

COLOMBIA / Alejandro Aponte

Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano

1. Presentación

En el texto preparado sobre el caso colombiano, a instancia del grupo de trabajo latinoamericano y español que hace seguimiento al proceso de incorporación de crímenes internacionales en el derecho penal interno de los diferentes países, se planteó la hipótesis según la cual en Colombia el destino de esta incorporación, más allá del alcance normativo de la legislación, estaría ligado necesariamente al destino del conflicto armado interno: las relaciones entre guerra y derecho condicionarían la implementación práctica de las normas del Estatuto de Roma.¹ El curso de tal implementación no sería así dictado por la dogmática, sino por decisiones de política criminal; más aún, de mera política o de la política influida por la guerra. En el caso colombiano, la confusión tradicional entre guerra y política, entre guerra y derecho, condicionaría la normatividad.

Así ha sido, en efecto; de manera sorpresiva, en el tránsito de un gobierno a otro en el año 2002, apenas poco tiempo después de haber finalizado el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al derecho público interno, se acogió la salvedad estipulada en el artículo 124; ello, según lo advirtieron los gobiernos, en función de posibles procesos de paz.² Es decir, se pensó que el juzgamiento, a instancia de la

¹ Véase al respecto, Alejandro Aponte, “Informes nacionales. Colombia”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional - Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, p. 253.

² *Ibidem*, p. 237.

Corte Penal Internacional, de miembros de la guerrilla, por ejemplo, por crímenes de guerra, sería una especie de obstáculo frente a un posible proceso de paz. Desde un principio quedó planteada entonces la tensión entre la aplicación de la normatividad del Estatuto de Roma y los procesos de paz.

De igual forma, a finales de 2003, el gobierno colombiano firmó un tratado bilateral con los Estados Unidos, de tal manera que ha quedado comprometido en no entregar —y no solo a militares— a la Corte Penal Internacional a quienes en el país se encuentren adelantando diversas actividades de carácter militar. La mera incorporación de las normas del Estatuto de Roma al derecho interno no es entonces, en ningún caso, condición de su efectiva aplicación en la práctica.³ También el hecho jurídico, del cual se ocupará este trabajo, se sitúa en el mismo contexto de las relaciones entre guerra y derecho; más aún, se sitúa directamente en el escenario del conflicto armado interno que por más de cinco décadas soporta el país.

En Colombia ha tenido lugar en los últimos meses una gran discusión en torno de modelos de justicia penal que pueden ser ubicados de manera general en el ámbito de la denominada justicia transicional, relacionados con alternativas que el gobierno actual busca implementar en función de procesos de paz en curso y de otros posibles. Una de estas alternativas, muy discutida y criticada, pero que debe ser analizada sobriamente, constituye el tema que ocupará este texto. Se trata de lo que se ha denominado en principio como “proyecto de alternatividad penal” y que, actualmente, con base en modificaciones que se le han introducido, se viene conociendo también como “proyecto de verdad, justicia y reparación”.

Se trata de un proyecto formulado por el gobierno y que pretende desarmar y desmovilizar a actores violentos, bajo el supuesto de que esos actores se comprometen en políticas de paz serias, en procesos de reinserción social y de reparación, no solo material, sino simbólica, de las víctimas que ellos han ocasionado en lógicas y dinámicas no solamente de acciones militares ligadas al conflicto armado, sino de

³ En el primer día de la reflexión conjunta del grupo de trabajo sobre Corte Penal Internacional, llevada a cabo en San Pablo los días 19 y 20 de marzo de 2004, en el contexto del Seminario Internacional sobre la Implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno y Otras Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Internacional, se discutió acerca del verdadero significado de la masiva incorporación del Estatuto en el continente. Se cuestionó si tal hecho masivo indicaba realmente la decisión en los Estados de asumir los compromisos correspondientes. Se advirtió, en todo caso, que lo verdaderamente importante no es lo cuantitativo —ya que ello puede ser identificado como una moda—, sino lo cualitativo, es decir, la auténtica voluntad política para implementar y aplicar las normas del Estatuto. En el caso colombiano, ello es especialmente significativo, tanto más cuanto que desde el punto de vista fáctico es posible comprobar —aunque es una paradoja enorme— que la gran cantidad de normas y de instrumentos internacionales incorporados al derecho público interno, no corresponde necesariamente en la práctica a un mejoramiento respecto de la situación de impunidad o de violación permanente de derechos humanos en el país. Hay que trabajar para que las normas no tengan apenas un efecto simbólico y discursivo.

violencia masiva y degradada, de violación indiscriminada de derechos humanos. La primera versión del proyecto fue presentada al Congreso de la República en el mes de agosto de 2003, y el pliego último de modificaciones, en el mes de abril de 2004. El Congreso de la República deberá discutirlo a partir del segundo semestre de este año.

Las relaciones entre la paz —su búsqueda en escenarios de conflicto agudo, y las fórmulas ideadas para ello— y el Estatuto de Roma, son uno de los aspectos más problemáticos relacionados con la implementación práctica del Estatuto. Lo es también, el caso de la eventual compatibilidad del Estatuto con instituciones jurídicas ligadas a hechos que han ocasionado mucho impacto en la vida de las sociedades, como es el caso de amnistías o indultos otorgados a actores involucrados no solo en crímenes, sino precisamente en crímenes que hacen parte del ámbito de protección penal de los derechos humanos; en el contexto que nos ocupa, en los hoy considerados crímenes internacionales.

Cuando se trata de indultos, gracias o amnistías ofrecidas a ciertos actores, luego de procesos de paz, el problema se hace más complejo, ya que no se trata simplemente de modelos de autoindultos o de amnistías generales e indiscriminadas, sino de herramientas posteriores o concomitantes con la búsqueda de la paz. Y la búsqueda de la paz, por lo menos desde el punto de vista ético o político, es siempre un propósito loable. Pero precisamente por ello, el problema se torna más complejo: ¿a qué costo social se logra o lograría la paz?, ¿quién paga esos costos? Ello, no únicamente, desde luego, desde una perspectiva material, sino desde una perspectiva humana y en términos reales de impacto social. Además, ¿quiénes son las víctimas y cómo van a ser ellas reconocidas e incorporadas al escenario social y del derecho?, ¿cómo se compatibiliza el posible sacrificio, en términos de concesiones jurídicas a actores extremadamente violentos, con la promesa hacia el futuro de una mayor estabilización de las relaciones sociales en el ámbito del derecho? Son todas preguntas que hoy se tornan fundamentales, no solo en el caso de Colombia, sino de hecho en aquellas sociedades que de una u otra manera viven procesos de reconstrucción social o de transición hacia Estados regidos por el derecho.

En el caso concreto de Colombia, empero, las preguntas se hacen más difíciles, particularmente porque en este caso no se trata de tránsitos institucionales, o de creación de nuevos regímenes, sino de modelos de incorporación de actores violentos a la vida civil, en medio de un caos y una situación anómica muy profunda; al mismo tiempo, no obstante, en medio de escenarios en los cuales el derecho rige y actúa sobre los ciudadanos. Es por ello que el caso de este país rompe los esquemas tradicionales con los cuales se ha pensado el debate sobre modelos de justicia transicional.⁴

⁴ Dada la particularidad del caso colombiano, por no tratarse en este país, por ejemplo, del tránsito de una dictadura militar a un gobierno civil, este no ha sido estudiado en las investigaciones más completas sobre el tema de la justicia transicional. Es el caso de la amplia investigación editada por Neil J. Kritz, *Transitional Justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, prólogo de Nelson Mandela, Washington, D. C., 1995; o el trabajo todavía en curso, desarrollado a instancia

En el centro de las decisiones político-jurídicas relacionadas con propuestas de paz, un hecho se consolida hoy de una manera desconocida en el pasado: se trata del impacto del nuevo orden internacional de los derechos humanos y el impacto general de todo el circuito compuesto por los instrumentos internacionales, por la jurisprudencia que este genera y por la doctrina que se ha venido desarrollando. De hecho, en el caso que aquí se estudia, la presión internacional ligada al circuito de protección de los derechos humanos ha sido determinante en diversos cambios que el denominado proyecto de alternatividad penal ha sufrido hasta ahora.

Esta reflexión constituye, en el fondo, una reflexión acerca de los límites del derecho penal, de su incapacidad para resolver problemas tan arduos, como es el caso de la instauración de fórmulas de convivencia después de años de horrores y de violaciones masivas de los derechos humanos. La reflexión sobre los límites no implica, desde luego, que el resultado sea la impunidad; al contrario, significa que la discusión sobre impunidad debe también abrirse a espacios políticos y jurídicos no gobernados exclusivamente por el derecho penal y que los Estados deben asumir fórmulas sinceras de reparación de los daños morales y materiales causados a decenas de personas. Se deben apoyar decisiones penales con hechos concretos de buen gobierno y de armonización de búsquedas loables de la paz, con los derechos de sujetos particularmente vulnerables y ya vulnerados, y con el mensaje posible que se da a la sociedad sobre el tratamiento —el perdón, por ejemplo— de actores especialmente violentos y agresivos. De allí porqué es hoy cada vez más importante la reflexión alrededor de la tríada verdad, justicia y reparación.

2. El proyecto de ley estatutaria o proyecto de “alternatividad penal”: preocupación nacional e internacional en torno de la impunidad

En el mes de agosto de 2003 se presentó al país y al Congreso de la República, por parte del gobierno, el denominado “proyecto de alternatividad penal”. Es necesario aclarar que este proyecto fue presentado en el marco del conflicto armado y de posibles acuerdos para desmovilizar actores ligados al conflicto, ya que ha existido una tendencia a negar lo que es incuestionable desde el punto de vista fáctico: la existencia del conflicto armado interno. Particularmente, hoy se tiende a creer que solo existen trifulcas, meras acciones delictivas o simples acciones terroristas. De esta manera, el proyecto de ley, inscrito en la lógica del conflicto armado, se

del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo, y coordinado por Jörg Arnold, sobre reacciones institucionales posteriores a procesos masivos de violaciones de derechos humanos en diferentes países. Un texto que recoge los primeros resultados de esta investigación es el de Albin Eser y Jörg Arnold, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Criminal Law in Reaction to state crime*, Internationales Kolloquium, Friburgo, 1999. Jörg Arnold, a partir de una visita a Colombia en el año 2004, y en razón de las disyuntivas originales que suscita el caso colombiano, ha pensado incluir este país en el estudio mencionado.

afinca, según lo establece el propio gobierno, sobre el “propósito de reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”. Queda entonces planteada la ecuación: búsqueda de la paz y modelos de justicia penal aplicados a actores ligados a una dinámica de conflicto armado degradado y endémico.

A continuación se adelanta un análisis del proyecto en su primera versión. Se hará énfasis en aquellos aspectos más relacionados con el tema general que nos ocupa, es decir, en relación con la justicia penal internacional y con el circuito internacional de los derechos humanos. Una vez que se presenta en detalle la primera versión del proyecto, se la contrasta con las modificaciones que se le han presentado; todo ello en función de las implicaciones y obligaciones que para el Estado colombiano surgen, tanto de la incorporación del Estatuto de Roma, como de un complejo de instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.1. Estructura general del proyecto de “alternatividad penal”

El proyecto de ley estatutaria n° 85, de 2003, presentado por el gobierno al Senado de la República, ha sido denominado “proyecto de alternatividad penal”, porque se trata de un complejo de normas fundado sobre la idea de no castigar penalmente a actores involucrados en graves crímenes y violaciones de derechos humanos, siempre y cuando estos actores se comprometan en procesos de paz verdaderos, entreguen sus armas al Estado y se desmovilicen.

