

COLOMBIA

Alejandro Aponte Cardona

SUMARIO

El presente informe no constituye directamente un trabajo especializado, teórico sobre justicia transicional; más bien se ocupa del análisis de los mecanismos utilizados, en el caso colombiano, en el contexto de la posible desmovilización de actores armados inmersos en una situación de conflictividad extrema. Por esa razón, no se trata tanto de mecanismos ideados en función de la “superación del pasado”, sino de mecanismos que pretenden resolver hechos críticos de un presente conflictivo. Así, el estudio se detiene en el análisis de los aspectos más conflictivos de un caso heterodoxo de justicia transicional, donde las tensiones entre la búsqueda probable de la paz y el grado de justicia posible, penal y constitucional, o las tensiones entre la paz posible y los grados de verdad y reparación auténtica de las víctimas, llegan a límites extremos y complejos. El texto no se restringe a la mera reseña de dichos mecanismos ni al trabajo institucional en función de ellos, sino que ahonda en las concepciones filosóficas y sociológicas que subyacen a los esfuerzos ideados, los cuales pueden considerarse mecanismos de justicia transicional en un sentido más heterodoxo de este concepto.

Presentación

El presente informe se ha basado en una reseña de numerosos documentos y de normas que pueden ser concebidas en el horizonte de la justicia transicional. No constituye en ningún caso una reflexión teórica o un estudio académico sobre el tema de la justicia transicional, ni se ocupa con profundidad de aspectos ligados a ella, no solo de carácter jurídico, sino sociológico o filosófico, como es el caso del perdón, de la reconciliación, de la paz posible a través de los diversos mecanismos evaluados, etcétera. Estos aspectos se comentan, pero no se abordan en el marco de un estudio especializado en ellos. Más bien, y a la manera de un informe, se ha procurado hacer una presentación más o menos exhaustiva y detallada de los numerosos mecanismos de superación de un presente conflictivo, ideados hoy en una coyuntura rica y compleja, ya que los hechos para *superar*, o respecto de los cuales debería operar una *transición*, son de ocurrencia diaria y simultánea a la configuración y aplicación de dichos mecanismos. Ello le otorga especificidad al caso colombiano y en esto consisten los aportes de dicho caso a la discusión internacional.

Como en todos los informes, se respeta el índice general previsto por los coordinadores del Grupo, al mismo tiempo que se introducen las especificidades propias del país. Hay que aclarar, además, que durante la redacción final del informe, en el mes de mayo y luego de la reunión del Grupo de Estudios en la ciudad de Valparaíso, al final del mes de marzo, tuvo lugar un hecho que ha sido concebido por numerosos observadores en el país e internacionalmente como un golpe decisivo a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, central en nuestro análisis y, en todo caso, como un golpe certero a muchos mecanismos concebidos en el contexto de la justicia transicional. Se trata de la extradición por parte del gobierno de 13 jefes paramilitares y un mero narcotraficante a los Estados Unidos, en mayo del 2008. Por esa razón, en este informe se deja abierto, de manera fundamental, un interrogante muy grande en función del resultado final de dichos mecanismos. Es de esperar que, como todas las veces, el país y su comunidad jurídica y social salgan de esta coyuntura, la ley se siga aplicando y se pueda lograr de alguna manera un nivel aceptable de verdad y de reparación. Hay que dejar constancia, en todo caso, de este hecho fundamental.

1 . Introducción

Tal como se estableció en la presentación y primera parte del primer informe escrito por el autor al Grupo de Estudios, sobre persecución penal de crímenes internacionales, y tal como se ha repetido en los diversos informes posteriores, es la dinámica de la relación entre la guerra y la política, la guerra y el derecho —en últimas, la dinámica misma de la guerra—, la que les da el verdadero contenido a estatutos normativos, como es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y otras normatividades propias del derecho penal internacional en el derecho interno; también es la dinámica de la guerra la que le da contenido específico a la aplicación de la jurisprudencia sobre crímenes internacionales, y lo es, tanto más y desde luego, en el caso de los mecanismos de justicia transicional que se apliquen en el país. Precisamente ellos han sido concebidos en el horizonte de un conflicto degradado, que produce inmensos costos económicos y sociales y que, sobre todo, produce hoy toda suerte de acciones contra civiles inocentes, contra ciudadanos inermes, que produce diariamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ese es el contexto general con base en el cual se ha redactado el presente informe.

En Colombia se han utilizado numerosos mecanismos, tanto en el contexto de la denominada *superación del pasado* como en el contexto, más coherente, de posible *superación de un presente conflictivo*. Las amnistías, los indultos, el uso del derecho de gentes como mecanismo regulador de las confrontaciones armadas, los delitos de rebelión y de sedición como base del delito político —amnistiable e indultable por esencia—, han sido figuras ligadas a numerosos procesos de paz y a numerosos intentos de superación de pasados conflictivos o de presentes que continúan o se perpetúan. No corresponde en este informe hacer alusión a los numerosos procesos anteriores al actual, en los cuales, por regla general, las figuras se han utilizado como mecanismos de incorporación de actores armados —las guerrillas por tradición— a la vida nacional. Se concentrará en un hecho más actual, ligado al desarme, la desmovilización y el castigo posible a miembros de grupos denominados por tradición como *grupos armados de autodefensa* o *grupos paramilitares*.

Debe entenderse, para una ubicación histórica consistente, que las diversas guerrillas que han existido en Colombia, cuando han estado involucradas en procesos de

paz, han sido objeto de figuras como las amnistías o los indultos, con el propósito de ser incorporadas a la vida civil. También, aunque de manera excepcional, actores como el narcotráfico han sido objeto, si bien no de amnistías o indultos directamente, sí de modelos de justicia penal que, desde el punto de vista del derecho comparado, pueden ser concebidos como *derecho penal premiado*, como es el caso por ejemplo de la denominada Ley de Sometimiento a la Justicia, una ley especial que durante los años noventa pretendió conceder beneficios especiales a narcotraficantes y, con ellos, a miembros de grupos paramilitares de entonces, con el propósito de dismantelar sus máquinas de guerra.

Esta normatividad especial bajo la cual se entregaron, en su momento, capos como Pablo Escobar y otros de diversos carteles, puede ser concebida, en perspectiva, como un antecedente de la hoy denominada Ley de Justicia y Paz, alrededor de la cual girará en gran medida este informe. Por tradición, los mecanismos de superación del pasado o de incorporación de actores armados ilegales a la vida civil habían sido aplicados solo a las guerrillas; se reconocía un carácter político de su acción, sus miembros eran considerados delincuentes políticos y, en consecuencia, a diferencia de los delincuentes comunes, el Estado podía entrar en diálogo con ellas —siempre en el horizonte, digamos, de aquella figura concebida por Gustav Radbruch como el *Überzeugunstäter* o *delincuente por convicción*.

Mientras tanto, otros actores, como el narcotráfico o miembros de grupos paramilitares, no habían sido concebidos en el horizonte del delito político y, por esa razón, con ellos no se entraba en procesos de negociación, por lo menos, *por encima de la mesa* (con el delincuente político se negocia por encima de la mesa y con los delincuentes comunes, ligados al conflicto, se negocia *por debajo de la mesa*). Valga aquí introducir una diferencia que, por lo menos desde el punto de vista metodológico puede servir para observar la diferencia que históricamente ha existido entre los actores del conflicto. Esta diferenciación la hace Johan Huizinga en un libro clásico, el *Homo Ludens*, en el cual diferencia entre el *enemigo del juego* y el *falso jugador*.¹

El enemigo del juego es aquel que, por principio, está fuera del juego económico, político y jurídico; sería, digamos, el delincuente político; mientras que el falso jugador es aquel que, si bien amenaza el juego en general, no se opone a él, sino que busca una mejor posición dentro de él, usando desde luego la violencia, el crimen y toda suerte de métodos ilegales. Hoy, no obstante, tanto desde el punto de vista fáctico y del comportamiento de los actores como desde el punto de vista normativo, estas diferencias son

¹ Johan Huizinga: *Homo Ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*, Hamburgo, 1997, p. 20.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

tenues, no existen más en la realidad cotidiana. Pero la discusión sobre el carácter de los autores sigue siendo fundamental: por primera vez en la historia del país, por lo menos de una manera sistemática y masiva, miembros de grupos paramilitares, ligados además —como lo están las guerrillas— al narcotráfico, han sido considerados, por lo menos en la decisión política del Ejecutivo, como delincuentes políticos; sus acciones han sido concebidas como parte del delito de sedición, que no presupone la pretensión de sustituir un régimen, sino de interrumpir su normal funcionamiento. El artículo 71 original de la Ley de Justicia y Paz daba ese carácter a los nuevos actores ligados a la violencia crónica del país. No obstante, el sistema judicial del país —primero el juez constitucional y luego el juez penal, a través de la Sala Penal de la Corte— ha negado este carácter de manera sistemática.²

Se trata de un debate supremamente complejo, que ha creado enemistad entre las ramas del poder público y una injerencia manifiesta y dañina del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial: la clásica categoría desarrollada por la criminología, el denominado *poder de definición*, se juega todos los días en este escenario; su valor connotativo, su valor explicativo es hoy más que nunca fundamental. En el país existe una disputa entre el sistema judicial y el Poder Ejecutivo en cuanto se refiere al carácter que se debe otorgar a los diversos actores de la guerra, particularmente, en el caso que nos ocupa, a los sujetos actuales de la Ley de Justicia y Paz. Es un tema fundamental, que se liga a la tradición de Colombia. Además, es un tema fundamental relacionado con la aplicación de normas que constituyen crímenes internacionales, ya que la negación del carácter de combatiente, por ejemplo, a uno de los actores, niega el conflicto armado y niega, en consecuencia, la comisión de crímenes de guerra: todo sería cuestión de mera criminalidad o de mero terrorismo. No obstante, puede decirse que hoy existe en el país la convicción —por lo menos en el sistema judicial, que es el que aplica las normas— de que sí existe el conflicto, que en su seno se generan crímenes de guerra y que estos pueden ser, y lo son, objeto de concurso con crímenes de lesa humanidad o genocidio, cuando sea el caso.

Debe decirse que existe un avance significativo, no solo desde el punto de vista de la tradición del país, de aplicación de mecanismos para acotar o mermar los efectos de la guerra a otros actores, sino un avance significativo en relación con la aplicación y

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 11 de julio del 2007. Radicado n.º 26945, MM. PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. En esta sentencia y haciendo acopio de toda la tradición jurídica de Colombia, la Sala Penal se negó a asimilar el delito de concierto para delinquir al delito de sedición, delito político por principio.

consolidación de fórmulas propias de la actualmente denominada *justicia transicional*.³ Hoy en día, alrededor de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y como contrapeso a los beneficios que ella trae para criminales de lesa humanidad y criminales de guerra, se desarrollan numerosos mecanismos de dicha forma especial de “justicia” —que no es tan solo jurídica, desde luego—, que se ligan a la triada instalada en el discurso y en la práctica, de *verdad, justicia y reparación*.

Se trata, por supuesto, de un tema que divide a la comunidad jurídica y política. De un lado están quienes expresan su escepticismo, muy natural por lo demás, respecto del hecho de que exista hoy una auténtica justicia transicional en el país. Títulos de textos que abordan la complejidad del caso colombiano así lo denotan: “¿Justicia transicional sin transición?”, es uno de ellos.⁴ La respuesta a esta pregunta se dirige a los efectos reales que en la dinámica diaria de la democracia pueden tener figuras auténticas de justicia transicional y si estas tienen o no lugar en el país. Para otros, en cambio, hoy se vive un proceso auténtico de justicia transicional. Un hecho debe ser enfatizado en este escrito y en esta dirección: para la Corte Constitucional y para el sistema penal en conjunto, se trata, en el caso de la Ley de Justicia y Paz y de sus efectos, de una ley especial con procedimientos especiales y figuras propias de la justicia transicional. De entrada y para llenar vacíos legales, con el propósito de resolver dilemas en su aplicación, la Sala Penal, por ejemplo, en numerosas ocasiones hace referencia al hecho de que se trata de una ley en el horizonte de la justicia transicional.

La Corte Constitucional, por su parte, en la intervención masiva que tuvo en la ley, la ajustó en función de la dinámica de justicia transicional, interviniendo una y otra vez en los artículos referidos a los derechos de las víctimas.⁵ Así lo ha entendido también y desde luego la Fiscalía, actor hoy de primer orden en la aplicación práctica de la ley. Se trata de un hecho fundamental para un informe como este, ya que en el discurso y en la práctica de los operadores está presente el hecho de que la ley se inscribe en esta lógica de justicia transicional, así como también diversos mecanismos de lo que se denomina DDR (desarme, desmovilización y reintegración), diversas fórmulas de reparación y mecanismos dispuestos en la lógica de la reconciliación.

³ Es un texto muy importante sobre el tema y con referencias permanentes al caso colombiano, Kai Ambos utiliza mejor el concepto de *justicia en sociedades en transición*, para sociedades que se encuentran viviendo situaciones de conflicto o de posconflicto. Aquella expresión está incluida en el concepto más genérico de *justicia de transición*. Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, p. 2.

⁴ Rodrigo Uprimny (ed.): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006.

⁵ Se trata de la sentencia n.º C-370 del 2006, que será comentada posteriormente.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

No obstante y para matizar conclusiones radicales, se debe siempre tener en cuenta que se trata de un caso muy heterodoxo, que no se está viviendo en el país un proceso de superación del pasado concebido de una manera convencional, que no es justicia transicional concebida de una manera tradicional como tránsito efectivo hacia un régimen democrático, como superación de regímenes masivos de violación de derechos humanos; se trata, sin duda, de mecanismos complejos de desmovilización de actores, de búsqueda de incorporarlos a la vida civil, de neutralización de máquinas de guerra, con ajustes interesantes en favor de las víctimas, del conocimiento de la verdad, de la búsqueda de reparación no solo económica sino moral. Por eso, una posición intermedia podría concluir que se trata hoy, en el país, de un proceso complejo con fórmulas y mecanismos de justicia transicional, mas no en sí de un proceso de justicia transicional.⁶ En cualquier caso, todas las posiciones generan polémica y discusión. Para este informe se estudian las figuras con naturalidad y sin prejuicios, ya que en la estructura hay espacio, en el contexto de una discusión sobre justicia transicional, para el caso colombiano, heterodoxo por naturaleza; antes que fórmulas de superación del pasado, se trata de mecanismos de neutralización de dinámicas horribles de presentes conflictivos; más que tramitación del pasado, se trata de enfrentar un presente perpetuo de violencia sin límites, de degradación del conflicto armado, de comisión de toda suerte de crímenes internacionales.

2. Mecanismos de superación del pasado o de un presente conflictivo

Como se ha dicho, en el país se han aplicado, por tradición, numerosos mecanismos para superar presentes azarosos o pasados extremadamente violentos. No hay espacio en este informe para dar cuenta de ellos; por eso el texto se detendrá en el mecanismo más actual, que es la denominada Ley de Justicia y Paz, al mismo tiempo que hará las referencias necesarias a otros procesos, como es el caso de la aplicación del

⁶ Esta es, por ejemplo, una conclusión de uno de los autores que, desde el punto de vista del derecho comparado, más han trabajado el tema, y que hace parte del International Centre for Transitional Justice (ICTJ), Pablo de Greiff, director de la unidad de investigación con sede en Nueva York. Esta conclusión fue expresada en el contexto del Congreso Internacional sobre Justicia Transicional, *El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*, celebrado en Bogotá en junio del 2007, con el patrocinio del ICTJ.

derecho penal nacional, siempre y cuando —y ello ameritaría una discusión— se pueda comprobar que la aplicación del nuevo Código Penal, por ejemplo, en lo referente a los crímenes internacionales, constituye un aporte a la superación de un presente conflictivo. También se hará referencia a diversos mecanismos más allá de aquellos propios de la ley en cuestión.

En el caso del derecho penal, se trataría de una discusión sobre los fines de la pena, sobre el *leit motiv* del estatuto de Roma —la lucha contra la impunidad—, sobre si ello es un aporte a la paz, etcétera. No es un tema pacífico, pero sí se puede concluir y en gracia de discusión, que las decisiones que toma el sistema judicial relacionadas con los crímenes internacionales sí constituyen un aporte a la posible paz y un aporte a la consolidación de mecanismos de superación de conflictos ligados a prácticas sistemáticas de violación de derechos humanos o de las leyes de la guerra. Ello puede argumentarse a partir de decisiones que tuvieron ocurrencia en el año 2007, posteriores al informe presentado por el autor sobre el impacto de la jurisprudencia nacional, por ejemplo; es el caso de diversas decisiones que ha tomado la justicia penal respecto de homicidios en persona protegida. En el informe se citan los avances en esta dirección.⁷ Pero debe hacerse relación al hecho de que, especialmente desde el año 2007, se ha incrementado en las instituciones la conciencia de proteger cada vez más al ciudadano inerme contra los efectos del conflicto armado interno.⁸ Es el caso también, por ejemplo, del propio Ministerio de Justicia. Como un hecho absolutamente novedoso en el país, este Ministerio, a través de la directiva n.º 10, del 6 de junio del 2007, relacionada con la “reiteración de obligaciones para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y

⁷ “Colombia”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, pp. 159 ss.

⁸ Un caso fallado en el mes de abril del 2004, puede ilustrar lo dicho. En un pequeño municipio del departamento de Antioquia, un civil desarmado, mientras iba camino a su casa, fue interceptado por varios soldados, quienes lo condujeron a un puente denominado La Hondita, donde lo asesinaron. Luego, le pusieron una escopeta “hechiza” y una granada de fragmentación, con el fin de hacer parecer el hecho como un “positivo”, con el cual pretendían obtener un permiso que se otorga por acciones en combate (5 días de licencia). La Fiscalía 35 delegada ante la Unidad Segunda de Derechos Humanos, en resolución de acusación del 20 de febrero del 2007, imputó a los procesados el cargo de homicidio en persona protegida (artículo 135, Código Penal). En audiencia preparatoria, los sindicados aceptaron el delito. El fallo resaltó la tipicidad de la conducta prevista en el artículo 135 del CP, ya que, según el acervo probatorio, la víctima era un campesino con problemas de adicción a la marihuana y alguna deficiencia mental, pero se comprobó que no pertenecía a ningún grupo armado. Además, se comprobó la modificación improvisada de la escena del crimen, puesto que le pusieron al occiso unas botas de talla 42, cuando no calzaba ese número, entre otras pruebas. El juzgado, en el mes de septiembre del 2007, condenó a los dos soldados a 16 años y 8 meses de prisión y al superior jerárquico a 20 años. Se cita el caso porque es un avance de la justicia penal ordinaria en casos que normalmente llegarían a la justicia penal militar, y es un avance en el sentido de evitar consecuencias de la modificación de la escena del crimen y de imputar, correctamente, un tipo penal tan importante. El castigar hechos como estos puede contribuir, si bien no a una pacificación, por lo menos a evitar una mayor degradación de la guerra.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

evitar homicidios en persona protegida”, enfatiza de manera general y clara las directrices que deben seguir las fuerzas armadas para evitar la comisión de estos homicidios. De la misma forma y ahondando en los alcances de la directiva reseñada, el Ministerio ha emitido la directiva n.º 19, del 2 de noviembre del 2007, con el objetivo de “impartir instrucciones adicionales para garantizar el efectivo cumplimiento de la directiva n.º 10 del 2007 y prevenir homicidios en persona protegida”.

