podrían ser extensibles a otros casos de exclusión.

Esta vez, el criterio empleado por la Sala tuvo un claro hálito radbruchiano, en la medida en que, para resolver la tensión presentada acudió a la importancia de la justicia como valor supremo del ordenamiento que debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de fallar, tanto como la “corrección jurídica”.

Así, al equiparar la legalidad a la justicia, en aras de evitar la impunidad, la Corte se separa del positivismo crítico que inspira el garantismo y se aproxima más hacia fórmulas *iusnaturalistas* dando a entender que las mismas, pueden ser más funcionales en escenarios de justicia transicional.

Con esta decisión se respalda el criterio presentado arriba según el cual, aunque el garantismo debería ser, en principio, la regla a aplicar, hay consideraciones adicionales, en este caso, la justicia, que admiten su dimisión en algunos casos, y con ello, también se respeta la legalidad –dado que hay un reconocimiento normativo de los derechos de las víctimas–, aunque no en la forma que dicho modelo normativo la privilegiaría.

3.2.4. Tensiones con ocasión de la Figura de las Imputaciones Parciales

La formulación de imputación es un acto de comunicación formal de una investigación que comprende “(...) el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia”⁶⁶⁶.

Esta institución que proviene del sistema ordinario procesal penal acusatorio, ha sido objeto de “adecuaciones” especiales por parte de la Corte Suprema de Justicia en sede del Proceso Especial de Justicia y Paz. En especial, se destaca la posibilidad de realizar *imputaciones parciales* en el marco de dicho procedimiento.

⁶⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

⁶⁶⁶ Artículos 17 Ley 975 de 2005, 5º del Decreto 4760 de 2005 y 9º del Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala de Casación Penal en múltiples oportunidades⁶⁶⁷, aunque con aclaraciones que poco a poco lo han precisado hasta concebirlo como hoy se tiene: una excepción y no una regla en el proceso de Justicia y Paz⁶⁶⁸.

La primera decisión en la cual la Corte abordó el tema, fue en la causa contra Wilson Salazar Carrascal⁶⁶⁹, donde conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, consistente en declarar la legalidad de la aceptación de los cargos formulados al imputado.

La apelación, entre otros aspectos, atacó el hecho que no se hubiera imputado el delito de concierto para delinquir, lo que podría conllevar una nulidad de lo actuado⁶⁷⁰.

Así, ese fue uno de los problemas jurídicos que resolvió la Corte: si la Fiscalía debía imputar el delito de concierto para delinquir agravado al señor Wilson Salazar Carrascal⁶⁷¹.

Las consideraciones sobre el punto específico se revisarán en el siguiente capítulo del presente trabajo cuando se hable del concierto para delinquir como delito base en el Proceso Especial de Justicia y Paz⁶⁷². Por ahora, basta con mencionar que la respuesta al cuestionamiento fue positiva, con lo cual la Sala identificó una nueva tensión de derechos: “(...) el conflicto que surge si se optara por invalidar el trámite a causa de las graves omisiones procedimentales de la primera instancia, o se decidiera mantener la actuación para preservar los derechos, entre otros, el de las víctimas”⁶⁷³.

Es decir, la Sala encuentra que la no imputación del delito de concierto para

⁶⁶⁷ Cfr.: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Autos Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez; No. 30120, julio 23 de 2008. M.P.: Alfredo Gómez Quintero; No. 30995, febrero 9 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos; No. 31115, abril 16 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos; No. 31582, mayo 22 de 2009. M.P.: María del Rosario González; No. 31539, julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez; No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa; No. 32575, diciembre 14 de 2009. M.P.: María del Rosario González; entre otros.

⁶⁶⁸ “(...) la Sala debe precisar que, a pesar de que las imputaciones parciales pretenden dar agilidad al proceso y no afectan de manera concreta ni con intensidad importante los derechos del justiciable y de las víctimas, no pueden convertirse en una práctica común a todos los procesos de justicia y paz.

En efecto, lo ideal es que la imputación sea completa, esto es, que abarque todos los delitos que se deriven de la versión libre rendida por el desmovilizado, de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, en tanto permite que la fiscalía, el magistrado de control de garantías y la Sala de conocimiento tengan una visión íntegra, completa y común sobre sus actividades y las del grupo al que pertenece. Por ello, las imputaciones parciales no pueden convertirse en una herramienta usual por parte de la fiscalía, sino extraordinaria”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.3.

⁶⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560. *Op. cit.*

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁷¹ *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

⁶⁷² *Infra*, num. 3.3.2.

⁶⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560. *Op. cit.*, num. 3.

delinquir en el caso constituyó una sustracción de la Fiscalía de su deber de emprender una instrucción propia y compleja contra la delincuencia organizada –omisión trascendente porque impide que se cumplan las finalidades de la Ley⁶⁷⁴; y, así mismo, una omisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Barranquilla, en cuanto no realizó un verdadero control material de la actuación⁶⁷⁵. Situaciones que afectarían la legalidad del proceso.

Se infiere que la tensión hallada por la Corte se centra nuevamente en el debido proceso y los derechos de las víctimas, en tanto proceder a anular lo actuado sería fallar conforme la legalidad, pero, implicaría un afectación a las víctimas que esperan la materialización de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación mediante la continuación y término del proceso.

En especial, la Sala encuentra una posible afectación al derecho a la reparación, por cuanto la nulidad conllevaría de manera directa la postergación indefinida en el tiempo de la apertura del incidente de reparación integral⁶⁷⁶.

Para resolver la tensión planteada, la Sala acude nuevamente a la ponderación, aunque, basada en el precepto de la “modulación de la actividad procesal” establecida en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, así: “[e]n el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

En los términos de la Corte: “[l]os conflictos jurídicos planteados en la alzada, convocan a la Sala a un ejercicio de ponderación en la aplicación de los principios que colisionan en este asunto (...)”⁶⁷⁷.

La tensión es resuelta a través de la aplicación de la figura de la *imputación parcial*, extraña para la tradición procesal penal, pero que la Sala encuentra pertinente en los siguientes términos: “(...) se mantendrá la actuación examinada pero, por cuerda paralela y subsiguiente, se formulará la imputación (...) relativa al concierto para delinquir agravado, y las otras que surjan de las indagaciones (...)”⁶⁷⁸.

En consecuencia, la Corte decidió no decretar la nulidad de la actuación y disponer que, por cuerda paralela y subsiguiente, se formule la imputación relativa al concierto para delinquir agravado⁶⁷⁹.

La discusión sobre las imputaciones parciales, en punto de los derechos, se ha concentrado en que con esa figura se socavan los derechos de las víctimas por

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 38.

dos motivos: i) se dilata su reconocimiento; y ii) se fragmenta su materialización.

Esto se agudiza en el escenario de la verdad, pues, en el trámite del proceso se está admitiendo que la confesión de los postulados no sea completa, de manera que con tan sólo algo de verdad puedan adelantarse actuaciones sin que el derecho sea plenamente satisfecho.

En decisiones posteriores, la Corte ha cavilado sobre el punto, pero, no ha encontrado ninguna afectación dado que, por un lado, es una figura que se ajusta perfectamente a la legalidad procesal, de manera que su implementación es acorde con la ley, y, por otro lado: “[n]inguna afectación sufren la verdad y justicia porque se investiguen separadamente las conductas olvidadas por el desmovilizado, ya que esa omisión no afecta su consecución; al contrario lo que persigue es precisamente evitar que hechos graves dejados de lado por razones distintas al propósito de callar u ocultar la verdad, puedan conocerse, verificarse y repararse”⁶⁸⁰.

De lo anterior se infiere que la Corte ante una nueva tensión entre legalidad y derechos de las víctimas, como la del primer caso citado, se inclina por una fórmula que, a su modo de ver, no afecta ninguno de los principios en juego, pero, genera nuevas tensiones: las imputaciones parciales.

Sin embargo, las nuevas colisiones no son reconocidas y, en su lugar, se aplica una figura que atiende la legalidad –y en ese sentido, un esquema garantista–, y la particularidad del proceso en tanto se propone agilizar trámites procesales, pero, no de manera integral, abriendo el espacio para que se pongan en riesgo los derechos de las víctimas, en especial, la verdad, que también es derecho de la sociedad.

No podría considerarse el criterio más afortunado que ha empleado la Corte, por dos motivos: i) soslaya la existencia de tensiones entre derechos con lo cual se disminuye la posibilidad de encontrar una solución acertada o satisfactoria para los involucrados; y ii) impide la generación de mecanismos procesales adicionales al mismo proceso de justicia y paz que disminuyan los previsibles riesgos de dilación y fragmentación de los derechos de las víctimas.

Es decir, si bien se ha concluido que las imputaciones parciales son figuras que se aproxima a la tendencia garantista, la Corte, para su uso, no parte de reconocer una posible afectación de los derechos de las víctimas, con lo cual, se habría podido discurrir sobre la posibilidad de emplear otro método de decisión, y no tomar partido por uno de los derechos en conflicto, en presencia de éste.

⁶⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30120. *Op. cit.*, pp. 32-33.

Adicionalmente, la figura empleada crea las condiciones para la dilación y fragmentación de los derechos de las víctimas, y con ello, la insatisfacción de los mismos, y aunque podría esgrimirse como estrategia de priorización de conductas punibles en la investigación⁶⁸¹, lo cierto es que la inexistencia de criterios para este efecto, reduce la fórmula de la imputación parcial a un mecanismo para favorecer la eficacia, aunque sólo de forma aparente, pues la cantidad de procesos por investigar mantiene represada la Administración de Justicia.

En suma, las tensiones vistas hasta aquí se centraron en el principio de legalidad, en general, y en particular, en el debido proceso, constatándose que se trata del principio más caro al Estado de Derecho y a la tradición jurídica garantista el que con mayor frecuencia se confronta con los derechos de las víctimas en un escenario de justicia transicional como el colombiano.