El proyecto tiene una estructura articulada a beneficios penales: en todos los casos, la sanción penal —como pena privativa de la libertad— se sustituye por “penas alternativas”. En eso consiste el beneficio. Por esta razón, de inmediato, en círculos nacionales e internacionales el proyecto fue identificado como un proyecto de impunidad penal.

El proyecto de ley está dividido en tres capítulos, conformados por 19 artículos, con diversos párrafos aclaratorios. El primer capítulo se refiere a las definiciones, el segundo, a mecanismos procesales, y el tercero, a penas alternativas a la prisión.

El proyecto de ley estatutaria termina con unas consideraciones en las que se mezclan confusamente varios argumentos. Se rescata uno que puede considerarse, a pesar de su redacción confusa, en el marco de la clásica tensión expuesta por Max Weber entre una “ética política de convicción” y una “ética política de responsabilidad”.⁵ De hecho, esta tensión ha estado presente en numerosos intentos de procesos de paz formulados en diversos momentos, en los cuales la situación de violencia ha sido muy aguda.⁶

⁵ Max Weber, *Politik als Beruf*, Múnich-Leipzig, 1926.

⁶ Piénsese, por ejemplo, en los fundamentos políticos del estatuto penal denominado “ley de sometimiento a la justicia”, que en la década de los años noventa fue ideado con el propósito de someter a la justicia penal, con base en un sistema de rebajas de penas, a narcotraficantes y narcoterroristas, a cambio de la desactivación de sus máquinas de guerra.

Dice el proyecto:

Mientras que por un acuerdo de paz no se ofrezca a los acusados de cometer delitos graves la posibilidad de contribuir con sus esfuerzos a la consecución de la paz nacional, quienes los cometieron no se van a entregar y persistirán en sus campañas bélicas, seguramente con nuevas y brutales violaciones al derecho internacional humanitario, quedando los colombianos atrapados en una contradicción al parecer insoluble: para que haya plena justicia tendríamos que profundizar la guerra hasta límites inconcebibles para derrotar a todos los enemigos de la democracia y llevarlos a las cárceles, o explorar fórmulas audaces que no contraopongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar el concepto estrecho de justicia que se centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstaurar plenas condiciones de convivencia.⁷

En los límites de estas tensiones se colocan las críticas y las observaciones de la comunidad jurídica nacional y, muy especialmente, de la comunidad internacional: la discusión sobre estándares mínimos en modelos de justicia transicional, en modelos de justicia pactada en función de procesos de paz, ha sido especialmente rica en el caso del proyecto que se estudia. Rica ha sido, también, la discusión alrededor de las relaciones entre el proyecto y su finalidad, y las normas —adoptadas por el Estado colombiano— del Estatuto de Roma; especialmente ardua ha sido la discusión alrededor de las relaciones entre impunidad, crímenes internacionales, Estatuto de Roma y procesos de paz.

2.2. Definiciones de víctima y reparación: blanco de la crítica internacional

El proyecto de ley estatutaria inicia con el capítulo sobre definiciones. Son tres: víctima, reparación y reparación simbólica.

Para el proyecto, víctima es “toda persona que individual o colectivamente haya sufrido algún daño, o cualquier otro perjuicio social como consecuencias de acciones u omisiones que constituyan violación de la ley penal en el conflicto armado”. La norma también considera como víctima el familiar o persona directamente vinculada con la víctima en sí del acto. Luego, la disposición establece que la “condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene el autor de la conducta”. Esto último hace parte de la discusión sobre reparación integral, más en la lógica del derecho administrativo: el Estado, sin las peripecias del derecho penal y sus dificultades para hallar responsables en escenarios de conflicto, reconoce las víctimas y pasa a repararlas.

Sobre el tema de las víctimas se volverá más adelante, en el contexto de las modificaciones introducidas al proyecto de ley. Puede, en este momento, agregarse que el proyecto considera como reparación lo siguiente:

⁷ Nótese que el gobierno se refiere a violaciones al derecho internacional humanitario y no a violaciones de derechos humanos. El esquema general del proyecto omite esta alusión. De esta forma, como se enfatizará más adelante, crímenes internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, no están considerados dentro del concepto de *delitos graves* que maneja el proyecto.

Se entiende por reparación la compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación a cargo del autor, realizada a favor de la víctima por los mecanismos establecidos en la presente ley.

Como fórmulas de reparación se consideran las siguientes:

La realización de trabajo social a favor de la recuperación de las víctimas; la colaboración activa y efectiva con instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; el aporte de bienes a instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; la entrega de bienes al Estado para la reparación de las víctimas. Para este efecto créase el Fondo de Reparación. El gobierno nacional reglamentará la organización y funciones del Fondo; la manifestación pública de arrepentimiento; la colaboración activa y efectiva en la desmovilización de organizaciones armadas al margen de la ley; la colaboración eficaz al esclarecimiento de los hechos ocurridos con ocasión del conflicto; el aporte de información que contribuya eficazmente a la desarticulación de grupos organizados al margen de la ley.

Además del concepto de reparación reseñado, el proyecto agrega el concepto de “reparación simbólica”. Este último, un poco extraño, revela características de su articulado muy criticadas: se trata de una serie de acciones libradas a la mera simbolología —en la práctica, difíciles de ser practicadas— o a la mera voluntad de los actores beneficiados. El proyecto aclara entonces:

Se entiende por reparación simbólica la compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación realizada a favor de la comunidad afectada por el conflicto armado, o de la sociedad en general, cuando la prestación a favor de la víctima no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente.

La sensación, como se verá más adelante y que tiene que ver con lo que en criminología se denomina “selectividad del sistema penal”, es que en el proyecto la autoridad estatal queda muy librada a la buena voluntad de los actores; a que estos se “porten bien”, como se diría con cierta hilaridad.

2.3. La lógica del beneficio penal: la suspensión condicional de la pena

El capítulo II del proyecto se refiere de manera general a los “mecanismos procesales” que serán aplicados a los actores destinatarios de las normas. El artículo 2, dentro de ese capítulo, se refiere a un beneficio concreto, objeto de numerosas críticas; se trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, “para miembros de grupos armados organizados al margen de la ley cuando se encuentre comprometida la paz nacional”. Así, de acuerdo con el proyecto, “cuando estén de por medio los intereses de la paz nacional, el juez deberá conceder la suspensión de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, previa solicitud exclusiva y discrecional del presidente de la República, siempre que concurren los siguientes requisitos”. Se destacan a continuación los más importantes:

1. Que la pena sea privativa de la libertad.
2. Que se trate de persona perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley que haya declarado un cese de hostilidades y participe activamente en un proceso de paz.

Esta condición ha dado pie para que en muchos sectores se diga que el proyecto está dirigido a los grupos denominados de autodefensa o paramilitares. Esto, por el hecho de que son miembros de estos grupos quienes específicamente se encuentran hoy vinculados a un proceso de paz, mientras que han sido descartados procesos con otros grupos ilegales.⁸ En cualquier caso, el proyecto se refiere de manera general a todos los grupos armados.

2.4. *Estado, sociedad y actores armados: ¿un desequilibrio estructural?*

La tercera condición establecida por la norma dice lo siguiente:

3. Que el condenado haya hecho expreso su compromiso de no cometer en adelante delito doloso.

Esta condición, que puede causar sin duda no solo extrañeza, sino hilaridad, expresa, como algunas siguientes, lo que se ha dicho previamente: parecería que la autoridad del Estado quedara librada al buen comportamiento y a la buena voluntad de los actores beneficiados y que, por lo tanto, el Estado y la sociedad que él representa, particularmente en su forma de víctimas, quedan en una posición desequilibrada; no se observan obligaciones claras para los actores. Las cuatro condiciones siguientes agudizan esta percepción:

4. Que el condenado se comprometa a ejecutar actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz, de conformidad con la presente ley.
5. Que el condenado se comprometa a no salir del país sin previa autorización judicial.
6. Que el condenado se comprometa a informar todo cambio de residencia.
7. Que el condenado se comprometa a comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.

El Estado le pide un buen comportamiento al sujeto beneficiado. La tradicional categoría con la cual ha trabajado la criminología —la noción de *selectividad* del sistema penal— podría ser aplicable a este caso. Se puede presentar la siguiente

⁸ Debe agregarse, a partir de los meses que han sucedido a la presentación inicial del proyecto, que la anterior observación, que pudo ser cierta en el mes de agosto de 2003, podría relativizarse hoy, en cuanto existen actualmente intentos de acercamiento del gobierno a otros actores armados ilegales, como es el caso del grupo guerrillero ELN. De todas maneras, el día 1° de julio de 2004, se dio inicio formal al proceso de paz con los grupos de autodefensa. En el centro de este proceso se sitúa la discusión acerca del tratamiento penal para los actores que conforman estos grupos.

hipótesis para el caso colombiano: cuanto más agresivo y más implacable sea un actor, cuanto más condenables sean sus actos y más víctimas ellos generen, menor será su expectativa real de ser castigado. Cuanto más graves sean los delitos que se cometan en la sociedad colombiana —por una especie de generalización perversa del paradigma del uso de la violencia para cualquier reivindicación— menor es la posibilidad de ser castigado.

Esta situación evidencia, a propósito, una de las falacias en relación con el discurso antiterrorista: mientras en otras naciones las legislaciones antiterroristas se aplican en principio —desde luego no sin las críticas necesarias a esas legislaciones— a los actores más violentos, en el caso colombiano, el gran terrorista se sitúa casi por fuera de toda posibilidad de acción de la norma penal. Él se encuentra, simplemente, por fuera del derecho: las normas no lo tocan.

No obstante, las normas siguen vigentes; estas se aplican. ¿A quiénes? Las normas seleccionan los pequeños delincuentes, los actores violentos situados al final de la fila, aquellos que incluso pueden ser chivos expiatorios dentro de las mismas organizaciones delictivas. En este contexto, ¿cuál es entonces el mensaje que se envía al resto de la sociedad? ¿Qué mensaje —si es que, por ejemplo, se defiende el fin de la prevención general como el fin de la pena más coherente en casos de violaciones a los derechos humanos— se le da a las víctimas y a quienes componen su entorno familiar y social? A estas consideraciones no responde, sin duda, el proyecto que se estudia. Al contrario, el mensaje parece ser el de una especie de *abolicionismo de facto* del sistema penal en función de ciertas coyunturas y de la violencia ejercida por actores específicos.

A propósito, vale la pena recordar aquí posturas arriesgadas y radicales agenciadas por autores ligados a la denominada criminología crítica. El llamado “abolicionismo del sistema penal” fue, en efecto, un postulado promovido por algunos representantes de esta postura criminológica revolucionaria en su momento. El nunca resuelto problema del dolor inútil propiciado por el derecho penal, la pregunta nunca suficientemente respondida acerca de la inutilidad de la sanción penal que representa la negación de bienes jurídicos, a partir de la afirmación de otros, se pretendían resolver a favor de una abolición del sistema penal. La creación de colonias agrícolas, en todo caso la abolición de la cárcel, eran algunas propuestas predominantes. A la selectividad inmanente del sistema penal, los autores críticos querían oponer su abolición. El punto de partida no solo era el dolor que produce el derecho penal, sino y sobre todo, los sujetos a los cuales se les aplicaba en la realidad las normas penales: los más débiles, los más desprotegidos.