Ello, desde luego, no es suficiente ni mucho menos; expresa empero políticas inéditas en las fuerzas armadas y tiene el efecto interesante de reconocer la existencia del conflicto armado y de evitar que en su contexto se generen consecuencias contra la ley y el derecho. Al mismo tiempo, supone la exigencia de que la directriz se acompañe de la voluntad férrea de no modificar, por ejemplo, la escena del crimen: este es uno de los aspectos más problemáticos para la aplicación de las normas que nos competen; los civiles muertos se hacen pasar por guerrilleros o combatientes y el caso pasa a la justicia penal militar como hecho ocurrido en combate. Hoy en día las instituciones, en desarrollo de estas directrices del ejército y las fuerzas armadas, trabajan en la elaboración de mecanismos y de protocolos de acción, consensuados, en los que no se tolere la desinstitucionalización de la función penal, es decir, en evitar que la guerra se lleve a los estrados judiciales, para evitar que lo que se logra contra el enemigo en la guerra se traslade a la justicia penal como continuación de la guerra por medios civiles. Lo expuesto indica, además, que la Ley de Justicia y Paz —pese a la importancia que tiene para este informe en concreto— es apenas uno de los mecanismos en funcionamiento referentes a la persecución penal posible de crímenes internacionales. Pero su persecución efectiva involucra a todo el sistema penal judicial en conjunto.

2.1. El denominado *derecho penal diferencial*

Es en el llamado *derecho penal diferencial* por los codirectores del Grupo de Estudios donde podría hoy concentrarse más la reacción penal en el contexto de fórmulas de justicia transicional. Y de ello se ocupará este informe. Es en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, en el trabajo de los denominados *jueces especializados* —a quienes corresponde en general el juzgamiento de crímenes internacionales— y en la Sala Penal de la Corte Suprema donde se han dado los grandes debates y donde se ha avanzado al respecto; la Ley de Justicia y Paz apenas se encuentra en la etapa extremadamente difícil y dispendiosa de las denominadas *versiones libres*;

todavía no hay sentencias en firme y apenas unas pocas imputaciones hechas por los fiscales. Además, y como se aclaró, el destino de la ley, luego de la extradición de los más importantes jefes paramilitares, está en entredicho, por lo menos en su versión o alcances iniciales. Por este hecho, debe tenerse en cuenta el informe presentado por el autor en el año 2007. No obstante, y como desarrollo de ese derecho penal diferencial, es menester ocuparse de la Ley de Justicia y Paz y de aquellos hechos relevantes que se suscitan alrededor de ella. Los orígenes de la ley están documentados por el autor en textos anteriores elaborados para el Grupo de Estudios, a los que remite.⁹

Más adelante, y en desarrollo del índice previsto, se hará una exposición de aquellos aspectos más importantes de la Ley de Justicia y Paz y se continuará con el desarrollo de dicho índice. Debe anotarse que, si bien en el proyecto se solicita adelantar en esta primera parte una mera reseña informativa, es necesario desde el principio ahondar en aspectos de la ley, ya que se trata de información que se requiere para el desarrollo de todo el informe. Se adelanta entonces una narración, sin subtítulos, tal como se pide en el proyecto elaborado por los codirectores del Grupo. Se aclara, además, que para evitar repeticiones innecesarias y en razón de que existe una profusa información que es posible ubicar en la red y en material impreso, se citarán aquellos documentos más importantes para los efectos del informe.

En esta sección y respeto de la denominada *reacción cuasipenal*, debe decirse que no ha existido en el país un ejercicio como los *juicios de verdad* en la Argentina.

2.2. Los hechos del Palacio de Justicia de 1985

En relación con la denominada *reacción no penal*, no ha habido en el país una comisión de verdad a la manera como ha existido, por ejemplo, en el Perú, pero sí ha tenido lugar una experiencia ligada a un hecho especialmente grave y vergonzoso: el incendio del Palacio de Justicia en 1985 y la muerte de magistrados de la Sala Penal de la Corte, de personas inocentes y de desaparecidos que hoy son objeto de investigación por la Fiscalía General de la Nación, luego de dos décadas de absoluta impunidad. Se trata de la pequeña comisión de verdad instituida para ilustrar o investigar, con las limitaciones

⁹ Véase, al respecto, Alejandro Aponte: "Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del 'proyecto de alternatividad penal' en el caso colombiano", en Kai Ambos et al.: *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 117-150, y "El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 197-226.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

correspondientes, los hechos de Palacio. Fue conformada en el año 2005 por tres ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, cuyo informe se reseñará en el apartado 3.

También, respecto de este ítem, existen procesos en curso de reparación; el informe se detendrá en el mandato y la acción de la denominada Comisión de Reconciliación. Hay también experiencias de *depuración*, no tanto de *purgas*, que serán reseñadas —y muy ligadas a políticas de violación masiva de derechos humanos—, así como procesos especialmente complejos e interesantes de desarme, desmovilización y reintegración (DDR).

3. Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Reacciones penales diferenciales: la Ley de Justicia y Paz

La Ley de Justicia y Paz fue expedida en junio del 2005, luego de intensos debates en el Congreso de la República, de intentos previos del Ejecutivo —como el conocido *proyecto de alternatividad penal* del 2003, con base en el cual la rebaja de penas y la sustitución de estas por penas alternativas era total, como en los posteriores proyectos, todos modificados sobre todo a partir de la presión internacional—. Puede decirse, de manera general, que la Ley de Justicia y Paz fue producto de una gran presión de la comunidad internacional para que esta se ajustara a estándares internacionales mínimos y a presupuestos mínimos de verdad, justicia y reparación. Este componente no estaba explícito y era muy débil en los proyectos anteriores a la ley; esta se fue modificando a partir de intensos debates y sufrió una modificación —*modulación*—, en términos del nuevo constitucionalismo, por la Corte Constitucional, que intervino radicalmente en ella. Se dice entonces y de manera sintética que la Ley de Justicia y Paz, “se encuentra dirigida fundamentalmente a establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos, siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.¹⁰

¹⁰ Hernando Barreto Ardila: “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* (“Memorias. XXVIII Jornadas

Más tarde se han expedido numerosos decretos, algunos de ellos muy criticados por contrariar los presupuestos de la sentencia de la Corte, y se encuentra, hasta el mes de mayo del 2008 (fecha de redacción del presente informe), en una fase clave, que son las *versiones libres*, audiencias orales en las cuales los denominados *versionados* —paramilitares que se han sometido a la ley— confiesan o narran lo sucedido. Se trata de jornadas, muchas de ellas extenuantes, en las cuales se le ha relatado al país lo más oscuro de una etapa horrenda de comisión sistemática de toda suerte de crímenes, de atentados contra los mínimos de dignidad de personas inocentes, de oscuras complicidades entre actores ilegales y toda clase de funcionarios, de colaboraciones con multinacionales o empresas extranjeras que estuvieron involucradas en los crímenes; en fin, en las versiones se ha constatado que se trató, por años, de una verdadera privatización del Estado en amplias regiones del país y de una sustitución de este por agentes privados y criminales.

Como se anotó al comienzo, la ley se aplica hoy a estas versiones; apenas están comenzando a producirse las primeras imputaciones y se espera que en el transcurso del año se pase a la etapa de juzgamiento o de actuación de los jueces. A partir del mes de enero del 2008 se ha comenzado a fortalecer más a la Fiscalía que, con cerca de 25 fiscales que laboran en tres sedes principales, ha tenido que enfrentar un número descomunal de hechos narrados, con jornadas de trabajo agotadoras y con presencia de las víctimas —en salas dispuestas aparte de la sala de audiencia— y situaciones humanamente terribles de las víctimas frente los victimarios. Un solo versionado ha confesado más de cien delitos, uno solo ha confesado decenas de muertos, torturados, desaparecidos; se trata de un ejercicio inédito en la historia del país. El número de fiscales se va a aumentar considerablemente. Más adelante se ampliará lo relacionado con aspectos centrales de la ley.

Debe anotarse que, como antecedente de esta ley y con efectos sobre la catalogación del carácter de los actores incurso en un proceso de paz, se expidió la Ley de Indulto (ley 782 del 2002), con base en la cual se permite la amnistía o el indulto a particulares pertenecientes a grupos armados, pero únicamente respecto de delitos políticos y conexos (concierto para delinquir simple, porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir). Se entenderá por qué, en este sentido, es tan importante la discusión en el país sobre el delito político: si su alcance llega hasta los grupos paramilitares, por vía directa, un número enorme de estos artículos —entiéndase en principio los soldados rasos o llamados *patrulleros*— serían indultados. A ello se ha

Internacionales de Derecho Penal: Derecho penal supranacional"): Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. XXVII, n.º 81, mayo-agosto 2006, p. 55.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

opuesto la Sala Penal de la Corte, en decisiones que han generado enfrentamientos agrios con el Poder Ejecutivo.

Con la promulgación de las dos normatividades reseñadas se ha buscado, en principio y sobre todo en los capítulos sobre verdad, justicia y reparación, dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de justicia transicional. En este sentido se intenta, por ejemplo, adelantar tipos de reparación que van más allá de la simple reparación indemnizatoria y buscan incluir reparaciones de orden simbólico, restaurativo, de rehabilitación, de satisfacción y el establecimiento de garantías de no repetición. El área de reparación está a cargo en primera medida de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), presidida por el vicepresidente de la República, y cuenta además con la participación y colaboración los diferentes estamentos del Estado, tales como la Procuraduría de la Nación, la Defensoría del Pueblo, además de miembros reconocidos de la sociedad civil. A su vez, la Comisión cuenta con la cooperación de diferentes organizaciones de víctimas y ONG que buscan respaldar la misión de reparación de la Ley de Justicia y Paz.

Debido a la gravedad de los delitos cobijados por la ley, es claro que el Estado, en cumplimiento de los estándares propios en materia de verdad, justicia y reparación, está en la obligación y con el derecho de investigar los hechos y crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley, a la vez que sancionar a aquellos culpables y buscar la eficaz reparación de las víctimas. Es por ello que, como justificación, se ha dicho:

Los beneficios otorgados a los miembros de las Autodefensas son razonables, mínimos en relación al beneficio logrado por la institucionalidad democrática con el desmonte de estas maquinarias de muerte, y plenamente justificables en el marco del proceso de paz.¹¹

3.1.1. Esquema procesal de la Ley de Justicia y Paz

Es importante, desde el punto de vista del derecho comparado, indicar las etapas básicas del proceso concebido por la ley. Antes se adelantarán algunas consideraciones generales, una vez que se ha hecho referencia previa a textos elaborados por el autor del informe en los cuales se consigan los orígenes de la ley.

La pena alternativa, que presupone la aplicación y el acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, oscila entre un mínimo de cinco años y un máximo de ocho. De esta

¹¹ Alto comisionado para la Paz: "Balance de un proceso", en *Simposio de evaluación y balance: Dos años Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, 25 de julio del 2007.

manera, para poder ser beneficiario existen varias posibilidades de ingreso que buscan a su vez cumplir con diferentes estándares internacionales en materia de delitos no indultables. Como primera medida, existe la posibilidad de acceder por medio de la desmovilización colectiva de un bloque o grupo armado al margen de la ley. Para ello se requiere el desmantelamiento del grupo, la entrega de armas y secuestrados, y la ubicación de las fosas comunes en las cuales yacen personas desaparecidas. Se debe entregar, además, a los menores que trabajaban en las filas de combate o hacían parte del grupo. (El delito de reclutamiento forzoso, regulado en la legislación penal interna como delito contra el DIH, es un hecho especialmente sensible que viene siendo seguido de manera especial por los fiscales de justicia y paz.)

En segunda medida, se permite acceder a los beneficios de la normatividad mencionada en caso de una desmovilización individual. Tal presupuesto trae como condición la divulgación específica de información conducente al eficaz desmantelamiento del grupo o bloque al cual pertenecía la persona que voluntariamente colabora con la paz y busca desmovilizarse.

Por último, la tercera posibilidad de acceso a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz implica la existencia de acuerdos humanitarios con grupos armados al margen de la ley, en cuyo caso el presidente de la república indicará las condiciones de sometimiento a un procedimiento especial tal como la Ley de Justicia y Paz.

Es importante establecer que en ningún caso la ley cubre delitos cometidos por aquellas personas pertenecientes a los grupos armados al margen de la ley anteriores a su pertenencia a estos o posteriores al proceso de desmovilización. Igualmente, al otorgar tales beneficios suspende o condiciona los procesos de extradición respecto de aquellas personas pedidas en extradición o sometidas a la jurisdicción de tribunales internacionales. (Este ha sido un punto crítico y se trata de una diferencia sustancial entre Europa y Estados Unidos, por sintetizarlo gráficamente: mientras para los Estados Unidos el problema central es el del delito de narcotráfico cometido por desmovilizados y, por ello, la presión al Estado colombiano por extraditar a dichos actores, para Europa el énfasis está más en función de los crímenes internacionales. Para el informe es una distinción relevante, tal como se verá más adelante.)

Adicionalmente, en ningún caso, bajo las condiciones de elegibilidad, ya sea por medio de la desmovilización colectiva o individual, puede existir la intención o el propósito del tráfico de drogas o la búsqueda del enriquecimiento ilícito.

En desarrollo del proceso de la Ley de Justicia y Paz, los desmovilizados postulados deberán rendir una versión libre, tal como se dijo, y en esta diligencia deberán entregar

ALEJANDRO APONTE CARDONA

información respecto de su pertenecía al grupo y las actividades desarrolladas dentro de él. Incluso, deberán confesar todos los delitos cometidos por ellos o que estén en su conocimiento. Si de alguna forma omiten un delito, o no aceptan los cargos imputados por la Fiscalía, se procederá a un proceso ordinario respecto de tal situación, dando lugar a una ruptura de la unidad procesal. (Ello siempre y cuando la Fiscalía misma halle la comisión del delito.) Si se llegaran a confesar delitos indultables bajo la ley 782 del 2002, tales delitos podrán acceder a los beneficios de la ley, sin perjuicio de los beneficios otorgados por los demás delitos confesados y que están cobijados bajo la Ley de Justicia y Paz.¹²

3.1.2. *Etapas procesales de la Ley de Justicia y Paz*

La Ley de Justicia y Paz basó su esquema procesal en el sistema penal acusatorio, que rige en Colombia a partir del 31 de agosto del 2004, por medio de la ley 906. De esta ley toma especialmente los principios de celeridad y oralidad en las actuaciones, con el fin de que no se convierta en un proceso dilatado, sino que se garantice la protección de las víctimas y la reparación de sus derechos. Además, de hecho la ley fue concebida en principio ajustada a un proceso más abreviado que el ordinario. Lo que ha sucedido es que, por diferentes razones, las versiones libres han durado un tiempo que no estaba calculado. Hay versiones que se han prolongado más de un año, es decir, se inicia una de ellas y continúa en diferentes eventos, durante varios meses. Ello ha llevado hoy a pensar en la necesidad de adelantar imputaciones parciales cuando haya certeza de delitos y que estos hayan sido claramente confesados. Es un tema de gran discusión y seguramente será la única salida posible para producir resultados efectivos.

El marco de Justicia y Paz está compuesto por una ruta jurídica que comprende, desde un punto de vista general, dos etapas: 1) una etapa en la que participa como autoridad pública competente el Gobierno nacional y como sujeto particular el desmovilizado, ya sea en el marco de una desmovilización colectiva o individual, y 2) una etapa judicial en la que participan como autoridades públicas competentes la Fiscalía General de la Nación (Unidad de Justicia y Paz), los magistrados de control de garantías y los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial asignados para conocer de

¹² Uno de los fines más importantes del proceso de la Ley de Justicia y Paz es la reconstrucción de la verdad, que en colaboración y cooperación de los beneficiados por la ley deberán rendir en sus versiones libres. Así, si en dado caso se omitieran de manera intencional ciertas conductas y delitos cometidos durante la pertenencia al grupo del beneficiado por la ley, los beneficios podrán ser removidos o, dependiendo del caso, el juez de ejecución y penas podrá aumentar en un 20% la pena impuesta.

los procesos de Justicia y Paz, y como sujetos particulares el postulado y las víctimas de delitos cometidos por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

En lo atinente a la segunda etapa que se menciona (etapa judicial), ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que dicha fase se divide a su vez en dos etapas.¹³

- a. Preprocesal: Fiscalía General de la Nación.
 - Ciclo preliminar: desde el arribo a la lista de postulados a la Fiscalía hasta la recepción de la versión libre, pasando por la formulación de la imputación, hasta la formulación de cargos.
 - Ciclo de investigación: desde la versión libre, pasando por la imputación y hasta la formulación de cargos ante el magistrado de control de garantías.
- b. Procesal: Salas de Justicia y Paz, Tribunales de Distrito Judicial
 - Juzgamiento: a partir del momento en que queda en firme el control de legalidad de la formulación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz, hasta el fallo.

3.1.3. *Sentencia de la Corte Constitucional n.º C-370 del 2006*

Mediante la sentencia n.º C-370 del 2006, la Corte Constitucional adelantó un proceso de adecuación exhaustiva de la Ley de Justicia y Paz a los estándares internacionales en materia de justicia transicional, principalmente respecto de temas como verdad, justicia y reparación. El análisis de la Corte consistió en el estudio de pronunciamientos de diferentes instrumentos internacionales respecto de los estándares internacionales, tales como los informes y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Colombia, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, provisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios Joinet para la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, entre otros. De manera sintética en consideración a los límites del informe, se reseñarán los siguientes aspectos centrales de la providencia. El principio fundante es el siguiente:

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 27 de agosto del 2007 radicado n.º 27873, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

El hecho de que un Estado atraviese por difíciles circunstancias que dificulten la consecución de la paz, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es el caso de Colombia, no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición, que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁴

Al analizar los acercamientos internacionales en materia de justicia transicional, para la Corte fue importante tener en cuenta que:

[...] dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del estado de derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.¹⁵

En desarrollo del análisis del cargo anterior, la Corte resolvió:

[...] debe sostenerse que según la Constitución, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a quienes se aplique la ley 975 de 2005, responden con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados.¹⁶

Adicionalmente, aclaró la Corte:

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, párrafo 4.5.8.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 4.2.2.

