

3

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Perspectivas y retos del proceso penal



Andrés Felipe Duque Pedroza (Compilador)

Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



Universidad
Pontificia
Bolivariana

345.05
D946

Duque Pedroza, Andrés Felipe, compilador
Perspectivas y retos del proceso penal / Andrés Felipe Duque Pedroza
–. Medellín: UPB, 2015.
380 p., 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 3)
ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa

1. Proceso penal – 2. Delitos – 3. Pruebas (Derecho) – 4. Justicia –
5. Justicia – I. Título (Serie)

UPB-CO / spa / RDA
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Andrés Felipe Duque Pedroza
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Perspectivas y retos del proceso penal

ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa
Primera edición, 2015
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Mons. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editora (e): Natalia Andrea Angarita

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Ana Mercedes Ruiz Mejía

Corrector de estilo: Fernando Aquiles Arango Navarro

Imagen portada: Vecteezy

Dirección editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2015
Email: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1367-06-07-15

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito,
sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



Tabla de contenido

| | |
|--|-----|
| Presentación..... | 6 |
| La humanización del proceso penal..... | 9 |
| <i>Hernando Londoño Jiménez</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i> | |
| La constitucionalización del derecho en el Perú | 31 |
| <i>Guido Aguila Grados</i> <i>(Escuela de Altos Estudios Jurídicos-Perú)</i> | |
| Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental | 57 |
| <i>Ricardo Posada Maya</i> <i>(Universidad de los Andes-Colombia)</i> | |
| Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales | 82 |
| <i>Andrés Felipe Duque Pedroza</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i> | |
| Verdad, certeza y duda: las cuestiones en torno de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal..... | 102 |
| <i>Geraldo Prado</i> <i>(Universidad de Río de Janeiro-Brasil)</i> | |

| | |
|--|-----|
| La verdad en el proceso penal | 120 |
| <i>José Martín Ostos</i> (<i>Universidad de Sevilla-España</i>) | |
| Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿diferentes verdades en el proceso penal? | 138 |
| <i>Ricardo Molina López</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana</i>) | |
| ¿De qué hablamos cuando hablamos de verdad en el proceso? | 144 |
| <i>Luis Felipe Vivares Porras</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>) | |
| La prescripción de la acción penal desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales | 160 |
| <i>Óscar Fernando Jiménez Echeverri</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>) | |
| La así llamada pretensión punitiva | 179 |
| <i>Luis Miguel Gómez Gómez</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>) | |
| El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional..... | 203 |
| <i>Jörn Halling & John Zuluaga</i> (<i>Johann-Wolfgang-Goethe Universität-Alemania & Georg-August-Universität-Alemania</i>) | |
| El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú | 235 |
| <i>Cesar San Martín Castro</i> (<i>Pontificia Universidad Católica-Perú</i>) | |
| La viabilidad de las justicias alternativas en el proceso penal..... | 272 |
| <i>Joaquín Missiego del Solar</i> (<i>Universidad de Lima-Perú</i>) | |

| | |
|---|-----|
| Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición | 287 |
| <i>Enán Arrieta Burgos</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>) | |
| La mediación penal en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro..... | 329 |
| <i>María del Pilar Martín Ríos</i> (<i>Universidad de Sevilla-España</i>) | |
| La justicia restaurativa como resolución alternativa o complementaria de los conflictos en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes..... | 341 |
| <i>Oscar Alfredo Muñiz</i> (<i>Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia</i>) | |
| Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán..... | 366 |
| <i>Claus Roxin</i> (<i>Profesor Emérito Ludwig –</i> <i>Maximilians Universität München-Alemania</i>) | |

E El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional

*Jörn Halling*¹
*John Zuluaga*²

Resumen

En este artículo se discute sobre las implicaciones del curso punitivista que sigue el modelo de justicia transicional colombiano. Primero, se hace una aproximación introductoria al sentido y fin del proceso penal. Segundo, se analizan críticamente los instrumentos procesales vigentes vinculados al modelo de justicia transicional. Tercero, en el contraste de los fundamentos constitucionales y legales del proceso penal y los rendimientos reales del mismo en escenarios de justicia transicional se intenta establecer las razones que explican la incapacidad del proceso penal en el cumplimiento de los propósitos de verdad, justicia y reparación.

Palabras clave: Proceso penal. Justicia transicional. Verdad. Justicia. Reparación.

- 1 Magíster en Derecho (UdeA) y Doctorando en la Johann-Wolfgang-Goethe Universität de Frankfurt am Main (Alemania); Miembro de la Firma ReedSmith en München (Alemania).
- 2 Magíster Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania); Investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad.

Introducción

La concepción de los actuales mecanismos de justicia transicional en Colombia ha estado orientada a satisfacer demandas de justicia y expectativas de castigo por graves violaciones de derechos humanos (en adelante “DD.HH.”), del derecho internacional humanitario (en adelante “DIH”) y del derecho penal internacional (en adelante “DPI”). El *ethos* legalista que ha condicionado la evolución de dichos mecanismos ha encontrado en el proceso penal la forma preponderante para la realización de sus propósitos esenciales. Tanto con base en la llamada Ley de Justicia y Paz (en adelante “LJP”) como en el Marco Jurídico para la Paz (en adelante “MJP”) se han introducido componentes jurídico-penales a partir de los cuales se intentan resolver no sólo las demandas de justicia y reparación, sino, también y de manera más enfática, de verdad. A esos fines, inicialmente, se puso en marcha el procedimiento de la Ley 975 de 2005³ y, posteriormente y de forma complementaria, se han consolidado proyectos de investigación y juzgamiento penal para respaldar aquel escenario en el logro de sus propósitos básicos. Concretamente se ha definido una estrategia de selección y priorización de casos que se introdujo para corregir la impracticabilidad de lo que se dio en llamar una estrategia maximalista de persecución penal⁴. Esta evolución es recogida, incluso, por el MJP que elevó a rango constitucional este modelo de investigación y judicialización penal como uno de los instrumentos del sistema de justicia transicional en Colombia (Art. transitorio 66 inc. 4 Constitución Nacional –CN-).

Con cada uno de estos escenarios se ha intentado materializar una dimensión especial del deber jurídico de persecución penal que exige concretar investigaciones y juicios que conduzcan a la realización no sólo del factor retributivo de dicho deber, sino, además, el objetivo de restauración que tiene su fundamento en los derechos de las víctimas⁵. La vinculación de un modelo *sui generis* de pro-

3 Sobre el desarrollo legislativo y las características esenciales de la Ley 975 de 2005 véase Ambos, Kai et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz“ en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párr. 17 ss.

4 Para un análisis de la regulación de esta estrategia de selección y priorización véase Zuluaga Tabora, John, “Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.) *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 168-188.

5 Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico véase Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 28-117.

ceso penal para la neutralización, sanción y reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley (en adelante “GAOML”) ha sido la manera como se ha implementado dicho deber jurídico de persecución. Sin embargo, como ya lo hemos criticado antes⁶, la concepción de un modelo de justicia transicional bajo los parámetros procedimentales de la justicia penal no sólo restringe el proyecto transicional de justicia sino que, además, visibiliza la incapacidad del proceso penal para la realización de los propósitos de aquella. Como lo ha evidenciado la puesta en marcha del procedimiento de la LJP, la capacidad del sistema judicial es limitada si el mismo se pone al servicio de una *comprensión punitivista del conflicto armado* y de una exhaustiva reprochabilidad penal de sus actores. No se trata sólo de la colisión de múltiples competencias para la determinación de responsabilidades penales, que se cruzan en el amplio espectro de actores y líneas de victimización, sino, también, del desenvolvimiento intra-procesal e inter-institucional para canalizar estas complejidades. De esta manera, junto con la independencia, imparcialidad y competencias del sistema judicial, también parece naufragar el objetivo de consecución de una verdad procesal empíricamente dominable, controlada y respetuosa de los derechos de las víctimas e intervinientes en el proceso⁷.