En el caso que se estudia, no obstante, se podría hablar de una especie de abolicionismo del sistema penal, a partir, sobre todo, de la beligerancia de los actores. Ello vale para todos los que ejercitan violencia sobre el sistema. En una especie de movimiento de la teoría crítica sobre sí misma, en una especie de involución de las categorías que la componen —como es el caso de la *selectividad* del sistema penal— la

abolición se da, paradójicamente, por la exacerbación de la selectividad. Si los abolicionistas pensaban que la selectividad del sistema era una razón para abolirlo, ya que a él solo llegan los menos poderosos, aquí la abolición se da en función precisamente del poder que se ejercita contra la sociedad y contra el sistema penal. Por ese motivo el fenómeno de la impunidad se hace tan problemático y en muchos círculos de la sociedad civil se siente una especie de resignación y de frustración frente al sistema penal: el viejo adagio característico de Colombia, “la ley es para los de ruana”, es decir, para los más pobres e indefensos, adquiere aquí un cruel y renovado sentido. El mensaje de la impunidad se refuerza con el de la implacabilidad del sistema penal frente a los menos fuertes, y de esta manera todo el orden jurídico se degrada.

2.5. La ingerencia del Poder Ejecutivo sobre el sistema judicial: una práctica tradicional

Es necesario hacer referencia a un hecho significativo que se relaciona también con el problema de la selectividad del sistema penal y que, además, expresa un hecho claro en el caso colombiano: la tradicional injerencia del Poder Ejecutivo en las decisiones del aparato judicial. Tal como lo dice el artículo 2, ya citado, el beneficio de la suspensión condicional lo concederá el juez, “previa solicitud exclusiva del presidente de la República”. Es decir, el juez hará lo que le indique el jefe del gobierno.⁹

Ello, por inconcebible que pueda parecer, se inserta dentro de la lógica del derecho penal, instrumentalizado y politizado, en el caso colombiano: frente a normas difusas, en el caso del derecho penal sustancial, ligadas a persecuciones indiscriminadas de todo tipo de actores, el Poder Ejecutivo se guarda y conserva para sí grandes márgenes de presión sobre el sistema judicial, de tal manera que, de acuerdo con la coyuntura determinada, pueda ser perseguido un actor con más vehemencia. O, al contrario, de acuerdo también con la coyuntura, pueda ser beneficiado un actor específico.

Los tipos penales en blanco, característicos de legislaciones antiterroristas, se llenan al calor de las coyunturas políticas y del conflicto armado. Por ejemplo, si un actor de la violencia está involucrado en un proceso de paz, será castigado con mucha más tolerancia o no lo será; si en cambio conserva beligerancia o es simplemente considerado como un terrorista o un narcoterrorista, entonces las normas se dirigen contra él de una manera más contundente. Se trata de una consecuencia más de la confusión existente entre guerra y derecho; entre guerra, derecho penal y política. En el caso del proyecto que se estudia, no se trata de “mensajes” que al calor de las

⁹ Este fue un aspecto crítico que Kai Ambos, invitado a Colombia en el mes de setiembre de 2003 a diversos actos académicos, recalcó de manera más enfática. Para el observador extranjero, muy ligado a diversas reformas legislativas en el ámbito procesal en todo el continente, era inconcebible que el Poder Ejecutivo pudiese incidir de tal manera sobre el sistema judicial. Ello hace parte, empero, de la tradición histórica en el caso colombiano, tal como se verá inmediatamente.

coyunturas envía el jefe de gobierno al sistema judicial, sino de decisiones directas que aquél toma. La tradicional categoría desarrollada por la criminología, el “poder de definición”, opera aquí con toda claridad: un actor es lo que el Estado dice que es —en este caso, el gobierno— prácticamente con independencia de sus actos. La valoración de los hechos tiene un carácter en todo caso más político que jurídico.

2.6. *Duración del beneficio penal*

Una vez que el proyecto de ley ha hecho referencia a la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, agrega lo siguiente: este se concederá por un período de prueba de uno a cinco años. Habría una comisión de verificación que evaluaría el cumplimiento, por parte del actor beneficiado, de las condiciones señaladas para otorgar el beneficio. Concluye así la norma, que es el artículo 3º del proyecto: “Se considerará que el condenado ha cumplido los anteriores requisitos cuando así lo certifique la comisión de verificación, previo el informe respectivo el juez”.

Por su parte, el artículo 5º concede la “libertad definitiva” al sujeto del beneficio. Dice la norma: “Pasados cinco años de concedido el beneficio de suspensión condicional de la pena, el juez podrá otorgar la libertad definitiva al condenado que haya cumplido, de acuerdo con la Comisión de Verificación, las obligaciones a su cargo y en especial la ejecución de los actos de reparación en los términos del artículo 6 de la presente ley”. (Es importante aclarar que, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 8, “El presidente de la República quedará facultado para determinar la integración, estructura y funcionamiento de la Comisión de Verificación”).

2.7. *Alternatividad o impunidad: equilibrios políticos frente a una gran disyuntiva*

Es interesante notar que el centro de articulación de la estructura del proyecto, el capítulo que refiere a las “penas alternativas a la prisión”, se encuentra en la parte final. Primero se establecen los beneficios de carácter procesal y, luego, se definen las “penas” alternativas. Son siete. (Ellas deben entenderse, de acuerdo con una lectura sistemática del proyecto, en función de lo dicho al principio, sobre la buena voluntad y sobre el buen comportamiento que de una manera casi sumisa el Estado solicita a los actores). Se trata de las siguientes:

- a. La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. [Hasta por 10 años]
- b. La inhabilitación para el acceso a cargos de elección popular. [Hasta por 10 años].
- c. La prohibición del derecho a la tenencia y/o porte de armas. [Hasta por 10 años].¹⁰

¹⁰ A un observador extranjero puede causarle cierta extrañeza el hecho de que en Colombia, en la ciudad de Bogotá por ejemplo, se adelanten campañas —el caso de ciertos fines de semana— en las

- d. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos. [Se incluyen lugares en donde el actor haya delinquido o lugares de residencia de las víctimas. Ello se relaciona con el numeral *f*. Se trataría de una restricción hasta por 20 años].
- e. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
- f. La prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas. [Hasta por 10 años].
- g. La restricción geográfica de la libertad. [El juez la establecerá y la restricción puede ser hasta por 10 años].

Nótese que en diversas disposiciones se recalca el factor territorial. Esto es importante y se relaciona con un hecho histórico fundamental: el Estado colombiano ha sido reemplazado y sustituido en numerosas regiones por actores particulares. Se trata de un territorio feudalizado, cerrado en muchas ocasiones sobre sí mismo y articulado por verdaderos ejércitos particulares. Los señores de la guerra ejercen soberanía de facto sobre sus territorios y tienen ejércitos propios para su defensa.

El jefe máximo paramilitar, en su discurso en la instalación de la mesa de negociaciones entre el gobierno y estos grupos, el 1° de julio de 2004, en un territorio denominado “Santa Fe de Realito”, acentuó el carácter feudalizado del territorio colombiano. En la narración histórica de los hechos hizo énfasis, desde su perspectiva, en la falta de presencia del Estado allí donde ellos (los paramilitares) hacen las veces del Estado; subrayó en el discurso el hecho fáctico innegable de que el Estado colombiano es un Estado sustituido por actores particulares.¹¹

3. Proyecto de ley estatutaria y procesos de paz: el problema de las violaciones masivas de derechos humanos

Como se ha mencionado, el proyecto se presentó en un momento en el cual tuvieron lugar acercamientos muy concretos con uno de los actores del conflicto, con las autodenominadas “autodefensas unidas de Colombia” o que otros denominan “grupos paramilitares”. De hecho, al final del año 2003 se inició un proceso de desmovilización de un grupo significativo de estas fuerzas, 800 miembros, y en el mes de mayo de 2004 se formalizó un acuerdo con jefes del grupo. Este acuerdo incluye

que se solicita a los ciudadanos que se desarmen. Ello causa extrañeza, desde luego, en la medida en que lo normal es que no existan por doquier personas armadas y que el Estado controle el uso de las armas. Pero este no es el caso del país: hay una masiva distribución y circulación de armas, legales e ilegales; desde hace muchos años existe en numerosas familias una especie de culto a las armas y, en todo caso, existe la percepción de la necesidad de autodefenderse en cualquier momento. En el caso que se estudia, además de fenómenos culturales de convivencia permanente con diversas formas de violencia, esta pena alternativa hace relación al hecho de que el gobierno ha establecido claramente que su objetivo es “desmovilizar” a los actores armados y reincorporarlos a la vida civil, lo cual requiere, de suyo, el desarme de estos: la búsqueda de una monopolización del ejercicio de las armas y de la coerción.

¹¹ “Paras y gobierno exponen sus cartas”, en *El Tiempo*, Bogotá, 2 de julio de 2004, pp. 1-6.

la creación de una zona territorial que ocupan desde entonces miembros importantes de la organización, que no serán, en función del proceso de paz iniciado, perseguidos militar o judicialmente. (Tampoco serán extraditados al extranjero, problema complejo, como se verá, ya que hay diversos jefes que han sido solicitados por Estados Unidos en extradición por el delito de narcotráfico).

El proceso de paz con estos actores se ha iniciado formalmente con la instalación, el 1° de julio de 2004, de la mesa de diálogo en la denominada “zona de concentración”. La discusión en torno del proyecto de ley ha corrido paralela entonces a los acercamientos entre el gobierno y estos actores, en función de la búsqueda de la paz. Como se estudiará a continuación, la comunidad internacional ha estado muy activa en la discusión, no solo en relación con el proyecto que se reseña, sino respecto de los pormenores del proceso de paz.

En el acto de instalación de la mesa de diálogo estuvieron presentes, por ejemplo, delegados de las Naciones Unidas y de la OEA, entre otros. Además, el jefe del gobierno colombiano ha insistido en la imposibilidad material de adelantar un proceso de paz, que tiene costos económicos ingentes, sin la ayuda de la comunidad internacional. Algunos países europeos han sido especialmente activos en este sentido. La inserción en la legalidad de actores ilegales, cuando se habla de más de 15.000 hombres que se estima componen estos grupos, tiene un costo económico enorme.¹²

3.1. Acompañamiento del proceso de paz por parte de la OEA

El proceso de paz o de acercamiento del Estado con los grupos de autodefensa ha sido acompañado por la Organización de Estados Americanos. En algún momento se generó una especie de diferencia entre las Naciones Unidas y la OEA, que pudo ser saldada rápidamente. El hecho de que un ex presidente de Colombia fuese todavía, al momento de los acercamientos, secretario general de la OEA, incidió mucho en la decisión de acompañamiento.

Desde finales del año 2003, la persona encargada para la tarea por parte del sistema de la OEA es el argentino Sergio Caramagna. La experiencia en Centroamérica en procesos de acercamiento con grupos paramilitares fue decisiva para su elección en función del apoyo a los diálogos en Colombia. El señor Caramagna insistió desde un principio en la concentración de los miembros del grupo irregular en un territorio específico con el propósito de hacer más viable el trabajo con ellos, al

¹² Según las palabras del embajador holandés en Colombia, quien ha participado activamente desde hace varios años en acercamientos malogrados con las guerrillas, la Unión Europea acompañará este nuevo proceso con los grupos de autodefensas, pero fue enfático en subrayar el problema de la impunidad: “Los crímenes atroces que los paramilitares han cometido durante muchos años, tienen que tener consecuencias. Los paramilitares tienen que someterse a la justicia”. Entrevista a Teunis Kamper, en *El Tiempo*, ibídem.

mismo tiempo en que en ese territorio deberían quedar suspendidas las órdenes de captura para los jefes de la organización.

3.2. La OEA y el sistema interamericano de derechos humanos: ¿cómo saldar el problema de la impunidad?

Pero el proceso de acercamiento ha sido también discutido. Se reprochó desde el principio al secretario general de la OEA la falta de consulta con los países miembros acerca de una decisión tan importante; al final, ha existido una especie de consenso entre estos países. No obstante, es previsible una confrontación entre los órganos políticos del sistema de la OEA y los órganos judiciales, compuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana.