¹⁶ *Ibidem*, párrafos 6.2.4.1.13, 6.2.4.1.16.

[...] si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas. Por estas razones, la Corte procederá a declarar inexecutable las expresiones “de procedencia ilícita” del numeral 4 del artículo 13 y “de procedencia ilícita que hayan sido entregados” del inciso segundo del artículo 18 de la Ley demandada.¹⁷

Aparte de aspectos fundamentales desarrollados por la sentencia, como el hecho de que el desmovilizado debe responder también con sus propios bienes y no solo con bienes ilícitos, y de aspectos fundamentales relacionados con los derechos de las víctimas, la Corte Suprema de Justicia, en consonancia con la decisión reseñada, ha establecido que “los procesos de paz, sea de diálogo o de desmovilización, incluyen formas de reincorporación a la vida civil”, para lo cual las leyes 782 del 2002 y/o 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz) prevén instrumentos judiciales específicos tendientes a reconocer beneficios jurídicos relacionados con esas situaciones. Se trata de mecanismos excepcionales, propios de modelos de justicia de transición que reconocen “una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”.¹⁸

Ahora bien, es importante establecer que esta no implica de ninguna manera una amnistía o indulto, pues las consecuencias de su aplicación no son las propias de los procesos mencionados. Adicionalmente, los delitos sobre los cuales recae la competencia de la ley son aquellos referidos a crímenes de guerra, de lesa humanidad, el narcotráfico y el terrorismo, lo cual indica, de antemano, que se trata de delitos no amnistiables ni indultables por su misma naturaleza, trascendencia e importancia en el marco internacional. Es una conclusión compartida por estudiosos del caso colombiano como Kai Ambos, que no concibe la ley en cuestión como una amnistía. No obstante, aprovecha este hecho para proponer un modelo de ponderación con un examen de proporcionalidad, a fin de establecer cuándo una ley puede ser o no concebida como amnistía y cuáles son sus alcances.¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 6.2.4.1.20.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 26954, de 11 de julio del 2007 MM. PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁹ El autor hace referencia, a propósito del modelo propuesto, a amnistías absolutas y condicionales. Dice, a propósito del caso colombiano: “La ley 975 no es una ley de impunidad ‘primitiva’ o absoluta como las leyes del Cono Sur en su momento”. Kai Ambos: *op. cit.*, p. 176.

3.2. Extradición y Ley de Justicia y Paz: el derecho es absorbido por la política

En la semana inmediatamente siguiente a la reunión del Grupo de Estudios Latinoamericanos del mes de abril del 2008, tuvo lugar un hecho muy importante que refleja los mayores dilemas que surgen de la aplicación práctica de la Ley de Justicia y Paz. Uno de los jefes paramilitares, que se dice comandó en su momento un ejército de más de seis mil hombres y que desde un principio generó serias dudas acerca de su acatamiento de las condiciones mínimas de la ley, fue hallado responsable, según el Poder Ejecutivo, de seguir delinquiendo desde la cárcel y, sobre todo, de seguir traficando con drogas, hecho que desde un principio fue denunciado por la comunidad jurídica. Así, y agotando todas las instancias previstas, se ordenó su extradición a los Estados Unidos. Debe aclararse que la extradición ha sido desde el principio un tema muy crítico en relación con el proceso de desmovilización de las autodefensas o grupos paramilitares. En Colombia, al momento final de la extradición, luego de un concepto de la Sala Penal de la Corte que no es obligatorio, corresponde al Poder Ejecutivo, con plena discreción, decidir si se extradita o no una persona. De hecho, en el gobierno actual se han extraditado cientos de personas a los Estados Unidos; el Ejecutivo ha tenido en sus manos el poder de extraditar a los desmovilizados solicitados por Estados Unidos y les ha indicado que deben asumir con seriedad el proceso de Justicia y Paz o de lo contrario serán extraditados. Este es el caso del desmovilizado jefe paramilitar nombrado con el alias de *Macaco*.

Pero esta decisión del Ejecutivo abrió una discusión muy interesante que se relaciona directamente con nuestro tema. Apenas se anunció la decisión, surgió la gran pregunta acerca de los derechos de las víctimas ligadas a los hechos generados por el paramilitar. Se cuestionó inmediatamente el hecho de que, si este jefe fuese enviado a los Estados Unidos, toda su confesión quedaría truncada, las víctimas no conocerían la verdad de miles de hechos ocurridos y respecto de muchos de los cuales en las versiones libres ya adelantadas esta persona había prometido dar cuenta y ofrecer información. Se cuestionó, además, el hecho de que las víctimas no serían reparadas efectivamente, ya que el jefe iría a afrontar otros procesos en América del Norte y quedaría truncado el proceso de Justicia y Paz. Esta reacción inicial, comandada por organizaciones de víctimas, ha sido apoyada por el procurador general de la nación, por los jueces y por el fiscal general de la nación, que el 10 de abril

anunció la necesidad de juzgar primero a los jefes militares en Colombia. Pero la decisión más importante fue la tomada respecto de otro caso similar de solicitud de extradición, por la Sala Penal de la Corte, en audiencia pública el 10 de abril del 2008.

En este caso, y en este momento como posición de la Sala, los magistrados dispusieron que, antes de que un sujeto de la Ley de Justicia y Paz fuera extraditado, incluso después de su concepto favorable, tenía que cumplir con los compromisos adquiridos y someterse efectivamente a la Ley de Justicia y Paz. La Sala, además, al avocar el estudio del caso, introdujo todo su fundamento en función de la justicia transicional. Así, en consecuencia, anunció que antes que el cumplimiento de un tratado, articulado en especial a delitos de narcotráfico, debían prevalecer los derechos de las víctimas, textualmente, el derecho a la verdad —o a la información, tal como lo ha expuesto lúcidamente Daniel Pastor— y el derecho a la reparación.²⁰

Es una decisión que tiene lugar por primera vez en la historia del país y que ha sido jalonada por la Ley de Justicia y Paz y por el contexto transicional en el cual ella es concebida por las instituciones. (El Ejecutivo se ha quedado solo en esta decisión.)²¹ Es de agregar, además —y ello es muy importante—, que las organizaciones de víctimas, muy activas en este proceso y también en un hecho inédito en el país, interpusieron en la semana del 10 de abril del 2008 un recurso de tutela —el recurso de amparo colombiano— contra la decisión del Poder Ejecutivo de extraditar al jefe paramilitar. La juez que dio curso a la acción de tutela, en este caso, perteneciente a un alto tribunal, decidió, como medida cautelar, que la extradición debía suspenderse hasta tanto hubiese decisión de fondo sobre la tutela.

La respuesta del Ejecutivo no se hizo esperar: reprochó al sistema judicial esta decisión y fue adelantando las bases para un decreto reglamentario que le diera la posibilidad de excluir directamente a un desmovilizado de la Ley de Justicia y Paz y de arrebatárselo, por decirlo así, al sistema judicial. En efecto, uno de los temas más interesantes relacionados con la aplicación de la ley es el de la exclusión de un sujeto del proceso de Justicia y Paz; sobre todo, el tema de la exclusión por reincidencia, es decir, por comisión de delitos durante el proceso de Justicia y Paz. Desde el principio, en la configuración de la ley se discutió acerca de la gran injerencia del Poder Ejecutivo en su desarrollo: el

²⁰ En una idea muy suscitadora de Daniel Pastor, cuando hace referencia a la necesidad de relativizar, por las consecuencias de un manejo arbitrario y acomodado a intereses políticos de la noción de verdad, el denominado derecho a la verdad, y de hacer referencia, mejor, a un derecho a la información. Véase, al respecto, el texto “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 59, julio del 2007, p. 95 ss.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia n.º 29472 del 10 de abril del 2008, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

gobierno pasa un listado de quienes se someten a la ley, de modo que desde el principio interviene de manera muy marcada en la evaluación de los requisitos de elegibilidad; pero, no bien el desmovilizado entra al proceso de Justicia y Paz, ya *pertenece*, por decirlo así, al sistema judicial —a la Fiscalía y a los magistrados de Justicia y Paz—. Por lo tanto, si el gobierno tiene pruebas de que un desmovilizado está delinquir desde la cárcel y no cumple los compromisos, no puede excluirlo del proceso, sino que debe dar conocimiento a la Fiscalía y esta debe promover lo que puede llamarse un *incidente* o una *diligencia de exclusión* ante los magistrados de Justicia y Paz. Solo así puede, luego, hablarse de extradición, y ahora, con la nueva decisión de la Sala Penal de la Corte, dicha extradición no debe darse sino hasta que, en función de la verdad (información) y de la reparación efectiva de las víctimas, se culmine el proceso de Justicia y Paz.

3.2.1. *Las jugadas políticas contra el derecho y contra las expectativas sociales*

No obstante todo lo anterior, a finales de abril, el tribunal que tenía a su cargo la revisión final de la acción de tutela la negó a los grupos de víctimas, indicando que no era un mecanismo idóneo para suspender la extradición. En este contexto se produjo un hecho absolutamente sorpresivo y que ha colocado al gobierno en la situación más compleja en cuanto al acatamiento de las reglas de juego que él mismo ha establecido en relación con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

En efecto, el martes 13 de mayo el país entero amaneció sorprendido con la noticia de que el gobierno, sin anunciar nada y tal como lo ha hecho en diversas ocasiones, casi clandestinamente, extraditó a los Estados Unidos a 13 jefes paramilitares, a los más importantes, y a un narcotraficante raso. Varias cuestiones importantes pueden ser reseñadas en este caso. La primera: la semana anterior al hecho el gobierno dictó un decreto reglamentario, contrario a la lógica con la que se ha actuado en Justicia y Paz, que establece que, si un desmovilizado llegara a delinquir pero estuviera ya dentro de la ley, solo el sistema judicial, la Fiscalía y los tribunales de Justicia y Paz pueden excluirlo, nunca el Poder Ejecutivo directamente. No obstante, el gobierno, aprovechando la confusión creada en torno a las decisiones sobre extradición y, sobre todo, aprovechando la tendencia hacia una decisión final sobre la acción de tutela, en el sentido de que esta era improcedente como mecanismo para suspender la extradición —potestativa al final para el Ejecutivo—, dictó el decreto n.º 1364 del 25 de abril del 2008, en el cual se atribuía la posibilidad directa de *excluir* a un

desmovilizado de la Ley de Justicia y Paz. Así, antes de que dicho decreto fuese sometido a cualquier control de legalidad, el gobierno extraditó directamente a los jefes paramilitares, de tal forma que se aprovechó el tiempo en que un decreto está amparado de presunción de legalidad, independientemente de que está viciado, para enviar a los jefes paramilitares (independientemente del destino del decreto, estos jefes ya no serán devueltos del país del Norte). Se discute hoy el hecho de que con el decreto no se *excluye* directamente a la persona, sino que se la *retira* del listado inicial de portadores del beneficio posible, por portarse mal, pero esto es en realidad un juego de palabras. En la práctica, el Ejecutivo sí excluyó a los paramilitares y lo seguirá haciendo de facto, según sus propias declaraciones.

Como consecuencia, queda en vilo el hecho de que los jefes paramilitares puedan en el país seguir diciendo la verdad, seguir informando sobre fosas comunes, seguir comunicando a las víctimas dónde están sus familiares. Ciertamente, más allá de que pudieran algunos seguir delinquiendo, los procesos en Colombia se van a cerrar. Y una de las cosas más graves y que puede dar luces sobre la jugada política del gobierno es que estos jefes fueron los que iniciaron el escándalo de la parapolítica, en la medida en que ellos desvelaron las conexiones entre políticos y paramilitares. Así, la Sala Penal de la Corte se queda ahora sin testigos de excepción para seguir investigando a los políticos que, como la comunidad internacional sabe, en su mayoría están ligados al presidente Uribe directamente, es decir, hacen parte de las coaliciones uribistas. Habría que ver con quiénes más la Corte puede contar como testigos, ya que realmente los jefes paramilitares eran los que más información tenían.

3.2.2. La primacía del delito de narcotráfico sobre delitos de lesa humanidad: contravía en la persecución penal nacional de crímenes internacionales

Un asunto de gran interés para un análisis de derecho comparado —y sobre el cual el autor de este escrito ha insistido en varios de los trabajos publicados hasta ahora a instancia del Grupo— es que con estas extradiciones el delito de narcotráfico prima sobre los crímenes internacionales. El Estado colombiano deja de investigar y juzgar delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra al privilegiar un tratado, criticado por gran parte de la comunidad jurídica, basado exclusivamente en el narcotráfico. Por eso, algún columnista de opinión hacía referencia al hecho de que el gobierno había preferido la revelación de rutas del narcotráfico a la revelación de fosas comunes, es

ALEJANDRO APONTE CARDONA

decir, dio preferencia absoluta a un delito común por sobre delitos de lesa humanidad. Además, desde luego, con esto se demuestra —y es grave frente a la Corte Penal Internacional— que Colombia, por lo menos con este gobierno, no es capaz de juzgar a estos grandes criminales en el propio país. Es decir, es una manifestación de colapso, de incapacidad de la justicia: si se tiene que enviar a otro país a un grupo de individuos ligados a la comisión de crímenes internacionales, que se agregan a una lista de más de 750 personas que, increíblemente han sido enviados en este gobierno, la conclusión elemental es que no hay capacidad de investigación y juzgamiento. O, peor aún, una vez que lo han sido, el sistema penitenciario se ve imposibilitado —sobre todo por la corrupción rampante— de someterlos efectivamente al cumplimiento de la sanción penal.

En relación con la imposible persecución final de crímenes internacionales ligados a los jefes, se ha dicho que el gobierno colombiano habría negociado con el embajador norteamericano para que los bienes de los paramilitares extraditados fueran remitidos en todo caso a Colombia y que los jefes pudieran ser eventualmente juzgados en ese país también por delitos de lesa humanidad. Pero esto no ha sucedido nunca y debe tenerse en cuenta que los jueces norteamericanos son independientes y no pueden ser obligados a nada distinto de lo que ellos consideren que deben hacer. Además, se trata apenas de una “sugerencia”. (Ya se ha criticado en Colombia el hecho, por ejemplo, de que las multas ordenadas contra empresas multinacionales norteamericanas por patrocinar directamente grupos paramilitares no han sido pagadas a la sociedad colombiana, sino que se han quedado en Estados Unidos.) En cualquier caso, en los cargos que ya se han formulado a los extraditados no aparece ninguno ligado a crímenes internacionales. Debe agregarse que los fiscales colombianos intentarán viajar a los Estados Unidos y allí continuar con las versiones de los paramilitares. No obstante, el propio fiscal general ha dicho que se trata de un proceso complejo, lleno de dificultades técnicas y de todo tipo. Para la Fiscalía, los extraditados siguen vinculados a la distancia al proceso de justicia y paz.

Las víctimas han dicho que no habrá ni verdad, ni justicia, ni reparación. El gobierno ha dicho que se trata de un “castigo ejemplar” para narcotraficantes. Pero el presidente sabía que lo eran y de hecho las autodefensas como las guerrillas actúan con el combustible del narcotráfico. Además —y esto ha sido denunciado por numerosos analistas—, desde hace meses el gobierno sabía de la continuación en la comisión de delitos de varios de los jefes paramilitares. Por eso la pregunta ha sido: ¿Por qué se reacciona de

esta manera ahora? ¿Cuál es la coyuntura que ha propiciado esto? Un hecho cierto surge de esta pregunta: en la guerra, es la decisión política acerca del carácter del enemigo la que prima; el enemigo es el que la decisión política establece, independientemente de sus actos y en razón de las circunstancias políticas.

3.3. Los límites del derecho en escenarios de extrema conflictividad

3.3.1. *¿Se puede incorporar la violencia masiva y degradada al lenguaje civil del derecho?*

Más allá de lo narrado, que tiene que ver con las argucias y las pequeñeces de juegos políticos de gobernantes, es necesario pensar el problema de cualquier transición posible, de cualquier opción de persecución penal de crímenes internacionales, en el contexto más general de las posibilidades que tiene el derecho mismo frente a situaciones de conflicto tan generalizadas y degradadas. Para ello, el autor se servirá de una reflexión iniciada por Walter Benjamin en el siglo pasado. Se aclara, además, que esta reflexión acompaña, necesariamente, toda la narración posterior del informe.

Debe iniciarse con una aclaración: es preciso tener en cuenta aspectos que no son propios de uno u otro sistema normativo, sino que corresponden o se relacionan con el derecho como totalidad, con el derecho pensado no con relación a este u otro fin, sino pensado como totalidad.

3.3.2. *La violencia pura y sus relaciones con el derecho*

Como se ha dicho, con aportes conceptuales de Walter Benjamin y, además, de Carl Schmitt se acompaña esta reflexión que, desde luego, apenas se puede esbozar aquí, pero que el autor ya ha trabajado de manera detallada en otros escritos.²² Para Benjamin, en un texto fundamental de 1921 titulado *Para una crítica de la violencia*, en el cual analiza, entre otros diversos y complejos temas, las relaciones entre el derecho y la violencia, existe una *violencia pura* que está situada por fuera del derecho. (Este texto que fue leído, según hoy lo constatan filólogos y autores en general, y contestado probablemente, aunque en forma críptica, por Carl Schmitt.) Esta forma de violencia es llamada también

²² El autor se remite aquí a su libro: *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Bogotá, 2006), capítulo III A y, sobre el decisionismo de Carl Schmitt, capítulo I A, III.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

por Benjamin *violencia divina*, en contraposición a la *violencia mítica*, que está directamente relacionada con lo jurídico. Así, “la violencia mítica es violencia sangrienta sobre la vida desnuda en nombre de la violencia; la pura violencia divina es violencia sobre toda vida en nombre de lo viviente. La primera exige sacrificios, la segunda los adopta”. Por eso y además, esta violencia, “cae por fuera del derecho”.²³

En las relaciones entre derecho y violencia existe, además, una violencia fundante del derecho (*rechtssetzende Gewalt*) y una violencia que sostiene o que mantiene el derecho (*rechtserhaltende Gewalt*). No obstante y adentrándose en las penumbras del texto (alusión que no tiene desde luego un sentido peyorativo, sino que resalta el hecho de que Benjamin dice más desde las entrelíneas que en las frases concretas), hay una violencia pura —con este nombre debe resaltarse este tipo de violencia primaria, primitiva— que estaría por fuera del derecho. Con mucha lucidez, Agamben se refiere, con esta alusión de la *reine Gewalt* (violencia pura) a una *zona anómica* presente en comunidades humanas.²⁴ La pregunta es, en consecuencia, ¿qué se hace con dicha zona anómica?, ¿puede el derecho absolverla siquiera mínimamente?