El intento por conducir un proyecto transicional de justicia bajo las formas del proceso penal reproduce aquella *ilusión panjudicialista*⁸ que reduce al proceso penal el trámite de los principales dilemas del conflicto socio-político y armado. Este proyecto de neutralización de GAOML y de superación de la violencia desborda el alcance que se vincula a cualquier proyecto racional de proceso penal y, además, extrae y minimiza la maniobrabilidad y posibilidad adaptativa de otras condiciones para la resolución de un conflicto armado. En la proyección del proceso penal como límite de la justicia transicional y, con ello, la judicialización del conflicto armado, se moldea la función judicial como *ratio* funcional a las necesidades (o veleidades) del sistema político. Paradójicamente, el sesgo punitivista del modelo de justicia transicional en Colombia

6 Véase Zuluaga, John, “Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de ‘justicia y paz’”, en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, pp. 571 ss.

7 En ese sentido Ambos *et. al* (*supra* nota 1), párr. 6-12.

8 Sobre la ilusión panjudicialista y la inflación del proceso penal véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 6ª ed., 2004, pp. 561 ss.; también Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 834 ss.; Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 9.

presta un servicio de gran consideración ante la necesidad de un uso instrumentalizado, selectivo y desigual del derecho penal⁹.

A los fines de profundizar sobre las implicaciones del curso punitivista que sigue el modelo de justicia transicional colombiano, a continuación se intentará, primero, una aproximación introductoria al sentido y fin del proceso penal. Las consideraciones sobre el alcance del proceso penal en escenarios de transición al fin del conflicto armado, parten de reconocer el carácter limitado del derecho penal en torno a las dinámicas masivas de comisión de crímenes y la inevitable relativización de los axiomas procesales para la investigación y sanción de los mismos. Segundo, se hará un análisis crítico de los instrumentos procesales vigentes vinculados al modelo de justicia transicional. Por un lado, el llamado proceso de justicia y paz regulado por la LJP y, por otro lado, las directrices constitucionales introducidas por el MJP en materia de investigación penal y juzgamiento de miembros de GAOML. En el contraste de los fundamentos del proceso penal ligado a un modelo constitucional de Estado de derecho y los rendimientos reales del mismo en escenarios de justicia transicional se encontrarían constancias suficientes para demostrar la incapacidad de aquel en el cumplimiento de los propósitos de este (verdad, justicia y reparación).

1. Sentido y fin del proceso penal

1.1. Del alcance del proceso penal

Una clásica formulación sobre el alcance del proceso penal ha sido aquella según la cual el proceso penal está dirigido a comprobar o desvirtuar la verdad existencial de un delito. Con ello también se concibe en el proceso penal al instrumento y la condición previa para la realización de la pretensión de validez del derecho penal¹⁰. Sin embargo, esta afirmación programática sobre el proceso penal se ha visto confrontada a conclusiones correctivas. Fundamentalmente, el proceso penal como proyecto para el logro de una verdad material sobre un hecho punible se ve restringido frente a la *imposibilidad del conocimiento objetivo de la verdad*¹¹.

9 En ese sentido véase González Zapata, Julio. “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos N° 31*, Medellín, jul-Dic, 2007, p. 38.

10 Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* 8º ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, nm 1.

11 Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* 28º ed., München, Beck, 2014, nm. 4 ss.; Volk, Klaus/Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8º ed., München, Beck, 2013, § 3 nm. 2; Kühne (*supra* nota 8), nm 1.

Descartado un conocimiento objetivo de la misma por medio del proceso penal, una amplia parte de la doctrina concibe al mismo como un escenario de (re)construcción de la verdad. En ese sentido, lo que es considerado como objeto del proceso penal (reconstrucción de la realidad histórica) es, a su vez, reconocido como fundada insuficiencia teórico cognitiva¹².

Esta restricción cognoscitiva del proceso penal ha sido fundamento para sostener la clásica distinción entre *verdad procesal* y *verdad material*. En otras palabras, la diferencia entre la verdad existencial y el resultado del rito procesal, cuya verdad (procesal) puede ser diferente de aquella. Con esta distinción, además, se define el estricto fundamento del trámite procesal penal, el cual se asienta esencialmente en el conocimiento de los hechos relevantes para determinar la punibilidad del autor, que se establece en la sentencia penal¹³. Por lo tanto, en el mejor de los casos la verdad procesal es un recorte de la verdad material o histórica y no se corresponde necesariamente con la misma. Esta distinción, a su vez, es un reconocimiento de las diferencias en las condiciones para el logro ya de la verdad histórica o procesal, pues aquella exige conocer un contexto más amplio sobre el desarrollo de los hechos cometidos (v.gr. las estructuras que fueron determinantes para la comisión del delito, los motivos concretos, etc.), lo cual tampoco hace parte de la verdad procesal.

A la restricción cognoscitiva como fundamento para la distinción entre verdad procesal y material, se suma aquella restricción normativa que define el curso metodológico del proceso penal y que se sintetiza en las *reglas del debido proceso*. Con estas se acentúa el replanteamiento de las clásicas consideraciones sobre el fin del proceso, pues con la formalidad, como característica de dicho escenario, y el sometimiento a las reglas del debido proceso, se vincula un propósito más complejo como es la *protección de los inocentes*¹⁴. Esta delimitación del alcance del proceso penal corresponde a unas particulares bases político-criminales que se orientan fundamentalmente a la realización del Estado de derecho y que disuaden la vinculación del proceso a otros objetivos materiales diferentes a los señalados. Se trata de una fundamentación político-criminal que se desarrolla normativamente en la Constitución y los códigos penales y procesales penales y que funciona como límite del decisionismo en la aplicación del poder punitivo.

12 Así Kühne (*supra* nota 8), nm 1, que con respaldo en Luhmann ve en el proceso penal un escenario de reconstrucción o de nueva construcción de la realidad histórica.

13 González Zapata, Julio, "Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005", en *Estudios Políticos* 27 (2005), Medellín, UdeA, p. 50.

14 Roxin/Schünemann (*supra* nota 8), § 1 nm. 6

La aspiración de un proceso penal sometido a la racionalidad teleológica y epistemológica propia de los cursos de la persecución penal bajo las claves del Estado de derecho puede tener, a su vez, diferentes limitaciones. Se trata de la permanente vinculación de las lógicas del proceso penal a las formas de poder y organización estatal¹⁵. El ejemplo contemporáneo más importante se puede apreciar en las llamadas “sociedades en transición”, donde el proceso penal es puesto al servicio de la implementación de políticas de Estado, concretamente como uno de los escenarios a partir de los cuales se pretende afrontar los legados de abusos del poder e, incluso, asegurar las aspiraciones esenciales de un proceso transicional como son la verdad, la justicia y la reparación. Se desarrolla una escenificación del proceso penal en la que se desconoce su limitado alcance (cognitivo y metodológico) y se reinstalan las aspiraciones materiales en términos de verdad y justicia.