¿En qué sentido una confrontación? En el sentido de la jurisprudencia y de los antecedentes, que son claros dentro del sistema interamericano de derechos humanos en relación con la impunidad. Es decir, como lo han advertido, especialmente miembros de organizaciones de la sociedad civil de carácter internacional, si se hace un acompañamiento por parte de la OEA al proceso de paz en Colombia, este necesariamente debe hacerse en consonancia con el Pacto de San José y los demás instrumentos que conforman las directrices del sistema. Y, en función de esa carta de derechos, los órganos judiciales han sido enfáticos en relación con la no impunidad en casos de violaciones de derechos humanos.

A propósito, en la segunda mitad del mes de julio de 2004 ocurrió un hecho con gran repercusión sobre el tema que nos ocupa: la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado colombiano a pagar la suma de 6 millones de dólares por la omisión de sus agentes en la ocurrencia de una masacre adelantada por grupos paramilitares en 1987 contra miembros de la sociedad civil. Incluso en los medios más conservadores del país se aceptó la evidente responsabilidad del Estado y se llamó la atención sobre la ilimitada duración de este tipo de procesos y la incapacidad institucional de darles solución. El problema de la impunidad fue puesto de nuevo en escena, a raíz del fallo mencionado.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, en la constelación internacional no es previsible la búsqueda de la paz a cualquier precio, sobre todo al precio de la impunidad generalizada. Incluso el propio secretario general de la OEA, en visita a Colombia en los días de la decisión sobre el acompañamiento al proceso de paz, insistió en que no solo políticamente, sino sobre todo jurídicamente, era muy inviable un proceso de paz basado en la no penalización de las violaciones a los derechos humanos.¹³

¹³ En una entrevista, el secretario general de la OEA aún en ejercicio de su cargo, en enero de 2004, aclaró lo siguiente: “Yo creo que para personas que hoy sean paramilitares y jefes de estos grupos, y que estén involucrados en temas de narcotráfico, es muy difícil pensar que puedan salir e irse a su casa. No me imagino que eso se pueda dar y no se va a dar en Colombia”, en *El Tiempo*, Bogotá, 27 de enero de 2004. Nótese que el acento se da en el caso de delitos como el narcotráfico y

La sustitución sistemática de las penas de prisión, por toda suerte de actividades o de mecanismos alternos, ha sido objetada de manera masiva. El problema es, no obstante, que los miembros de los grupos con los cuales existe acercamiento, particularmente los jefes, han insistido en la inviabilidad de su entrega de las armas y de su desmovilización, mientras haya castigo penal para ellos. Quedó planteada así desde el principio una disputa muy compleja. Es de advertirse que el presidente de la República presentó su proyecto de alternatividad a la comunidad internacional en sede de Naciones Unidas, en Nueva York, a finales del año 2003 y él mismo, luego de múltiples objeciones, aceptó la necesidad de reformular el proyecto. En efecto, tal como se hizo público, “el proyecto presentado el año anterior generó una gran polémica en el país y en el exterior y fue criticado por la ONU, la Unión Europea y muchas organizaciones de derechos humanos”.¹⁴

3.3. *Los estándares internacionales: límites jurídicos al mero decisionismo gubernamental*

Colombia ha sido un país pionero en la incorporación de diversos instrumentos internacionales, tanto de derechos humanos, como aquellos que pueden ser considerados instrumentos de carácter penal, como es el caso, por ejemplo, de la Convención de Palermo contra el Crimen Organizado. Desde el año 1991 existe una Constitución política que ha abierto, por vía del denominado “bloque de constitucionalidad”, el marco de interpretación y de validez de los instrumentos internacionales y su importancia en el derecho público interno.

Este proceso de internacionalización genera, desde luego, responsabilidades: no se trata de instrumentos meramente simbólicos; las responsabilidades se articulan, además, a la presencia de la comunidad internacional —especialmente aquella ligada a los derechos humanos— que desde hace unos años ha intensificado su interés por el país, al mismo tiempo que ha intensificado sus exigencias respecto a los compromisos. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sido especialmente enfática en las críticas al proyecto: el motivo loable de la paz no es el que se critica, sino los medios para lograrlo. El problema de la impunidad ha estado en el centro de sus cuestionamientos.¹⁵

no en crímenes internacionales. Esta ha sido también una variante de la discusión. Como se verá, el acento en el caso de los Estados Unidos y sus reservas al proceso de paz, se da más en función del narcotráfico y de la extradición de los jefes paramilitares; mientras que el acento de la Unión Europea se ha dado más en función de las violaciones de derechos humanos.

¹⁴ *El Tiempo*, Bogotá, 31 de marzo de 2004, pp. 1-5. La necesidad de establecer penas efectivas, así estas fueran mínimas, se constituyó en la exigencia mayor para la reforma de la versión inicial del proyecto.

¹⁵ Esta Oficina ha sido especialmente activa en relación con el tema, tanto en foros académicos, a través de su representante, como en escenarios institucionales. Ha presentado documentos al Senado de la República con observaciones al proyecto de ley inicial y ha hecho públicas sus observa-

Gran parte de la crítica se ha adelantado en función de los destinatarios del proyecto de alternatividad, por lo menos de los destinatarios inmediatos: grupos asociados de manera tradicional a masivas violaciones de derechos humanos. Hay que anotar, no obstante, que hoy en día este es, desde luego, un hecho generalizado; en un escenario confuso y degradado por una guerra sin fin, la población civil es la que sufre las consecuencias de las acciones de todos los actores de la guerra.

En ese sentido, una normatividad como la del Estatuto de Roma, positivizada y no ligada a fenómenos articulados a justificaciones morales o a escenarios manipulados a partir de la noción de *justa causa*; o que no se articula a partir de consideraciones de justicia suprallegal, sino a consensos regulados normativamente, es fundamental. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, según el Estatuto, se deben castigar, vengan de donde vengan.

El contexto general, en el cual se mueve el catálogo de sus normas, es el de la lucha contra la impunidad. Este es el *leit motiv* de su articulado. Pero justamente desde esa perspectiva es que se agudizan más las tensiones entre la búsqueda de la paz a través de negociaciones con actores violentos y ligados a crímenes internacionales, y el derecho penal. Desde esta perspectiva, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para Colombia, ha considerado, de manera reiterada, que el denominado proyecto de alternatividad viola el Estatuto de Roma y los compromisos internacionales contraídos por Colombia. Señala la Oficina, al respecto: “El proyecto de ley hace caso omiso de la existencia de la Corte Penal Internacional y de las obligaciones que impone a Colombia el Estatuto de Roma, en lo que se refiere a la persecución penal de las conductas constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”.¹⁶

4. Proyecto de alternatividad penal y Estatuto de Roma: contradicciones insalvables

En relación con el desconocimiento del Estatuto de Roma por parte del proyecto de ley estatutaria, surgen diversas posiciones: unas acentúan el fenómeno de la complementariedad, otras el fenómeno de la lucha contra la impunidad como fin del

ciones al pliego de modificaciones. Sobre el fenómeno específico de la impunidad, véase Michael Frühling, “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario “La Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia”*, Bogotá, febrero de 2004, pp. 17 y ss.

¹⁶ Intervención de la Oficina del Alto Comisionado ante la Comisión Primera del Senado de la República, inmediatamente de presentado el proyecto de ley, el 23 de setiembre de 2003. A lo expuesto, agrega la Oficina: “De la posibilidad de beneficiarse con la suspensión condicional de la ejecución de la pena no excluye el proyecto a los condenados por violaciones graves de los derechos humanos ni por crímenes de guerra. Con esto se contrarían los preceptos internacionales que imponen al Estado la obligación de investigar y de sancionar adecuadamente (esto es con penas proporcionales) a los responsables de dichas violaciones e infracciones, así como de lucha contra la impunidad”.

Estatuto; otras, el problema de la cosa juzgada. Este es el caso del Alto Comisionado. La Oficina enfatiza más el preámbulo del Estatuto, el fin de lucha contra la impunidad y el artículo 20, numeral 3, letra c del Estatuto, que se refiere al problema de la cosa juzgada. La *incompatibilidad* de la decisión penal, con una verdadera “intención de someter a la persona a la acción de la justicia”, es el aspecto subrayado por el Alto Comisionado. Ello tendría que ver de alguna manera con el fenómeno de la verdadera *voluntad* política de aplicar justicia, aspecto que se estudia más adelante. Esta diversidad es muy importante, pues se trata de ir desarrollando modelos de interpretación de las normas del Estatuto, en función de problemas muy concretos y muy específicos de los diversos países que han incorporado sus normas.

En relación con la complementariedad, en un trabajo muy interesante, elaborado a partir de consideraciones de teoría jurídica, y a partir del desarrollo de fórmulas de interpretación del artículo 17 del Estatuto de Roma, se estudia de manera particular el probable significado de expresiones difíciles como el “colapso total o sustancial” de la administración nacional de justicia en un país. El punto de partida es la pregunta de si existe, en las condiciones de alternatividad planteadas por el proyecto, una posible *incapacidad* del Estado colombiano para investigar o enjuiciar un asunto de competencia de la Corte. La conclusión del autor es que el proyecto de alternatividad constituye una forma o expresión de *colapso sustancial* de la administración de justicia de Colombia, en la medida en que actores involucrados en crímenes de guerra serían formal y absolutamente perdonados por la administración de justicia. No se trataría de un colapso total, porque existe una institucionalidad, pero las normas no operan en la práctica; se vuelven puramente formales.¹⁷

Además, el trabajo enfatiza en que a pesar de que existen múltiples órdenes de captura para miembros de todos los grupos armados ilegales, estas nunca se han hecho efectivas. Para el autor ello, junto al proyecto, permite concluir que “se trataría, pues, de la configuración plena de la *incapacidad* del Estado colombiano, lo cual activaría la competencia de la Corte”.¹⁸

¹⁷ Danilo Rojas, “Impunidad y Corte Penal Internacional. La eficacia de la Corte vista desde la complementariedad. Análisis a partir del caso colombiano”, texto inédito, Bogotá, setiembre de 2003, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21. Es necesario aclarar que en el caso colombiano ocurren hechos muy particulares, especialmente relacionados con la incapacidad del Estado para hacer efectivas las órdenes de captura. De manera tradicional, los jefes guerrilleros han sido visitados por periodistas nacionales y extranjeros, se les entrevista, se hacen documentales sobre ellos, etc. y, sin embargo, los organismos estatales no los logran capturar. De igual manera está ocurriendo hoy con jefes paramilitares. ¿Es posible pensar que los periodistas lleguen a lugares donde no llega el ejército o los funcionarios que deben por principio ejecutar las órdenes de captura? ¿Puede concebirse ello, tanto más cuanto que las entrevistas a los actores se hacen públicas? El punto de partida para entender esta situación *sui generis* puede hallarse en la siguiente constatación: se trata de actores que están por fuera del alcance de la norma, por fuera del alcance del derecho.

Para otros autores, en este caso un observador desde hace tiempo de la situación colombiana, si bien el problema de la capacidad es relevante, en el fondo lo es más el fenómeno de la *voluntad* política para aplicar las normas del Estatuto. Así, “el tema más complicado que suscita el artículo 17 se refiere a la voluntad y *capacidad* del Estado. Cuando se habla de la expresión ‘capacidad’, ella se entiende de inmediato con las situaciones en las cuales se habla de un *failed state*, caso que no es el colombiano; pero también se podría entender como una falta de capacidad cuando no existe legislación interna en el Estado que permita hacer una imputación por crímenes internacionales, lo cual no es el caso colombiano”.¹⁹ El punto de atención se desplaza entonces: “Otro tema es, sin embargo, la cuestión de la *voluntad*”.