Aquella violencia primitiva, latente, amenazante, hace que en las relaciones entre derecho y violencia aparezca una zona gris, oscura, una especie de *indecibilidad*, como concibe el autor italiano. En ello, además, hay una coincidencia con aportes notables a la discusión planteada por Benjamin del filósofo francés Jacques Derrida.²⁵

Es aquí donde se presenta una disputa entre Schmitt y Benjamin: mientras que el primero busca conservar en el derecho, a través del estado de excepción y de la decisión que sobre él se toma, esta violencia, esta zona anómica amenazante, en Benjamin parecería que conserva su estatuto por fuera del derecho; allí se hace indecible, allí yace por fuera del derecho. En la magistral consecuencia que extrae Benjamin al final de su ensayo, aunque se está ocupando más de la amenaza que la violencia que se necesita para preservar el derecho representa para el derecho mismo, hay algo de esta indecibilidad e incapacidad del derecho para abordar la violencia pura: hay algo que “está podrido en el derecho”, dice Benjamin; el derecho, todo derecho, en su acción de resolver la violencia en su seno, no solo no lo logra, sino que puede y consigue reproducirla con mayor

²³ Walter Benjamin: “Zur Kritik der Gewalt”, en ídem: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt: Suhrkamp, 1965, p. 6.

²⁴ Con datos históricos, Agamben reconstruye, aunque brevemente, la imbricación —no siempre explícita, pero clara en algunas citas epistolares de Carl Schmitt— entre Benjamin y Carl Schmitt, en torno de este problema de qué hacer con aquella violencia primaria y latente socialmente. Giorgio Agamben: *Stato di Eccezione*, Turín: Bollati, 2004, pp. 68-70.

²⁵ Jacques Derrida, en un texto extraordinario, debate paso a paso con Walter Benjamin a partir de su texto sobre la violencia. El texto se intitula: *Gesetzskraft. Die mystische Grund der Autorität* (Fráncfort, 1991).

vehemencia. (La sociología criminal, desde mitad del siglo XX, se ocupará de este problema.) Así, mientras que para Schmitt en el estado de excepción se da el esfuerzo por incorporar la violencia pura al derecho, en Benjamin esta aparece por fuera del derecho. Es en la disputa por la zona anómica que se enfrentan las dos posibilidades o, mejor, una sola, que es la de Carl Schmitt.²⁶

Benjamin, asentado en un escepticismo lúcido y casi metafísico, concibe, frente al hecho de que la violencia pura sea destructiva, lo siguiente:

En este sentido es lícito llamar destructiva a tal violencia; pero lo es solo relativamente, en relación con los bienes, con el derecho, con la vida y similares, y nunca absolutamente en relación con el espíritu de lo viviente.²⁷

La lucidez consiste en observar, implacablemente, que la violencia pura, la violencia desnuda, es connatural; pertenece al espíritu mismo de todo lo que vive, se confunde con él y está más allá de este u aquel otro bien que sea por violencia eventualmente destruido. De aquí se deriva una de las conclusiones más lúcidas que en torno del papel social de la violencia se haya escrito:

La violencia divina, que es insignia y sello, nunca instrumento de sacra ejecución, es la violencia que gobierna.²⁸

3.3.3. *La violencia pura y la banalización del mal*

Si tomamos el caso colombiano, podemos continuar subrayando lo siguiente: las narraciones de los llamados *versionados* de Justicia y Paz, muchas veces enredadas en detalles cínicos y rodeadas de contexto prosaico donde las muertes por decenas se suman en un ejercicio propio de *banalización del mal* —para seguir citando siempre a Hannah Arendt—, corresponden a esa violencia pura, a esa violencia masiva, primitiva, situada por principio por fuera de un lenguaje civil, con pretensiones de racionalidad

²⁶ La secuencia argumentativa de Schmitt se puede observar en su texto *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlín, 1993).

²⁷ Walter Benjamin: op. cit., p. 60.

²⁸ La violencia divina, es decir, la “violencia pura” es insignia y sello, en la medida en que es inherente a la condición humana misma, es previa a toda regulación, no es instrumento; en ella no interviene el derecho para regularla, para juzgarla, es el “espíritu de lo viviente”. Por eso: gobierna. No es casual que el autor de este informe haga más adelante alusión a Schopenhauer. Ahondando en lo crítico del texto de Benjamin, se puede encontrar en él ese pesimismo o escepticismo de la voluntad incesante como esencia de todo lo viviente.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

como es el lenguaje jurídico. Es una violencia que cubre una inmensa zona anómica, una inmensa zona gris, y la pregunta es, siguiendo a nuestros dos autores enfrentados, si es posible o no integrarla al derecho. En el contexto en que se mueve este informe, la pregunta es: ¿puede el derecho, no solo desde luego el mero derecho penal, abordar, en ejercicios de transición, esta violencia como acción humana desenfrenada, masiva, permanente, *pura* en el sentido más primitivo, y colocarla en las fronteras del derecho? ¿Puede reconducirla? ¿Puede trabajarla en función de una paz o de una seguridad futura, libre de su amenaza?

3.3.4. *¿Puede el estado de excepción captar la violencia más primitiva?*

Si volvemos a Schmitt, en la emergencia, en el estado de excepción, una violencia tal podría ser reconducida en el derecho. (Hay que anotar que Carl Schmitt está pensando en el verdadero caos, en aquel que no da sentido al derecho, en aquel cercano a toda negación del derecho y no, mucho menos, en cualquier emergencia que puede ser abordada con medios policivos o administrativos.) De esta forma, siendo la Ley de Justicia y Paz y los mecanismos derivados de ella una ley paralela, excepcional, independientemente de que no haya sido expedida en virtud de la excepción, podría pensarse que la ley y dichos mecanismos que hoy deben ser concebidos más en la lógica de las políticas públicas, de auténticas reparaciones a las víctimas, de su integración real a la sociedad hostil a ella, pueden ser una gran máquina de asimilación de dicha violencia. En la decisión sobre la Ley de Justicia y Paz yacería la forma en la cual la violencia pura del paramilitarismo entraría en el derecho. Pero, si se piensa más con Benjamin, el derecho, todo derecho, no puede en su seno albergar una violencia de este tipo; está más allá del derecho, es indecible —la indecibilidad puede expresar, de alguna forma, el *carácter divino* que Benjamin le asigna a la violencia pura—, para él mismo, para su racionalidad precaria. La zona anómica es, por esencia, una zona en la cual “se sitúa la acción humana por fuera de la norma jurídica”.²⁹

Si ello es así, todo el andamiaje creado en Colombia inevitablemente llegaría a un fracaso, incluso si este se da por partes o no se expresa necesariamente en un colapso institucional o social (en el país todas las crisis se superan por principio: hay modos en que socialmente siempre se estabilizan expectativas mínimas. La pregunta será siempre

²⁹ Agamben: op. cit., p. 78.

la misma: ¿por cuánto tiempo? Incluso en relación con una paraestatalidad y pensado con Luhmann, se podría preguntar: ¿puede ser el terror una forma de estabilización de expectativas sociales? y ¿cuánto puede ello durar?).

Cuando se observa a un solo jefe paramilitar narrar cientos de crímenes frente a funcionarios que valientemente toman nota de ello, cuando se observa no solo la crudeza de la acción humana por fuera del derecho sino su carácter masivo y constante, si se observa que un solo hecho narrado se desgrana en cientos de ellos, y todo se reconduce en el limitado lenguaje del derecho penal y en la acción limitada de la justicia penal, la sensación es de impotencia real. Se trata, en la práctica, de un aparato de justicia que debe investigar y juzgar a un paraestado completo; miles de acciones cometidas contra todo derecho por actores ligados a dinámicas paraestatales masivas.

Es una impotencia, desde luego, compensada con un esfuerzo inusitado de los operadores de la justicia colombiana y de ciertas autoridades administrativas que desean llevar a cabo un proceso de reparación y compensación moral de las víctimas. Quedaría, no obstante, una reflexión necesaria: si el derecho penal y todo el orden jurídico es, por esencia, limitado para dar cuenta de semejante violencia endémica, es posible abrir un marco de expectativas mínimas, expresado en auténticos pactos sociales renovados, en verdaderos pactos fundacionales, casi de un nuevo o nuevos derechos, de un auténtico ejercicio social de reconstrucción profunda de bases mínimas de convivencia. De otra manera es imposible.

Pero el panorama no es muy alentador. Un solo ejemplo: un Congreso de la República absolutamente ilegítimo, cooptado en un porcentaje tan alto por grupos ilegales ligados a esta lógica de violencia endémica y que durante el mes de abril ha discutido sobre una posible reforma que no es sustancial, que parece pervivir en privilegios de corruptela, no brinda muchas esperanzas; es uno de los focos donde se traba cualquier expectativa de justicia transicional y no se ve ninguna acción seria de renovación institucional. Es uno de los grandes focos donde pervive cobardemente la violencia derivada de la gran corrupción que todos debemos pagar y mantener; esta es otra violencia endémica que se reproduce en zonas anómicas sin esperanza. En todo caso, la idea de nuevos pactos, de alianzas verdaderas, es una pequeña apuesta frente al escepticismo natural y con bases estructurales que acompaña el proceso colombiano. Una vez que se ha hecho este planteamiento de fondo, que necesariamente acompaña a toda la reflexión, se continuará con la reseña de los mecanismos de justicia transicional, siguiendo el índice previsto.

3.4. Comisiones de verdad y de reconciliación

3.4.1. Comisión de la Verdad del Palacio de Justicia

3.4.1.1. Historia y composición

La historia y la composición están descritas de la siguiente manera:

Veintiún años después del Holocausto provocado en el Palacio de Justicia de Bogotá, sede principal de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en Colombia, la Comisión de la Verdad fue creada en noviembre de 2005, por la Corte Suprema de Justicia, para tratar de esclarecer lo entonces acaecido.³⁰

De esta manera, y tras la misión encomendada por la misma Corte Suprema de Justicia a los comisionados, todos ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, se dio comienzo a la investigación profunda de los acontecimientos que tuvieron lugar el día de la toma del Palacio de Justicia por el grupo guerrillero de aquel entonces, el M-19.

Los comisionados actúan “sin jurisdicción alguna” dado que hoy en día, y tras la asignación de la misión de esclarecimiento de la verdad, no tienen ninguna función paralela en el poder público. Además, lo hacen “de manera que su presentación solo tendrá contenidos y propósitos académicos e históricos”.³¹

La Comisión trabajó cerca de un año, antes de la producción del primer informe y su actividad ha implicado:

[...] escuchar directamente y filmado, grabado o recibido por escrito relatos espontáneos de cerca de sesenta personas, entre funcionarios de entonces de la Rama Ejecutiva (presidente de la república, ministros); generales, coroneles y otros miembros del ejército nacional y de la policía nacional; ex integrantes del movimiento subversivo M 19; sobrevivientes del holocausto; familiares de las víctimas; investigadores, periodistas y otras personas que, de una u otra manera, tuvieron conocimiento de circunstancias antecedentes, coetáneas o subsiguientes de lo sucedido.³²

³⁰ Jorge Anibal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla: *Comisión de la Verdad sobre el Holocausto en el Palacio de Justicia de Bogotá del 6 y 7 de noviembre 1985. Informe preliminar*, Bogotá, 15 de noviembre del 2006.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

Tras la presentación del informe preliminar, el 15 de noviembre del 2006, la Comisión pudo avanzar en el esclarecimiento mínimo de ciertos actos perpetrados el día del holocausto del Palacio de Justicia, tanto por el grupo guerrillero del M-19, el Ejército Nacional, la Policía Nacional y otras fuerzas especiales del Ejército. (Debe entenderse que, luego de tantos años, será casi imposible reconstruir efectivamente lo que ocurrió.)

3.4.1.2. Informe Preliminar de la Comisión

RETIRO DE LA VIGILANCIA ESPECIAL DEL PALACIO DE JUSTICIA

El informe narra, en primer lugar, el “coincidente” retiro de la vigilancia reforzada y especial del Palacio, vigilancia que se requería tras las recurrentes amenazas del grupo del M-19 y de los grupos de narcotráfico en Colombia a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Según el informe, tales amenazas se dirigían a presionar a los magistrados de la Sala Penal y Constitucional de la Corte respecto de la posible aprobación del tratado de extradición que se había firmado con los Estados Unidos de América para ser aplicado a narcotraficantes colombianos. En última instancia, el retiro de la vigilancia reforzada el mismo día del holocausto dio lugar a la fácil penetración al Palacio por el grupo guerrillero.

CONEXIÓN CON EL NARCOTRÁFICO

Para la Comisión, en consecuencia, se ha probado la injerencia del narcotráfico en la toma del Palacio (este es un tema que se ha discutido arduamente y que resurgió con especial radicalidad en el año 2007).

COMPORTAMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS

El comportamiento de las fuerzas armadas constituyó un punto crucial dentro de la investigación, dado que nunca antes se había establecido una responsabilidad suya por la muerte de muchas de las víctimas que el grupo guerrillero tenía como rehenes. Fue, según la Comisión, gracias a la desmedida, desproporcionada y desinstitucionalizada actuación de las fuerzas armadas en el enfrentamiento contra el M-19 que muchas

ALEJANDRO APONTE CARDONA

víctimas murieron. Se comprobó que la orden del mando operativo del ejército fue precisamente: “dispárale a todo lo que se mueva”. El mismo Palacio de Justicia ardió en llamas incontrolables, dado el armamento tan desmedido que utilizaron las fuerzas (tanques de combate, rockets, proyectiles, explosivos y granadas, entre otros). Por ello, en síntesis, se dice:

[...] fue una acción de barbarie, inspirada en la retaliación y con el derrotero prioritario de eliminar al enemigo, antes que cumplir la insoslayable obligación Constitucional de rescate a la población civil cautiva. No hubo ningún plan dirigido a liberar rehenes, el operativo militar apuntó a destruir al M-19.³³

Esta conclusión merece un comentario especial. A pesar de la gran tradición en Colombia de aplicación del derecho de gentes como estatuto regulador de los efectos de la guerra y estatuto regulador respecto del estado de sitio anterior a la Constitución de 1991, es decir, de situaciones de emergencia; a pesar de la gran tradición que ha existido respecto de los llamados *delitos atroces*, de las nociones de ferocidad y barbarie, para la época no se había decantado en el país —como hoy— la discusión sobre los alcances del derecho internacional humanitario. Lo que sucedió en ese entonces no fue abordado en este contexto, a pesar de que se hizo referencia, claramente, a la población civil no combatiente. Ello no es óbice, desde luego, para excusar la gran impunidad en la investigación y el juzgamiento de estos hechos. Para ello —y ha sido fuente de discusión en el Grupo—, debe tenerse en cuenta que es siempre viable la aplicación de tipos penales convencionales, cuando se carece de aquellos que constituyen crímenes internacionales, como fueron los que se cometieron en ese entonces. Pero debe decirse que la discusión en el país sobre el derecho internacional humanitario, el principio de distinción, los mínimos en la guerra, solo se dio a partir de la década de los noventa y fue más, al comienzo, una cuestión de *alta política* que una cuestión jurídica como tal. Debe agregarse, además, que en el caso de los militares del Palacio, uno de ellos que hoy se encuentra preso, luego de años en que su caso estuvo envuelto en la impunidad, dijo: “estamos defendiendo la democracia, maestro”.

Parafraseando a dos grandes rivales del derecho público europeo, Hans Kelsen y Carl Schmitt, puede decirse que esta lógica del militar al mando se asentó sobre la pura razón de Estado —del lado de Schmitt—, según la cual, frente a la emergencia, al caso

³³ Ibídem.

extremo, el derecho retrocede y prevalece el Estado; al contrario, en la lógica de Kelsen, que es hoy rito en las democracias modernas, el Estado y el derecho se enlazan de tal manera que no es posible, en función de la supuesta prevalencia del Estado, contradecir el derecho: es una contradicción en sí, una contradicción en sus términos. El respeto a los mínimos dentro de la guerra y los conflictos hace parte de esta segunda tradición; en la primera, la razón de Estado y su prevalencia es la que dio origen en todo el continente, en los años sesenta y setenta, a aquellos regímenes respecto de los cuales se habla hoy de justicia transicional.

DESAPARECIDOS

El informe, además, esclarece la situación de las víctimas que al final pudieron sobrevivir a los acontecimientos, pero que fueron atrapadas por las mismas fuerzas militares, conducidas a instalaciones militares y sometidas a tratamientos crueles e inhumanos en busca de información, y que al final resultaron desaparecidas. Este ha sido uno de los temas más complejos dentro del actual proceso de reapertura, por decirlo así, de los casos del Palacio de Justicia: por años los familiares de los desaparecidos denunciaron la situación y hoy el sistema penal da cuenta de ello. La Fiscalía ha detenido preventivamente a algunos implicados de las fuerzas armadas, pero la comunidad jurídica está esperando el tipo de argumentación desarrollado por la Fiscalía respecto de las conductas cometidas. Para ese entonces no existía el delito de desaparición forzada y, no obstante, se dice que están siendo investigados por esa conducta. Es de esperar el resultado final de las imputaciones.³⁴

SOBRE LA ACTUACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL

El comportamiento del Gobierno Nacional también mereció atención especial de la Comisión, respecto, sobre todo, de la construcción de la memoria para las víctimas. “El presidente de la república, desde el primer momento tomó la decisión de no

³⁴ En un seminario en el mes de octubre en Bogotá, con los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz, en el cual el profesor invitado era el Dr. Kai Ambos, se presentó la discusión en torno a la posible fundamentación de la Fiscalía y uno de los fiscales alcanzó a decir que el argumento ni siquiera estaría relacionado con el carácter de conducta permanente del delito que permitiría, por decirlo así, imputarlo, en la medida en que, si no han aparecido los cuerpos, se continuaría ejecutando la conducta, sino que se consideraría el hecho de que una conducta debe admitir las “vicisitudes y contingencias” legislativas en el tiempo y, por ello, podría decirse que el delito de secuestro, existente en su momento, se convertiría en delito de desaparición forzada. Habrá que esperar la decisión final sobre este punto.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

negociar, lo cual no era incompatible con el diálogo ni con las acciones conducentes a la salvaguarda de la vida de los rehenes”.³⁵ El presidente también guardó silencio respecto de las solicitudes angustiosas de cese al fuego que hicieron varios de los rehenes a las fuerzas armadas:

Nunca existió intención real ni efectiva del Gobierno Nacional de tratar de salvar la vida de los rehenes. No a cambio de la preservación de las instituciones, porque a nadie le cabe duda que las instituciones democráticas no son negociables. El gobierno tampoco planeó, como era su deber, ya en el caso extremo de la imposibilidad de negociación humanitaria, una operación de rescate; por el contrario, estuvo ausente y al margen de las maniobras de las Fuerzas Armadas.³⁶

En el año 2007 el ex presidente de la República también fue llamado a declarar ante la Fiscalía General de la Nación. Debe agregarse, finalmente, que una preocupación de la Comisión fue la consolidación de índices muy elevados de impunidad por parte de la justicia colombiana frente a los responsables de las atrocidades, que no solo incluía a miembros en su momento activos del M-19 que intervinieron en la toma del Palacio, sino que también involucraba a miembros de las fuerzas armadas que violaron la ley y la Constitución colombiana con sus actuaciones en el contraataque y en el tratamiento a los capturados y remitidos a instalaciones militares. La mayoría de los procesos penales que se iniciaron no solo contra miembros del M-19, sino también contra miembros de las fuerzas militares y hasta contra representantes del Gobierno nacional, terminaron en resoluciones inhibitorias o en prescripción de la acción penal y, por lo tanto, todos los procesos culminaron sin determinación de responsables.