Las soluciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia no han sido uniformes, han variado entre privilegiar los derechos de las víctimas (medidas cautelares y exclusión) y respetar a ultranza la legalidad (vigencia de la Ley e imputaciones parciales).

Así mismo, los métodos empleados para resolver las tensiones cuando han sido expresamente reconocidas (medidas cautelares y exclusión) han sido disímiles. En un caso (medidas cautelares), se acudió al método de la ponderación; y en otro (exclusión) se acudió al argumento de la justicia como valor equiparable a la legalidad.

3.3. TENSIONES EN PUNTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: IMPUTACIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Si bien ya se han abordado tensiones relativas a la legalidad, y, de hecho, se ha concluido que es éste el principio más cuestionado en los desafíos que Justicia y Paz ha experimentado en relación con los derechos de las víctimas, la imputación de crímenes de sistema (o crímenes internacionales) ha retado de manera especial la legalidad, en particular, en cuanto al principio de no retroactividad de la ley penal.

Ya se ha relacionado la manera como a nivel internacional dicho principio ha sido relativizado para favorecer la lucha contra la impunidad⁶⁸². En Colombia, esa problemática también se ha presentado y ha sido abordada por la jurisprudencia nacional, particularmente, con ocasión del Proceso Especial de

⁶⁸¹ Acerca de la selección y priorización de conductas punibles y de responsables, como estrategia de investigación en procesos de Justicia Transicional, ver: AMBOS, Kai [Coord.]. *Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Georg-August-Universität Göttingen y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

⁶⁸² *Supra*, num. 3.1.2.

Justicia y Paz, y más recientemente, en los procesos de la llamada “parapolítica”.

Así mismo, se ha suscitado un nuevo debate también relacionado con los crímenes internacionales. Se trata de la tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la cual, el delito de concierto para delinquir puede adquirir la categoría de crimen de lesa humanidad bajo ciertas consideraciones.

Esta posición también se encuentra motivada por el combate a la impunidad, pues darle a un delito consagrado en el ordenamiento interno el carácter de crimen internacional tiene implicaciones como la imprescriptibilidad, esto es, la posibilidad de ser investigado en cualquier tiempo, de manera que se extiende el plazo que en Colombia da la Ley para investigar la posible comisión de conductas punibles y con ello, reducir el posible margen de impunidad.

El tema no ha sido pacífico y ya ha habido pronunciamientos en contra de esa tesis, precisamente, por no corresponder con la legalidad, entre otros argumentos, como se verá.

Así, en las siguientes páginas se tratarán dos problemas jurídicos que se han suscitado en el Proceso Especial de Justicia y Paz relacionados con los crímenes internacionales o crímenes de sistema: la posibilidad de imputarlos en el proceso penal especial, y la posibilidad de arrogar dicha categoría a un tipo penal consagrado en la legislación interna que, en principio, no la posee.

3.3.1. La imputación de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad en Colombia: decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso de Justicia y Paz

Como se observó páginas atrás, el Derecho Penal Internacional ha tenido un desarrollo reciente, fundamentalmente, a partir de la segunda posguerra cuando se crean tribunales militares internacionales y con ellos, se codifican crímenes que, en adelante, tendrán un amplio desarrollo y evolución hasta alcanzar un consenso internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

Si bien no es el espacio para desarrollar todo lo relativo a los llamados crímenes internacionales, es oportuno recordar que esa noción se ha construido con el tiempo, y las conductas que se consideran como tales, han variado según los Estatutos que las contengan, de manera que no es idéntica su consagración en los Tribunales de Núremberg, Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona, por ejemplo.

Sin embargo, sí ha habido una constante en el reconocimiento de tres tipos de crímenes de especial relevancia, a saber: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁶⁸³.

Hoy, su máxima expresión se encuentra en el Estatuto de Roma de la CPI que recoge los tres crímenes mencionados y suma el crimen de agresión (art. 5.1, d)), aunque, inicialmente, no lo definió⁶⁸⁴, como sí lo hizo con los demás (arts. 6°, 7° y 8°).

La incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico colombiano pasó por su aprobación mediante la Ley 742 de 2002⁶⁸⁵ y por la modificación de la Constitución Política⁶⁸⁶ con el fin de ajustar las disposiciones del Estatuto que podrían generar contradicciones o antinomias con las normas nacionales como la admisión de la cadena perpetua en el Estatuto (art. 77.1, lit. b)) que Colombia prohíbe (Const. Pol., art. 34).

Posteriormente, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del Tratado y de su Ley aprobatoria en la sentencia C-548 de 2002, y en la sentencia C-488 de 2009 realizó importantes consideraciones en relación con la jerarquía que ocupan los tratados de derecho penal internacional en Colombia y, en especial, el Estatuto de Roma de la CPI, de las cuales se puede concluir que:

⁶⁸³ FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁸⁴ Sólo hasta la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, llevada a cabo en Kampala (Uganda), entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, se aprobó por consenso la Resolución RC/Res. 6, que contiene las enmiendas al Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión, entre ellas, su definición incorporada con un nuevo texto en el artículo 8bis, así: “1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas (...)”.

No obstante, la enmienda sólo entrará a regir cuando haya sido ratificada o aceptada por 30 Estados Parte. La Corte ejercerá su competencia respecto de los crímenes de agresión cometidos un año después de que la enmienda entre en vigor. SALMÓN, Elizabeth [Coord.]. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011, pp.30-31.

⁶⁸⁵ “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

⁶⁸⁶ Para el efecto, se profirió el acto legislativo 2 de 2001: Artículo 1°. . Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto:

“El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

(...) la Corte Constitucional no ha afirmado que todo el Estatuto de Roma de la CPI haga parte del bloque de constitucionalidad, ni que sus disposiciones se apliquen de manera automática en el orden interno colombiano, por cuanto 1) la incorporación de disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad se realiza “caso por caso”; y 2) el instrumento internacional consagra determinados “tratamientos diferentes”, los cuales sólo serán aplicados en el ámbito de la CPI, mas no en Colombia⁶⁸⁷.

Con este marco, la Corte Suprema de Justicia en sede del Proceso de Justicia y Paz, se ha pronunciado sobre la posibilidad de investigar y juzgar a personas en Colombia por la posible comisión de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, oscilando bastante en sus posiciones, a lo largo de los cuatro Autos en los cuales se ha referido al tema, como a continuación se presentará.

El primer caso en el cual la Corte se refirió al tema, fue en el de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, en el auto⁶⁸⁸ donde decidió el recurso de apelación interpuesto contra la primera sentencia proferida en el Proceso Especial de Justicia y Paz⁶⁸⁹.

En la providencia, la Corte decide declarar la nulidad de la actuación a partir de la formulación de cargos, por cuanto dicha actuación carecía de un componente esencial en el Proceso de Justicia y Paz: el delito de concierto para delinquir⁶⁹⁰.

En una breve alusión dentro de sus consideraciones, la Corte, citando de nuevo la necesidad de armonizar la corrección jurídica y el valor de la justicia como criterio orientador en el trámite de los procesos de Justicia y Paz, indica que, dada la particularidad del tipo de delincuencia que se investiga en dichos procesos, la valoración jurídica de las conductas punibles, no sólo debe consultar la tipicidad estricta, sino también el bloque de constitucionalidad, los postulados del derecho internacional y del derecho internacional humanitario⁶⁹¹.

La argumentación de la Corte se basa en el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que a nivel internacional se encuentra consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vigente en Colombia a partir de la expedición de la Ley 74 de 1968) “(...) pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo, y

⁶⁸⁷ RAMELLI, Alejandro. *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, *Op. cit.* M.P.: Augusto Ibáñez.

⁶⁸⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 200680526, marzo 19 de 2009.

⁶⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.2.

⁶⁹¹ *Ibidem*, Consideraciones, num. 1.7.

le otorga preponderancia a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad multilateral⁶⁹².

Para demostrar lo argüido, la Sala cita la disposición y subraya el aparte que mejor respalda su argumento, indicando a la vez, que la misma, es obligante dado que forma parte del bloque de constitucionalidad:

Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. (Subraya la Sala)⁶⁹³.

De esta forma, la Corte se sumó a los intérpretes de la legalidad extendida citados arriba, para quienes es suficiente que una conducta sea contraria a Derecho –entendiendo por este tanto el derecho nacional, como el internacional, y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional–, para que haya lugar a un reproche penal.

Si bien la Corte no ahonda en las implicaciones de su decisión, puede inferirse que ella contiene varios efectos: i) se abrió la puerta para realizar imputaciones y condenar a personas por delitos que no hubieran sido reconocidos como tales en la legislación interna para el momento de su comisión; ii) se extendió la interpretación del bloque de constitucionalidad en el sentido que, mediante él, es posible crear tipos penales que rijan en el ordenamiento interno; iii) no sería necesario que haya un “tipo penal” para que se investigue y condene a alguien por su posible comisión, sería suficiente que la conducta contradijera cualquier tipo de norma que prohíba el comportamiento; y iv) no haría falta que la norma infringida estableciera una pena determinada para el comportamiento, bastaría que contenga la mera prohibición.

Los argumentos que podrían oponerse a esta interpretación se ciñen a la reivindicación del principio de estricta legalidad en la forma concebida por Ferrajoli, ya citada⁶⁹⁴, esto es: aquel donde confluyen todas las garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).

⁶⁹² *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

⁶⁹³ *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

⁶⁹⁴ *Supra*, num. 1.2.1.