A juicio del autor, también en relación con el artículo 17 del Estatuto de Roma, “el proyecto de ley, en sí mismo considerado, pone en evidencia la falta de voluntad del gobierno encaminada a velar por el castigo de estos delitos”.²⁰ Hace alusión a la tradición de Colombia, en la cual han existido cláusulas de exclusión, en el caso de beneficios penales, para los denominados *delitos atroces*. Incluso, agrega el autor, “recientemente la ley 782, de diciembre de 2002, prevé la posibilidad de conceder el indulto salvo para ‘las conductas constitutivas de actos atroces, de ferocidad, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión’ (cf. artículo 19)”.²¹ Concluye finalmente: “es muy difícil sostener la compatibilidad del proyecto con el derecho penal internacional”.²²

¹⁹ Kai Ambos, “Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario La Corte Penal internacional. Instrumento de paz para Colombia*, o. cit. p. 223. Aquí se puede entender una de las dificultades mayores que presenta el caso colombiano: la existencia de un sistema que, desde el punto de vista político, es democrático, que tiene un aparato de justicia, que tiene una institucionalidad, al mismo tiempo que vive una situación de violencia y de anomia muy generalizada. Por esa razón es difícil referirse a él como un *failed state*, a la manera de un Estado africano, por ejemplo, totalmente colapsado; no obstante, por eso es interesante una aproximación interpretativa al concepto de *colapso sustancial* que, más allá de la existencia formal de las instituciones, se debe detener en el funcionamiento y en la operación real de estas: ¿De qué sirve una institucionalidad formal si en la práctica no se pueden aplicar las normas? A ello se refiere Danilo Rojas cuando piensa que existe un colapso sustancial en la administración de justicia en Colombia.

²⁰ Kai Ambos, *ibídem*, p. 223.

²¹ Es importante aclarar que en el caso de la norma citada de la ley 782, se recoge el texto normativo que tradicionalmente ha regido el caso colombiano, sobre exclusión de los delitos atroces del ámbito de los delitos políticos, artículo 127 del Código Penal de 1980, que se refería a la exclusión de los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo. Estas nociones tradicionales se enriquecen hoy con la constelación general de normas que se refieren a los crímenes internacionales. Desde el punto de vista del derecho comparado, es importante anotar que, tal como lo enfatiza el mismo Kai Ambos en diversas conferencias, la noción de *delitos atroces*, como marco de exclusión de indultos y amnistías, es un aporte concreto de Colombia al derecho público latinoamericano.

²² *Ibídem*, p. 25.

4.1. *El proyecto de alternatividad: ¿una especie de indulto?*

El problema de los indultos y sus relaciones con el Estatuto de Roma conduce a reseñar otra fórmula de interpretación acerca de las normas del Estatuto que serían violadas por el proyecto de ley. Es el caso de la interpretación seguida por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado. Según las observaciones presentadas por la Oficina al Senado de la República, en relación con el beneficio de suspensión condicional de la pena, “no queda clara la distinción entre el beneficio previsto y un indulto, ya que los efectos prácticos de aquél pueden ser similares a los de este último y tener serias consecuencias en materia de impunidad”.²³

Cuando se presentó en este escrito la estructura del proyecto, se hizo énfasis en el hecho curioso de que el proyecto hiciera referencia a la concesión de un beneficio y luego se refiriera a las condiciones para otorgarlo, a los requisitos de funcionamiento de la comisión de verificación y que, por último, se refiriera a las sanciones “alternativas”.

Ello ha llevado a numerosos críticos a afirmar que el beneficio es, en realidad, un indulto por delitos supremamente graves, articulado a decisiones del Poder Ejecutivo y en el contexto de una justicia penal altamente politizada. Incluso, frente a la presentación social que se hizo del proyecto de alternatividad, justificado entre otras razones a partir del antecedente del acuerdo del Viernes Santo, celebrado el 10 de abril de 1998, entre el Reino Unido e Irlanda, respecto del cual se idearon fórmulas de beneficios penales en función de la paz, se ha dicho que no es válido enfatizar ese antecedente, ya que en ese caso el beneficio fue posterior al proceso de paz y no anterior o como condición previa de él. En el caso colombiano, primero se otorga el beneficio y luego se espera los resultados de un proceso de paz. Normalmente debe ser al contrario: el beneficio llega al final del proceso.²⁴

En relación con el tema general de la impunidad, en el proyecto hay un hecho tratado sin duda con sutileza e inteligencia: se hace referencia, respecto de los sujetos del beneficio, a que se trate de personas *condenadas*. Habría así una declaración expresa de responsabilidad penal por parte del Estado y, por lo tanto, no se trataría de un acto de impunidad. De igual manera, en este contexto no podría decirse que habría *indisposición* del Estado en los términos del artículo 17 del Estatuto de Roma.²⁵

²³ A esta conclusión llega un autor citado, cuando afirma que el proyecto de ley estatutaria es, en realidad, un “indulto disfrazado”. Danilo Rojas, “Impunidad...”, o. cit., p. 22.

²⁴ El antecedente ha sido citado reiteradamente por el Ejecutivo y se hizo referencia a él en la exposición de motivos del proyecto. En cualquier caso, es conducente pensar que hay una diferencia fundamental entre el acuerdo del Viernes Santo y lo que ocurre en Colombia, y es precisamente “la existencia de la Corte Penal Internacional creada tres meses después del acuerdo británico-irlandés. Ya no es posible hacer caso omiso al Estatuto de Roma”. Danilo Rojas, o. cit., p. 27.

²⁵ En una entrevista adelantada al comisionado de paz en Colombia y gestor de los acercamientos a grupos ilegales, este aseguraba que el proyecto tenía el buen cuidado de otorgar los beneficios, siempre y cuando se tratara de sujetos condenados, de tal manera que con ello no se generaba impuni-

Estas observaciones tendrían sentido, desde luego, si se manejara una concepción absolutamente restringida del fenómeno de la impunidad, una visión estrictamente formal del derecho. Una declaración meramente formal de responsabilidad, seguida de mecanismos que hacen inviable en la práctica las consecuencias de esa declaración, no indica que actúe efectivamente la administración de justicia, no indica que se aplique la norma penal. Justo en esta dirección, tratándose de casos en los cuales se juzgan violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional colombiana, relativizando los efectos de la cosa juzgada absoluta, ha dicho que “la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir la reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente”.²⁶

4.2. Ambigüedades en el tratamiento de las víctimas

En relación con el tratamiento a las víctimas, la crítica al proyecto se ha referido particularmente a la carencia de mecanismos reales de reparación a las víctimas; a la ambigüedad, dentro del proyecto, de la posición de la víctima y de los mecanismos para resarcirla. A propósito, en el texto citado del Alto Comisionado, se establece lo siguiente en relación con la primera versión del proyecto: “la definición contenida en el proyecto de ley no recoge adecuadamente las contenidas en los instrumentos internacionales, en particular en cuanto a los hechos que producen la victimización, a la relación entre víctima directa y otras víctimas, a las conductas punibles que puedan ocasionar daño, y en cuanto al concepto mismo de daño”.²⁷

En relación con las víctimas debe entenderse con claridad que el problema de la desmovilización, de la incorporación a la civilidad de actores armados violentos, no solo se refiere a ellos; se refiere también, o debe referirse, a las víctimas. Es decir, en un país azotado por décadas de violencia y de prácticas de venganza de la misma violencia, en el cual muchos de los miembros de grupos armados se han visto involucrados —incluso por suerte del destino— en lógicas de acción violenta por la muerte de familiares o pérdida de trabajo o pertenencias, y en el cual los ciudadanos corrien-

dad. Luis Carlos Restrepo, “Conversación”, en: *Revista de El Espectador*, Bogotá, n° 167, 26 de setiembre de 2003, pp. 7-9.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia n° C-004 de 2003, fundamento jurídico n° 32.

²⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, observaciones presentadas ante la Comisión Primera del Senado de la República en relación con el proyecto de alternatividad penal, el 23 de setiembre de 2003. Esta oficina ha producido diversos documentos, en los cuales se recalcan las directrices desarrolladas en el ámbito internacional, en relación con los múltiples derechos de las víctimas. Véase, a manera de ejemplo, “Patrones internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para lograr la superación del conflicto armado interno”, intervención de Michael Frühling ante el Senado de la República el 2 de abril de 2004, en las Jornadas de Concertación Social para Superar el Fenómeno del Paramilitarismo.

tes sufren hoy el impacto de la violencia, es necesario reconstruir, en el mundo del derecho, esas conciencias perdidas o evitar que las víctimas tomen siempre la justicia por sus propias manos.

En ese sentido se habla aquí de reincorporación: no desde luego en el mismo sentido que en el caso de los actores armados; en un sentido incluso más complejo: hacer creer en el valor del derecho y en una mínima institucionalidad, a ciudadanos inermes que han sufrido violación de derechos mínimos que están reconocidos en todas las cartas de derechos. Si, como lo dice bien Girard, el derecho moderno descarga al ciudadano normal del “terrible deber de la venganza”, esta no es solamente una función del derecho penal; debe serlo de todo el ordenamiento jurídico.

La sanción penal apenas puede, en un momento determinado, interrumpir el circuito sin fin de la venganza, al constituir ella, como dice el mismo Girard, la “última palabra de la venganza”.²⁸ Pero, y más tratándose de casos que involucran graves violaciones de derechos humanos, los cuales duran años antes de que sean eventualmente decididos y de alguna manera compensadas las víctimas, el Estado y su derecho deben buscar mecanismos rápidos y certeros de reparación, de reconocimiento del dolor de las víctimas, de búsqueda de la verdad, de reconciliación de ellas con el entorno social en que viven y en el que han sufrido las pérdidas.

En esta dirección adquiere especial sentido la discusión hoy en torno de la triada verdad, justicia y reparación; en este contexto adquiere sentido la reflexión acerca de los modelos diversos de justicia transicional; además, adquiere sentido la propuesta de crear comisiones de verdad —extrañamente rechazadas de manera reiterada por parte del gobierno—; en este sentido, finalmente, adquiere valor la noción de *reconciliación* y de sus efectos terapéuticos en escenarios sociales devastados por la violencia.

5. Pliego de modificaciones: hacia un consenso sobre estándares mínimos

En razón de las múltiples críticas y de la presión internacional, el gobierno se ha visto en la necesidad de modificar el proyecto inicial. La primera vez que se anunció un nuevo “borrador de alternatividad” fue el 5 de febrero de 2004. En un diario se anunciaba que, según lo que se discutía en el Congreso de la República, se harían los siguientes cambios: “para los efectos exclusivos de la presente ley, cuando se trate de delitos de lesa humanidad, la pena de prisión que se suspende en aplicación del artículo 2, será reemplazada por la restricción geográfica de la libertad”.²⁹ Luego, el borrador establecía que esa restricción podía llevarse a cabo en el “lugar de domicilio del condenado”, o que ella podría llevarse a cabo eventualmente en el exterior, “cuando así lo determine el gobierno”.

²⁸ René Girard, *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, 1995, p. 23.

²⁹ *El Tiempo*, Bogotá, 5 de febrero de 2004, pp. 1-3.