Sometido a las claves de la justicia transicional, el proceso penal incorpora una relativización especial del carácter racional de la persecución penal y, asimismo, de los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad¹⁶. Frente a los delitos cometidos en el seno de un régimen de abuso de poder o conflicto armado, se introduce como función del proceso penal el descubrimiento de la verdad sobre lo que pasó, en el intento de satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas. La atribución asignada al proceso penal para documentar lo pasado y, de esta manera, hacer un aporte a la creación de la verdad histórica se instala como un fundamento de legitimación del proceso y de las competencias no sólo para investigar y judicializar, sino, también, para definir quién puede ser responsable penalmente. De esta manera se desarrolla una especie de aporía de los propósitos de persecución penal, que repercute tanto en la capacidad real de la función judicial para tramitar los conflictos penalmente reprochables como la legitimidad misma del proceso penal.

Con la apropiación del proceso penal como el medio (preponderante) para el logro de los fines de la justicia transicional se modifica la “*gramática*” de la *persecución penal*. Del sentido liberal y restringido que supone el proceso penal en la lógica de un Estado constitucional de derecho, se pasa a un escenario que se instala como un receptor de las demandas del conflicto sociopolítico. Ante la incapacidad del sistema político para tratar la problemática y reivindicaciones frente al mismo, parece que el proceso penal es el lugar al que huyen aquellas demandas en forma de reclamos prestacionales, vindicativos e históricos. Con la judicialización del conflicto y la ubicación del proceso penal como instrumento garante de las reivin-

15 Al respecto véase *in extenso* Damaska, Mirjan, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1986, pp. 3 ss.

16 Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 6.

dicaciones transicionales, paradójicamente, se insiste en una aporía sistemática (insuficiencia cognitiva y restricción metódica) para intentar resolver los pilares de transiciones políticas.

1.2. El proceso penal y las reivindicaciones transicionales

La persecución penal vinculada a los procesos de justicia transicional arrastra las problemáticas de la justicia ordinaria a través de la cual se implementa, v.gr. los dilemas de la congestión y selectividad y los diferentes problemas logísticos y organizacionales. Sin embargo, la justicia penal transicional se puede distinguir de la justicia ordinaria por estar orientada al trámite de fenómenos de macrovictimización¹⁷. En otras palabras, la justicia transicional incorpora una *comprensión amplia de justicia* a partir de la cual se consideran no sólo los derechos del acusado, sino, también, preponderantemente los intereses de las víctimas¹⁸. Como parte de esta noción amplia de justicia, en la justicia transicional se reivindican tanto los intereses como los derechos de las víctimas. El desarrollo de los mismos ha sido en gran parte consecuencia de la jurisprudencia de los derechos humanos, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”)¹⁹. Como parte de una noción amplia de justicia, a las víctimas se les reconocen concretamente los derechos a la verdad, justicia y reparación.

En el ámbito de la *verdad*, se trata del derecho a saber sobre las circunstancias que envuelven violaciones de DD.HH. y los responsables de las mismas. En su dimensión individual, el titular de dicho derecho es la víctima y sus familiares. En su dimensión colectiva, se le asigna el mismo a la sociedad como una garantía fundamental contra la no repetición de tales violaciones²⁰. En el ámbito de la *justicia*, se trata de la obligación de investigar y determinar los responsables de violaciones a DD.HH.²¹. El derecho a la justicia genera, a su vez, deberes para los Estados como son el deber de sancionar, investigar, proporcionar a las víctimas un recurso judicial efectivo, respeto al debido proceso y la imposición de penas

17 Ambos (*supra* nota 3), párr. 2 y nota a pie 11.

18 Ambos (*supra* nota 3), párr. 10.

19 Ambos (*supra* nota 3), párr. 10.

20 El derecho a la verdad puede ser reconducido a los arts. 32 y 33 del PA I de 1977 a los CG I-IV de 1949; posteriormente, él ha sido reconocido, en particular con respecto al destino de los desaparecidos, por la jurisprudencia (nacional e internacional), por instrumentos de derechos humanos y por la práctica de los Estados.

21 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y notas a pie 101-103 con más referencias.

proporcionales²². En el ámbito de la *reparación*, se comprende el derecho a la restitución o restauración, a la indemnización, a la rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición²³.

Bajo estos tres pilares se ha reprogramado el sentido y alcance del proceso penal que, a pesar de la existencia de alternativas penales y extrajudiciales, asume un rol central en la satisfacción de todas estas demandas. La configuración del proceso penal como un “*foro de víctimas*” tiene importantes repercusiones frente a las pretensiones (clásicas) que se buscan con el mismo de lograr decisiones neutrales e, incluso, no determinadas emocionalmente. Una constancia histórica de las tensiones que puede generar la idea de diseñar un proceso penal como foro para la víctima se evidenció en el proceso adelantado en Israel contra el funcionario nacionalsocialista *Adolf Eichmann* en 1961, donde la aspiración de darle a las víctimas un foro marcó el proceso y lo convirtió en un espectáculo. De este perfilamiento del proceso se puede cuestionar la deficiencia como escenario exclusivo para el trámite de aquellas demandas enfáticamente dirigidas a la satisfacción de las víctimas.

Esta (re)orientación del proceso penal socava la aspiración de averiguar la verdad relevante para determinar finalmente la culpa individual de una persona. A su vez, la limitación de la investigación y judicialización a los hechos relevantes del proceso puede estar en contradicción con el querer de la víctima de establecer por sí misma lo que va a contar, por ejemplo, referente a sus problemas actuales derivados del hecho²⁴. Respecto a esta posibilidad de victimización secundaria se ha objetado que el proceso penal no excluye este riesgo, sino que más bien lo agrava²⁵, porque la posición de la defensa en la que se encuentra el acusado en el proceso frente a la amenaza penal, propicia que éste trate de neutralizar los hechos negando los mismos o asignando la culpa a la víctima, entrando a un juego de suma cero²⁶.

22 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y nota a pie 104 con más referencias.

23 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y notas a pie 106-115 con más referencias.

24 Dembour y Haslam anotan al respecto: “Los sentimientos de las víctimas están además violados cuando se les exige enfocarse en eventos pasados y aislar sus problemas presentes.” (Dembour, Marie-Bénédictte y Haslam, Emily, « Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Criminal Trials”, en *European Journal of International Law* (2004), p. 175: “The consciousness of victims is violated further when they are required to focus upon past events in isolation from their current troubles”).

25 Dembour y Haslam (*supra* nota 22), p. 151 ss.

26 Además, el fenómeno de la victimización secundaria justamente fue observado inicialmente en procesos penales por delitos sexuales (Burkhardt, Sven/Graebisch, Christine, “Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität- Widersprüche und Alternativen anhand ausgewähl-

La ambivalencia de las pretensiones procesales también ha marcado el trámite judicial que se ha vinculado al proceso de justicia transicional en Colombia. A partir de la Ley 975 de 2005 y sus diferentes condicionamientos jurisprudenciales se ha instalado un proceso penal como escenario de *promoción de los derechos de las víctimas* (Art. 4 LJP). Esta predisposición ha sido acentuada por el MJP que elevó a rango constitucional la obligación estatal de garantizar al mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (Art. transitorio 66 inc. 1). Como será analizado más adelante, la vinculación de una función promocional de derechos ha repercutido de diferentes maneras en el proceso penal. Paradójicamente, frente a un alto estándar de garantías los rendimientos procesales han sido deficientes. No sólo se trata de la incapacidad del mismo para conducir fenómenos macro criminales, sino, también, para satisfacer las demandas de las víctimas en un contexto macro victimizante y en un escenario judicial con amplios problemas operativo-logísticos.

1.3. ¿Se satisface la víctima con el castigo del victimario?