Esta interpretación está más acorde con el contenido y alcance del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico colombiano que la Corte Constitucional ha desentrañado de la siguiente forma:

Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como "los principios legalistas que rigen el derecho penal", los cuales se definen de la siguiente manera:

" ...*nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; *nemo iudex sine lege*: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; *nemo damnetur nisi per legale indicum*, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."⁶⁹⁵

En el caso examinado, ante la tensión entre legalidad y lucha contra la impunidad –en la cual encuentran contenidos los derechos de las víctimas–, la Corte Suprema de Justicia se inclinó por la segunda apoyada en una particular interpretación del bloque de constitucionalidad, que le da alcance para crear tipos penales o permitir que normas internacionales incorporadas en el ordenamiento jurídico interno que contienen un principio de legalidad amplio, superen la forma estricta de dicho principio concebida en normas de origen interno.

La decisión de la Corte, si bien no corresponde con la forma como se encuentra concebido el principio de legalidad en el ordenamiento interno, que, como se observó, corresponde a una fuerte tradición garantista, apartándose de la misma, es importante en la medida que recuerda la necesidad de encontrar salidas jurídicas que consulten no sólo la legalidad, sino la justicia, e invita a consultar la integralidad del ordenamiento jurídico, en escenarios particulares como el de Justicia y Paz.

Sin embargo, no es del todo afortunada, por cuanto la argumentación resulta desproporcionada en cuanto a la interpretación que pretende de instituciones como el bloque de constitucionalidad y la relación entre el derecho nacional e internacional.

Como se ha mencionado, no es censurable *per se*, que la Corte se aparte de la legalidad estricta, en particular, tratándose de decisiones tomadas en sede de Justicia y Paz, pero, cuando ello suceda deben esgrimirse razones suficientes como la justicia, apoyarse en la legalidad –como cuando se ha privilegiado los derechos de las víctimas, constitucionalmente consagrados–, y acompañarse

⁶⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada. Tomo II Filosofía y Ley Penal, 1950. Citado en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 739 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz. Consideraciones de la Corte, num. 3.

con métodos que respeten los derechos de todos involucrados y adviertan su riesgo, como cuando se ha empleado la ponderación.

En el caso bajo examen, la Corte no ha desarrollado ninguno de los criterios, de manera que no es admisible forzar la norma amparándose en la justicia cuando otros derechos se soslayan.

El segundo caso en el cual la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la imputación de crímenes internacionales, fue el auto proferido en la causa contra Gian Carlo Gutiérrez, alias “Carlos” o “El Tuerto”⁶⁹⁶, donde conoció de la decisión mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, resolvió legalizar los cargos formulados por la Fiscalía en contra del postulado.

Los recurrentes, en particular, los representantes de víctimas⁶⁹⁷, arguyeron que no compartían la adecuación típica de algunos delitos que habían sido considerados crímenes de guerra, por cuanto, a su modo de ver, los crímenes cometidos por el postulado “(...) no se cometieron en el marco de operativos militares desarrollados por la estructura paramilitar, no se cometieron en el marco de atacar a una supuesta parte atacante (...) sino que se ejecutó como parte de un ataque generalizado, de un ataque sistemático, (...) y por tanto deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad”⁶⁹⁸.

Así, la Sala encuentra que uno de los problemas jurídicos a resolver en el caso, es hallar la “[n]aturaleza de los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley”⁶⁹⁹.

Para resolver el punto, la Corte cavila acerca de la historia y la definición de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, hasta hacer las siguientes afirmaciones sobre su vigencia en Colombia:

Respecto de los crímenes de guerra, la Corte indica que las normas del Derecho Internacional Humanitario han sido incorporadas a la legislación interna mediante dos vías, una legal y otra constitucional, a saber: i) la aprobación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 5ª de 1960, y vigentes desde el 8 de Mayo de 1962. Igualmente, la aprobación de los Protocolos Adicionales I y II, mediante las Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente⁷⁰⁰; y ii) el artículo 214, num. 2º de la Constitución Política, en virtud del cual “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, “(...) lo cual significa que en Colombia, independientemente de la adhesión a tales instrumentos internacionales, operó una incorporación

⁶⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 173.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, pp. 173-174.

automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional”⁷⁰¹.

A esto suma el carácter de normas de *ius cogens* que le ha sido reconocido a las normas del DIH, en el caso colombiano, por parte de la Corte Constitucional⁷⁰², de lo cual se colige, su fuerza vinculante independientemente de la ratificación o adhesión que un Estado realice respecto de ellas.

De lo anterior deviene una obligación del Estado colombiano de garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas, en cumplimiento de lo cual, el Código Penal de 2000 introdujo al ordenamiento jurídico un catálogo de conductas punibles, que castigan las infracciones graves contra las personas y los bienes protegidos por el DIH, las cuales fueron plasmadas en el Libro 2º, Título II, Capítulo único, de la Ley 599 de 2000⁷⁰³.

De esta forma, la Corte da cuenta de la manera como el ordenamiento interno expresamente castiga la comisión de crímenes de guerra.

De otro lado, respecto de los crímenes de lesa humanidad, la Sala aduce que los mismos tienen fundamento constitucional y legal a nivel interno⁷⁰⁴, por dos motivos:

En primer lugar, “(...) la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad”, ellos son, los artículos 11 (derecho a la vida), 12 (prohibición de desaparición forzada, torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (derecho a la igualdad), y 17 (prohibición de esclavitud, servidumbre y cualquier forma de trata de seres humanos)”.

En segundo lugar, el bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, en palabras de la Corte Suprema, “(...) consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario (...)”⁷⁰⁵, de lo cual se deriva la fuerza vinculante del conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad⁷⁰⁶.

Como ejemplo de dichas normas, se citan la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 174.

⁷⁰² Cfr.: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-574 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁷⁰³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, p. 176.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 199.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 199.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 200.

prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y el Estatuto de Roma, todas aprobadas internamente mediante la expedición de leyes de la república⁷⁰⁷.

Con base en los referidos supuestos normativos, la Sala aduce que si bien, en principio, en Colombia no se encuentran tipificados como tales los delitos de lesa humanidad, ello no es óbice para que sean reconocidos a nivel nacional, ya que los fundamentos constitucionales y legales citados, en especial, el bloque de constitucionalidad, obligan a acudir a los instrumentos internacionales en punto de la interpretación y aplicación de las normas en el país⁷⁰⁸.

A lo anterior agrega que, en todo caso, si podría considerarse que algunos de los llamados crímenes de lesa humanidad fueron tipificados en la legislación interna pero, bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, como ocurrió con la expedición de la Ley 589 de 2000⁷⁰⁹ que consagró como delitos, graves vulneraciones a la Derechos Humanos, que son, desde la perspectiva internacional, delitos de lesa humanidad: el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura⁷¹⁰.

De esta manera, según la Sala:

(...) para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad (...) los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos⁷¹¹.

La Corte atribuye a esta interpretación la siguiente consecuencia: “[e]s perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible”⁷¹².

A esta conclusión llega, tras extender los efectos de la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 2002, presentada páginas atrás⁷¹³. Allí, se estudió la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y se concluyó que “(...) la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pp. 200-204.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 208.

⁷⁰⁹ “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”.

⁷¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, pp. 209 y 213.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 213.

⁷¹² *Ibidem*, p. 216.

⁷¹³ *Supra*, num. 3.1.2.

artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito”.

De lo dicho por la Corte Constitucional no se desprende lo que arguye la Corte Suprema, de manera que ésta, extiende la interpretación de la primera en punto de la imprescriptibilidad, llevando esa institución a los que ha reconocido en la decisión bajo examen, como delitos de lesa humanidad.

Finalmente, el problema jurídico planteado en el caso, acerca de la naturaleza de los crímenes cometidos por los grupos armados ilegales de que conoce el proceso de Justicia y Paz, es resuelto por la Sala de Casación Penal indicando que “(...) las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad (...)”⁷¹⁴. La razón, según la Sala, por cuanto “(...) el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante”⁷¹⁵.

Con este razonamiento, la Corte anula la decisión de primera instancia mediante la cual resolvió legalizar los cargos formulados por la Fiscalía en el caso de Gian Carlo Gutiérrez⁷¹⁶, accediendo a las pretensiones de los recurrentes representantes de víctimas.

Al menos tres son las conclusiones que se pueden extraer de la decisión de la Corte: i) hay conductas punibles tipificadas en Colombia que constituyen crímenes de lesa humanidad, a pesar que la norma penal, no los describa como tales; ii) la calificación de las conductas punibles cometidas por los GAOML que constituyen crímenes de lesa humanidad, debe corresponder con el Estatuto de Roma de la CPI y concordarse con las normas del Código penal interno; y iii) en Colombia, los crímenes de lesa humanidad, que bajo la argumentación de la Corte existen, pueden ser considerados imprescriptibles.

Estos tres ítems, que bajo cierta lógica pueden considerarse nuevos aportes de la jurisprudencia nacional para resolver las tensiones atinentes a la lucha contra la impunidad y el principio de legalidad, tienen, sin embargo, algunas objeciones:

En primer lugar, no es correcta la interpretación que la Sala de Casación Penal hace del carácter vinculante del Estatuto de Roma. Ya se dijo páginas atrás, que en Colombia no se ha reconocido que el mismo haga parte del bloque de constitucionalidad, ni que sus disposiciones se apliquen de manera automática en el orden interno colombiano, por cuanto 1) la incorporación de disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad se realiza “caso por caso”; y 2) el

⁷¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, p. 222.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 222.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 227.

instrumento internacional consagra determinados “tratamientos diferentes”, los cuales sólo serán aplicados en el ámbito de la CPI, mas no en Colombia.

De manera que, con este que la Corte Suprema ha llamado “fundamento constitucional” para permitir la imputación de crímenes de lesa humanidad, como un medio de lucha contra la impunidad dada las consecuencias de esa categorización, lo que ha hecho en realidad es deformar la cláusula de reenvío normativo consagrada en el artículo 93 de la Carta Política y darle un alcance jurídico al Estatuto de Roma que no tiene en el ámbito nacional.