3.5. Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición

3.5.1. *La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*

Se inicia esta sección con la reseña de dicha Comisión, como un mecanismo central en el cual se ha concentrado en el país el trabajo ligado a programas de reparación, entre otros.

³⁵ Jorge Aníbal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla: op. cit.

³⁶ *Ibidem*.

3.5.1.1. Creación y desarrollo

Tras el desarrollo y la ejecución del proceso de la Ley de Justicia y Paz, en Colombia se ha creado, por mandato de la misma ley 975 del 2005, una Comisión de Reparación y Reconciliación en busca del cumplimiento de los estándares y principios de los procesos de justicia transicional: *verdad, justicia y reparación*. En principio, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación trabajará por el término de ocho años, durante los cuales deberá cumplir las funciones y los objetivos asignados por la ley y sus decretos reglamentarios. La Ley de Justicia y Paz tiene como objetivo:

[...] facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.³⁷

De esta forma, la citada ley permite y faculta a los miembros de la Comisión “para hacer seguimiento a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades nacionales y locales, a fin de garantizar la desmovilización plena de los grupos armados ilegales y evaluar la reparación y la restitución a las víctimas”.³⁸ Según la Comisión, ella es un:

[...] ente plural, mixto y representativo comisionado por el Congreso de la Republica para impulsar, monitorear y evaluar el proceso de desarme, desmovilización y reincorporación a la vida civil de los combatientes, así como para impulsar, monitorear y evaluar los procesos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición con el propósito de encontrar la reconciliación de los afectados, los responsables y la sociedad en el marco de un proceso complejo de justicia transicional.³⁹

Como se ve, la Comisión concibe su trabajo en el contexto mismo de la justicia transicional. Pero ello no fue un hecho pacífico: desde su composición plural, en la cual tienen asiento tanto funcionarios de diversas instituciones como representantes de la sociedad civil, se han dado ásperas confrontaciones en relación con el fin y el sentido últimos de su trabajo y respecto del hecho de que ella fuese efectivamente concebida en el horizonte de la justicia transicional.

³⁷ Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 1.º.

³⁸ Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 51, numeral 4. Véase en página oficial de la CNRR: <http://www.cnrr.org.co/new/funciones.htm> (12.2.2008).

³⁹ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Plan de Acción 2007, 2008*. Bogotá, 2007, p. 33.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

La naturaleza de la Comisión es plurifuncional, en la medida en que no cumple únicamente con una función de monitoreo y evaluación del proceso desarrollado y ejecutado por la Ley de Justicia y Paz, sino que además emite recomendaciones (no vinculantes) para los órganos y entidades de la administración pública. Su trabajo se ha orientado más hacia las víctimas; promueve hechos concretos de conciliación, crea mecanismos de acceso a los derechos de estas personas y desarrolla un programa para asesorarlas en el orden jurídico, psicológico y social.⁴⁰

En busca del cumplimiento de las funciones y los objetivos establecidos para la Comisión, esta divide el trabajo de la siguiente manera: 1) área de reparación y atención de víctimas; 2) área de memoria histórica; 3) área de reconciliación; 4) área de desarme, desmovilización y reinserción (DDR). Sin embargo, tal división no implica total independencia; al contrario, las áreas dependen entre sí para el éxito y la eficacia de la labor asignada, de manera que hay una unidad de trabajo transversal.⁴¹ La conformación, el funcionamiento y los objetivos de las áreas se desarrollarán más adelante.

3.5.1.2. Fundamento y propósito

Aunque el mecanismo de reparación elaborado por la Comisión como plan de acción ya fue establecido, a continuación se describirá más en detalle la función de reparación que tiene la Comisión por mandato de la ley 975 del 2005. Se establece, en relación con ello, lo siguiente:

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) debe formular, de acuerdo con el mandato contenido en la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) y en el decreto 3391 de 2006, las recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa. En cumplimiento de tal mandato, la Comisión comenzó a desarrollar, desde hacia varios meses, un rico y complejo proceso de reflexión, discusión y concertación interna que permitió finalmente elaborar una propuesta de criterios de reparación caracterizada por su integralidad y por reflejar un sólido consenso entre los distintos sectores que integran la Comisión.⁴²

⁴⁰ Entrevista realizada por el autor a Sergio Roldan, director del área de Reparación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, octubre del 2007.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, 2007, p. 11.

Uno de los presupuestos más importantes para la Comisión en materia de reparación ha sido la integralidad, es decir:

[...] la reparación es entendida como un proceso que busca dignificar a las víctimas mediante medidas que alivien su sufrimiento, compensen las pérdidas sociales, morales y materiales que han sufrido y restituyan sus derechos ciudadanos. En este sentido, el concepto de reparación con que se identifica la Comisión asume la definición amplia de reparación que existe en el contexto del derecho internacional, en el cual el término se usa para designar toda aquella medida que puede ser utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daños que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado.⁴³

Así, se podría establecer que una reparación integral implica dos variables importantes:

[...] la necesidad de concebir las reparaciones como parte del proceso de justicia transicional, que incluye además el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y las reformas institucionales; y de otro, el necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas.⁴⁴

Ahora bien, respecto a los mecanismos que logran la real y efectiva reparación integral, la Comisión ha entendido las siguientes como necesarias, que no solo cumplen con las exigencias nacionales de reparación establecidas por la Corte Constitucional,⁴⁵ sino que también cumplen con los estándares internacionales previamente establecidos por la comunidad internacional en materia de derechos humanos:

La restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; la indemnización, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento de los daños padecidos y para reparar las pérdidas sufridas; la rehabilitación, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de la violación cometida en su contra; la satisfacción, consistente en realizar acciones tendientes a

⁴³ *Ibíd.*, p. 19.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido; y las garantías de no repetición, que hace referencia a aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de vulneración de su dignidad y la valoración de sus derechos humanos.⁴⁶

Para la Comisión, la adopción de estos criterios y mecanismos de reparación, implican un reconocimiento del proceso de justicia transicional que ha acogido Colombia, “el cual se caracteriza por intentar buscar un balance adecuado entre la necesidad imperiosa de obtener justicia, verdad y reparación para las víctimas y el objetivo estratégico de alcanzar la paz”.⁴⁷

Para la consecución de tal fin, la Comisión ha desarrollado un Programa Nacional de Reparaciones, que busca contar con la participación efectiva de las víctimas en un proceso gradual de reparaciones y tendrá una incidencia de gran magnitud a la hora de cumplir con el fin planteado a la Comisión.⁴⁸ De antemano será necesario tener en consideración “el patrón de violaciones y la gravedad de las mismas, el perfil de los beneficiarios, las capacidades institucionales y la disponibilidad de recursos financieros”.⁴⁹ De manera que:

[...] la Comisión tendrá que diseñar programas de reparación que incluyan montos de compensación económica compatibles con las restricciones financieras del país y con la necesidad de asegurar una preparación efectiva, rápida, justa y proporcional al daño sufrido por las víctimas, a cambio de que dichos programas se caracterizan por su integralidad, es decir, porque incluyen medidas de reparación simbólicas y materiales, así como medidas de reparación individuales y colectivas.⁵⁰

3.5.1.3. Funciones

La ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz) establece de manera concreta las funciones propias de la Comisión de Reparación y Reconciliación (CNRR):

1. Recomendar al Gobierno la implementación de un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la

⁴⁶ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, op. cit., p. 20.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia. 2. Garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos. 3. Presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales. 4. Hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y el cabal funcionamiento de las instituciones en esos territorios. Para estos efectos la Comisión Nacional Reparación y Reconciliación (CNRR) podrá invitar a participar a organismos o personalidades extranjeras. 5. Hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución. 6. Presentar, dentro del término de dos años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, ante el Gobierno Nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara, de Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley. 7. Recomendar los criterios para las reparaciones de que trata la presente ley, con cargo al Fondo de Reparación a las Víctimas. 8. Coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes. 9. Adelantar acciones nacionales de reconciliación que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional. 10. Darse su reglamento.⁵¹

A su vez, el decreto reglamentario n.º 4760 del 2005 de la Ley de Justicia y Paz también hace referencia a las funciones de la Comisión. Sobre el plan de acción propuesto por esta, el autor se remite a la página web de la Comisión y, para quien tenga mayor interés en profundizar, a los documentos más pertinentes de la Comisión.

3.5.2. Fórmulas de reparación

En relación con la reparación —tema absolutamente crítico, tanto más después de la extradición de jefes paramilitares en el mes de mayo—, debe decirse que hoy se está trabajando en fórmulas que no necesariamente estén ligadas a la reparación que surja de la aplicación de la ley, que sea una reparación por vía administrativa, y está en el centro del debate la propuesta de que haya reparación solidaria, es decir, que los ciudadanos contribuyan a la reparación de las víctimas. Son temas complejos en plena discusión y que han excedido los propósitos iniciales de la Comisión. Esta tiene, además, líneas de acción en el proceso de recuperación psicosocial y de atención a víctimas.

⁵¹ Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), artículo 51.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

También —y ello se discutió arduamente dentro de la Comisión— existen líneas de acción en el proceso judicial. Así, se dice que la “la CNRR debe impulsar la participación cualificada de la víctima en la investigación, el juzgamiento y en el incidente de reparación”.⁵² Aquí se ha presentado el siguiente debate: ¿puede ser la Comisión una institución que participe directamente en la defensa de las víctimas? En general se ha dicho que no debe serlo, pero la Comisión tiene un programa de seguimiento minucioso de la aplicación de la ley y, con apoyo de agencias internacionales, tiene dentro de su política de acción la contratación de abogados importantes que apoyen e impulsen fórmulas de actuación judicial a favor de las víctimas en el ámbito nacional.

3.5.3. *Fórmulas sobre recuperación de la memoria histórica*

Ya se ha hecho referencia a las áreas que componen la Comisión. Especial referencia debe hacerse al área de memoria histórica, sobre todo en relación con antecedentes de la Ley de Justicia y Paz. El presente gobierno, muy particularmente y desde la presentación del denominado Proyecto de Alternatividad del 2003, ha sido reacio a institucionalizar una comisión de verdad. En uno de los proyectos anteriores a la Ley de Justicia y Paz se proponía crear un tribunal de la verdad, una especie de comisión de verdad con funciones penales que creaba toda suerte de confusiones. Pero ello no prosperó y al final se ha creado la CNRR, que tiene como uno de los pilares de su trabajo el desarrollo de fórmulas de acceso a la verdad. A su vez, en desarrollo de este propósito, se ha creado una pequeña comisión dentro de la CNRR, liderada por un historiador reconocido y profesor de la Universidad Nacional, para que reconstruya, con los límites obvios, situaciones y hechos que pueden ser concebidos en el horizonte general de la verdad, dentro de la triada propia de la justicia transicional. Así lo concibe la misma Comisión. El área de memoria histórica está encargada de:

[La] construcción de una memoria integradora, es decir, una memoria que reconozca la: diferencias y que precisamente se construya en el lugar de la enunciación y tramitaciones de las luchas de distintos grupos sociales hacia el futuro; una memoria integradora de todas las voces no solo de todos los actores armados, sino también de todas las víctimas, como fundamento de comprensión y transformación del conflicto, pero sobre todo, y en relación con las víctimas, como una forma de justicia retrospectiva y restaurativa, que pasa tanto por el reconocimiento o apropiación colectiva de los hechos violatorios de derechos humanos y el derecho humanitario, como por la imputación de responsabilidades ejemplarizantes.⁵³

⁵² Ibídem, p. 41.

⁵³ Ibídem, pp. 135-136.

Se trata, como se ve, de una enunciación compleja del problema de la verdad; se dice:

[El] objetivo principal es, pues, entregar al cabo de tres años el informe final de dicho proceso investigativo que tiene como fines primordiales: convertirse en patrimonio público; contribuir al conocimiento de las distintas verdades y memorias de la violencia en el país teniendo en cuenta las diferencias de género, etnia, y edad; fomentar una cultura de la legalidad y la convivencia; e incidir positivamente en la resolución política de la confrontación armada y la reconciliación nacional. Para ello se buscará generar un espacio de diálogo sostenible entre el área de memoria histórica, la sociedad civil, las distintas instancias del Estado y los expertos internacionales que alimenten la labor investigativa.⁵⁴

Existe gran expectativa por el trabajo de esta especie de comisión de verdad —muy reducida— o de comisión de reconstrucción de una verdad integradora, y esta se encuentra trabajando desde el año 2007. Incluso grandes críticos de la Comisión Nacional de Reconciliación apuestan por el trabajo de la comisión de verdad y lo rescatan como un aporte concreto. Y es algo fundamental en función de la justicia transicional, ya que, como lo enfatizan algunos autores, en el caso colombiano se ha planteado un sacrificio de la justicia en función de la verdad y la reparación.

3.5.4. *Marco jurídico de desarrollo de las reparaciones*

La Comisión ha establecido con gran claridad que en principio se debe tener en cuenta que el deber y la obligación de reparación son propios de aquellos miembros de los grupos armados al margen de la ley (en adelante GAOML) que resulten beneficiados por la Ley de Justicia y Paz. En segunda medida existe el Programa Nacional de Reparaciones, que busca satisfacer la demanda de reparaciones que no se puedan cumplir con aquellos recursos y bienes entregados por los beneficiados de la ley.⁵⁵ Derivado de lo anterior, se podría establecer, entonces, que el segundo destinatario de la obligación de reparación es el Estado:

[...] conforme a la Sentencia C-370 de 2006⁵⁶ de la Corte Constitucional, este entra a asumir una responsabilidad subsidiaria en el caso en que el Estado resulte responsable por

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 148.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 34-35.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia n.º C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández, párrafo 6.2.4.1.12.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

acción o por omisión cuando los recursos propios de los responsables no sean suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas.⁵⁷

No obstante, es de gran importancia indicar que la condición de víctima no depende de un vínculo directo con alguno de los integrantes de los GAOML sujetos a la Ley de Justicia y Paz. Para las reparaciones necesarias, las víctimas únicamente deben probar el daño y el nexo causal con alguna de las conductas de estos grupos. Así:

[...] la ley 975 de 2005 prevé, a favor de las víctimas de los GAOML, que si no se logra la individualización del sujeto activo pero se comprueba el daño y se establece el nexo de causalidad con el grupo armado ilegal beneficiario, el Tribunal directamente o por remisión de la unidad de Fiscalía ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación. Por tanto, como lo establece la ley, la condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible, y en los procesos de esclarecimiento judicial su derecho a una reparación integral debe ser, en todo caso, protegido y garantizado plenamente por la autoridad judicial.⁵⁸

3.5.5. Criterios de reparación y proporcionalidad restaurativa como recomendaciones de la Comisión

Es de aclarar que la Comisión invirtió un tiempo y un esfuerzo muy considerables en la redacción de un documento destinado exclusivamente a establecer los criterios de reparación, de acuerdo con los estándares internacionales y con los postulados de la sentencia de la Corte Constitucional en su análisis sobre la Ley de Justicia y Paz. Estos criterios, según el documento,

[...] permiten realizar una ponderación de las medidas de satisfacción, las garantías de no repetición y los diferentes actos de de reparación, en especial los de carácter simbólico y colectivo, de manera que puedan constituir, en su conjunto, un marco justo y adecuado de reparación integral para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada por la Ley 975 de 2005.⁵⁹

⁵⁷ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: *Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, op. cit., p. 56.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 39.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 45.

De manera sintética y reagrupando los criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa (que han sido desarrollados por la Comisión, tras el informe de recomendaciones presentado ante el Congreso de la República), estos se reseñan a continuación:

- criterios referidos al acceso a la justicia;
- criterios que contribuyen a determinar las dimensiones del daño sufrido por la víctima;
- criterios referidos a la prueba de los daños sufridos por la víctima y de sus pretensiones en materia de reparación;
- criterios referidos a los estándares de valoración de la prueba presentada por la víctima.

3.6. Recuperación de las víctimas para la sociedad y el derecho

Más allá de todo lo relacionado con las reparaciones, que deben ser integrales, con efectos simbólicos claros, con auténticos gestos de reconocimiento del carácter de las víctimas y de los hechos cometidos contra ellas y sus seres queridos, una pregunta es fundamental en el contexto de cualquier opción de transición y de reconciliación, y tiene relación con la *recuperación* de las víctimas para el derecho y la sociedad. ¿Cómo hacer para convertir a las víctimas en ciudadanos? ¿Cómo construir confianza entre el Estado y sus instituciones y los ciudadanos?⁶⁰

Siempre ha existido un énfasis en la tarea de las instituciones, mediada además por la tensión expuesta por Max Weber entre una ética de convicción y una ética política de responsabilidad, de neutralizar y desmovilizar máquinas de guerra y actores que han azotado durante años enormes territorios y que han sometido a sus gentes a toda clase de vejámenes y atrocidades; siempre el énfasis ha estado ligado a las políticas institucionales de desmovilización, de amnistías, de acuerdos de paz que son, además, centrales en un proceso de búsqueda de la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. Pero ¿cómo recuperar a las víctimas o como integrarlas al derecho y a la

⁶⁰ Paul Seils, autor activo en el tema, en el contexto del congreso sobre el *Papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana*, celebrado en Madrid entre el 8 y el 10 de mayo del 2008 y al cual asistió el autor de este informe, subrayó, como propósito central para todo mecanismo de justicia transicional, la necesidad de construir o reconstruir confianza entre el Estado y los ciudadanos. Ello coincide con la noción de ciudadanía relacionada con la condición de víctima, aquí subrayada: el Estado es ajeno a las personas y cuando interviene lo hace de manera arbitraria o caótica, y este es un hecho, propio de organización paraestatal de la autoridad, que es necesario evitar.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

condición social de ciudadanos? En una conversación sostenida con una madre, víctima por excelencia del conflicto armado interno de Colombia y de la violencia de los grupos irregulares, ella decía: “Como ciudadana, debo aceptar las leyes y esta Ley de Justicia y Paz, debo *perdonar* incluso si es el caso, pero como madre no lo haré jamás”.