Con el reconocimiento del proceso penal como un escenario limitado y restringido para la promoción de los derechos de las víctimas, a su vez, se cuestiona si el derecho penal y el proceso penal, por medio del cual el mismo cobra vigencia, debe y puede ser el medio para superar las negaciones que se intentan compensar con la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Más allá de los rendimientos prestacionales que se derivan de la atención a las demandas de reparación y verdad, la discusión es relevante en el ámbito de la redención de justicia, especialmente de las aspiraciones retributivas que toman cuerpo en los deseos de venganza de las víctimas. En tanto el derecho penal desprivatiza el conflicto entre víctima y victimario²⁷ y el proceso objetiviza la resolución del mismo, los deseos de las víctimas quedan atrapados en las formas del desenlace judicial. Este dilema cruza la lógica de la justicia penal transicional y plantea un serio cuestionamiento a la real capacidad de cumplir sus promesas, especialmente la de canalizar aquellas aspiraciones retributivas, siempre intensas en contextos de macro victimización.

La representación de reacciones emocionales de las víctimas conduciría al socavamiento de la legitimidad del derecho penal, que se basa en la *racionalidad*,

ter Beispiele”, en Cornelius Prittwitz *et al.* (eds.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 216).

27 Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 30.

neutralidad y formalidad del control social que se ejerce por medio del mismo²⁸. El trato humano del autor y el análisis justo del caso, pautas mínimas para el desenlace del proceso, exigen objetividad y no emocionalidad. En ese sentido, la venganza y la estigmatización sólo plantearían una aporía de esta idea de derecho penal²⁹. El proyecto de un derecho penal al servicio de la venganza es particularmente problemático en el ámbito de conflictos armados, que regularmente reproducen una espiral de actos de venganza cada vez más drásticos y donde el tipo de reacción en estos contextos respondería a otras racionalidades³⁰.

El cuestionamiento fundamental a la capacidad del derecho penal para satisfacer deseos de venganza se encuentra en la objetivización que el mismo hace del conflicto punitivo. En otras palabras, una satisfacción de tal deseo sólo ocurriría con la realización privada del mismo como un medio de autoafirmación individual. A pesar de que se ha llegado a afirmar que el deseo de venganza es, incluso, medible físicamente³¹, la materialización del mismo no tiene lugar por medio de la sustitución que hace el Estado en representación de las víctimas³². Un efecto terapéutico en el caso de la venganza (si éste existiese) sólo se generaría si la víctima realiza ésta de manera personal, con el poder de su mano³³. El deseo de venganza es por sí una “pasión culpable y feroz”³⁴. A pesar de las afirmaciones con las que se determina algún grado de posibilidad al desenlace de deseos de venganza, entrevistas a víctimas de graves violaciones de DD.HH. muestran que entre las cosas que estas esperan del proceso penal, la venganza tiene una importancia marginal. Esto significa, por lo menos, que la pena no es percibida por las víctimas como medio adecuado para satisfacer sus deseos (de venganza). Esto confirma una vez más la aporía que encierra el derecho a la justicia en procesos de transición y sirve para concluir que un derecho penal orientado por los principios

28 Hörnle, Tajana, „Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19/2006, p. 953 y nota a pie 4 con mas referencias.

29 Reese, Carolin, „Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof: Und der Versuch einer Antwort“, en Neubacher, Frank/Klein, Anne (eds.), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts*, Berlin, Duncker-Humblot, 2006, p. 84.

30 Igualmente Hörnle (*supra* nota 26), p. 954.

31 Singer, T. *et al.*, “Emphatic neutral responses are modulated by the perceived fairness of others”, en *Nature*, 439 Ed, No. 7075, pp. 466 y ss.

32 von Liszt, Franz, „Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882)“, en von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Tomo 1 (1875 a 1891). Reimpresión 1948, pp. 7 ss.; von Hippel, Robert, *Strafrechtsreform und Strafzwecke*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1907. p. 415.

33 Reemstma, Jan Phillip, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters als Problem*, München, C.H. Beck, 1999, p. 26.

34 Ferrajoli (*supra* nota 6), p. 333.

del Estado de derecho no debe ni puede satisfacer a las víctimas en este punto. La desprivatización de la resolución del conflicto entre víctima y victimario y la consecuente realización de los intereses de la víctima por medio de la representación de los mismos, conlleva a plantearse hasta qué punto los intereses de aquellas pueden integrarse como un propósito del castigo. El asunto tiene más relevancia en el marco de la justicia transicional, como la del caso colombiano, donde los proyectos de trámite judicial se han desarrollado explícitamente a los fines de la promoción de dichos intereses. Al respecto, las discusiones teórico-penales más relevantes se concentran en la pregunta acerca del significado de la pena para la víctima y la justificación de la pena con fundamento en sus intereses. Frente a este cuestionamiento han sido ampliamente discutidas dos posiciones. Por un lado, aquellas basadas en el efecto de desaprobación de la pena que la distingue de las reparaciones civiles, administrativas o sociales. Por otro lado, las posiciones que niegan cualquier efecto redentor de la pena y restringen la misma a ser un factor de reducción del trauma que se deriva del hecho punible. Por una parte, los ejercicios de distinción entre la pena y las compensaciones civiles al daño encuentran en el efecto que arrastra la reacción pública al delito por medio de la pena el criterio que fundamenta tal diferenciación³⁵. Este proyecto de justificación de la pena reconoce que el daño derivado de delitos graves (homicidio, violencia sexual, etc.) no se reduce a lo materialmente perceptible y compensable, sino, además, reproduce vulneraciones inmateriales expresadas, por ejemplo, en el desprecio y la humillación. Este desprecio hacia la víctima, manifestado por el autor a través del hecho punible, conduce frecuentemente al menoscabo de la dignidad del sujeto-víctima y puede llegar incluso a la pérdida completa de la estima por su vida. A pesar de que ello sea así, se sostiene que la satisfacción de deseos de venganza, que se generarían en la víctima como reacción a la pérdida de su dignidad, no deben constituirse en el fin de la pena, advirtiendo que la relegación exitosa del deseo de satisfacción es la “*raison de etre*”³⁶ del derecho penal (público). El desprendimiento de la venganza como forma privada de satisfacción punitiva se determinaría en la abstracción de la experiencia específica de la víctima hacia la prescripción que establece los términos generales de lo que se entiende por violación de un bien jurídico³⁷. Sin embargo, de ello no se concluye que la vulneración de la víctima sea completamente inapreciable para la justificación de la pena. Se asume que el desprecio de la víctima por parte del autor y el deseo de satisfacción como reacción, también tienen un impacto para la sociedad, cuando está fundamentado en “el respeto debido a cualquier ser humano”, porque

35 Günther, Klaus, „Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos.Günther, 2002, pp. 204-219.

36 Günther (*supra* nota 33), p.211.

37 Günther (*supra* nota 33), p. 208 ss.

entonces la vulneración se vuelve “intersubjetivamente compartible”³⁸. En este caso, el delito causa en la sociedad indignación y desprecio y, por lo tanto, la hace co-participante en el sufrimiento de la víctima. Esta reacción emocional-moral se expresa de forma simbólica en el “juicio de menosprecio” penal. Este mensaje de desaprobación del hecho se considera como el significado simbólico expresivo de la pena, el cual no puede ser comunicado por la compensación civil. Aunque no se defiende expresamente que el juicio penal de menosprecio satisface a la víctima, y con ello sana la vulneración inmaterial, sin embargo, esto se señala justamente en referencia al efecto satisfactorio del veredicto de culpabilidad³⁹.