En segundo lugar, resulta excesiva la conclusión que la Sala extrae de la subregla elaborada por la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 2002, acerca de la imprescriptibilidad de la acción en penal en Colombia.

Esto, por dos motivos: primero, la subregla ya transcrita se concentra en el caso de la desaparición forzada y no alude a una consideración genérica que implique también los crímenes de lesa humanidad como lo pretende la Corte Suprema, tribunal que extiende la conclusión de la citada interpretación a escenarios que ella no ha dispuesto. Segundo, la subregla se refiere a la posibilidad que tiene el legislador de declarar la imprescriptibilidad de la desaparición forzada y no, como lo insinúa la Corte Suprema, a la posibilidad de que los crímenes de lesa humanidad aparentemente reconocidos en Colombia sean imprescriptibles.

En suma, la Sala Penal, favorece una interpretación que no privilegia la legalidad, y con ello, se separa nuevamente de lo que sería una solución garantista de las tensiones entre legalidad y lucha contra la impunidad, pero, esta vez, la forma como resuelve las tensiones implica forzar subreglas constitucionales consolidadas en Colombia, en materia del bloque de constitucionalidad y sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en Colombia.

A pesar de separarse de la legalidad estricta, lo que resulta censurable no es ese hecho, sino la manera como lo hace, los argumentos que emplea, pues se ha visto que resulta admisible oponer diversos razonamientos a las instituciones jurídico penales tradicionales, pero no bajo consideraciones que fuercen o desvirtúen la normatividad vigente o la interpretación constitucional que de la misma se ha elaborado.

En comparación con el caso de alias “El Loro”, la Corte insiste en la imputación de conductas punibles vía bloque de constitucionalidad, pero, amplía esa posibilidad, ya no a las disposiciones del artículo 15.2 del PIDCP, sino a las del Estatuto de Roma.

El tercer caso en el cual la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la imputación de crímenes internacionales en el marco del proceso de Justicia y Paz, fue el auto proferido en el caso del Jorge Iván Laverde, alias “El Iguano”, donde la Sala de Casación Penal conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal

Superior de Bogotá, resolvió legalizar formal y materialmente los cargos formulados por la Fiscalía contra el postulado⁷¹⁷.

En el caso, el Tribunal calificó cuatro de las conductas como “homicidios agravados” en respeto del principio de legalidad en razón a que habían tenido ocurrencia con anterioridad a la vigencia de la ley 599 de 2000, hecho que fue motivo de apelación.

Así, la Sala se enfrentó al siguiente problema jurídico: ¿pueden calificarse como crímenes de guerra, conductas cometidas con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000 que consagró por primera vez los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH?

La tensión que se presentaría en este caso entre legalidad y derechos de las víctimas se asocia a que éstos últimos se entienden mejor satisfechos si la imputación de un delito corresponde con la verdad, es decir, con las causas y el contexto reales en los cuales se cometieron, de manera que, en principio, no es lo mismo calificar un hecho como homicidio agravado desconociendo el marco del conflicto en el cual se perpetró.

Sin embargo, la Corte en este caso no ahonda en la aparente tensión que se presenta, y, por el contrario, declara con contundencia la vigencia del principio de legalidad, aduciendo que “(...) los hechos (...) sucedidos antes de entrar en vigencia la ley 599 de 2000 no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta; en cambio, sí admiten la definición de crimen de guerra (...) los casos (...) sucedidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal (25 de julio de 2001)”⁷¹⁸.

Con base en esta argumentación, la Corte confirma la decisión impugnada.

Es afortunado que la Corte se sujete a la legalidad, más aún cuando de esa forma no se vulneran derechos, pues en este caso, el derecho a la justicia se garantiza imputando y juzgando a los responsables, sin embargo, ya que en decisiones anteriores se ha separado de la misma, sería deseable que aludiera a su jurisprudencia previa con el fin de desentrañar y justificar la evolución de los criterios, algo que hasta aquí, se echa de menos.

Otro punto del auto que resulta interesante, es acerca de las llamadas “acciones de limpieza social”. La impugnación obedeció a “(...) solicitar que se determinara que, además de ser crímenes de guerra, también lo fueron ‘delitos de lesa humanidad’, por tener carácter sistemático y generalizado, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores de droga, etc., como lo definió la fiscalía en la audiencia de imputación”⁷¹⁹.

⁷¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

⁷¹⁸ *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

⁷¹⁹ *Ibidem*. El Recurso de apelación, num. 1.1.

Este asunto le permitió a la Corte hacer tres precisiones en punto de: i) ¿quién determina si un acto puede ser considerado crimen de lesa humanidad?; ii) ¿qué tipo de crimen son los actos de “limpieza social”; y iii) ¿cuál es la relevancia de calificar una conducta como crimen de lesa humanidad?

La calificación de una conducta como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad es de competencia judicial, es decir, que le corresponde a cualquier autoridad judicial que bien puede ser “(...) el funcionario de la Fiscalía General de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez de conocimiento en cualquier oportunidad, a instancia del Ministerio Público o por petición de un ciudadano”⁷²⁰.

Para la Corte, los llamados actos de “limpieza social”, “(...) revisten las características de ser conductas sistemáticas, generalizadas, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores de droga, etc., ciertamente que deben ser considerados como crímenes de lesa humanidad”⁷²¹.

La importancia de declarar la naturaleza de los actos cometidos –por alias “el iguano” en el caso bajo examen–, como crímenes de lesa humanidad, para la Sala, “(...) radica en saber que tales comportamientos son trascendentes (por la magnitud del daño, de la afectación social), que ofenden la dignidad inherente al ser humano y que tienen varias características específicas (...)”⁷²² o tienen implicaciones de gran relevancia, entre ellas: i) el carácter imprescriptible de ese tipo de conductas; ii) la imposibilidad de invocar el principio de obediencia debida como eximente de responsabilidad; y iii) el hecho que a las personas responsables o sospechosas de haber cometido un crimen contra la humanidad no se le puede otorgar asilo territorial ni se les puede conceder refugio⁷²³.

Con esta decisión, la Corte reafirma su criterio en cuanto a la posibilidad de calificar conductas punibles como “crímenes de lesa humanidad” en Colombia, pero, en cuanto a los “crímenes de guerra”, precisa que su calificación se sujeta al principio de legalidad, de manera que sólo serán imputables en la medida en que para el momento de su comisión, existiera tipo penal que los reconociera.

Puede inferirse que la Sala modera su postura en lo referente a la imputación de crímenes internacionales en Colombia, aunque sólo respecto de los crímenes de guerra, de manera que, en su criterio, coexisten la tendencia garantista para éstos y una orientación no garantista para los crímenes de lesa humanidad, más cercana a lo que se denominó atrás, punitivismo humanitario.

⁷²⁰ *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

⁷²¹ *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

⁷²² *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

⁷²³ *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

Finalmente, la postura vigente sobre el tema es la que sienta la Corte Suprema de Justicia en el auto donde decide el recurso de apelación que interpusieron contra la decisión adoptada por un Magistrado con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual impuso medida de aseguramiento al señor Úber Enrique Banquez Martínez, alias “Juancho Dique”⁷²⁴.

En este caso, la Fiscalía imputó algunos hechos bajo la calificación de “(...) graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en el entendido de que se cometieron en desarrollo del conflicto armado interno”⁷²⁵, aún cuando los mismos se habían perpetrado con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000 que tipifica los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

En la audiencia de formulación de imputación el Magistrado con funciones de Control de Garantías, invocando el principio de legalidad, impuso medida de aseguramiento al postulado, con base en el decreto Ley 100 de 1980 por las conductas cometidas bajo la vigencia de esa ley, cambiando la imputación formulada por la fiscalía que, había calificado los mismos hechos como delitos contra personas y bienes protegidos contra el DIH⁷²⁶.

La apelación solicitó la revocatoria de la “(...) decisión de no imponer medida de aseguramiento por los delitos de homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, despojo en el campo de batalla (art. 151) y destrucción y apropiación de bienes protegidos (art. 154)”⁷²⁷.

Así, el problema jurídico que enfrenta la Corte se relaciona con “(...) la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado ‘*Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*’, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha”⁷²⁸.

Con base en un recorrido histórico acerca del principio de legalidad en el cual reivindica su importancia como “bastión contra la arbitrariedad”⁷²⁹ en su concepción clásica, la Corte llega a las siguientes conclusiones⁷³⁰:

- A partir del fin de la segunda guerra mundial comenzó a crearse un nuevo derecho penal con dimensión internacional con nuevas categorías como los llamados crímenes internacionales.

⁷²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33039, diciembre 16 de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

⁷²⁵ *Ibidem*. Antecedentes procesales, p. 4.

⁷²⁶ *Ibidem*. Antecedentes procesales, p. 6.

⁷²⁷ *Ibidem*. La providencia apelada, p. 10.

⁷²⁸ *Ibidem*. Consideraciones, p. 14.

⁷²⁹ *Ibidem*. Consideraciones, p. 24.

⁷³⁰ *Ibidem*. Consideraciones, pp. 26 y ss.

- Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad, de manera que hoy se cuenta con un principio de legalidad internacional, flexible, reelaborado.
- En tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos **como ley previa** para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión.

A estas conclusiones, suma el hecho que en pronunciamientos anteriores:

(...) ha reconocido la calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional⁷³¹.

Con base en lo anterior, la Corte aduce que, en tratándose de crímenes internacionales (agresión, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio), el principio de legalidad "(...) se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional"⁷³².