Es interesante observar que esa era la primera vez que se hablaba, en escenarios públicos, de delitos de lesa humanidad. Al respecto hay que anotar que en relación con la comunidad internacional se han presentado dos posiciones diversas, aunque hay matices, desde luego, en ellas. De una parte, en el caso de los Estados Unidos, se ha enfatizado más en el problema de los delitos de narcotráfico cometidos por los actores que recibirían los beneficios; en el caso de algunos países europeos, se ha enfatizado más en el problema de la impunidad de los delitos de lesa humanidad.³⁰ En este último sentido se percibe el cambio en la discusión del proyecto. Pero el pliego de modificaciones, anunciado por el medio, seguiría haciendo referencia a mecanismos sustitutivos de la pena; se cambiaría la excarcelación por una suerte de detención domiciliaria, en escenarios territoriales ligados al conflicto. Con cierta hilaridad, un congresista sostenía que socialmente no había manera de justificar que, por la comisión de tan graves crímenes, se ofreciera “casa por cárcel”.³¹

De otra parte y con razón, se argumentaba que la posibilidad expuesta en el borrador, de cómo “la pena alternativa podrá cumplirse en el exterior”, cuando así lo determinara el gobierno, significaba una especie de extradición, que seguramente no iba a ser aceptada por los actores beneficiados.

En la primera semana de abril de 2004 se presentó al Senado, por parte del gobierno, el pliego de modificaciones al proyecto de ley estatutaria inicialmente concebido. Las modificaciones se refieren a puntos álgidos enfatizados por las múltiples críticas. Se trata de un documento interesante y complejo, que hace verdaderos malabares jurídicos y políticos para adecuarse, de manera particular, a ciertos mínimos sugeridos por los estándares internacionales. No obstante, quedan muchos vacíos y cuestiones fundamentales por resolver. En todo caso, el modelo inicialmente planteado se hizo insostenible: o se modificaba el proyecto o se “hundía” en el Parlamento.³²

A continuación se adelantará un análisis del pliego de modificaciones y se resaltará aquellos aspectos más relacionados con el tema general de esta reflexión.

5.1. Del perdón absoluto a rebajas sustanciales de la pena

El pliego conserva figuras y elementos centrales del proyecto inicial y modifica aspectos muy debatidos. Hay que destacar, en primer lugar, que el nuevo documento, dentro del artículo 1º sobre “definiciones”, introduce la noción de “pena alternativa”. La denomina así: “Se entiende por pena alternativa aquella porción de la condena impuesta cuyo cumplimiento consistirá en la privación efectiva de la libertad por un

³⁰ Sin embargo, tal como se verá, el pliego de modificaciones al proyecto se restringe a las infracciones al derecho internacional humanitario y deja por fuera los delitos de lesa humanidad. Este es uno de los temas que más se discutirán, sin duda, en el Congreso de la República.

³¹ *El Tiempo*, l. cit.

³² Por esa razón se hablaba en los medios de cambios que se convertirían en “salvavidas de la iniciativa gubernamental”. *El Tiempo*, Bogotá, 31 de marzo de 2004, pp. 1-5.

periodo no inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10) años. Ésta será establecida por el Tribunal para la verdad, la justicia y la reparación a favor de aquellas personas que cumplan con los requisitos para acceder a los beneficios de que trata la presente ley, en las condiciones que aquí se señalan”.

De acuerdo con esta norma, el proyecto puede seguir denominándose “de alternatividad penal” o, si se quiere, de alternatividad relativa o relativizada. Se sigue utilizando el lenguaje de la pena alternativa, pero esta consistiría entonces en una pena privativa de la libertad, disminuida sustancialmente, si se tiene en cuenta que las penas previstas para delitos tan graves son todas muy altas. Nótese que el artículo 2° del pliego, respecto de las funciones asignadas a un tribunal especial, en uno de sus apartes señala que a este le correspondería “tasar, de conformidad con los principios de proporcionalidad y necesidad, la porción de la pena cuyo cumplimiento debe hacerse efectivo”.

Tal como está redactado el pliego de modificaciones, la proporcionalidad a la cual debe someterse el juez se refiere al ámbito punitivo previamente previsto de 5 a 10 años, es decir, debe actuar dentro del marco del beneficio otorgado y no en relación con las penas, muy altas, previstas en el Código Penal. (En este caso, desde luego, el requisito de la proporcionalidad, no sale muy bien librado).

El artículo 1° comentado se encuentra situado en la lógica de modelos penales usados no solo en Colombia, sino en otros países, frente a narcotraficantes, por ejemplo. Es el caso de la denominada “ley de sometimiento a la justicia” que ya ha sido reseñada, que operó en Colombia en los años noventa y que representaba una suerte de fórmula de negociación con ciertos actores, de tal forma que ellos dejaban de delinquir, entregaban sus armas si fuera el caso y recibían penas sustancialmente menores a las previstas en las disposiciones penales violadas.³³

El cumplimiento efectivo de esta pena está sujeto a complejos mecanismos procesales que se establecen en el pliego y que hacen referencia a un conjunto de funcionarios que apoyarán estos procesos especiales; entre ellos, especialmente, los jueces que conformarían el tribunal al cual hace referencia la norma anterior, funcionarios pertenecientes a una unidad especial de la fiscalía y jueces especiales de ejecución de las penas impuesta por el tribunal.

³³ Hay que aclarar que en algunos casos, por el complejo mecanismo de rebajas de penas, el Estado prácticamente le “quedó debiendo” a algunos actores que se “sometieron” a la justicia. Todavía se viven escándalos que comprometen a jueces de la República que han tenido que aplicar normas que socialmente han sido discutidas en razón de los beneficios extremos que ellas entrañan. Se trata, desde luego, de otra forma de selectividad del sistema penal.

5.2. *El problema de la confesión:* *¿cuáles serán los hechos materia de juzgamiento?*

El pliego contiene complejos mecanismos de modificación de la competencia para la investigación y juzgamiento de los hechos. El artículo 7° dispone que una vez que se haya recibido el listado de los agentes beneficiados, tanto el tribunal especial como la unidad de la fiscalía “asumirán de forma inmediata y automática la competencia para conocer de la investigación y juzgamiento de los procesos que cursen en contra de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a que se refiere la presente ley, y sobre los que deban iniciarse en razón de los hechos confesados por estos y de los que se tenga conocimiento con posterioridad a la suscripción del acuerdo de paz”.

Desde la primera versión del proyecto de ley estatutaria, se hacía una referencia muy ambigua a los delitos “confesados”. El párrafo 2° del artículo del proyecto inicial, establecía que la suspensión de la pena procedía también respecto de personas que hicieran confesión de sus delitos, en los términos de la regulación procesal general. Con razón se hacía este interrogante, desde el punto de vista del derecho comparado: “¿Cómo establecer una o identificar una confesión sincera y completa de cuántos delitos cometió la persona que se entrega? [...] Cabría preguntar: ¿quiere ello decir que es confesión de *todos* los delitos, o solamente de uno, o de 100? ¿Cómo puede el juez o el funcionario que recibe esta confesión verificarla? Pues, la única forma es a través de una investigación”.³⁴ A continuación, acierta el autor al afirmar que, no obstante, una investigación de delitos atroces es en extremo demorada y puede ser, como de hecho ocurre, que no llegue a ningún resultado. Entonces, ¿cómo opera la confesión?³⁵

Como se ha dicho, ya han existido en Colombia modelos normativos, dictados con el propósito de someter a la justicia a ciertos delinquentes. En esos casos operó la confesión y se les castigó, sobre todo, por los delitos por ellos confesados y no necesariamente por todos los delitos cometidos. Al confeso se le otorgaron diversos privilegios, entre ellos, rebajas de penas considerables. La confesión se ha aplicado en la práctica, en estos casos, como parte de los beneficios. Ya se ha dicho aquí que, en estos contextos, las decisiones son políticas, más que de dogmática jurídica, sea sustancial o procesal.

De acuerdo con la norma reseñada, hay tres tipos de procesos sobre los cuales adquieren competencia los funcionarios especiales: aquellos que se encuentren en curso; sobre aquellos basados en la confesión de ciertos hechos; y sobre procesos que puedan tener lugar posteriormente a la firma de los acuerdos de paz. En relación con

³⁴ Kai Ambos, “Impunidad...”, o. cit., p. 219.

³⁵ Sobre la duración de este tipo de procesos penales y la innumerable cantidad de obstáculos para adelantarlos, véase Alejandro Aponte, “Informes nacionales. Colombia”, o. cit., pp. 241 y ss.

esto último, es reiterada la alusión del pliego a la celebración de acuerdos de paz. El artículo 5º, en relación con los mecanismos de alternatividad penal, se refiere al acceso directo a los beneficios por parte de aquellos actores que hayan suscrito un acuerdo de paz.

Cabría entonces el siguiente interrogante: si el centro del proyecto y sus modificaciones es la alternatividad penal, ¿es plausible pensar que una vez suscrito un acuerdo de paz, de ser en la práctica casi reincorporado a la vida civil un actor, se van a adelantar investigaciones posteriores?, ¿tanto más si, como lo hemos mencionado, los casos por violaciones de derechos humanos son interminables? (Un hecho adicional se debe tener en cuenta: miembros de grupos de autodefensas, una y otra vez, han insistido en que ellos no se desmovilizarían efectivamente si son castigados, si son llevados a la cárcel).³⁶

Pero el fenómeno de los acuerdos de paz también tiene implicaciones en la evaluación que haría el juez de la confesión. El artículo 22 del pliego mezcla exigencias técnicas, debatibles propiamente en un proceso, con evaluaciones abstractas, extraprocesales, difíciles de evaluar. Tanto más difícil será ello si se tiene en cuenta la injerencia del Ejecutivo sobre la decisión judicial. Dice la norma, en el segundo inciso: “Para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica, el grado de contribución al esclarecimiento de la verdad y la consecución de la paz nacional”. Política y derecho se mezclan aquí de una manera particular: ¿cómo hace un juez para evaluar objetivamente el grado de contribución individual efectiva a la paz? ¿Será acaso la no comisión de delitos el baremo para medir esa contribución? Tal como está configurado este modelo especial de justicia penal, podría pensarse que esa evaluación correrá más por cuenta del Poder Ejecutivo y que el juez deberá ajustarse a ella.

En relación con el aspecto de las penas alternativas y los requisitos y condiciones para acceder a ellas, el texto del pliego tiene una redacción un poco más certera y más imperativa que la redacción anterior. Se repiten, eso sí, requisitos como el expreso compromiso de “no cometer en adelante delito doloso”, pero se agregan otros más incisivos: “Que el condenado se comprometa en forma expresa a realizar en forma inmediata los actos de reparación simbólica que establezca el Tribunal para la Verdad, Justicia y Reparación”. (En todo caso, la apelación a la buena voluntad parece ser una condición esencial del proyecto y de sus modificaciones).

³⁶ Frente a los cambios que se han introducido al proyecto inicial y en relación con los pactos previos, miembros del estado mayor de las autodefensas se refieren a promesas incumplidas: “desgraciadamente nos encontramos un proceso de paz sin libreto, un gobierno que improvisa, que hoy piensa que se necesita una dosis de impunidad y que mañana cambia”. Según el periodista que adelantó la entrevista, “ellos alegan que nunca se habló de que tendrían que pagar cárcel”, en *El Tiempo*, Bogotá, 16 de mayo de 2004, pp. 1-6.

5.3. *De nuevo: la injerencia del Ejecutivo sobre el sistema judicial*

Se trata de un aspecto ampliamente reseñado. Sin embargo, en el pliego de modificaciones es aún más notoria y más decisiva la injerencia del Ejecutivo sobre el sistema judicial y, más problemático aún, sobre el tribunal que se crearía con posibilidades de indagar acerca de la verdad de ciertos hechos. El artículo 12 del pliego establece lo siguiente: “El otorgamiento de los mecanismos de alternatividad penal es una facultad discrecional del presidente de la República, pero requiere concepto previo y favorable del Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación”.