Por otra parte, a un mismo resultado llegan aquellas posiciones que reconocen la imposibilidad de satisfacción de un deseo de venganza pero con un fundamento diferente. En este marco de opiniones se sostiene que la redención de un daño inmaterial es insanable⁴⁰. Por esta razón, reconocen en la pena cierta funcionalidad en la reducción de los traumas del sujeto-víctima. Aunque el mismo no es curable el tratamiento de su gravedad depende de la forma como se maneje una vez cometido el delito⁴¹, es decir, no se trata de compensar daños inmateriales de la víctima sino de reducir la pesadez del trauma y con ello evitar o limitar daños futuros⁴². En ese sentido, la persecución penal y el castigo son vistas como instancias que deciden, con su materialización, la determinación del hecho punible como un elemento único en la vida de la víctima o, ante la ausencia de las mismas, el punto de partida de una secuencia de profundos traumas⁴³. A la sentencia penal y la comprobación de que el hecho punible corresponde a una injusticia y no a un accidente o una necesidad política, y en la que la sociedad expresa su desaprobación al hecho como manera de solidarizarse con ella, se les otorga una importancia decisiva. Se considera que la clara distinción entre justo e injusto haría parecer la vida social más segura, más predecible y de cierta forma promueve la orientación social⁴⁴. “Para la víctima de un crimen el castigar al autor no es compensación sino prevención de daños adicionales [...] El derecho de la víctima a que se castigue al autor se deriva de la obligación del Estado de limitar el daño social, que fue

38 Así Günther (*supra* nota 33), p. 216, basado en la aproximación de Strawson, descrita en el marco de retribucionismo neoclásico,

39 Günther (*supra* nota 33), p. 219.

40 Reemtsma, Jan Phillip, *Im Keller*, Reinbek, Rororo, 1998; Hassemmer, Winfried/Reemtsma, Jan Phillip, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, C.H. Beck, 2002.

41 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

42 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

43 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 25 y 27.

44 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

causado por el crimen [...] La obligación de restablecer el derecho surge con la obligación estatal de limitar daños⁴⁵. De esta manera, se trataría de una resocialización de la víctima que figuraría como parte de la prevención general positiva.

En síntesis, respecto a la satisfacción de los intereses de las víctimas por medio del proceso penal debe decirse que las capacidades del mismo penal son limitadas, no sólo porque la verdad procesal regularmente es sólo un fragmento de lo que esperan las víctimas, sino, también, en tanto el proceso penal, por la formalización y objetividad debida, no está predestinado a satisfacer ni a promocionar los deseos de las víctimas. Además, un derecho penal orientado por los estándares del Estado de derecho no debe y no puede cumplir un deseo retributivo de las víctimas por la venganza. Sin embargo, el interés de satisfacción de las víctimas adquiere relevancia tratándose de la restauración de su autoestima. La sociedad y, respectivamente, la comunidad internacional determinan en el proceso que el hecho cometido contra la víctima fue injusticia y lo desapruueba con la pena. Esto no solo tiene un efecto pacificador para las víctimas sino también para la sociedad en general.

2. De la justicia (penal) transicional en Colombia

Como ya lo hemos anotado, la evolución de la justicia transicional en Colombia ha estado estrechamente vinculada a específicas fórmulas legales y formas judiciales que se han orientado, inicialmente, por la LJP y, posteriormente, por el MJP. Con cada uno los instrumentos ligados a estos referentes legales, el proceso transicional en Colombia ha desarrollado un marcado énfasis legalista, con una particular fijación en el desarrollo normativo de diferentes aspectos y condiciones del proceso transicional. De esta manera, con el proceso (judicial) transicional se ha configurado una especial interacción entre el sistema judicial y los ejercicios de neutralización, sanción y reincorporación de combatientes. Asimismo, como ya lo comentamos, es proyectado como un escenario de promoción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esta orientación del modelo transicional ha sido, por lo demás, radicalizada con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en cuyas consideraciones sobre la justicia transicional se ha establecido que el alcance del proceso y de la pena está determinados por los propósitos de desmovilización y los derechos de las víctimas⁴⁶.

45 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 27.

46 Véase Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.Ps. Cepeda Espinosa/Córdoba Triviño/Escobar Gil/Monroy Cabra/Tafur Galvis/Vargas Hernández; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 34542, 27.04.2011, M.P. María del Rosario González de Lemos, p. 396.

Sin embargo, con el sometimiento de una parte de la resolución del conflicto a las formas y ritmos del proceso penal y no a alguna otra reacción estatal formalizada, se han desnudado amplias falencias de esta estrategia legalista de transición, por medio de la cual después de 10 años de vigencia de la LJP solamente se han alcanzado 14 sentencias⁴⁷. Si bien existe cierto consenso sobre la incapacidad que tiene un proceso judicial como escenario exclusivo para la realización de los propósitos de un proceso transicional⁴⁸, las explicaciones a los limitados rendimientos del proceso de la LJP van más allá. Básicamente se vinculan dichas restricciones a cierta inflación normativa originada por el marco reglamentario de la LJP, las implicaciones de la ausencia de un control judicial efectivo de los procesos de DDR, la ineffectividad del recurso judicial respecto a la investigación de los hechos punibles cometidos por integrantes de GAOML, la limitada participación de las víctimas y otras dificultades para la construcción de una verdad integral y sistemática.

2.1. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz

La Ley aprobada ha establecido la judicialización de los GAOML a los fines de sostener la *desarticulación de estructuras armadas* irregulares y con ello la *facilitación del proceso de paz y reincorporación* a la vida civil de integrantes de GAOML. Para ello, el procedimiento de la Ley 975 de 2005 ha previsto la disolución de GAOML (Art. 1 inc. 1), ya sea de manera colectiva o individual (Art. 9), y la dejación de armas (Arts. 10.1 y 11.3) como actos iniciales y previos a la investigación y judicialización de los integrantes de dichos grupos postulados al proceso de justicia y paz. Estos actos se llevan a cabo en la llamada fase administrativa⁴⁹

47 Un seguimiento estadístico puede hacerse en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>

48 En ese sentido véase Pastor, Daniel, *¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en Eiroa/Otero (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, pp. 327-400.

49 El término “fase administrativa” ha sido introducido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aludiendo a una etapa en la que compete al Gobierno nacional la elaboración de la lista de desmovilizados que se postulan a los beneficios de la Ley 975. (Véase Sala de Casación Penal, auto del 27 de Agosto de 2007, rad. 27873, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, sección 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; auto del 23 de agosto de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, sección 2 Consideraciones de la Corte, cuestión previa; auto del 25 de septiembre de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz.”; auto del 1 de julio de 2009, rad. 31789, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones de la Corte; auto del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones de la Corte).

y propician la activación de la jurisdicción penal de “Justicia y Paz” por medio de la determinación de los integrantes del GAOML que aspiran al régimen especial de pena que consagra la Ley 975 (LJP).

A partir de la LJP se ha configurado un marco jurídico para la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de diversos GAOML⁵⁰. En sus disposiciones se prevén beneficios jurídico-penales a los desmovilizados de dichos grupos respecto de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML⁵¹. Específicamente la LJP configuró un procedimiento especial a los fines de adelantar el trámite de investigación, juzgamiento, sanción y entrega de beneficios judiciales de los integrantes de GAOML, desmovilizados y postulados a la LJP⁵². Para su ejecución, la regulación de dicho procedimiento presenta, por un lado, una etapa administrativa en la que se gesta fundamentalmente la desmovilización y el desarme del GAOML o uno(s) de sus integrantes y, por otro lado, una etapa judicial que se desarrolla en una fase llamada “pre-procesal”, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y otra “procesal”, bajo la responsabilidad de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial⁵³.

50 Acerca del objeto de dicho marco jurídico ver Arts. 1 LJP y Arts. 1 inc. 1 Decreto 3391 de 2006; véase asimismo Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 32-35.