Así, la Corte, en sus palabras, flexibiliza el principio de legalidad, aunque, exclusivamente, a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales mencionados⁷³³.

En consecuencia, "(...) no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción"⁷³⁴.

En el caso bajo examen, la Corte resolvió revocar la decisión del *a quo*, e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al postulado por la totalidad de delitos, al considerarse como infracciones graves al derecho internacional humanitario, pues, a pesar que su comisión se llevó a cabo antes que aquellas fueran tipificadas en el ordenamiento interno, ya existían en normas jurídicas internacionales que prohibían las conductas, en este caso, el DIH.

⁷³¹ *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

⁷³² *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

⁷³³ *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

⁷³⁴ *Ibidem*. Consideraciones, p. 36. Este criterio fue reiterado posteriormente por la Sala: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 36563, agosto 3 de 2011. M.P.: José Luis Barceló. Consideraciones de la Corte, p. 83.

En comparación con las decisiones anteriores sobre el tema, esta posición recoge lo mencionado en los casos de alias “El Loro” y de Gian Carlo Gutiérrez, en los cuales se admitió la posibilidad de que se imputaran conductas punibles no reconocidas expresamente por normas internas, basándose, principalmente, en la figura del bloque de constitucionalidad como cláusula que permitiría la imputación de crímenes internacionales reconocidos en instrumentos tanto de DIDH como de DIH y DPI, ratificados por Colombia.

La diferencia con respecto a los dos casos, radica en que la “legalidad flexible” sólo aplica para los cuatro crímenes internacionales que hoy encuentran su forma más elaborada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, de manera que se reafirma, una tendencia hacia el “punitivismo humanitario”, aunque, con la restricción a cuatro tipos de crimen para aplicar la legalidad flexible, se procura combinar aquella con un respeto hacia la legalidad estricta, que se manifestaría en todas las demás formas de criminalidad o tipos de delito.

Por otro lado, la Corte se separa del auto proferido en el caso de alias “Juancho Dique”, donde había matizado la fórmula de la legalidad flexible, restringiéndola a los crímenes de lesa humanidad, pero, protegiendo el principio de legalidad estricto para los crímenes de guerra.

Contrario sensu, ahora se señala que también para estos últimos, aplica la legalidad internacional y se acuña definitivamente el término “flexibilización del principio de legalidad” para dar cuenta del fenómeno en virtud del cual, se considera suficiente el reconocimiento internacional de una conducta contraria a Derecho para que sea punible en Colombia, aún cuando no haya norma interna expresa en ese sentido.

Ya se han citado las consecuencias o implicaciones de ese hecho en materia de crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, en punto de la imprescriptibilidad, ahora hay que aludir que las mismas se extienden para los crímenes de guerra y, eventualmente, para la aplicación del genocidio en Colombia.

Así mismo, se hicieron algunos comentarios disidentes acerca de la forma como la Corte Suprema ha interpretado el bloque de constitucionalidad y la vigencia de las normas de DPI, como el Estatuto de Roma. Argumentos que aplican también para la última postura citada de la Corporación.

En suma, se puede afirmar que la Corte Suprema ha construido y elaborado paulatinamente su doctrina sobre el principio de legalidad cuando éste choca con los derechos de las víctimas, al punto de crear para Colombia un “principio de legalidad flexible” en tratándose de crímenes internacionales.

A pesar de los cambios de posición y los ajustes en la misma, en general, la Corte no elige el garantismo como paradigma jurídico normativo conforme el

cual se decide en la referida tensión, por el contrario, es constante su tendencia a alejarse de aquel, aunque buscando salidas dentro del mismo esquema. Es decir, en ningún momento arguye que se aleja de la legalidad, lo que aduce es que la misma: i) ha evolucionado, arrogándole un carácter flexible; y ii) es aplicable en Colombia, a partir de la forma como interpreta el bloque de constitucionalidad.

Como criterio utilizable en escenarios de impunidad, donde figuras como la prescripción o la irretroactividad de la ley penal pueden representar su prevalencia –de ningún modo deseable–, es válida la figura de la “legalidad flexible”, pero, siempre que no haya otra forma de garantizar la justicia.

Es decir, no se comparte la decisión de la Corte en el último caso presentado, pues allí, las conductas por las cuales se formuló imputación contra alias “Juancho Dique”, ya se encontraban tipificadas en la legislación interna, aunque bajo *nomen juris* diferentes a aquellos a los que se refieren los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, de manera que no había lugar a un escenario de impunidad que justificara reinterpretar principios y dales un nuevo alcance o una connotación “flexible”.

Sin embargo, la figura de la “legalidad flexible”, en los términos planteados por la Corte, puede ser funcional en aquellos casos en los cuales, con ocasión de la aplicación estricta de la norma nacional, se favorezca la impunidad y con ella, la vulneración de derechos fundamentales, como los derechos de las víctimas.

3.3.2. Concierto para delinquir ¿crimen de lesa humanidad?

Se han abordado dos escenarios en los cuales la Corte Suprema de Justicia ha decidido debatiendo entre instituciones jurídico penales propias de la tradición garantista y los derechos de las víctimas. En cada uno, las soluciones a las tensiones han variado en cuanto a la tendencia que las ha sustentado (un poco más garantista en unos casos y más proclive al llamado punitivismo humanitario en otros), y en cuanto a la metodología utilizada, donde se ha acudido a la fórmula de la ponderación, a la interpretación exegética de las normas que ha privilegiado el garantismo, y a la interpretación, que aquí se ha llamado forzada, de subregals constitucionales en materia de bloque de constitucionalidad, de aplicación del DPI y de vigencia de instituciones como la prescripción.

En el mismo marco de la protección a los derechos de las víctimas, que, como se ha reiterado, no es otro que el marco de la lucha contra la impunidad, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una nueva doctrina, esta vez, en punto del delito de concierto para delinquir, dándole, en desarrollo del Proceso Especial de Justicia y Paz, el carácter de crimen de lesa humanidad, como a continuación se verá, a partir de tres ítems: i) la noción del delito; ii) la

importancia particular en el Proceso Especial de Justicia y Paz; y iii) el carácter de lesa humanidad.

El Código Penal, en su artículo 340, modificado por el artículo 8 de la ley 733 de 2002, expresa:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

De lo anterior, se infiere que este punible tiene como características: i) la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados; y ii) que el acuerdo no puede ser momentáneo u ocasional, es decir, debe ostentar continuidad y permanencia.

Es de rescatar el carácter autónomo de este delito, es decir, "(...) su configuración no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos"⁷³⁵.

Este delito ha tenido una consideración especial en el proceso de Justicia y Paz. En torno suyo, se han proferido decisiones de vital importancia, al menos, en tres sentidos.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia manifestó la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con el delito de sedición, en la ya citada decisión de julio 11 de 2007⁷³⁶, principalmente por el hecho que esta última es una conducta de carácter político, en tanto el concierto tiene naturaleza común, es decir, a diferencia de un delito político, no tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo

⁷³⁵ DAZA, Alfonso. *Delincuencia organizada: delitos*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 123.

⁷³⁶ *Supra*, num. 2.3.2.

orden, inspirado en un ideal de justicia⁷³⁷, sino que se suscita en la búsqueda de intereses particulares.

En segundo lugar, el concierto para delinquir ha sido considerado el “delito base”⁷³⁸ en el proceso de Justicia y Paz, es decir, “(...) la Fiscalía tiene que imputar esta comisión delictiva”⁷³⁹ en el marco del proceso especial.

Aduce la Corte que “[d]esde su preámbulo, la ley de justicia y paz dispone que se aplicará a *miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional*. En consecuencia, se perfila como primer supuesto fáctico que el procesado por esta jurisdicción es un confeso infractor del delito, por lo menos, de concierto para delinquir agravado”⁷⁴⁰.

De hecho, como ya se mencionó, la primera sentencia proferida en el proceso de Justicia y Paz, fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia por cuanto no se formularon cargos contra el postulado por el delito de concierto para delinquir⁷⁴¹. Tal es entonces, la entidad de dicha conducta en el proceso especial.

En tercer lugar, la Corte ha manifestado que el concierto para delinquir agravado constituye un crimen de lesa humanidad⁷⁴². El argumento, es el siguiente:

Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos⁷⁴³.

⁷³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945. *Op. cit.*, V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional, num. 5.

⁷³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.5.

⁷³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P. Augusto Ibáñez. Consideraciones, p. 20.

⁷⁴⁰ *Ibidem*. Consideraciones, p. 22.

⁷⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.7.

⁷⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Consideraciones de la Corte, num. 25. Criterio reiterado en los siguientes Autos en el marco del Proceso de Justicia y Paz: Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, num. 7; y, Rad. No. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, num. 2. También en los procesos de la llamada ‘parapolítica’, la Corte ha reiterado esta posición: Sentencia Rad. No. 32672, diciembre 3 de 2009, caso Salvador Arana. Consideraciones de la Corte, num. 2.2.; Auto Rad. No. 33118, mayo 13 de 2010, la Corte avoca el conocimiento de las diligencias en el caso César Pérez García, p. 42; y, Auto Rad. No. 33118, marzo 14 de 2011, la Corte califica el mérito del sumario en el caso César Pérez García, pp. 107-108.

⁷⁴³ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

En desarrollo de su planteamiento, la Sala adiciona los elementos que deben concurrir para considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad:

- (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;
- (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y
- (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización⁷⁴⁴.

Como parte de su argumentación, cita los siguientes instrumentos internacionales aduciendo que de los mismos se puede confirmar la tesis planteada⁷⁴⁵: a) el artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁷⁴⁶; b) el artículo 4º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984⁷⁴⁷; c) el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁴⁸; d) el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁷⁴⁹; y e) el artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷⁵⁰.