No se puede obligar al perdón; es un gesto humano de benevolencia que está radicado en el fuero interno; pero a la madre hay que recuperarla como ciudadana y la pregunta es por las fronteras entre lo interno y lo externo: ¿en qué momento el fuero interno y sus actitudes se exteriorizan en acciones vindicativas? ¿En qué momento la madre y los hijos que le quedaron vuelven al circuito de la venganza interminable? Los equilibrios son en extremo precarios. Por eso, el tema no es el hecho frío de las reparaciones económicas; se trata de reconstrucción auténtica de tejidos sociales destruidos o de hecho nunca existentes, de la creación de un principio mínimo de confianza como condición elemental para el funcionamiento del derecho, de auténtica solidaridad frente al dolor de los otros que debe ser el propio.

La ética de un escéptico puede ser en este caso ilustrativa. Es el caso de Schopenhauer, con su bella concepción del *mitleiden*, que no es la mera compasión —muy marcada en el lenguaje castellano por la tradición católica—, sino un ejercicio auténtico de *sufrir con el otro*, de reconocer que el otro está hecho de la misma materia, del mismo fuego incesante y que, por lo tanto, el dolor del otro necesariamente es el propio, pues coincide en la base y sustancia de la que todos estamos hechos. Ello parecería ingenuo cuando se oyen las narraciones sobre la manera como se ha matado y ultrajado durante años, pero el punto de partida es justamente el espectáculo siniestro del horror, es el dolor que a todos amenaza, y por eso la solidaridad en estos términos no es apenas discursiva, hipócrita o se diluye en pura retórica. La noción de *humanidad*, con la que tanto se trabaja en función de la *lesa humanidad*, es una construcción normativa, discursiva; en cambio, una ética del sufrimiento compartido es una base incluso irracional previa a construcciones normativas. El tema de la justicia de transición pactada es apenas un término técnico; desde el punto de vista humano, nada funcionará sin pactos, sin nuevas alianzas, sin una auténtica solidaridad como paso previo a toda decisión política o jurídica.⁶¹

⁶¹ El siempre recordado Alessandro Baratta en los últimos años de su vida estaba trabajando en la idea de la *alianza*, antes que en la de *pacto social* convencional, que a su juicio estaba desgastada en la cultura de Occidente y que, en todo caso, representaba en la práctica un pacto de exclusión. Un autor base de esta reflexión y que sostuvo discusiones alentadoras con Baratta fue Paul Ricoeur y su visión de la alianza en el bello texto *Finitud y culpabilidad*.

No se trata de falsas promesas, basadas en supuestos estatutos de víctimas que en el proceso penal irían contra el sindicato, ni se trata de flexibilizar y acabar con los principios fundamentales del derecho penal —como la legalidad, la prohibición de retroactividad, el hecho de convertir todo en imprescriptible, de convertir toda suerte de delitos por vía de extrañas conexidades en delitos de lesa humanidad—; no se trata de crear falsos tipos penales o de acomodar como sea los existentes para cuadrar conductas y castigar sin sentido en nombre de la víctima; se trata de recuperarlas para el derecho, de construir auténtica confianza de ellas en los sistemas jurídicos que le han sido adversos y en las instituciones estatales que no solo han sido contingentes, sino contrarias a las víctimas por excelencia.

No obstante, el panorama parece desolador. Sobre todo a partir de los sucesos ocurridos en el mes de mayo en relación con la extradición y de sucesos que han sido reportados ya incluso por entidades estatales —por ejemplo, ya existe información que da cuenta de la incapacidad, hasta hoy, de la Ley de Justicia y Paz para repararlos—. En la tercera semana de abril del 2008, un senador de la República promovió un debate muy documentado sobre los resultados de la ley en tres años, y las conclusiones son desalentadoras. Según el congresista, con documentos que lo sustentan, el número de víctimas registradas es de 125.368, pero solo 8.634 han asistido a las versiones libres; hay 68 defensores públicos para todo ese número, es decir, 815 víctimas por defensor; además, solo 12 psicólogos para el número total de víctimas, es decir, 10.447 víctimas por psicólogo —cuestión que compromete más al Ejecutivo que al sistema judicial en cuanto a recursos—. Pero lo más complejo y que ha llevado a la comunidad jurídica —no solo a las ONG, sino en general— a ser profundamente escéptica respecto al proceso es el manejo de los bienes para la reparación.

En este punto, el debate en el Congreso fue contundente y se concluyó lo siguiente, como lo registra un medio muy serio que recogió la sustancia del debate:

[...] hasta ahora hay 9.000 millones (4,5 millones de dólares) en el Fondo de Reparación. Es decir, si el gobierno va a hacer una reparación por vía administrativa, que oscila entre 13 y 18 millones de pesos por persona, el dinero saldrá necesariamente del fisco nacional y no de las inmensas fortunas de los paramilitares.⁶²

⁶² "Justicia y Paz. Las que pierden siempre", en *Revista Semana*, Bogotá, 21-28 de abril del 2008, p. 45.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Existen toda clase de problemas relacionados con los bienes; por ejemplo, se quiere que estos se encuentren saneados, es decir, que no tengan problemas de hipotecas ni otros similares. Pero la administración de justicia recibe bienes llenos de problemas, que deben pagar deudas, que pertenecen a otras personas, etcétera. En resumidas cuentas, con los bienes con que se cuenta en principio en este momento y frente al número de víctimas, si hoy se dividieran los recursos, a cada víctima le correspondería un total de 4 dólares, lo cual es desde luego absurdo. Para la segunda mitad del mes de mayo y luego de la extradición de los jefes paramilitares, asombra el hecho de que hay propiedades que están siendo allanadas por las autoridades judiciales y que, se dice, serán sujetas a procesos de extinción de dominio. Solo hasta ese momento se reaccionó. Habrá que ver qué sucede hacia el futuro con estos bienes, si se otorgarán realmente a las víctimas, si no quedarán en manos de testaferros, si no se perderán en manos privadas o si serán recuperadas por los actores armados o por los corruptos que andan por doquier. Las conclusiones que se han adelantado en estos meses críticos de abril y mayo deben servir para reprogramar, para reconducir actuaciones, para que todas las instituciones adelanten lo suyo. Se concluye, en efecto, que “no se necesita una bola de cristal para darse cuenta de que las perdedoras en esta historia serán las mismas de siempre: las víctimas”.⁶³

3.7. Depuración de oficinas, entidades estatales o vinculadas al Estado (procesos de la denominada *parapolítica*)

3.7.1. *Historia, antecedentes y situación actual*

El llamado *escándalo de la parapolítica*, con el cual se conoce el hecho de que numerosos miembros del Parlamento o políticos de profesión han estado ligados de una u otra manera con grupos paramilitares, tuvo lugar poco después de que se diera inicio a las versiones de los postulados a la Ley de Justicia y Paz. Las primeras investigaciones se abrieron en Sucre, un departamento de la costa atlántica, e involucraron a tres congresistas, quienes se encuentran detenidos desde noviembre del 2006. En ese mismo departamento la Fiscalía capturó a cuatro diputados, dos de los cuales aceptaron tener nexos con los paramilitares. La segunda etapa involucró a políticos de los departamentos del Cesar y Magdalena, de los cuales cinco se encuentran en prisión desde el 15 de febrero del 2007.

⁶³ *Ibidem*.

De los políticos del Magdalena involucrados con la parapolítica, tres ya aceptaron los cargos de concierto para delinquir agravado. El primero de ellos fue un ex congresista; el segundo fue el ex gobernador del departamento, quien renunció a su fuero para no ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia y se acogió a sentencia anticipada, razón por la cual fue condenado a solo 44 meses de cárcel en octubre del 2007; por último, un ex representante a la Cámara y prófugo de la justicia, quien anunció su entrega a las autoridades después de haber renunciado a su fuero.

La tercera fase fue una sorpresa para el país, cuando un senador —hoy condenado— mencionó una particular reunión celebrada entre varios jefes paramilitares y políticos en Santa Fe de Ralito, Córdoba, absteniéndose de nombrar a los supuestos implicados. Pero en enero del 2007, Salvatore Mancuso, uno de los jefes paramilitares desmovilizados, le entregó a la Fiscalía el documento en el que él, *Don Berna, Diego Vecino y Jorge 40* —todos jefes paramilitares— y 26 políticos, entre los cuales se encontraban cuatro senadores, siete representantes a la cámara, cinco alcaldes y seis civiles, firmaban un acuerdo el 23 de julio del 2001 —bajo el gobierno de Andrés Pastrana pero sin su auspicio— en el cual se comprometían a refundar la patria y propender por la paz de Colombia.⁶⁴ Dado el lugar en el que fue firmado —población de uno de los departamentos de más alta influencia paramilitar—, el documento se conoce como el *Pacto de Ralito*.

Siguieron los departamentos de Antioquia y Casanare, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictó orden de captura contra representantes a la Cámara de este último departamento y llamó a indagatoria a un senador antioqueño, presidente de un partido cercano al presidente de la República.

Todos estos políticos —senadores, representantes a la cámara y gobernadores— gozan de un fuero especial que implica la investigación y el juzgamiento de sus casos por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, varios de ellos decidieron renunciar a su cargo y por ende a su fuero, para así ser investigados por la Fiscalía General de la Nación y juzgados por los jueces ordinarios.

En razón de lo anterior, el ente investigativo debió crear una nueva unidad, la cual está conformada por un equipo de once fiscales experimentados, bajo la dirección

⁶⁴ “Ahora siguen los de Ralito”, en *El Espectador*, 17 de febrero del 2007, <<http://www.elespectador.com/elespectador/Secciones/Detalles.aspx?idNoticia=5960&idSeccion=22>> (18.2.2008).

ALEJANDRO APONTE CARDONA

de un ex funcionario de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y se encargará exclusivamente de los expedientes de la parapolítica.⁶⁵

3.7.2. *Personas involucradas en la parapolítica*

Hasta el mes de mayo del 2008, más de ochenta políticos, entre servidores públicos, alcaldes, gobernadores y congresistas, han sido vinculados de una u otra manera con los grupos paramilitares, algunos de ellos acusados penalmente por delitos como concierto para delinquir agravado, fraude electoral, e incluso homicidio y secuestro.⁶⁶ De los involucrados, 54 tienen procesos abiertos, varios de ellos se encuentran en la cárcel bajo medida de aseguramiento, al menos tres ya han sido condenados, y solo uno ha sido absuelto de los cargos y ha vuelto a ocupar su cargo en el Congreso de la República.

La mayoría de estos políticos provienen de los departamentos que limitan con el mar Caribe —océano Atlántico—, como Córdoba, Magdalena, Sucre, Cesar, Atlántico y Bolívar. Este fenómeno encuentra su razón de ser en la estructura social de dichos departamentos, eminentemente ganaderos, en los cuales la propiedad de grandes cantidades de tierra en cabeza de una sola persona es fundamental para el desarrollo de dicho negocio, y al mismo tiempo es esencial para este la presencia de grupos de autodefensas que protejan sus intereses. Ello tiene gran influencia en los temas políticos, pues los candidatos que después se convierten en los gobernantes de dichas regiones provienen de cacicazgos familiares que son protegidos, pero que a la vez financian grupos paramilitares.

Del total de congresistas involucrados en este escándalo, 33 provienen de los departamentos antes enunciados. De los gobernadores investigados y/o condenados, solo uno representaba a un departamento del interior del país; los demás representaban a los departamentos de Sucre, Magdalena, César y Córdoba.

Respecto de los parapolíticos que han renunciado a su fuero, diez son congresistas —cinco cuando fueron llamados a indagatoria y cinco cuando los llamaron a juicio—,⁶⁷ y cuatro son gobernadores. Para el año 2008 se espera un número importante de

⁶⁵ “Los fiscales de la para-política”, en *Revista Semana*, 20 de octubre del 2007, <http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=107067>, (18.2.2008).

⁶⁶ Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo: *Cientos de servidores públicos implicados con el paramilitarismo en Colombia. Dime con quién andas y te diré quién eres*, Bogotá, 15 de abril del 2007, <http://www.parapolitica.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=39&Itemid=60> link: personajes de la parapolítica (18.2.2008).

⁶⁷ “En un año, la ‘parapolítica’ ha sacudido 16 departamentos”, en *El Tiempo*, 7 de noviembre del 2007.

sentencias condenatorias; puede decirse que es la primera vez que en el país se genera un proceso de estas características. Respecto del tema que nos interesa, será la Sala Penal de la Corte la encargada, en su momento, de establecer si hubo relación directa o no entre la actuación de los políticos y la comisión de crímenes internacionales por los grupos paramilitares; por ahora la discusión se ha restringido, mayoritariamente, a la aplicación del tipo penal de concierto para delinquir.

3.7.3. El escándalo de la parapolítica y el gobierno vigente

A este número, reseñado para la discusión del Grupo de Estudios hasta el mes de febrero, se han ido agregando nuevos miembros del Congreso de la República, uno por uno investigados por el gran escándalo, que llegó incluso hasta la presidente del Congreso. Para el domingo 20 de abril hay 65 congresistas investigados, 29 se encuentran en la cárcel bajo medida de aseguramiento y 5 ya han sido condenados. Y apenas comienza la semana siguiente, en una sucesión escandalosa de hechos, se llega a un punto culminante: el 22 de abril se libra orden de captura contra un senador que es primo del presidente de la República; el primo, en un hecho vergonzoso e indigno, pide asilo en una embajada que con claridad se lo niega, se autoproclama perseguido por la justicia y, al final, se entrega sin pena ni gloria.

La reacción del Poder Ejecutivo ha sido generar mantos de duda sobre el sistema judicial, a tal punto —y como ha sido la constante en esta segunda etapa de gobierno— que el presidente se enfrenta directamente a la Corte Suprema de Justicia, al mismo tiempo que, en un doble discurso, asegura la independencia y autonomía del sistema judicial. Hoy se vive un proceso supremamente complejo a partir de estas decisiones del sistema judicial que, sin miedo, se enfrenta a una corrupción estructural y a una violencia endémica, e incluso el Ejecutivo ha acusado al sistema judicial de propiciar la desestabilización institucional. O sea, se trata de una gran paradoja: quien investiga al corrupto y al criminal que ha desinstitucionalizado el país termina en un programado y reiterado discurso en todos los medios a disposición como el responsable de dicha inestabilidad. Es, sin duda, un proceso de creación de enemigos que pueden ser incluso enemigos institucionales.

Todo lo narrado es realmente vergonzoso y tiene que ver directamente con nuestro tema, porque no se trata tan solo de acciones de corrupción masivas, sino de toda suerte de hechos delictivos, muchos de ellos relacionados con crímenes internacionales,

ALEJANDRO APONTE CARDONA

como es por ejemplo el desplazamiento forzado. Muchos de los congresistas ligados a grupos ilegales fueron elegidos luego de amenazas, asesinatos y otros crímenes cometidos contra los electores que quería sufragar por otros candidatos, o por crímenes directamente cometidos contra dichos candidatos. Por eso, algunos congresistas que no están salpicados por el escándalo y que desean adelantar una reforma política más seria al Congreso, hacen relación a las víctimas surgidas de los votos y de las prebendas de políticos ligados al paramilitarismo. No sería solo el problema del concierto para delinquir, sino del escenario de crímenes que subyace a este modelo de cooptación institucional y de profundización de la corrupción política. Es de aclarar, por ello, que no se trata —y el sistema judicial lo ha entendido muy bien— de meros delitos contra el sufragio, como constreñimiento al elector o compra de votos, sino de verdaderos crímenes contra las personas que querían ejercer su derecho al voto en una sociedad que se vanagloria de ser auténtica democracia por el hecho simple de que se repitan las elecciones. Por ello, para el sistema judicial, se trata de la comisión del delito de concierto para delinquir agravado: se le da contenido, a partir de hechos sociológicos claros, a un tipo penal complejo y crítico.

3.8. Subversión de los procedimientos e ilegitimidad del Parlamento

Si, con Niklas Luhmann, es dable decir que las decisiones en el Estado moderno solo se pueden legitimar a través de los procedimientos, si no hay verdades previas y por ello la decisión procedimental constituye la verdad de la decisión misma, entonces, cuando el 30% de un Congreso de la República está ligado de una u otra manera a grupos paramilitares y muchos de sus congresistas ya han sido hallados responsables por el sistema de justicia penal, se trata de un Congreso ilegítimo, cooptado en un gran porcentaje, y la pregunta es: ¿qué legitimidad tienen las decisiones adelantadas en procedimientos aquejados por semejante ilegalidad? Se trata de una crisis profunda y la respuesta de una gran mayoría de los congresistas ha sido superficial y cínica; o sea, no hay realmente voluntad política de acabar con todos los privilegios de la corruptela, de la ilegalidad; en todo caso, la reacción por no perder dichos privilegios es muy grande.

3.9. La forma de organización paraestatal de la violencia

El problema es, en todo caso, más profundo: se trata de aquello que bien puede llamarse, con Von Trotha, “la forma de organización paraestatal de la violencia”,

concebida como autoridad. Es decir, de una auténtica forma paraestatal de dominio territorial, de ejercicio de autoridad, de administración de recursos, de recolección de impuestos.⁶⁸

La histórica debilidad estatal para promover y asegurar unos presupuestos mínimos de convivencia pacífica entre los ciudadanos, para promover metas colectivas auténticas, para incentivar una mínima conciencia en el valor del derecho, ha sido sustituida por un ejercicio de autoridad privado, implacable, cruel y sin ataduras normativas, por lo menos en función de quienes lo padecen como víctimas.⁶⁹ Tras una institucionalidad apenas *contingente*, casi puramente formal en enormes extensiones territoriales, ha vivido una paraestatalidad que se ha lucrado de todos los recursos públicos y que ha constituido la “autoridad” real en estos territorios; decenas de políticos se beneficiaron de ello, lo aprovecharon, ajustaron la contingencia a la paraestatalidad y el resultado ha sido todo un Estado paralelo con sus propias reglas, un ejercicio de todo tipo de violencia, cooptación a sangre y fuego de autoridades y recursos por verdaderos ejércitos de ultraderecha. Es aquí donde tiene sentido de nuevo la pregunta formulada al inicio de este trabajo: ¿puede ser reconducida de alguna manera en el derecho este tipo de violencia paraestatal, de violencia desinstitucionalizada y por principio situada por fuera de todo ordenamiento jurídico? El autor de este informe cree que allí yace

⁶⁸ Trutz Von Trotha: “Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols”, en Brigitta Nedelmann en colaboración con Thomas Koepf (ed.): *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1997, pp. 130. El sociólogo utiliza cuatro criterios para analizar la paraestatalidad dentro del marco de la crisis de la noción occidental de monopolización estatal del ejercicio de la violencia: el papel de la violencia en la administración y en la política, la “domesticación jurídica o normativa del poder central”, la “cultura de la violencia” y el grado de urbanización de las sociedades. Todos estos criterios confluyen en el caso colombiano: ha existido un papel preponderante de la *reine Gewalt* (la violencia pura), para hablar de nuevo con Benjamin, una precaria o casi nula, en enormes territorios, “domesticación” de la violencia, una urbanización caótica en diversas ciudades y una generalización del paradigma del recurso a la violencia para la solución de todo tipo de conflictos. El autor de este informe, no obstante, no está de acuerdo con algunos autores que se refieren a la *cultura de la violencia* en el país y a su generalización; prefiere, mejor, hacer referencia a la generalización del paradigma de la autodefensa, de la autoprotección: ante la precariedad de la presencia estatal, o ante su presencia caótica, desinstitucionalizada, las gentes se habilitan a sí mismas en un ejercicio incesante de autodefensa, de autoprotección, y ceden su protección a actores armados ilegales.