Si se produce un concepto negativo sobre la viabilidad del otorgamiento de beneficios, no habrá discusión posible y el tribunal tendrá que acatarlo: “[...] es de obligatorio cumplimiento y conlleva la remisión del proceso al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competente para que haga efectivo el cumplimiento de la condena. Igualmente, el proceso se remitirá al mencionado juez cuando, no obstante haberse rendido concepto favorable sobre su viabilidad, el presidente de la República considere que no debe otorgarse”. Huelga todo comentario al respecto. A veces da la impresión de que se trata de una justicia particular del Poder Ejecutivo, que debe llevarse a cabo, sin embargo, debido a ciertas exigencias técnicas y mandatos constitucionales puramente *formales* acerca de la separación de poderes, por la administración de justicia.

5.4. *Sobre las víctimas: ¿solo de crímenes de guerra?*

El pliego de modificaciones inicia también, al igual que el proyecto original, con definiciones. En el caso de la víctima, se mantiene una redacción en sustancia igual a la que traía el proyecto inicial. El nuevo documento dice:

Se entiende por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de conductas punibles cometidas con ocasión del conflicto armado.

Esto quiere decir que la víctima es solo víctima de aquellas conductas que dentro del título II, capítulo único del Código Penal colombiano, se refieren a los “delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”. Es decir, quedan excluidas aquellas otras conductas como genocidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, que no hacen parte del título correspondiente. Al referirse la norma a conductas punibles cometidas en el conflicto armado, quedan excluidas de plano otras conductas igualmente graves y ligadas precisamente a la protección penal de los derechos humanos.

Este hecho, criticado sobre todo por la comunidad internacional, podría explicarse, en la lógica del gobierno, por el hecho de que el proyecto de ley se dirige a personas involucradas en el conflicto armado y sus acciones, y no se dirige a todos aquellos que han estado involucrados en violaciones de derechos humanos.

Pero el hecho real es que en Colombia se trata de un escenario extremadamente confuso en el cual no es de ninguna manera fácil distinguir acciones en conflicto armado y acciones por fuera de él. Por ejemplo, si se produce el desplazamiento de un grupo de personas que habitan un territorio en el cual es lucrativa la siembra de productos ilegales, y quienes lo hacen son actores a su vez involucrados en escenarios de conflicto armado, o de disputas territoriales, en estricto sentido no se trata de una infracción al derecho humanitario; pero se trata, en todo caso, de un desplazamiento forzado, que es un crimen internacional y que hace parte de lo que se puede denominar el “núcleo duro de derechos humanos”, dentro de la protección penal de los derechos humanos por parte del nuevo Código Penal.

Entonces no se entiende por qué la víctima es concebida solo como víctima del conflicto armado y no como víctima en general, en un contexto de violaciones masivas de derechos humanos o, hablando en el lenguaje internacional, de víctimas de crímenes internacionales. Es una falencia grave del proyecto y de las modificaciones.

6. Creación de una comisión de verdad: un intento frustrado

Frente a las diversas propuestas generadas sobre todo a instancia de la sociedad civil, de creación de una comisión de la verdad, el pliego de modificaciones introduce una propuesta muy ambigua y discutible.³⁷ Se trata del ya reseñado “tribunal para la verdad, la justicia y la reparación”. Según el artículo 2° del pliego de modificaciones, este tribunal estaría “compuesto por 3 miembros que cumplan los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, número que podrá ampliarse a 5, cuando —a juicio del presidente de la República— las necesidades lo exijan”.

Lo que primero hay que aclarar es que la alusión a los requisitos exigidos a los integrantes, de entrada, hacen pensar en una especie de *supercorte*, lo que es contrario por principio a una comisión de verdad. También hay que señalar que es, de nuevo, el jefe del Ejecutivo quien toma decisiones de fondo en relación con este tribunal; en este caso, sobre su composición.

La norma hace referencia luego a una multiplicidad de funciones:

Este Tribunal tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y será competente para juzgar a los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, comprendidos en acuerdos de paz suscritos con el gobierno nacional; certificar sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios de que trata la presente ley; emitir concepto sobre la viabilidad de los beneficios de la alternatividad penal; tasar, de conformidad con los principios de proporcionalidad y necesidad, la porción de la pena cuyo cumplimiento debe hacerse efectivo; imponer las penas accesorias; determinar los actos de reparación y de superación del conflicto armado o consecución de la paz a que haya lugar; y, las demás que por su naturaleza correspondan a la autoridad judicial, dentro del trámite a que se refiere la presente ley.

³⁷ Desde el principio de la discusión generada por el proyecto de ley estatutaria, en diversos estamentos de la sociedad civil se ventiló la idea de crear una comisión de verdad. Es el caso de un

Aquí se mezclan todo tipo de funciones y, más que una comisión de verdad, el tribunal parece una especie de ampliación de la comisión de verificación a la cual se refería el proyecto en su versión original. En realidad se trata de una comisión de juzgamiento con funciones ampliadas. Esto genera mucha confusión, desnaturaliza el esfuerzo de la sociedad civil por la creación de una comisión de verdad en un sentido más amplio y comprehensivo y, lo más complejo, confunde funciones propiamente jurisdiccionales, con aquellas de búsqueda de la verdad y con funciones de activación de mecanismos de reconciliación.

Una comisión de verdad es un espacio desdramatizado o dramatizado en un sentido no jurídico-penal, en el cual se ventilan los hechos, sin pretender ser instancia sucedánea del derecho penal. Una comisión de verdad no pretende emular el derecho penal. Sobre todo, no puede pretender convertir la sanción penal en un fetiche vindicativo a sabiendas de su carácter limitado. Es, más bien, un espacio de reconstrucción de lo que es casi por principio irreconstruible: la verdad en la historia; es, en última instancia, un espacio de creación consensuada de verdades para una reconciliación posible, para una especie de catarsis colectiva en función de las víctimas y de los entornos sociales más afectados.

6.1. El juez y el historiador: construcción de dos verdades diferentes

En el pliego de modificaciones, en relación con el tribunal, se mezclan también las funciones del *juez* y del *historiador*, que son dos cosas distintas. Según el artículo 2º, le corresponde también a esta especie extraña de comisión,

[...] organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualesquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. El Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación garantizará el acceso público a los archivos de los casos ejecutoriados sometidos a su conocimiento.

Paul Ricoeur, en un trabajo dedicado a la historia y a las formas del olvido, enfrenta la diferencia entre el juez y el historiador. El primero, con su sentencia, cierra toda discusión: es el elemento decisionista inescindible de la sentencia penal, que puede ser terrible, en ocasiones, pero que es así; mientras el segundo abre la discusión: no hay verdades, ellas se recrean en espacios narrativos. No hay decisión, en el sentido de una sentencia. “El juez debe juzgar: es su función. Debe concluir. Debe decidir”, señala el autor. En contraste, “el historiador no hace todo esto, no puede ni quiere hacerlo. Si lo intenta, a riesgo de erigirse él solo en tribunal de la

grupo de ONG que alrededor de la denominada Asamblea Permanente de la Sociedad Civil por la Paz, propusieron en setiembre de 2003 la creación de la denominada Comisión de Esclarecimiento, Juzgamiento y Reparación Integral. En *El Tiempo*, Bogotá, 25 de setiembre de 2003. pp. 1-5.

historia, es a costa del reconocimiento de la precariedad de un juicio cuya parcialidad, incluso su militancia, reconoce”.³⁸

El juicio del historiador está sometido a la perpetua reescritura; el juicio del juez penal, no.

Esta apertura a la reescritura marca la diferencia entre el juicio histórico provisional y la sentencia judicial definitiva. La brecha así abierta en el frente unido de los caballeros de la imparcialidad se ensancha continuamente detrás de la fase final del juicio.³⁹

La ley penal busca —y se trata de años de lucha para ello— un responsable exclusivamente individual; el juicio en la historia, en cambio, incluso en ordenamientos más abiertos —como es el caso del derecho de los derechos humanos— puede hallar responsabilidad en actores colectivos.

En Colombia, en procesos muy complejos de violaciones de derechos humanos, en escenarios de la sociedad civil se han construido argumentos que demuestran responsabilidades colectivas, responsabilidades arraigadas en contextos históricos poblados de violencia, mientras que la ley penal, en esos mismos escenarios, en procesos llenos de dificultades, no ha podido individualizar responsables. La decepción social que ello crea es la razón por la cual se debe entender que el derecho penal es limitado y que por ello el Estado debe reconocer a las víctimas su dolor y repararlas; por esa decepción social es que el Estado debe buscar respuesta en otros ordenamientos, como el derecho administrativo; frente a esas decepciones, espacios como las comisiones de verdad pueden extraer causas estructurales, difíciles de individualizar en los procesos penales, más aún si se trata de procesos penales fallidos en razón de múltiples debilidades institucionales.

Al contrario, la confusión de escenarios crea siempre nuevas frustraciones. Ello es lo que hay que evitar. No obstante, en eso cae justamente el pliego de modificaciones. El artículo 21, que desarrolla el capítulo VI, sobre la “búsqueda de la verdad”, señala que:

Los funcionarios judiciales a que se refiere la presente ley dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación, en particular, los factores que influyeron en la violación de la ley penal y de aquellos que fueron determinantes para la conformación o el ingreso al grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate.

Hasta la investigación, la norma parece referirse a hechos puramente jurídico-penales, a la búsqueda de la verdad procesal; pero, inmediatamente, la disposición hace referencia a hechos sociológicos, como es el caso de los factores, etc. Ello puede tener alguna coherencia dogmática cuando se analizan, de acuerdo con el Código Penal, los hechos y las circunstancias en la comisión de un delito, pero no es propia-

³⁸ Paul Ricoeur, *La memoria, la historia, el olvido*, Barcelona, 2003, p. 426.

³⁹ *Ibidem*.

mente a esto que parece referirse la norma, sino a investigaciones que tienen que ver más con la posible creación de una memoria, con la constatación de circunstancias históricas ligadas a escenarios colectivos de violencia.

Luego, el segundo inciso hace más compleja todas las mezclas:

Igualmente, para que se conozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas, las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales y de policía, sus condiciones de vida, los daños que individual o colectivamente se hayan causado, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional y pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales a las víctimas de su conducta.

Al principio, la alusión a los antecedentes, a ciertas circunstancias, parece indicar fórmulas dogmáticas para deducir responsabilidad individual, pero luego se hace referencia a hechos más ligados con las víctimas, a violación de derechos, etc. Tal como está redactada la norma, no se trata —además porque ello sería contradictorio en un proyecto de sustitución de penas— de circunstancias de agravación para ser tenidas en cuenta por los jueces. Parecería que se tratara nuevamente de la necesaria consideración de circunstancias —no penales— para tenerlas en cuenta en escenarios de reparación y de reconciliación. Mezclar todo esto es hacer inoperante esta rara comisión de la “verdad” en forma de tribunal.

Cuando en un juez se mezclan elementos sociológicos, religiosos, políticos; cuando se le pide que observe contextos de actuaciones colectivas, cuando se le pide que ausculte en circunstancias estructurales o en décadas de violencia confusa y degradada; cuando se le pide que actúe en función de coordenadas morales como pueden ser el perdón, la noción de olvido, de reconciliación, el juez cae, inevitablemente, en escenarios morales y la confusión entre moral y derecho es la más perversa en estos procesos de castigo o de sanción a graves violaciones de derechos humanos. Ningún otro escenario se presta, como este, para la moralización de los hechos: ¿quién va a ser el juez penal en escenarios de confrontación degradada e inhumana en la que tantos tienen responsabilidad?