51 Respecto al ámbito de aplicación y naturaleza de dicha Ley ver Art. 2 LJP, Art. 1 inc. 2 y Art. 2 Decreto 3391 de 2006; véase también GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, pp. 133-138; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 41-49.

52 Un panorama de la estructura procedimental puede verse en Ambos (*supra* nota 1), párr. 36-40; Sobre el procedimiento de la LJP *in extenso* véase GTZ-Proyecto Profis (*supra* nota 49), pp. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009, pp. C3 ss., E3 ss., F3 ss., G3 ss., H3 ss.

53 Así mismo Corte Suprema de Justicia (C. S. de J.), Sala de Casación Penal. Rad. 27873, auto del 27 de Agosto de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, secc. 2.1 (“Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la Ley 975 de 2005”); C. S. de J., Sala de Casación Penal. Rad. 28040, auto del 23 de agosto de 2007. M.P. María del Rosario González de Lemus, secc. 2, Consideraciones de la Corte, Cuestión previa; C. S. de J., Sala de Casación Penal. Rad. 28040, auto del 25 de septiembre de 2007. M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz”; auto del 31 de julio de 2009, Rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones; auto del 01 de julio del 2009, Rad. 31788, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones.

2.1.1. Fase administrativa

Uno de los aspectos más cuestionados de la fase administrativa ha sido la ineficacia del rompimiento militar o cese de hostilidades de un GAOML o uno(s) de sus integrantes en el escenario de dicha fase para determinar el alejamiento de las actividades armadas y el cese de vulneraciones a derechos humanos⁵⁴. El rearme

54 Así por ejemplo Amnistía Internacional, *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, 2008, disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015), pp. 22-28; Beck, Katharina, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, pp. 69 ss.; CIDH “Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, Washington, 2 de octubre de 2007, párrs. 106-108; MAPP-OEA, informes trimestrales “sexto” a “decimocuarto” disponibles en http://www.mapp-oea.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=74 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008, pp. 18-27; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) et al, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, El Autor, 2009, pp. 24-36; Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Madrid, CTIpax, *primer informe* p. 91, *segundo informe* pp. 114-115, *tercer informe* pp. 78-81, 94-97 y 113-116; Procuraduría General de la Nación (PGN), *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo IV*, Bogotá, USAID, 2008, pp. 228-229; Alonso Espinal, Manuel/Valencia Agudelo, Germán Darío et al. *Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local*, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007, p. 33; Bastidas, William, “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlin (ed.), 2007, p. 27.

de desmovilizados⁵⁵ y la continuidad en las infracciones al DIH⁵⁶ han sido las repercusiones críticas más destacadas de los procesos de DDR llevados a cabo en la fase administrativa previa al trámite judicial de la Ley 975⁵⁷. Asimismo en los ámbitos jurídicos y operativos se han resaltado falencias que han tenido un papel determinante en la puesta en marcha del procedimiento judicial previsto en dicha Ley⁵⁸.

55 Sobre el rearme puede verse una interesante compilación bibliográfica en <http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/8-documentos-sobre-rearme> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); véase también Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), *Disidentes, rearmados y emergentes: bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007, pp. 13 ss.; Fundación Ideas para la Paz (FIP), *Para dónde va el paramilitarismo en Colombia? en Siguiendo el conflicto: hechos y análisis Nro. 58*, Bogotá, Enero de 2010, p. 1, disponible en http://www.ideaspaz.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=55&limitstart=60 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Human Rights Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, Washington, 2010, p. 20 ss., disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares-0> (visto por última vez el 28 de mayo de 2011); Pizarro, Eduardo, “Reparar el bote en alta mar”, en *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009, pp. 127-133; según la MAPP-OEA en su informe decimotercero del 21 de octubre de 2009, advierte que “se ha verificado que en algunas zonas del país ha reaparecido la modalidad de masacres y amenazas, ligadas a la denominada ‘limpieza social’ contra algunas poblaciones vulnerables. Estas últimas son generalmente atribuidas a las denominadas bandas emergentes. También se aprecia que en algunas ciudades capitales y municipios, se ha recrudecido la práctica de delitos de alto impacto como los homicidios, generalmente ejecutados mediante la modalidad de sicariato. Esta situación de inseguridad afecta a víctimas, funcionarios judiciales y participantes del programa de reintegración. En ciertos lugares, las víctimas son amenazadas por intervenir en las versiones libres o por liderar procesos de restitución de tierras. Algunos funcionarios judiciales han sido objeto de intimidaciones en el desempeño de sus labores y de otro lado, desmovilizados han sido hostigados y presionados por los grupos emergentes con el fin de reclutarlos. En determinados casos, estos incidentes han desembocado en la muerte de los afectados.”

56 Véase ONU, *Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 3 de febrero de 2011, p. 4 ss disponible en http://www.nacionesunidas.org.co/img_upload/29e3d3aa1b87e476b58e75187297599e/Informe2010_esp.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

57 Véase INDEPAZ. “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Human Rights Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia’s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005, pp. 35-40 citando otras fuentes; sobre la tipología y carácter de estos nuevos grupos CNRR (*supra* nota 53), p. 55-63; véase también Fundación Seguridad y Democracia, “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

58 Véase Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 136-138; enfáticamente crítico del trámite judicial de la Ley 975 basado en desmovilizaciones CCJ, *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007, pp. 13-27.

Con los grupos paramilitares, el cese de hostilidades que suponen los procesos de DDR parece ser disfuncional frente a las (continuas) prácticas de violencia que se desarrollan en algunas regiones de Colombia⁵⁹. Las explicaciones a dicha problemática han estado inclinadas a entender que el cese de hostilidades de estos grupos (desmovilizaciones) en escenarios de conflicto como el colombiano no pueden llegar a determinar la neutralización de las prácticas violentas al tener estas múltiples fuentes/intereses de producción y reproducción⁶⁰. Se afirma reiteradamente que los procesos de DDR con los grupos paramilitares han sido peculiares en tanto se llevan a cabo en un contexto marcado por la persistencia en el conflicto, la presencia del fenómeno del narcotráfico, de diversas maneras ilegales de economía y diferentes controles locales de procesos políticos y sociales realizados por agentes sociales sustentados en la presencia armada⁶¹.

2.1.2. Fase judicial

El presupuesto fundamental que la LJP prevé para determinar la responsabilidad penal, el esclarecimiento de la verdad y las acciones tendientes a la reparación por delitos cometidos por miembros de GAOML (Art. 6, 7 y 8 LJP) es la confesión de los desmovilizados-postulados. La misma llega a ser expuesta fundamentalmente en el escenario de la versión libre, a partir de la cual se elabora y desarrolla el programa metodológico para iniciar la investigación, la comprobación de la veracidad de la información suministrada y el esclarecimiento de los hechos narrados en dicha audiencia (Art. 17 LJP). La ejecución de la misma ha dejado ver algunos puntos críticos que ponen en entredicho los rendimientos en materia de

59 Véase entre otros Alonso Espinal *et al.* (*supra* nota 52), p. 51 ss; Chernick, Marc, *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008, p. 184; CNRR (*supra* nota 55), p. 5; FIP (*supra* nota 53), p. 1; Human Rights Watch (*supra* nota 55), pp. 31-35; Sobre la desmovilización solo como transformación de medios y fines de poder Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2007, pp. 356-363; Orozco Abad, Ivan, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009, p. 171.

60 Véase Boada, Fidel, “La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos”, pp. 322 ss., en *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, Alfredo Rangel (Ed.), 2005; Pardo Rueda, Rafael, *Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?* Bogotá, Ediciones B, 2007, pp. 171 ss.; sobre la inviabilidad de pretensiones de justicia transicional en el contexto del conflicto armado colombiano Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad de los Andes-Grupo editorial Norma, 2008, 138-140.