⁷⁴⁴ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

⁷⁴⁵ *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

⁷⁴⁶ Esta Convención fue firmada por Colombia el 12 agosto de 1949, ratificada el 27 de Octubre de 1959, incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 28 de 27 de mayo de 1959 y entró en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial. Dice el Art. III. Serán castigados los actos siguientes:

a) El genocidio.

b) La asociación para cometer genocidio.

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

d) La tentativa de genocidio.

e) La complicidad en el genocidio.

⁷⁴⁷ Esta convención fue aprobada en Colombia mediante Ley 70 de 1986 y entro a regir cuando esta ley fue publicada en el Diario Oficial. Dice el Artículo 4º:

1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. **Lo mismo se aplicará** a toda tentativa de cometer tortura y a **todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.**

⁷⁴⁸ Convención que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985 y aprobada en Colombia mediante la Ley 406 de 1997, con vigencia desde que fue publicada en el Diario Oficial. Dice el **Artículo 3º**

Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices

⁷⁴⁹ Aprobada en Colombia por la Ley 707 de 28 de noviembre de 2001, con control constitucional mediante la Sentencia C-580 de 31 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Con salvamento de voto de los Magistrado. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. El **Artículo II** establece:

“ Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o

Además, la Corte advierte que reconoce las implicaciones de tal calificación, como que hace del delito, una conducta imprescriptible⁷⁵¹.

A estos razonamientos, adiciona la importancia de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y si bien, no es explícita en la relación entre la idea del delito de concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad y los derechos de las víctimas, es posible inferir que, en efecto, es la lucha contra la impunidad, la que motiva la decisión.

Como ha sucedido con otros pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema en el marco de Justicia y Paz, éste, no ha sido pacífico. Ya ha habido manifiestas discrepancias con el criterio de la Corte, entre ellas, es oportuno citar las siguientes:

En primer lugar, en ningún instrumento de derecho internacional, incluidos los Estatuto de los Tribunales Especiales para Nüremberg, ex Yugoslavia o Ruanda, de la Corte Especial para Sierra Leona, de la Corte Penal Internacional ni de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia utiliza para la definición de crimen de lesa humanidad el Estatuto de Roma. Sin embargo, no

grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

⁷⁵⁰ Aprobado en Colombia por medio del Acto Legislativo 2 de 2001 que adicionó el Artículo 93 de la Constitución Política y Ley 742 de 2002 que tuvo control constitucional mediante la sentencia C-578 de 30 de julio de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La vigencia del Estatuto corresponde a la fecha de publicación de la Ley en el Diario Oficial. Señala el artículo 25 “.... 3) De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

⁷⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Consideraciones de la Corte, num. 25.

tiene en cuenta que según el artículo 25 apartado 3 d) de dicho Estatuto, la mera pertenencia a un Grupo Organizado al Margen de la Ley, no fundamenta la responsabilidad criminal por crimen de lesa humanidad. En efecto, en el Estatuto de Roma rige el principio de accesoriedad, es decir, se requiere una conducta punible consumada o por lo menos una conducta en grado de tentativa, para que ella pueda ser conocida por la Corte Penal Internacional.

En tercer lugar, la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resulta discutible, pues por el sólo hecho de que se incluya la palabra “*asociación*” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales por ella misma citados, no implica la inclusión de este delito dentro del catálogo de lesa humanidad, simplemente se alude a una forma de participación en la comisión de la conducta punible. Con esta interpretación se confundiría el delito de concierto para delinquir con una de las formas de participación criminal⁷⁵².

No es el espacio para saldar esta discusión, por ahora, para lo que interesa al presente trabajo, basta con observar que la lucha contra la impunidad en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, ha inspirado en la Corte una apertura hacia el Derecho Internacional, no sólo en los términos arriba citados –otorgándole primacía sobre el nacional–, sino también importando figuras propias de esa fuente y revistiendo figuras propias del derecho nacional, con características que han tenido un desarrollo internacional.

Este es el caso del concierto para delinquir, que, como lo expresan los críticos de la postura de la Corte, posición que se comparte plenamente, no ha sido consagrado como crimen a nivel internacional, y, sin embargo, ésta le otorga una valoración propia de ese tipo de crímenes, como crimen de lesa humanidad.

3.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1. La tendencia hacia la impunidad que vivió el mundo de Occidente durante gran parte del siglo XX, con diversos argumentos como que ese era el precio de la paz o de la conservación de los Estados nacionales, cambió tras la segunda posguerra que suscitó dos fenómenos revolucionarios para el Derecho que implicarían el inicio de la era de la lucha contra la impunidad: i) la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional; y ii) el debilitamiento del paradigma positivista como teoría jurídica imperante.

⁷⁵² FORER, Andreas, LÓPEZ DÍAZ, Claudia, CARDONA, Juan Pablo, ERRANDONEA, Jorge y GONZÁLEZ, Diego. *Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en el proceso: expediente D-8131. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009*. Bogotá: septiembre 6 de 2010.

2. La definición de impunidad, que, en principio, se relacionó únicamente con la ausencia de justicia retributiva, evolucionó de tal forma que hoy se identifica con la infracción de la obligación de los Estados de garantizar los derechos de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y de crímenes internacionales, a la verdad, la justicia y la reparación.
3. La lucha contra la impunidad ha sorteado las tensiones con instituciones jurídico penales como la prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad, a través de fórmulas propias del DIDH, el DIH y el DPI. Sin embargo, en escenarios de Justicia Transicional, dichas tensiones se soliviantan, presentándose nuevos desafíos, más aún cuando se suscitan en un escenario jurídico que conserva una tendencia penal garantista, como en el caso nacional. Los ejemplos citados dan cuenta de ello: i) imposición de medidas cautelares reales; ii) vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) exclusión y extradición de postulados; iv) las imputaciones parciales; y v) la imputación de crímenes internacionales.
4. Las principales tensiones suscitadas en el caso nacional del Proceso Especial de Justicia y Paz, han sido en torno a los derechos de las víctimas y el principio de legalidad, en particular, la institución del debido proceso, que de alguna manera, representa la tensión entre dos tendencias jurídico penales: el “punitivismo humanitario” y el garantismo.
5. Los aportes de la jurisprudencia nacional, en particular, de la Corte Suprema de Justicia en los casos de tensiones de derechos o instituciones penales, han sido de tres órdenes: i) en punto de los **criterios** orientadores para decidir; ii) de la **metodología** empleada; y, iii) de la no uniformidad, u **oscilación entre tendencias jurídico penales**, “neopunitivistas” y garantistas, según el caso.
6. Los criterios generales que han orientado las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en los casos de Justicia y Paz, y que han cobrado mayor relevancia cuando se han presentado tensiones entre derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales como las garantías judiciales, han sido, principalmente, dos: i) el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico, para dar paso a una propuesta que privilegie los fines del proceso, como la paz y la reconciliación; y, ii) la necesidad de equiparar la justicia a la legalidad, de manera que deben ser esos dos los factores a consultarse a la hora de decidir.
7. Los métodos, o mejor, las formas de argumentar empleadas para resolver las tensiones cuando han sido expresamente reconocidas (medidas cautelares y exclusión) han sido disímiles. En un caso (medidas cautelares), se acudió al método de la *ponderación*; en otro (exclusión) se acudió a la *jerarquización de los valores* privilegiándose la justicia; en otro más, sin haber reconocido la tensión (vigencia de la ley) se optó por el *método exegético* de interpretación de las disposiciones controvertidas; y, en los casos de imputación de crímenes internacionales, se acudió a la *flexibilización de la legalidad* a través de la interpretación forzada de subreglas constitucionales en materia de

bloque de constitucionalidad, aplicación del DPI, y vigencia de instituciones como la prescripción de la acción penal.

8. No ha sido una sola la tendencia jurídico penal elegida para resolver los casos de tensiones, por el contrario, la posición de la Corte ha oscilado entre privilegiar los derechos de las víctimas (medidas cautelares, exclusión e imputación de crímenes internacionales), inclinándose hacia el “punitivismo humanitario”, y respetar férreamente el principio de legalidad (vigencia de la ley e imputaciones parciales) siendo proclive al garantismo.
9. Uno de los constructos más controvertidos de la Corte ha sido el del “principio de legalidad flexible”. En él, confluyen el respeto hacia la legalidad estricta (garantismo), manifestado en la generalidad de los delitos, y su alteración (en el sentido del “punitivismo humanitario”), expresada en los casos en los cuales aplicaría dicha forma especial de legalidad, estos son, los cuatro crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI: agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
10. La Corte Suprema de Justicia ha erigido el delito de concierto para delinquir, conducta base en el proceso de Justicia y Paz, a la calidad de crimen de lesa humanidad, y con ello, ha provocado una importante consecuencia: la posibilidad de que sea imprescriptible, con lo cual, no privilegia la legalidad estricta que implicaría imputar el delito en los términos de la legislación penal interna, donde ninguna conducta tiene tal calidad, y en su lugar, propone una nueva fórmula en la lucha contra la impunidad, inclinándose de nuevo por una tendencia punitivista.

CONCLUSIONES FINALES

El tipo de Estado que recoge Colombia en la Constitución Política, bajo la denominación de Estado social de Derecho, implica una confluencia de fenómenos jurídico políticos, que han determinado la conformación del modelo normativo en las diversas ramas del Derecho. El ejemplo que aquí se ha traído y demostrado es el del derecho criminal, el cual, es consecuencia de la tradición liberal y se ha desarrollado en el marco del constitucionalismo.

Consecuencia de ello, la tendencia en materia penal, que mejor ha interpretado y se ha acomodado a las fuentes que inspiran la normatividad nacional, es el garantismo, el cual, a su vez, ha encontrado casi todas las condiciones para su existencia: Estado de Derecho, democracia y constitucionalismo.