⁶⁹ Estas debilidades han sido entendidas, a manera de ejemplo y por autores clásicos sobre el tema, como Almond y Pye, como *crisis de penetración* y *crisis de integración*. Son crisis que se originan en la incapacidad estatal para promover una burocracia nacional, para garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, para estabilizar y regir un orden político y para agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho que dé sustento a decisiones políticas. Gabriel Almond y Bingham Powell: *Comparative Politics. A development approach*, Boston, 1966; Gabriel Almond: “Politische Systeme und politischer Wandel”, en Wolfgang Zapf (ed.): *Theorien des sozialen Wandels*, Hanstein y otras, 1979, pp. 111-251.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

el verdadero desafío de toda esta maquinaria activada en función de políticas propias de la justicia de transición.

3.10. Desarme, desmovilización, reintegración (DDR)

3.10.1. Historia y antecedentes de los diversos mecanismos implementados

El reto que enfrenta Colombia con el proceso de desmovilización, desarme y reintegración que se está llevando a cabo como fruto de las negociaciones realizadas con las Autodefensas Unidas de Colombia —pero que vincula también a todos los miembros de otros grupos armados al margen de la ley, como las FARC y el ELN—, no ha sido el único, debido a que el país se ha encontrado constantemente en situaciones de conflicto armado. Por eso se considera importante hacer una breve exposición de las experiencias anteriores, con miras a obtener una visión más amplia en cuanto a los procesos de desarme, desmovilización y reintegración en el país.

3.10.2. Los procesos recientes de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia (DDR)

Un antecedente fundamental de lo que se denomina DDR fue el relacionado con los acuerdos de paz y reinserción con el Movimiento 19 de Abril, mejor conocido como el M-19. Esta iniciativa surgió en el gobierno de Belisario Betancurt y culminó con un acuerdo político entre el movimiento y el gobierno en 1990, a instancias de otro presidente, por medio del cual el movimiento se desmovilizó y se reintegró a la vida civil. Pero este proceso no fue fácil y para ello el gobierno del presidente Barco estableció tres fases de negociación: desarme, transición y reincorporación a la vida civil. En enero de 1989 se estableció un esquema de negociación, en el cual se crearon, entre otros aspectos, unas mesas de análisis y concertación. Como resultado del trabajo realizado en estas mesas, tuvo lugar el denominando *Pacto Político por la Paz y la Democracia*, firmado en noviembre de 1989, en el cual se recogieron las propuestas y reformas en cuestiones políticas, socioeconómicas y de justicia. Incluso se agregó una ley de indulto y un acuerdo sobre favorabilidad política.

Como consecuencia del Pacto Político por la Paz y la Democracia, el 9 de marzo de 1990 se firmó un acuerdo político entre el gobierno nacional, los partidos políticos, el M-19 y la Iglesia católica, en calidad de “tutora moral y espiritual” del proceso. El fin de este nuevo pacto era culminar exitosamente el proceso de paz y reconciliación con el M-19, refrendando los acuerdos previos e incluyendo elementos adicionales que en un principio hacían parte de una reforma constitucional que no se pudo llevar a cabo en 1989. A raíz de ese proceso, “unos 800 combatientes del M-19 se desmovilizaron y pronto irrumpieron en el escenario político y electoral con importantes resultados, a pesar del asesinato de uno de sus comandantes”.⁷⁰

Durante el gobierno del presidente Virgilio Barco se lograron acuerdos de paz, además, con grupos armados al margen de la ley tales como el Movimiento Quintín Lame (MQL), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT).⁷¹ Finalmente, del Movimiento Quintín Lame —que “se asumió como brazo armado de un movimiento social indígena”—⁷² se desmovilizaron 157 guerrilleros,⁷³ cuya entrega de armas se realizó frente a las comunidades indígenas.

Pero lo realmente importante es que, además de lograr su desmovilización y reintegración a la sociedad, se permitió la participación de estos movimientos en la Asamblea Nacional Constituyente, con el EPL y el MQL se conformó la Comisión de Superación de la Violencia y con el PRT se organizó la Comisión de Derechos Humanos de la Costa Atlántica.⁷⁴

En 1991 se produjo el primer antecedente de desmovilización de paramilitares en Colombia. De manera casi imperceptible, se desmovilizaron alrededor de dos centenares de miembros de las autodefensas campesinas del Magdalena medio, liderados por un comandante paramilitar que luego fue muerto. Este proceso “se redujo a la devolución

⁷⁰ Procuraduría General de la Nación: *Seguimiento a Políticas públicas en materia de desmovilización y reincorporación*, t. II, Bogotá, junio del 2006, p. 49.

⁷¹ En cuanto al EPL, este “[...] se organizó y se dio a conocer en el año 1965 como el brazo armado del Partido Comunista de la línea china maoísta, esto es, dentro de la más ortodoxa doctrina de la lucha armada guerrillera”. Durante el gobierno del presidente Belisario se negó a colaborar con las negociaciones para llegar a un acuerdo de paz, pero en el año de 1980 se firmó un acuerdo de paz “acogiéndose una parte de sus miembros a la amnistía política; no obstante, este fracasó debido a la muerte de su líder y dado el hecho que los reincorporados volvieron al movimiento. Finalmente firmaron un acuerdo de paz con el gobierno del presidente Barco, que trajo como consecuencia la desmovilización de 2.100 guerrilleros —que se reincorporaron a la vida civil— y la entrega de armamento por parte del grupo”.

⁷² Procuraduría General de la Nación: op. cit., p. 49.

⁷³ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁴ *Ibidem*.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

de las armas al Ejército, el otorgamiento de beneficios jurídicos y la dispersión sigilosa de los desmovilizados”.⁷⁵

Por otro lado, con otro movimiento armado denominado Corriente de Renovación Socialista (CRS) se iniciaron negociaciones en 1993, las cuales culminaron en 1994 con un acuerdo de paz “estructurado alrededor de tres asuntos básicos: la reincorporación a la vida política democrática de la CRS como organización, la acción social hacia comunidades y territorios en donde la CRS tuvo presencia armada; y los beneficios jurídicos, económicos y sociales de reinserción para sus miembros”.⁷⁶ Gracias a este acuerdo se logró la desmovilización de 433 guerrilleros reintegrados a la sociedad, además de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual ha venido promoviendo iniciativas de paz.⁷⁷ Lo que interesa reseñar en este informe es el hecho, ya descrito, de que de manera tradicional han sido los grupos guerrilleros los sujetos de estos procesos de desmovilización, desarme y reinserción; además, nos interesa en cada caso resaltar el número de combatientes integrados a la vida civil. A continuación se hará referencia al desarrollo de estos procesos con otros actores, es decir, con los grupos de autodefensas o grupos paramilitares.

3.10.3. Historia del actual proceso de paz con las autodenominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)

A finales del año 2002 se inició el proceso de negociación con las autodefensas, a raíz de sus manifestaciones en el mes de noviembre relativas a un cese de hostilidades, frente a lo cual el gobierno decidió crear la Comisión Exploratoria de Paz, para que se contactara con el grupo, mientras que el alto comisionado para la paz se encargaría de informar sobre los avances del proceso. Cuando comenzaron los diálogos, a principios del 2003, se establecieron cuatro mesas de diálogo paralelas de las AUC: el Bloque Central Bolívar (BCB), la Alianza Oriente y las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM).

Con los jefes de las AUC se firmó un acta de compromiso mediante la cual se los obligó a mantenerse en el proceso para no perder la comandancia de sus estructuras. Por ello:

⁷⁵ Ibídem, p. 51.

⁷⁶ Ibídem, p. 53.

⁷⁷ Ibídem, p. 51.

Los días 14 y 15 de julio en Tierralta (Córdoba), el Alto Comisionado para la Paz, los miembros de la Comisión Exploratoria y delegados de la iglesia católica, se reunieron con los representantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, suscribiendo el 15 de julio el acuerdo de Santa Fe Ralito para contribuir a la paz de Colombia.⁷⁸

Mediante el mencionado acuerdo, el gobierno y las Autodefensas de Colombia acordaron dar inicio a una etapa de negociación. El gobierno se comprometió a tomar las medidas necesarias para lograr la reintegración de los combatientes a la sociedad civil y las Autodefensas se comprometieron a desmovilizar la totalidad de sus miembros antes del 31 de diciembre del 2005; de manera similar se realizó el manejo de la negociación en las mesas paralelas.⁷⁹ (Se hace referencia aquí a la noción de *combatientes*, como quiera que en el contexto del proceso de desmovilización y con base en la aplicación de la ley se otorga tal reconocimiento a estos actores.) Posteriormente:

[...] el 23 de enero de 2004, el presidente Álvaro Uribe y el Secretario General de la OEA, César Gaviria, firmaron el convenio que permitió poner en marcha la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos, OEA (MAPP-OEA), la cual empezó a ejercer sus funciones en el territorio nacional a partir del mes de febrero del mismo año. Este hecho, articulado a la puesta en marcha de una mesa de diálogo unificada con la concurrencia de las AUC y el BCB el 31 de marzo de ese año, ayudó a generar el proceso que llevó a la firma del Acuerdo de Fátima, el 13 de mayo de 2004. En dicho acuerdo se decide poner en marcha, a partir del 15 de junio, una Zona de Ubicación Temporal —ZUT— en Tierralta, Córdoba, la cual es formalmente inaugurada en Santa Fe Ralito el 1 de julio de ese año.⁸⁰

El proceso de desmovilización —realizado en 38 actos— se inició el 25 de noviembre del 2003 con un bloque muy importante en la ciudad de Medellín y culminó el 15 de agosto del 2006 con la desmovilización de otro bloque numeroso. A mediados de agosto del 2006, el gobierno ordenó la concentración de los jefes desmovilizados de las autodefensas, en un centro especial para que posteriormente fueran trasladados a una cárcel de máxima seguridad.

En un estudio realizado por la Alta Consejería de la Reintegración de la Presidencia de la República, entre agosto del 2002 y septiembre del 2007, se da cuenta de que se han

⁷⁸ Alto Comisionado para la Paz: *Proceso de paz con las Autodefensas*, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/g_autodefensa/dialogos.htm (12.2.08).

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

ALEJANDRO APONTE CARDONA

desmovilizado 45.300 miembros de las Autodefensas de Colombia; de la cifra anterior, 31.671 personas se desmovilizaron a raíz de las negociaciones de paz entre el gobierno y diferentes bloques que componen todo el movimiento de las Autodefensas en las diferentes regiones del país.⁸¹

3.10.4. Política pública para la efectiva implementación del proceso de DDR

Con el propósito de cumplir con los paradigmas de verdad, justicia y reparación, se ha dicho:

El Estado Colombiano necesita identificar las diferentes alternativas que puedan conducir a la materialización de los principios de justicia transicional, con el fin de allanar el camino para la construcción de la paz y la reconciliación nacional. En desarrollo de ello, el Congreso de la República expidió un marco normativo para la reincorporación de miembros de grupos organizados al margen de la ley.⁸²

El proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) es un experimento complejo que se encuentra en una etapa inicial; hay logros y situaciones que ameritarán en un futuro próximo una evaluación en detalle, en función de objetivos ligados a la posible paz no solo formal. Así se concibió en un principio: el desarme conlleva “un desarme físico que ocurre en áreas de concentración o asamblea en el curso de negociaciones de paz, en donde las armas serán confiscadas, almacenadas en sitio seguro y finalmente destruidas”.⁸³ El proceso de desmovilización, a su vez,

[...] pretende provocar una ruptura en los imaginarios de los ex combatientes. La idea consiste en alejar a los combatientes de las lógicas de guerra [...] y en definitiva, los planes de desmovilización buscan establecer a priori las condiciones de un regreso estable a la vida civil.⁸⁴

Ahora bien, es de gran importancia establecer de antemano la diferencia entre un proceso de reintegración y uno de reinserción. El proceso actual de Colombia conlleva la necesidad de estructurar un proceso adecuado y efectivo de reintegración de los ex

⁸¹ Presidencia de la República, Alta Consejería para la Reintegración: *La estrategia de reintegración: un reto que requiere la participación de todos*, noviembre del 2007.

⁸² Procuraduría General de la Nación: o. cit., p. 16.

⁸³ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁴ *Ibidem*.

combatientes a la vida civil. Según la Procuraduría General de la Nación, los procesos de reintegración:

Consta[n] de dos etapas: la reinserción inicial y la reintegración a largo plazo. La reinserción es entendida como el periodo breve de la llegada del ex combatiente a su lugar de origen o residencia, o a una nueva comunidad. La reintegración es un proceso prolongado que pretende asegurar el desarme permanente y una paz sostenible.⁸⁵

De esta manera, el proceso de reintegración implica una capacitación psicológica y económica para que la transición de tales ex combatientes a la vida civil conlleve la protección y garantía de sus derechos fundamentales.⁸⁶ La política pública contempla tanto la desmovilización individual como la desmovilización colectiva.

3.10.5. Programa de reincorporación de población desmovilizada

Por medio de la programación e implementación de planes y proyectos que buscan facilitar la reincorporación a la vida civil de los desmovilizados, el programa de reincorporación a la vida civil de personas y grupos alzados en armas ha buscado la formación integral y dinámica de estos.⁸⁷ En el año 2006, el gobierno nacional destinó unos 500 millones de dólares del presupuesto nacional para el programa de reincorporación de la población desmovilizada.⁸⁸

Dentro del programa se destaca, de manera principal, la atención humanitaria, consistente en: a) en caso de desmovilización individual, hay atención en hogares de paz, tanto para el desmovilizado como para su núcleo familiar, durante 24 meses; b) en caso de desmovilización colectiva, los desmovilizados y sus núcleos familiares son atendidos en hogares independientes durante 18 meses.⁸⁹

Durante el proceso de reincorporación del desmovilizado se busca adelantar un programa de seguridad y protección, a partir de un diagnóstico de la situación de seguridad.⁹⁰ Hay un énfasis particular en la protección de la salud, que incluye los beneficios propios del régimen subsidiado en salud.⁹¹ De la misma forma, respecto de la educación, se dice en los documentos oficiales:

⁸⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 95-96.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Como parte del proceso de reincorporación y fortalecimiento de la sostenibilidad del proyecto de vida del desmovilizado, el proceso de formación busca garantizar la integralidad y desarrollo de las potencialidades de esta población. El objetivo es garantizar a la sociedad seres humanos con valores solidarios, sensibles y capaces de un desempeño y participación social. Para ello se hace énfasis en el trabajo con base en tres criterios: calidad, cobertura y pertinencia.⁹²

Al desmovilizado se lo apoya para el impulso de proyectos productivos, buscando que estos sean sostenibles y tratando de comprometer en ello a la empresa privada.⁹³

La Alta Consejería para la Reintegración ha hecho un estudio respecto de los niveles y porcentajes correspondientes a trabajo, salud, educación y edades de los grupos de desmovilizados, ya sea de manera individual o colectiva.⁹⁴ A continuación se resumen tales resultados:

- Según los porcentajes suministrados por diferentes autoridades encargadas directamente de los procesos de desmovilización, las siguientes son las edades de los desmovilizados individualmente: un 47% tiene entre 18 a 25 años, un 47% tiene entre 26 a 40 años y un 6% es mayor de 40 años. A su vez, respecto de las desmovilizaciones colectivas, un 33% tiene entre 18 y 25 años, un 65% entre 26 y 40 años y un 9% es mayor de 40.⁹⁵
- En materia de educación, de los desmovilizados individuales el 46% ha cursado educación básica primaria, el 23% ha cursado secundaria, un 3% es analfabeto y un 12% tiene otros estudios. De los desmovilizados en forma colectiva, un 44% ha cursado educación básica primaria, un 47% ha cursado secundaria, un 5% es analfabeto y un 4% ha cursado otros estudios.⁹⁶
- En materia de salud, el 71% de la población desmovilizada de manera individual y colectiva tiene acceso al servicio básico ya mencionado. La meta del gobierno nacional es que para marzo del 2008 el 100% de la población desmovilizada tenga atención de salud.⁹⁷
- En materia laboral, los desmovilizados que están trabajando son un 55%, es decir, unas 19.803 personas. Ahora bien, el 72% de ellas tiene un trabajo informal el y 28% un trabajo formal. El restante 45%, es decir, unas

⁹² *Ibidem*, pp. 104-105.

⁹³ *Ibidem*, pp. 115-116.

⁹⁴ Presidencia de la República, Alta Consejería para la Reintegración: op. cit. Se trata de datos que deben ser confrontados y actualizados permanentemente.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

16.264 personas, no está trabajando. Tal como fue establecido en la sección anterior, con la facilidad para acceder a los proyectos productivos y planes de negocio se busca generar empleo para 4.652 personas y así faltarían unos 11.612 desmovilizados por emplear.⁹⁸

Quien tenga interés en profundizar en el tema puede consultar los documentos básicos de la Alta Consejería, así como los de los organismos internos encargados de apoyar y colaborar en el desarrollo efectivo del proceso de DDR en Colombia, como el comité previsto para ello de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Es un tema en permanente evolución que debe ser actualizado en sus diferentes componentes. Además, se deben estudiar los informes producidos por observatorios internacionales externos al proceso de DDR, como el Observatorio del Centro Internacional de Toledo para la Paz, cuyo primer gran informe se hará público en diciembre del 2008 (este informe, además, dará cuenta de los resultados del área sobre políticas públicas respecto de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y de los resultados minuciosos y sistemáticos del área de justicia).