61 Alonso Espinal *et al.* (*supra* nota 52), p. 51 ss; CNRR (*supra* nota 53) pp. 52-53; Duncan (*supra* nota 57) p. 357; Fundación Seguridad y Democracia, “Los grupos armados emergentes en Colombia”, p. 4, en *Boletín Coyuntura de Seguridad*, Bogotá, El Autor, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/allConflicto.asp> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Bogotá, IEPRI/Planeta, 2003, p. 10.

verdad, justicia y reparación que se desprenden de la confesión allí presentada. Por un lado, se advierte que la confesión como fuente de información se orienta fundamentalmente por la discrecionalidad del investigado, por lo tanto se trata de un modelo de investigación que desprende sus rendimientos a partir de la versión del desmovilizado-postulado y no sobre la base de un descubrimiento de hechos que dé cuenta de una estructura sistemática de actuación por parte de la Fiscalía y la policía judicial⁶². Por otro lado, se han advertido problemas logísticos y operativos que han repercutido en el desarrollo de esta audiencia, como por ejemplo, listas defectuosas de solicitantes⁶³, insuficiencia de personal⁶⁴, inseguridad de las víctimas y victimarios⁶⁵ y el reducido número de postulados en comparación al total de desmovilizados, de los cuales muchos ya se han venido retirando⁶⁶.

Sobre el manejo de la información que se concreta en el desarrollo de la versión libre, se ha destacado como problemática la manera como se sistematiza dicha información y la forma de divulgar los contenidos de la misma. De un lado, las *dificultades para sistematizar* la información compilada se dejan ver fundamentalmente en la gestación del proyecto metodológico de investigación y la práctica de interrogatorios por parte del fiscal⁶⁷. De otro lado, la forma como se viene entendiendo la garantía procesal de la *publicidad*, deja ver una tendencia restrictiva de la participación de intervinientes y de la divulgación de algunos contenidos de las versiones y momentos preparatorios de la misma, limitando el sentido

62 Así mismo Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr.173; Sobre los hechos confesados en la versión libre, incluso, el postulado tiene la oportunidad de definirlos posteriormente en el momento de la aceptación de cargos (Art. 19 LJP).

63 Human Rights Wacht, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, New York, El Autor, 2008, p. 34, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2008/10/16/rompiendo-el-control> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

64 CCJ (*supra* nota 52), p. 131; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr.178.

65 MAPP-OEA, XIV informe trimestral, 26 de abril de 2010, p. 14; MOVICE *et al.* (*supra* nota 52), pp. 104 ss.

66 CCJ (*supra* nota 56), p. 24; CCJ (*supra* nota 62), p. 141; Human Rights Wacht (*supra* nota 61) p. 37; MOVICE *et al.* (*supra* nota 52), pp. 33 ss.

67 Aquí pareciera faltar una debida cooperación entre el fiscal, como director de la versión libre, y los funcionarios de investigación (policía), encargados de verificar y suministrar la información. En ese sentido Ambos/Studenroth, Informe y recomendaciones a las consultas y observaciones realizadas en Bogotá y en la región piloto de Barranquilla (Costa), Bogotá, GTZ-Profis, 2008 (informe inédito). Esto repercute, por ejemplo, en la secuencia lógica de las preguntas que dirige el fiscal al versionado y en la participación de las víctimas en los interrogatorios. De la misma opinión CCJ (*supra* nota 62), p. 133.

de transparencia de tales diligencias⁶⁸. Con ello se ha debilitado la posibilidad de control (interno y externo) sobre el desarrollo de los actos judiciales propios de ese momento procesal.

La idea de juicio que se reivindica desde la versión libre alimenta ciertas particularidades de las facultades procesales de los intervinientes. La práctica de dicha diligencia, especialmente en el trabajo de la Fiscalía y la policía judicial, deja ver una *concentración* de funciones que *superan sus capacidades reales*, repercutiendo en la satisfacción eficiente de expectativas procesales (por ejemplo el mandato de una verdad integral y sistemática). Todo lo anterior, sumado a las necesidades logísticas y a los contenidos por tratarse y verificarse en la versión, agota las posibilidades reales de intervención de la Fiscalía para cumplir los propósitos de la diligencia⁶⁹. Esto último tiene una especial repercusión en la *continuidad y dinámica* del procedimiento de justicia y paz, pues la misma está subordinada a la recopilación de medios suficientes de conocimiento para probar uno o varios de los elementos estructurales del tipo(s) investigado(s). La no configuración de la tipicidad objetiva, por la no constatación de circunstancias fácticas de la conducta respectiva, resulta en la imposibilidad de continuar con la tramitación. Esta es una situación que ha marcado el proceso de justicia y paz, el cual ha terminado en el curso de algunos casos reduciéndose a la información entregada por el postulado, sin una verificación de sus contenidos.

2.2. Marco jurídico para la paz

2.2.1. Alcance y propósitos del MJP

El *Acto Legislativo 01 de 2012*⁷⁰ o MJP plantea el objetivo de transformar el desenlace del conflicto armado y de los procesos judiciales que intentan canalizar el tratamiento a los diferentes GAOML. Concretamente, establece como propósitos prevalentes “*facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera*” y, asimismo, afirma que los mecanismos conducentes a tales objetivos son excepcionales (Art. 1 inc. 1). A ese fin el MJP permite la puesta

68 CCJ (*supra* nota 62), p. 131; La CIDH (*supra* nota 52), párr. 69 ha advertido: “La presente etapa del proceso de desmovilización de las AUC requiere transparencia, y ella sólo puede ser garantizada facilitando y permitiendo el acceso de las víctimas a ambas sesiones de la versión libre, asegurando que en la segunda sesión de la versión libre tengan la posibilidad real de interrogar a los postulantes en búsqueda de la verdad.”

69 Véase CCJ (*supra* nota 62), p. 149; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 182.

70 Véase la publicación oficial del Acto Legislativo 01 de 2012 en *Gaceta del Congreso* 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2012.html (visto por última vez el 25.05.2015).

en marcha de mecanismos extrajudiciales de justicia transicional, la determinación de criterios de priorización y selección de casos, la suspensión de la ejecución de la sanción y la renuncia a la persecución penal para los hechos no seleccionados (Art. 1 inc. 4). El tratamiento penal especial está sometido a especiales condicionamientos (Art. 1 inc. 5). Establece, además, que la aplicación de estos instrumentos se limitará a los futuros desmovilizados que suscriban un acuerdo de paz o se desmovilicen de acuerdo a los procedimientos establecidos (Art. 1 parág. 1). La reforma ha recibido diferentes críticas⁷¹: por un lado, respecto a sus finalidades, se ha cuestionado la capacidad que tiene la misma para determinar el logro de los objetivos planteados y resolver los problemas prácticos de la justicia transicional en Colombia. Por otro lado, acerca de la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, se ha señalado como una reforma incoherente frente al marco de exigencias para el acceso al beneficio de pena alternativa de la Ley 975 de 2005.

A nivel de las discusiones sobre *consolidación de la paz* como consecuencia de la terminación del conflicto, se ha cuestionado que con la promulgación del MJP se haya descuidado que el criterio determinante para definir la terminación de un conflicto no internacional es el *cese real de hostilidades*⁷². Independiente de un acuerdo de paz, el DIH sigue siendo aplicable si las condiciones de la violencia llegan al umbral del conflicto armado. Por ello, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia que se plantea en el Art. 1 inc. 1 entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tendría también otras importantes repercusiones. Por un lado, en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Que el desenvolvimiento real del conflicto determine la aplicación del DIH implica una concepción

71 Un desarrollo más amplio de las críticas puede verse en Ambos, Kai/Zuluaga, John, "Sobre el marco jurídico para el logro de la paz", en *Semana.com* 03.10.2012. disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 28.05.2015).