Sin embargo, hay condiciones fácticas y normativas que han impedido la prevalencia absoluta del garantismo penal. Por un lado, la paz, como cuarta condición de su existencia, no es un hecho en Colombia; y, de otro lado, por circunstancias en parte ligadas al fenómeno de la violencia, ha habido una ampliación de los tipos penales y de las penas –en detrimento del “derecho penal mínimo” que defiende el garantismo–, y una apertura hacia otras corrientes jurídico penales como el efficientismo y el “punitivismo humanitario” o “neopunitivismo”.

En este escenario de primacía no absoluta del garantismo penal, el principio de legalidad estricto, en los términos de Luigi Ferrajoli, irriga el sistema de garantías penales y procesales, consolidando una tradición fuerte en punto de la protección de los derechos de los procesados en un enjuiciamiento criminal.

Dicho marco se ha visto recientemente enfrentado a un proceso penal excepcional –llamado de Justicia y Paz–, que ha obedecido a una serie de variables disímiles respecto de aquellas que fundan el proceso ordinario.

En primer lugar, corresponde a una historia de violencia que duró décadas en el país, y que aún tiene serias manifestaciones, como lo es el “paramilitarismo”. Este fenómeno, constituye el antecedente con base en el cual se suscitan las negociaciones de paz con el gobierno nacional, iniciadas hacia 2002, que concluyen con un marco normativo: la Ley 975 de 2005.

En segundo lugar, dicho marco normativo, obedece a fuentes internacionales especiales, pues ciertas categorías jurídicas que están previstas bajo la figura de estándares o criterios insoslayables en negociaciones de paz, deben satisfacerse en aras del respeto a principios de Derecho internacional como el *pacta sunt servanda*, dados los ingentes compromisos normativos internacionales que el Estado colombiano ha contraído.

Dichos estándares no son otros que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales, vía jurisprudencia constitucional, han alcanzado el rango de derechos fundamentales con ocasión de decisiones proferidas en sede del Proceso de Justicia y Paz, no obstante que, con antelación, los derechos de las víctimas en el proceso penal ya habían sido objeto de tutela judicial.

En tercer lugar, el Proceso Especial de Justicia y Paz cuenta con una serie de características que lo diferencian de manera significativa, del proceso ordinario que recoge la tendencia garantista. Entre esas diferencias, se cuentan las siguientes: su novedad, lo general de la ley que lo contempla, su carácter *ad-hoc* y *ex post*, su correspondencia necesaria con el Derecho internacional, su naturaleza política, finalidad especial y tipo de vulneraciones que conoce, que coinciden con las categorías internacionales de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Ahora, ya que el proceso de Justicia y Paz tiene aplicación en un escenario de conflicto armado, y conoce de hechos pasados cometidos en vigencia del mismo, pero, a la vez, cuenta con herramientas propias de la llamada justicia de transición, como los reforzados derechos de las víctimas, puede caracterizarse como una experiencia fragmentada de justicia transicional, que, al contar con elementos propios del procedimiento penal ordinario y con otros, ajenos a su naturaleza, complejizan su interpretación y aplicación, retando los estándares de la tradición jurídico penal de tendencia garantista.

Ante dicho reto, la orientación garantista de la Justicia en Colombia: i) ha evidenciado su insuficiencia para responder de forma autorreferencial a un tipo de proceso con las particularidades que reviste el de Justicia y Paz; ii) ha cedido y abierto más los espacios a esas corrientes que no priman pero, igualmente, existen en el ordenamiento interno, especialmente, al “punitivismo humanitario”; y iii) ha instigado, o no ha logrado evitar, contradicciones y tensiones permanentes con esas tendencias no predominantes.

Esas contradicciones entre el modelo jurídico penal tradicional y las corrientes como el “punitivismo humanitario”, se alimentan de un poderoso paradigma nutrido en la segunda posguerra mundial: la lucha contra la impunidad. Sus luchas han sido exitosas cuando han enfrentado los derechos de las víctimas de las graves vulneraciones de los DDHH y de los crímenes internacionales a instituciones jurídico penales como la prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad.

En el caso particular del proceso de Justicia y Paz, nuevas tensiones entre derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales de estirpe garantista han surgido, entre otros, en cinco temas: i) imposición de medidas cautelares reales; ii) vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) exclusión y extradición de postulados; iv) las imputaciones parciales; y v) la imputación de crímenes internacionales.

Dada la complejidad descrita, aunque resulta deseable que la tendencia garantista sea la que rijan las decisiones judiciales pertinentes, toda vez que domina en el ordenamiento jurídico y se encuentra en armonía con el modelo de Estado vigente en Colombia que a su vez, privilegia los derechos fundamentales, no es exigible para los tribunales nacionales con competencia en el Proceso Especial de Justicia y Paz, su aplicación a ultranza y estricta por cuanto: i) no están dadas plenamente las condiciones para su aplicación; ii) hay una apertura legal en Colombia que se separa de él; y iii) los tribunales se ocupan de un proceso con carácter especial.

Los aportes de la jurisprudencia nacional, en particular, de la Corte Suprema de Justicia, en los casos examinados donde se han presentado tensiones de derechos o de éstos con instituciones penales, han sido de tres órdenes: i) en punto de los **criterios** orientadores para decidir; ii) de la **metodología** empleada; y, iii) de la no uniformidad, u **oscilación entre tendencias jurídico penales**, “neopunitivistas” y garantistas, según el caso.

En punto de los **criterios**, se ha contado con dos, a saber: i) el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico, para dar paso a una propuesta que privilegie los fines del proceso, como la paz y la reconciliación; y, ii) la necesidad de equiparar la justicia a la legalidad, de manera que deben ser esos dos los factores a consultarse a la hora de decidir.

En relación con los **métodos** empleados para la solución de los casos, se ha acudido al método de la *ponderación*; a la *jerarquización de los valores* privilegiándose la justicia; al *método exegético de interpretación* de las disposiciones controvertidas; y, en los casos de imputación de crímenes internacionales, se acudió a la *flexibilización de la legalidad* a través de la interpretación forzada de subreglas constitucionales en materia de bloque de constitucionalidad, aplicación del DPI, y vigencia de instituciones como la prescripción de la acción penal.

En cuanto a la **tendencia jurídico normativa penal** empleada, la Corte ha oscilado entre privilegiar los derechos de las víctimas, inclinándose hacia el “punitivismo humanitario”, y respetar férreamente el principio de legalidad siendo proclive al garantismo.

Resulta afortunado que, ante lo particular del panorama, la Judicatura haya experimentado criterios, métodos y tendencias jurídico normativas, que no corresponden, necesariamente, con aquellos tradicionales.

Sin embargo, la importancia de la legalidad estricta, en función del modelo de Estado vigente, implica que, aún en escenarios complejos, se propenda por su prevalencia, y las decisiones tomadas apartándose de ella, deben corresponder con una suficiencia argumentativa y razonable.

Así, se proponen los siguientes criterios a tener en cuenta, en escenarios judiciales expuestos a marcos normativos de transición: i) el escenario de discusión debe ser excepcional, como cuando se trata de la colisión con otros principios, la vulneración de otros derechos y el eventual favorecimiento de la impunidad, o de la injusticia extrema, en los términos de Radbruch; ii) se reconozca la existencia de una situación particular que genera un conflicto entre derechos o con instituciones jurídico penales tradicionales, de manera que no se soslayen sus posibles implicaciones; iii) se empleen métodos que observen los derechos de los intervinientes y si es del caso separarse de algunos, se haga de manera razonada, procurando la menor afectación de los que se desconocen; iv) se procure amparar la decisión en aquella normatividad también vigente, pero en colisión con la que, en principio, debía aplicarse; y v) se acompañe a la legalidad, de la justicia como criterio igualmente vinculante. .

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

ABRAMOVICH, Víctor. “Epílogo”. En: TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008.

ALEXY, Robert. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. México, D.F.: Fontamara, 2008.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMBOS, Kai [Coord.]. *Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Georg-August-Universität Göttingen y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

_____. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008.

_____. *Impunidad y derecho penal internacional*. Bogotá: Dike, 1997.

APONTE, Alejandro. *El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*. Bogotá: Observatorio Internacional DDR y la Ley de Justicia y Paz, y Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), 2011.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2ª. Ed., 1990.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de Historia Política*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1994.

BINDER, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. FERNÁNDEZ, José [Trad.]. México: Fondo de Cultura Económica, 1ª Ed. en español, 1989.

BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá, DeJuSticia, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. SERRANO, Rafael de Agapito [Trad.]. Madrid: Trotta, 2000.

CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000.

CALLE CALDERÓN, Armando. “La Corte Constitucional y las garantías penales”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006.

CARDONA CHAVES, Juan Pablo y LUNA BLANCO, Tania. “Estados de Excepción en Colombia: 1948-1990”. En: MARQUARDT, Bernd [Ed.]. *Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo de castigo para los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Partenón, 2007.

COMADUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: CARBONELL, Miguel [Ed.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: La metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2010.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008.

CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS. *Diez años después. Un balance del proceso de paz con la CRS*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, 2005.

DAZA, Alfonso. *Delincuencia organizada: delitos*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007.

DE GREIFF, Pablo. “Una concepción normativa de la justicia transicional”. En: RANGEL, Alfredo [Comp.]. *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio, 2009.

_____. “Justicia y Reparaciones”. En: DÍAZ, Catalina (Ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Fondo Global para la paz y la seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, 2008.

DUNCAN, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta, 2006.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. ZAIDENWERG, Ezequiel [Trad.]. Buenos Aires: Katz, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. “El paradigma normativo de la democracia constitucional”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

_____. *Garantismo penal*. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

_____. “Garantías y derecho penal”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006.

_____. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. GREPPI, Andrea [Trad.]. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Derecho y razón*. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; RUÍZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos; TERRADILLOS, Juan y CANTARERO, Rocío [Trads.]. Madrid: Trotta, 1ª Ed. en español, 1995.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009.