En razón de esas limitaciones existen las comisiones extrajudiciales. Tal como lo señala una agencia internacional previamente citada, y a propósito del tribunal reseñado, “este organismo no podrá ocuparse de un análisis histórico y sociológico de los hechos [...] la oficina ha observado que, para hacer efectivo el derecho de las víctimas a la verdad, es importante que los procesos de negociaciones incluyan el establecimiento de una comisión extrajudicial de esclarecimiento, independiente e imparcial, encargada de establecer los factores políticos, económicos, sociales y culturales que generaron y mantuvieron el conflicto armado interno y la vulneración de los derechos humanos”.⁴⁰

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones sobre la nueva versión del proyecto de alternativa penal*, Bogotá, 6 de mayo de 2004. De otra parte, el jefe de la oficina, citando experiencias y conceptos mínimos relacionado con las comisio-

6.2. *La decisión sobre la verdad: consensos alrededor de responsabilidades más amplias*

En el caso de las comisiones de verdad, ellas parten de lo judicial pero se apartan de ello. Su cometido puede ser más el de crear una *narración*. Por eso el acceso a las personas, a los entornos en los que se generaron los crímenes, es tan importante. Por esa razón se busca más la creación de contextos que hagan plausible una *reconstrucción* de lo sucedido, se crean tipologías de actuación, se definen, narrativamente, responsables colectivos. La búsqueda de la verdad no se hace entonces a costa de la flexibilización de categorías penales, sino que se sitúa en otros escenarios, a pesar, desde luego, de que la propia verdad histórica es tan difícil de reconstruir: en escenarios degradados, cruzados por tantos intereses particulares, de décadas de anomia estructural, no es posible reconstruir verdades absolutas, ni siquiera bien cercanas a los hechos. Por eso una “comisión de verdad no construye o reconstruye lo que *verdaderamente* pasó, sino que crea espacios abiertos en los cuales se negocia cómo se va a reconstruir dicha verdad sobre lo que ocurrió”.⁴¹

Así, lo que se crea es, luego de discusiones en escenarios dramatizados, una decisión sobre la verdad. El elemento decisionista es fundamental. De allí que, en este tipo de procesos tan complejos, la voluntad política sea tan fundamental. La comisión de verdad crea, si se quiere, una *ficción*, una especie de narración, como se ha dicho, a partir de una negociación sobre cómo se hace esa narración.

6.3. *Comisiones de verdad y reconciliación*

La decisión política sobre la verdad de los hechos, la construcción de una narración consensuada, hará suya todas las especificidades culturales; si se apuesta por escenarios de reconciliación, las raíces culturales jugarán un papel central.⁴²

nes, aclara lo siguiente: “Con el establecimiento y con la actividad de las comisiones extrajudiciales no se busca reemplazar los órganos que en el Estado tienen a su cargo la administración de justicia, ni entregar a personas particulares las competencias privativas de la fiscalía y la judicatura. Estas comisiones, por lo tanto, no asumen el deber estatal de penalizar atrocidades. [...] Sus investigaciones ‘deberán guiarse por el afán de hacer reconocer la parte de verdad que hasta entonces se negó constantemente’”. Michael Frühling, “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del Seminario: la Corte Penal internacional. Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, febrero de 2004, p. 23.

⁴¹ Esta expresión se la debo a Roberto Vidal, director del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad Javeriana en Bogotá, en el marco de una discusión acerca de los límites de la verdad histórica y sobre el escepticismo —claro en una discusión sobre filosofía de la historia— acerca de la posibilidad real de reconstruir la historia o hechos históricos.

⁴² En el marco de una discusión sobre diversos modelos de justicia transicional, un autor, que es director de un proyecto ambicioso de carácter global sobre la aplicación de estos modelos, advirtió que en el caso sudafricano, por ejemplo, en el escenario narrativo creado por la comisión de verdad

A propósito, en el caso colombiano, los elementos religiosos deben cumplir sin duda un papel esencial en procesos posibles de reconciliación: el ciudadano común, que es víctima, no puede encontrar, en las reglas frías del derecho, elementos para reconciliarse y perdonar, pero puede hallarlos en su conciencia religiosa. En todo caso, para acallar la voz de la venganza, el elemento de la trascendencia nunca ha dejado de estar presente, primero en las sociedades sacrificales y, luego, en las sociedades modernas y en su derecho.

Las decisiones del derecho, ligadas a la tarea de salvaguardar las sociedades de venganzas sin fin, conservan el *pathos* de una instancia trascendente. El juez es trascendente —en el sentido religioso— a las partes que a él se sujetan. Así, “el sistema judicial se refiere a una teología que garantiza la verdad de su justicia. Esta teología puede llegar a desaparecer, como ha desaparecido en nuestro mundo, y la trascendencia del sistema permanece intacta”.⁴³ Solo una trascendencia cualquiera, haciendo creer en una diferencia “entre el sistema judicial y la venganza, puede *engañar* duraderamente a la violencia”, es decir, aquella violencia que quiere ser ejecutada precisamente para vengar a las víctimas. Son verdades que estarán en juego en escenarios de reconciliación, de reconocimiento del carácter de víctimas, de decisiones para cerrar el círculo de la violencia, de escenarios reales de reparación —sobre todo moral— de las víctimas.

Como se ve, las relaciones entre reconciliación y responsabilidad criminal son en extremo problemáticas. Según se aclara en un estudio, en situaciones de violencia masiva de la

[...] dimensión de los casos de Ruanda, El Salvador, Sudáfrica, el término *reconciliación* se ha empleado tanto a favor como en contra de la responsabilidad criminal. [Así,] cuando el término es utilizado de manera positiva, se afirma que la responsabilidad criminal es una condición previa para la reconciliación. Cuando se usa de una manera negativa, se sostiene que la responsabilidad criminal obstruiría la reconciliación.⁴⁴

que allí operó, una madre fue confrontada directamente con el asesino de su hijo; frente a frente se le pidió el perdón, el perdón de una madre. Ella no lo dio. Luego, al ver que el asesino tenía el nombre de su hijo, cedió a los dictados de culturas ancestrales y a elementos religiosos profundos, y perdonó. En su análisis sobre la relatividad de estos elementos en las culturas, el autor destaca por ejemplo el caso de la cultura protestante, la cual tiene una tendencia menor al perdón, mientras que ha comprobado que en las culturas latinoamericanas, incluso a pesar de la ocurrencia de grandes crímenes, existe una mayor tendencia a perdonar. Jörg Arnold, director de grupos de investigación en el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo, en conferencia dictada en la Universidad Javeriana, en Bogotá, en el marco de un seminario internacional sobre Corte Penal, en el mes de abril de 2004.

⁴³ René Girard, o. cit. pp. 30-21.

⁴⁴ Jan-Michael Simon, “Responsabilidad criminal y reconciliación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario La Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia*, o. cit. p. 33.

Lo importante es, a nuestro juicio, tener conciencia de que la reconciliación se da en escenarios diversos a la discusión penal.

Reconciliación y responsabilidad penal son dos hechos ligados, en la medida que las amnistías, por ejemplo, llevan implícitos hechos previos de reconciliación, pero deben diferenciarse bien los escenarios, justamente por las razones anunciadas. En las comisiones de verdad, en las cuales se agencian mecanismos de reconciliación, se pueden hacer explícitos, incluso, los conflictos morales de los propios asesinos: la fría positividad del derecho apaga, en función de la necesaria protección del fuero interno, los asedios de la conciencia; en escenarios de reconciliación, en cambio, incluso si la culpa es del destino, el conflicto moral se hace discursivo y se fijan mínimos argumentativamente; se construyen los límites. En escenarios de reconciliación “tiene que quedar reconstruido con absoluta claridad qué es aceptable y qué no”.⁴⁵

Los desafíos no son, entonces, solamente jurídicos: el papel del derecho será, en el fondo, subsidiario; por lo menos, ello es evidentemente claro en relación con el derecho penal, lo cual no significa de ninguna manera que se trate de agenciar o propiciar impunidad. Precisamente, el punto de partida de este trabajo es que la conciencia de los límites del derecho penal no significa la resignación social e institucional ante la impunidad.

No hay, para el caso colombiano, modelos a seguir de manera rigurosa; en sus posibles procesos de superación de condiciones anormales de convivencia, de superación de condiciones de generalización de la violencia, el país debe hacer acopio de experiencias, aciertos y errores de otros países y de su propia y rica tradición de derecho público; debe hacer acopio de sus elementos culturales y buscar opciones de autoafirmación social y cultural, y generar espacios reales para la presencia del derecho en las relaciones entre las personas.

6.4. *Hacia el futuro:*

¿Son posibles hoy procesos de paz sin impunidad generalizada?

Hoy existe en la discusión política un hecho jurídico denominado en su momento proyecto de “alternatividad penal”, en otro momento proyecto de “verdad, justicia y reparación” y que ha recibido incluso, por parte de actores ligados actualmente a procesos de paz, el nombre de proyecto de “sometimiento a la justicia”.⁴⁶ Este hecho jurídico ha sido el punto de partida para el presente trabajo. El énfasis dado al estudio

⁴⁵ Entrevista a Antanas Mockus, ex alcalde de Bogotá y posible candidato presidencial, en *El Tiempo*, Lecturas dominicales, Bogotá, 27 de junio de 2004, sección cuarta.

⁴⁶ Frente al cambio inicial del proyecto de alternatividad penal, por uno que fija penas de cárcel para ciertos delitos, miembros de estado mayor de las autodefensas consideran que se trata más bien de un proyecto de sometimiento a la justicia, precisamente porque fija penas privativas de la libertad. (*El Tiempo*, Bogotá, 16 de mayo de 2004, pp. 1-6).

de este proyecto se ha debido a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano frente al caso concreto de las normas del Estatuto de Roma y, de manera general, frente a una serie de instrumentos internacionales incorporados al derecho público interno.

En medio de las obligaciones contraídas se sitúa la necesidad, sentida por sectores mayoritarios, de buscar condiciones favorables para la paz y la terminación algún día del conflicto armado interno. Las relaciones entre búsqueda de la paz y el Estatuto de Roma son en extremo complejas: así como apenas se está desarrollando una jurisprudencia y una doctrina alrededor de fenómenos determinantes como es el caso de la complementariedad, o del valor de la cosa juzgada, también es necesario desarrollar fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre la paz y el Estatuto; de igual forma se debe avanzar en la interpretación de las relaciones entre el fin de la lucha contra la impunidad, fundante de su normatividad, con modelos de justicia transicional o, en el caso colombiano, modelos de justicia penal ligados a procesos de paz.

A partir del 1° de julio de 2004 se ha iniciado un proceso de paz, por primera vez, con los grupos de autodefensas. También se ha abierto, desde el mes de mayo, la posibilidad eventual de una negociación con un grupo guerrillero. El proceso de paz iniciado tiene un acompañamiento concreto de la OEA y un monitoreo de la comunidad internacional. Uno de los temas centrales de la negociación será el de la sanción penal a graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a crímenes internacionales.

No solo en la comunidad jurídica nacional e internacional se discute el tema; también el Parlamento colombiano es escenario de fuertes disputas. Unos congresistas piensan que con castigo penal no habrá desmovilización; otros piensan que no es posible un perdón absoluto, ni fórmulas penales alternativas. Entretanto, en el mes de julio de 2004, justo en el momento en que se inicia un nuevo periodo legislativo en Colombia, el Estado ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por graves violaciones de derechos humanos. Ello tendrá implicaciones, sin duda, sobre el debate parlamentario. La discusión sobre los estándares mínimos de carácter internacional, en función de los múltiples compromisos contraídos, se hace cada día más importante y determinante: los límites jurídicos de la mera decisión política podrían relativizar el axioma con el que se inició este escrito; en todo caso, las decisiones se toman en el contexto de la política y no en el de las categorías dogmáticas.