3.10.6. Organización de los Estados Americanos (Misión de Apoyo al Proceso de Paz MAPP-OEA) en su seguimiento al proceso de DDR y a la Ley de Justicia y Paz

La Organización de los Estados Americanos suscribió un convenio con el gobierno colombiano —representado por el presidente Álvaro Uribe Vélez— el 23 de enero del 2004, con miras a brindar colaboración mediante el acompañamiento al proceso de paz, razón por la cual se creó la Misión de Apoyo al Proceso de Paz (en adelante, MAPP-OEA) para que se encargara de la “verificación del cese del fuego y de hostilidades, la desmovilización y desarme, y la reinserción de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que en uso de sus atribuciones constitucionales y legales realice el [gobierno] con las fuerzas irregulares”.⁹⁹

De acuerdo con dicho mandato, la MAPP-OEA está facultada para verificar el cumplimiento del cese de hostilidades, la entrega de armas y su posterior destrucción,

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Convenio entre el gobierno de la República de Colombia y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para el acompañamiento al proceso de paz en Colombia, Bogotá: enero 23 del 2004. Véase en http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2004/enero/ene_23.htm (20.2.2008).

ALEJANDRO APONTE CARDONA

apoyar las iniciativas del gobierno y de la sociedad civil que estén directamente encaminadas a la consecución de la paz y proponer recomendaciones tanto al gobierno como a los grupos armados al margen de la ley, siempre y cuando no intervenga en los asuntos internos del país ni emita juicios “sobre las decisiones jurídicas o políticas que son propias de la soberanía del Estado colombiano”.

Además, el secretario general, José Miguel Insulza, debe presentar trimestralmente un informe al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) —según lo establecido en la resolución CP/RES. 859 (1397/04)—, sobre las labores realizadas por dicha Misión. Por razones de espacio no se puede dar cuenta detallada de los informes, pero el autor remite al lector a ellos. Por ejemplo, el informe de la MAPP-OEA del 3 de julio del 2007 se refiere básicamente a la situación de inseguridad que se vive en algunas zonas del país, debido al surgimiento de estructuras armadas ilegales, al igual que a la permanencia de reductos de miembros de las AUC que no se han acogido a la Ley de Justicia y Paz y que desde la clandestinidad continúan delinquirando. Respecto de esta situación se han observado “cambios fundamentales en la dinámica de las denominadas bandas emergentes”.¹⁰⁰ Existe también el informe de la MAPP-OEA del 31 de octubre del 2007,¹⁰¹ en el cual, entre numerosos aspectos, se hace referencia a persecuciones y asesinatos de personas ligadas a organizaciones de víctimas. Al respecto es de resaltar la gran importancia que tienen las organizaciones de víctimas en todo este proceso.¹⁰²

3.11. Relevancia de los mecanismos utilizados de frente a la CPI

Este punto sigue siendo especialmente problemático. El contexto general que debe ser tenido en cuenta para abordarlo es la Ley de Justicia y Paz, y, frente a ella, por lo

¹⁰⁰ Noveno Informe Trimestral del Secretario General al Consejo General Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA). julio 3 del 2007. p. 3. Véase al respecto <http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/Trimestrales%20MAPP/cp18719s02.pdf>. Y, en relación general con los informes, <http://www.mapp-oea.org/node/12>.

¹⁰¹ Véase, al respecto la siguiente información: <http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/Trimestrales%20MAPP/CP19075S04ESPX.pdf>.

¹⁰² A continuación se destacan los centros de información de organizaciones especialmente activas en el país y que hacen seguimiento permanente a los mecanismos enunciadados. Por ejemplo, la Comisión colombiana de juristas (<http://www.coljuristas.org>). Esta organización, tiene un gran centro de documentación, publicaciones verídicas y documentos específicos se seguimiento a la ley 975, entre los que se destaca el “documento acerca del marco jurídico sobre desmovilización e impunidad en Colombia”. También la organización denominada Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, www.colectivodeabogados.org, hace un seguimiento especializado al proceso de justicia y paz. De la misma forma, el Centro de Investigación y educación popular CINEP, <http://www.cinep.org.co>, posee una gran base de datos y agencia proyectos especiales, entre los cuales, existen unos dedicados a los procesos de paz, más relacionados con el tema del presente informe. Tiene una revista especializada de análisis de hechos de coyuntura, denominada *Cien Días Vistos por CINEP*.

menos en lo que concierne a su articulado —opinión que comparten autores extranjeros que, como Kai Ambos, han trabajado acuciosamente el caso colombiano—, puede decirse en principio que la sola ley activa la competencia de la Corte Penal Internacional. Diferente era la situación anterior, por ejemplo, respecto del proyecto de alternativa penal. En su momento, el autor de este informe trabajó este problema, sobre todo en relación con aquello que puede denominarse *imposibilidad sustancial* del Estado para perseguir los crímenes internacionales. De hecho, la oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos, con sede en Colombia, insistía en que se trataba de una forma particular o velada de indulto generalizado, prohibido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La comunidad internacional participó de este debate y siempre se dijo que, pese a que no se podía considerar que en el país tenía lugar una exclusión del sistema penal o un fracaso generalizado de este, sí se debía tener en cuenta la verdadera voluntad de conducir ante el sistema penal a quienes cometían crímenes internacionales. Así se debatió el proyecto de alternativa, pero frente a la ley actual y, sobre todo, luego de la decisión de la Corte Constitucional, no es posible concluir radicalmente que pueda activarse la competencia de la Corte Penal. Ello dependerá, desde luego, de sus resultados, de su aplicación práctica.¹⁰³

Es en el desarrollo práctico de la ley y, además, en el desarrollo práctico del trabajo de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, particularmente, de los jueces especializados y de la Sala Penal de la Corte, en su tarea de investigar y juzgar los crímenes internacionales, donde se jugará en el país la posibilidad de activar o no la competencia de la Corte.

Debe aclararse que el sistema judicial de Colombia es independiente. En los niveles de presión en que se mueven los jueces —por ejemplo, respecto del Poder Ejecutivo—, ellos y los fiscales, con trabajo y valor, han probado su independencia y su capacidad de aplicar las normas penales aun en situaciones extremas de conflicto armado y de vulnerabilidad. A mediados del 2007 se presentó una situación particularmente inquietante: a raíz de una decisión de la Sala Penal de la Corte, en la cual esta negó el carácter de delincuente político a los miembros de los grupos paramilitares y se negó a asimilar el delito de sedición al delito de concierto para delinquir, el presidente de la República, por

¹⁰³ A manera de ejemplo, en el contexto del taller organizado por la Fundación Konrad Adenauer, para los fiscales de Justicia y Paz, en el mes de octubre del 2007, el profesor Kai Ambos advirtió a los fiscales, todos reunidos, sobre el hecho de que cada una de sus actuaciones sería vigilada por la comunidad internacional y estaría monitoreada, como de hecho lo está, por la Corte Penal Internacional. Lo mismo se dirá, además, a los magistrados de justicia y paz en su momento, cuando ellos intervengan con mayor vigor en la implementación de la ley.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

todos los medios, objetó la decisión y acusó a los jueces de hacer política, de trabar los procesos en curso, de obstaculizar la labor del Ejecutivo.

Es un tema que no se ha saldado, sobre todo cuando numerosos políticos aliados del presidente están siendo investigados y juzgados por la Sala Penal de la Corte. Al inicio de este informe se hacía alusión al denominado *poder de definición*; pues bien, existe hoy en día una competencia feroz, en la cual participan todos los actores, por el poder de definición, por la capacidad para otorgar un estatuto al delincuente y por establecer qué tipo de delincuente es. De ello debe estar pendiente, a nuestro juicio, la comunidad internacional y, de manera particular, los funcionarios de la Corte Penal Internacional. La selectividad extrema del sistema penal en función de ciertos actores es también fuente de impunidad o, en todo caso, fuente de aplicación política y selectiva de la norma penal, de modo que se puedan beneficiar algunos actores que no han hecho su aporte efectivo a la paz, condición mayor para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Debe destacarse, sobre todo a raíz del incidente del mes de marzo entre Colombia y Ecuador a causa de un operativo militar del ejército y la policía de Colombia en territorio ecuatoriano, incidente en el cual intervino el presidente Chávez de Venezuela, que existe en el país todavía un desconocimiento esencial de las normas fundamentales del Estatuto de Roma. Los asesores y un grupo de abogados que hoy son cuestionados por su ineptitud aconsejaron al presidente de Colombia que denunciara al presidente Chávez por apoyo y fomento de actividades genocidas (a propósito de sus nexos reconocidos con las guerrillas de las FARC). Como se ve, en las más altas esferas todavía hay confusión sobre estos temas. Desde luego, ello no prosperó, pero sirvió para dar cuenta en el país del uso inapropiado de temas fundamentales del Estatuto (además, ciertos funcionarios hablaban de la posibilidad de denunciar al presidente de Venezuela por colaboración con actividades terroristas, desconociendo incluso las normas del Estatuto sobre los crímenes internacionales).

4. Impacto de los mecanismos utilizados

Respecto de este punto existe una carencia de información notoria. No existen estudios concienzudos, analíticos que den cuenta del trabajo, por ejemplo, de la Comisión de Reconciliación, estudios sobre el funcionamiento de la Ley de Justicia y Paz, con estadísticas, con reflexiones sobre puntos concretos, a más de observaciones y comentarios parciales; tampoco hay análisis concienzudos de las políticas de DDR; se trata de procesos muy recientes que ameritan más tiempo para ser analizados. Por ejemplo, en el caso de la CNRR, tan solo desde el año 2007 se pudo consolidar el plan de acción y, a pesar de que están definidas las áreas de trabajo, con un esfuerzo muy grande de sus directores y los comisionados, ello sin duda ha generado la dificultad para que sea analizado más a fondo el resultado de su trabajo. No obstante lo anterior, para el año 2008 se espera la elaboración de diversos estudios que den cuenta del resultado en la práctica de los mecanismos utilizados.¹⁰⁴

5. Reflexión final

Tal como se expresa en el instructivo, se trata de una *reflexión final*. Es decir, en razón de los límites propios del informe, no es posible redactar una especie de ensayo o de estudio independiente; además, se ha aclarado desde el principio que no se trata de un texto teórico o académico sobre el tema tan complejo de la justicia transicional. Pero la reflexión sí debe dar cuenta por lo menos de algunos aspectos absolutamente relevantes para el contexto colombiano. Estos pueden abordarse, incluso, y como lo ha hecho la historiografía del país, en términos de paradojas: la paradoja de la guerra y el derecho,

¹⁰⁴ A manera de ejemplo, el ICTJ, que abrió hace relativamente poco tiempo sus oficinas en Bogotá, para el 30 de mayo del 2008 anunció la salida al público de las siguientes publicaciones: *Verdad, memoria y reconstrucción*, *Reparaciones a las víctimas de la violencia política y judicialización de crímenes de sistema*. También se ha generado una producción de textos especializados y recientes sobre el paramilitarismo y sobre la violencia. Se citan, a manera de ejemplo, los siguientes: Corporación Nuevo Arco Iris: *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, 2007; Alfredo Rangel: *El poder paramilitar*, Bogotá, 2005, y un texto de un Instituto muy activo desde hace 20 años en estos temas, el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional, con el trabajo conjunto agrupado bajo el título: *Nuestra guerra sin nombre*, Bogotá, 2006.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

de la guerra y la política, de la violencia y la democracia, de la violencia y la legitimidad. Ellas cruzan la historia del país. Ahora, el tema que nos ocupa también está cruzado por grandes tensiones que se expresan en textos importantes escritos en el país y que están presentes en el debate diario.

Es el caso por ejemplo de los *límites de la conciencia humanitaria* en escenarios de horror y de comisión de toda suerte de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra. A la obsesión mundial por la imposición del castigo, por el hallazgo de justicia, con fundamentos valorativos y presupuestos axiológicos absolutos e indiscutibles, se antepondría esta especie de *límite* a una conciencia humanitaria que exige castigo y luchar contra la impunidad rampante en situaciones extremas de violencia política y social. El problema de la guerra inacabada y cada vez más degradada —el caso colombiano—, junto con el hecho de experimentar procesos de paz, o por lo menos de desarme de máquinas de guerra, con enemigos no vencidos militarmente, estaría en la base de aquellos límites. Así y enfrentando estos dilemas —exigencias universalistas de castigo y situaciones fácticas indiscutibles ligadas a la guerra—, un autor especialmente activo en el tema considera:

[...] mientras una perspectiva político-punitiva de Estado democrático de derecho y de derechos humanos globalizados, en lógica universalista y abstracta, las amnistías suelen ser pensadas como simple y odiosa impunidad y como la expresión de una política que es lo otro y hasta lo opuesto del derecho, en una perspectiva político-militar, en cambio, las correlaciones de fuerza propias de la política tienden a ser representadas, en lógicas contextualista y de pluriverso internacional, como parte de los factores que informan un sentido —responsable— de justicia, y las amnistías y perdones transicionales como instituciones de pleno derecho.¹⁰⁵

En el caso del proceso que se libra actualmente con grupos paramilitares, a diferencia del proyecto de alternatividad del 2003, que fue criticado desde siempre por ser un indulto disfrazado, la Ley de Justicia y Paz no lo es directamente, pero sí contiene privilegios —en función del cumplimiento de condiciones— que pueden ser interpretados como *perdones transicionales*; en cualquier caso, la reflexión mantiene su poder denotativo. Así, el autor concluye con una preocupación base, en un texto agudo sobre violencia política y mecanismos jurídicos que circulan en la tradición del país para abordarla como pueden:

¹⁰⁵ Iván Orozco Abad: *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, 2.º ed., 2006 (1992), prólogo, p. XXVI.

El gran peligro que rodea las visiones universalistas del Estado democrático de derecho y de derechos humanos a escala global es el del sometimiento excesivo de la política y de los órganos políticos domésticos a los dictados de una judicatura internacional comprometida ciertamente con valores y con el justo castigo de criminales, pero poco preocupada por asuntos como el de los fracasos de procesos de paz en la periferia del mundo.¹⁰⁶

Son estos fracasos posibles y el drama de la periferia los hechos que enlazan con el estudio que, con referencias comparativas al caso chileno, al caso argentino o al de El Salvador, se ocupa de los “límites a la conciencia humanitaria” y, con ellos, a los “dilemas de la paz y la justicia en América Latina”.¹⁰⁷

También, las paradojas se desenvuelven, aunque el tema sea básicamente el mismo que se acaba de señalar, entre los límites del “perdón y el paredón”, como lo expresa otro libro dedicado con juicio al tema que nos ocupa. Allí, en efecto y bajo esta tensión, se abordan “las preguntas y dilemas de la justicia transicional” en un país que se debate en esta perspectiva. Se trata, en las fronteras de la guerra y la paz, de nuestra propia “geometría de la justicia transicional”, para utilizar el gráfico título de uno de los estudios que conforman el libro.¹⁰⁸ También, desde luego, el impacto posible de los mecanismos de justicia transicional hoy ensayados se liga a una paradoja ya enunciada desde un principio: “¿justicia transicional sin transición?”.¹⁰⁹

A estas paradojas o tensiones se agrega otra consideración: si el proceso desencadenado hoy por la Ley de Justicia y Paz, y a partir de los numerosos mecanismos de justicia transicional derivados de los procesos de reparación, de desmovilización y de búsqueda de reconciliación que actualmente tienen lugar en el país, constituye una especie de expectativa social creada en función de logros de paz posible, esta *expectativa* y la posible *decepción* frente a ella —para utilizar un lenguaje cercano a Niklas Luhmann, por ejemplo— deben medirse en el contexto de la guerra, de la violencia social y política degradada que se vive aún en grandes porciones del territorio en Colombia.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. XXVII.

¹⁰⁷ Se trata del texto de Orozco titulado: *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá: Temis, 2005. Es interesante y apenas anecdótico que este trabajo de Iván Orozco sea utilizado hoy por funcionarios públicos, desde el vicepresidente o ministros, como una especie de Biblia para entender aspectos relacionados con el destino de mecanismos de justicia transicional. Habrá que indagar en las telarañas del pragmatismo, el uso posible que este hace de conceptos fundados no solo en “lógicas contextuales”, sino con remisiones sociológicas y filosóficas, de hondo calado y de grandes exigencias.

¹⁰⁸ Carsten Stahn: “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”, en Angelika Rettberg: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 81 ss.

¹⁰⁹ Rodrigo Uprimny (ed.): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2006.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Toda decepción, todo fracaso de las expectativas creadas generará, necesariamente, mayor violencia. Al mismo tiempo, toda relación entre expectativas creadas y decepciones posibles debe hacerse en función de cada mecanismo que se analice. Por ejemplo, en el caso del derecho penal internacional, aplicado en su versión de derecho interno, o en el mismo caso del derecho penal ordinario que se aplique a situaciones propias de violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario, la conclusión es clara: la respuesta del derecho penal, su capacidad real de contribuir a la paz, de generar auténticos resultados en términos de justicia transicional es extremadamente limitada, y su uso meramente simbólico, la propaganda irresponsable sobre sus grandes efectos, las promesas incumplidas a sabiendas de sus límites generarán más violencia, menos impacto social, más precariedad en términos de persecución penal efectiva de crímenes internacionales. Las grandes demandas de justicia, tanto más si tienen una carga valorativa sustancial, exceden siempre la capacidad regulativa de derecho. De allí la importancia de la voluntad política real que debe estar presente en la movilización de un número adecuado y masivo de mecanismos de justicia transicional.

Una conclusión parece fácil, al mismo tiempo que corresponde a un propósito que debe comprometer a toda la sociedad: la reconciliación en función de una paz posible es el resultado efectivo de la suma de los diversos mecanismos de justicia transicional. Hay desde luego, y no en sentido peyorativo, un rasgo de utopía en ello, pero lo hay siempre incluso en los dilemas más terribles que una y otra vez se repiten en nuestro país, como se han repetido en el mundo: ¿qué hacer, con Hannah Arendt, con los *muertos* del pasado, frente a los posibles *muertos* del presente y del futuro? ¿Se debe permanecer en la dinámica del castigo en función de los que ya no están, o se puede pensar, sin mala conciencia, en evitar los muertos del futuro? Más aún: ¿cuáles son los alcances de un posible perdón —concebido en la forma de privilegios, de concesiones, de dádivas con exigencias— y cuáles los de las promesas basadas en auténticos pactos en los que la triada *verdad, justicia y reparación* sea una realidad? ¿se mira hacia atrás o hacia delante? ¿Qué se hace, socialmente, con aquellas víctimas que no tuvieron derecho a escoger posibilidades filosóficas? En procesos de transición en medio de la guerra, solo hay espacio real para los interrogantes, al mismo tiempo que es una obligación repensarlos una y otra vez; en todo caso, si el proceso o los procesos fallan, por las razones que sea, será de nuevo la circularidad de la guerra inacabada y de la violencia degradada el destino que los cubra.