FORER, Andreas, LÓPEZ DÍAZ, Claudia, CARDONA, Juan Pablo, ERRANDONEA, Jorge y GONZÁLEZ, Diego. *Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en el proceso: expediente D-8131. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009*. Bogotá: septiembre 6 de 2010.

_____ y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania y Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010

FUNDACIÓN SOCIAL. *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Verdad, justicia y reparación*. Bogotá: Fundación Social, 2005.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997”. En: SANTOS, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *Caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis sociojurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

_____ y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”. En: UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli ‘Derecho y Razón’”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006.

GARZÓN, Juan Carlos. “La complejidad paramilitar: una aproximación estratégica”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

GUASTINI, Riccardo. “Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo”. En: GIANFORMAGGIO, Letizia [Ed.]. *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008.

_____. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara y Universidad Autónoma de México, 2001.

GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

_____. “Tendencias del homicidio político en Colombia 1975-2004: una discusión preliminar”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

_____. “Narcotráfico y paramilitarismo: ¿matrimonio indisoluble?”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

GUZMÁN, Diana; SÁNCHEZ, Camilo y UPRIMNY, Rodrigo, “Colombia”. En: FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010.

HUBER, Florian. *La ley de Justicia y Paz: desafíos y temas de debate*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung (Fescol), Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Agencia alemana de Cooperación Técnica (GTZ), y Fondo Editorial Cerec, 2007.

KALYVAS, Stathis y ARJONA, Ana. “Paramilitarismo: una perspectiva teórica”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

KANT, Emmanuel. *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*. En: ARAMAYO, Roberto [Ed.]. *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

_____. *La paz perpetua*. Madrid: Espasa y Calpe, 1965.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. VILLAR BORDA, Luis y MONTOYA, Ana María [Trads.]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Claudia [Ed.]. *Y refundaron la patria...De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Debate, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

LÓPEZ RESTREPO, Andrés. “Narcotráfico, ilegalidad y conflicto”. En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

MAIER, Julio. “La víctima y el sistema penal”. En : AA.VV. *La víctima y el sistema penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998.

MÚNERA, Leopoldo. “Procesos de paz con actores armados ilegales y prosistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista Pensamiento Jurídico*.

Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, No. 17, Noviembre-Diciembre de 2006.

OROZCO ABAD, Iván. "Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia". En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006.

OTERO, Alfonso. *Paramilitares: la modernidad que nos tocó*. Bogotá: Quebecor World, 2008

_____ y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis y Universidad Nacional de Colombia, 2ª. Ed., 1999.

PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina. *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

PERDOMO TORRES, Jorge. *Los principios de legalidad y oportunidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "Constitucionalismo y Garantismo". En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro [Eds.]. *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara, 2ª. Ed., 1999.

QUINCHE, Manuel Fernando. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Buenos Aires, 2009.

PARDO, Rafael. *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. Bogotá: Ediciones B, 2007.

PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. "Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?". En: GUTIÉRREZ, Francisco; WILLS, María Emma y SÁNCHEZ, Gonzalo [Coords.]. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 2009

RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Universidad de Los Andes y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

RAMÍREZ, William. "Autodefensas y poder local". En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María Carolina. *Las Generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá: Página Maestra, 2002.

RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

ROMERO, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas. 1982-2003*. Bogotá: Planeta y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

SALINAS, Yamile. *Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008.

SALMÓN, Elizabeth [Coord.]. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011.

SÁNCHEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá: Áncora editores, 2008.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 3ª Ed., 2003.

SÁNCHEZ, Esiquio Manuel. *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2007.

TEITEL, Ruti. "Transitional Justice Genealogy". En: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94. La versión que se cita aquí, es la traducción al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ, *Informe Jefatura de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Septiembre 30 de 2010.

UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.

_____ y SAFFON, María Paula. “¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 (sic) tras el fallo de la Corte Constitucional”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá, DeJuSticia, 2006.

_____ y SAFFON, María Paula. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”. En: DÍAZ, Catalina; SÁNCHEZ, Camilo y UPRIMNY, Rodrigo [Eds.]. *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), 2009

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y CEREC, 1987.

VARGAS, Álvaro y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coords.). *Manual de Procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Medellín: Comlibros, 4ª. Ed., 2009.

VIGO, Rodolfo. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. México, D.F.: Fontamara.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. GASCÓN, Marina [Trad.]. Madrid: Trotta, 8ª. Ed., 2008.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

2. Normatividad nacional

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Ley 1448 de 2011

Ley 1424 de 2010

Ley 1421 de 2010

Ley 1312 de 2009

Ley 1311 de 2009
Ley 1273 de 2009
Ley 1220 de 2008
Ley 1142 de 2007
Ley 1106 de 2006
Ley 1028 de 2006
Ley 1032 de 2006
Ley 975 de 2005
Ley 906 de 2004
Ley 782 de 2002
Ley 548 de 1999
Ley 418 de 1997
Ley 241 de 1995
Ley 104 de 1993
Ley 61 de 1993
Ley 77 de 1989
Ley 49 de 1985
Ley 32 de 1985
Ley 35 de 1982
Ley 37 de 1981
Ley 16 de 1972
Ley 74 de 1968
Ley 48 de 1968
Proyecto de Ley Estatutaria No. 85 de 2003 – Senado
Proyecto de Ley No. 211 de 2005 – Senado

Decreto 614 de 2009
Decreto 4719 de 2008
Decreto 1346 de 2008
Decreto 1290 de 2008
Decreto 880 de 2008
Decreto 176 de 2008
Decreto 3570 de 2007
Decreto 423 de 2007
Decreto 315 de 2007
Decreto 4436 de 2006
Decreto 4417 de 2006
Decreto 3391 de 2006
Decreto 2898 de 2006
Decreto 4760 de 2005
Decreto 2087 de 1998
Decretos 1247 de 1997
Decreto ley 356 de 1994
Decreto ley 2535 de 1993
Decreto 1943 de 1991
Decreto 213 de 1991
Decreto 1194 de 1989
Decreto 815 de 1989

Decreto 3398 de 1965

3. Jurisprudencia nacional

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-936 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas.

_____. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia C-370 de 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia T-292 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-004 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre.

_____. Sentencia C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-251 de 2002. MM.PP.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-757 de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C-646 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-554 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas.

_____. Sentencia C- 739 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia SU-747 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes.

_____. Sentencia C-572 de 1997, MM.PP.: Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-038 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 36563, agosto 3 de 2011. M.P.: José Luis Barceló.

_____, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 34547, abril 27 de 2011.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33039, diciembre 16 de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33494, abril 14 de 2010, M.P.: Javier Zapata.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33257, marzo 24 de 2010. M.P.: Javier Zapata Ortiz.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32852, marzo 11 de 2010, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32575, diciembre 14 de 2009. M.P.: María del Rosario González.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 25830, septiembre 28 de 2009. M.P.: Mauro Solarte Portilla.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

_____, Sala de Casación Penal, Rad. No. 30451, agosto 19 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, Julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31582, mayo 22 de 2009. M.P.: María del Rosario González.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31234, abril 20 de 2009, M.P.: María del Rosario González.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31115, abril 16 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31325, marzo 4 de 2009; Rad. No. 31162, marzo 11 de 2009, M.P.: Julio Enrique Socha.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999, febrero 24 de 2009. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30998, febrero 12 de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30955, febrero 9 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30360, septiembre 8 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30120, julio 23 de 2008. M.P.: Alfredo Gómez Quintero

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30022, julio 16 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 27873, agosto 27 de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, julio 11 de 2007. MM.PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

_____, Sala de Casación Penal. Auto Rad No. 27873, agosto 27 de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha;

_____, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 28040, agosto 23 de 2007. M.P.: María del Rosario González.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sentencia Rad. No. 200782790, junio 29 de 2011.

_____, Sentencia Rad. No. 200680281, diciembre 2 de 2010.

_____, Sentencia, Rad. No. 200680077, junio 29 de 2010.

_____, Sentencia Rad. No. 200680526, marzo 19 de 2009.

4. Documentos e Instrumentos internacionales

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Octavo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Febrero 14 de 2007

_____. *Séptimo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Agosto 30 de 2006.

_____. *Quinto informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Octubre 5 de 2005.

_____. *Segundo informe trimestral del secretario general sobre la Misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Septiembre 28 de 2004.

_____. *Primer informe trimestral del secretario general sobre la Misión para apoyar el proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA)*. Mayo 11 de 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

_____. A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

_____. Comisión de Derechos Humanos, 61° período de sesiones. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. Febrero 8 de 2005

_____. Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Colombia, 6 de agosto de 2010, CCPR/C/COL/CO/6.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

_____. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

_____. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

_____ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

_____. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.

_____. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el Proceso de desmovilización en Colombia*. Diciembre 13 de 2004.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDHLF)

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981 (art. 7.1)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

5. Artículos de Revista:

RODRÍGUEZ, Evaristo. "Indulto encubierto a paramilitares y capitulación de la Corte Constitucional". En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista Pensamiento Jurídico. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, No. 17, Noviembre-Diciembre de 2006.

SAFFON, María Paula. "El decreto que repara a las víctimas: más retórico que eficaz". En: *Revista Semana*, Edición Junio 04 de 2008. En línea, disponible en: <http://www.semana.com/opinion/decreto-repara-victimas-retorico-eficaz/112370-3.aspx>

URPIMNY, Rodrigo. "Las Leyes de Justicia y Paz". En: *El Espectador*. Agosto 2 de 2002. En línea, disponible en: http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=818

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia". En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Anuario No. 4, junio de 2008.