72 Respaldao el criterio material (restablecimiento de la situación pacífica anterior) H. Friman, en: R. Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2ª ed. 2010, p. 280; T. Stein / C. von Buttlar, *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed. 2009, nm. 1222; P. Wallensteen/M. Sollenberg, "Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96", en *Journal of Peace Research* 1997, p. 342 identificando tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; Victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de *terminación de facto*, incluyendo por el camino de un alto al fuego).

de la guerra “como dialéctica de enemigos que se reconocen “horizontalmente” como iguales y que no se discriminan “verticalmente” como delincuentes”⁷³.

2.2.2. Acerca de la estrategia de selección y priorización

Una estrategia de selección y priorización de casos fue justificada a partir del reconocimiento de las deficiencias del enfoque investigativo planteado con base en la LJP. En el mismo se propició un desarrollo de investigaciones caso a caso, lo cual impidió la definición de patrones y contextos del *modus operandi* de los GAOML a los que pertenecían los combatientes desmovilizados⁷⁴. Recogiendo la línea argumentativa de las críticas a la llamada “tesis maximalista”, la Corte Constitucional declaró este modelo como constitucionalmente conforme⁷⁵ y justificó la posibilidad de centrar la investigación penal sólo en determinados casos⁷⁶. La Corte asumió el argumento según el cual es imposible desarrollar una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos⁷⁷. Como ya lo discutimos en un estudio previo, los diferentes niveles argumentativos de la Corte recogieron razones orientadas a las consecuencias jurídicas que se ubican en el ámbito de la efectividad de la investigación⁷⁸.

La incursión de un proyecto de selección y priorización para la gestión de investigaciones penales en el marco de la llamada criminalidad sistémica o macro-criminalidad, plantea no sólo una especial comprensión de los fundamentos y las formas de ejecución de hechos punibles, sino que también establece un particular

73 Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Temis, 1992, p. 27.

74 Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, p. 16; Montelaegre Lynett, Eduardo, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, p. 20 s.; Ambos *et. Al.* (*supra* nota 1), párr. 415; López Medina, Diego, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), pp. 63-86; Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 168 ss.

75 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013, IV. Decisión.

76 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2.

77 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2.

78 Véase Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 188. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: 1. *Impacto externo e interno* de las estrategia de priorización. 2. *Contexto y gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. *Profesionalismo y objetividad* de los criterios y 4. *Legitimidad* del proceso.

sentido y alcance de la tarea de investigación. Por un lado, a partir del énfasis en “casos emblemáticos” y en investigados con “posiciones claves” en la estructura de organizaciones criminales, esta política busca optimizar el esclarecimiento de patrones de macro-criminalidad y macro-victimización. Por otro lado, de la mano de aquella comprensión estructural o sistemática de los hechos punibles, se gesta un énfasis consecuencialista de la reacción penal que encuentra en el criterio del impacto social la razón para decidir si y qué se investiga. Esta comprensión sobre el sentido y el alcance de los ejercicios de investigación penal ha sido, incluso, ratificada por la Corte Constitucional. La Corte concibió un rol comunicativo y de control de expectativas sociales a la formulación de criterios de priorización⁷⁹. Incluso fue más allá y llamó “ambiente politizado” al contexto en el que operaría la estrategia de selección y priorización⁸⁰. En ese sentido, no sólo se sobredimensiona el alcance de dicha estrategia, sino, además, concibe la posibilidad del control de sensaciones sociales por medio del mismo. Como ya se advirtió en otro momento, sobredimensiona la capacidad simbólico-expresiva del proceso penal y arrastra sobre el mismo funciones representativas de los intereses de las víctimas que no corresponden a los propósitos del proceso penal ni de la pena⁸¹.

3. Implicaciones de una transición (política) bajo formas procesales penales

Del *ethos* legalista que determina el modelo de justicia transicional en Colombia se derivan diferentes implicaciones para el mismo. No se trata sólo de la limitación como proyecto de superación de los legados del pasado como consecuencia de la insuficiencia cognitiva y metodológica propia de la vinculación a un ritual (judicial) formalizado con el que se lleva a cabo (proceso penal), sino, además, de la marcada incapacidad para asegurar el cumplimiento de garantías procesales esenciales propias de un modelo constitucionalmente conforme de proceso penal.

79 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2., donde afirma que “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población.” (énfasis original).

80 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2. Específicamente sostiene que “(iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso.” (énfasis original).

81 Tal como lo sostuvimos en el análisis a la sentencia C-579 de 2013, “las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos, es decir, buscan incidir en futuros escenarios punibles con fundamento en el efecto que se le atribuye a la pena para la sociedad y el autor, independientemente de la víctima concreta.” Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 189.

Se trata de un proyecto cuyo alcance y desarrollo, de entrada, son limitados y que tienen importantes repercusiones respecto al logro de los propósitos que la inspiran y de las reglas que determinan su evolución. En este último ámbito ha sido especialmente problemático el desenlace de garantías como la prohibición de autoincriminación (*nemo tenetur si ipsum accusare*) y la garantía del plazo razonable. Aunque el modelo colombiano ha replicado ampliamente las instituciones centrales del sistema penal acusatorio, muchas de las garantías vinculadas a este último han sido relativizadas con el argumento de que se trata de un proceso extraordinario o *sui generis*. En ese sentido, no es una forma procesal orientada a proteger (confirmar) la validez de garantías fundamentales, sino al logro de fines superiores propios del proceso transicional. Esta posición también ha sido sostenida por las altas Cortes colombianas, que justifican una revaloración de las garantías procesales con el argumento de que el postulado por decisión propia y voluntaria se vincula al proceso penal especial de justicia y paz y, además, renuncia a la aspiración de defensa de sus garantías procesales tal como se propicia desde los fundamentos constitucionales y legales del proceso penal ordinario⁸². Muchas organizaciones defensoras de DD.HH. en Colombia comparten esta argumentación y sostienen que la LJP no es eficientista en el sentido de violar las garantías procesales, porque el procedimiento que prevé es simplemente la alternativa al procedimiento ordinario y la vinculación al mismo es una elección libre del autor⁸³.

Que la vinculación de los desmovilizados al trámite judicial de justicia y paz se comprenda como un sometimiento libre y voluntario, ha sido una justificación para desligar, por ejemplo, el principio de no autoincriminación como límite procesal. Aunque la situación de los desmovilizados-postulados es muy diferente a la de un investigado en la justicia penal ordinaria, ya que la LJP a la que se postulan fue creada como resultado de las negociaciones sobre su desmovilización, sin duda alguna el principio de no autoincriminación viene siendo vulnerado. Básicamente las informaciones obtenidas en las versiones libres se han utilizado para iniciar procesos penales contra ellos mismos en el ámbito de la ley procesal ordinaria por hechos cometidos después de julio de 2005, no cobijados por la LJP, en tanto la renuncia voluntaria del derecho a no autoincriminarse sólo tiene alcance para el procedimiento alternativo de la LJP⁸⁴. De esta manera, la renuncia al derecho a no

82 En ese sentido Corte Constitucional, C-370 de 2006 (*supra* nota 44); Corte Suprema de Justicia, Rad. 34542(*supra* nota 44).

83 CCJ (*supra* nota 56), pp. 20 ss.

84 Con respecto a los desmovilizados no postulados, que supuestamente solo cometieron delitos, a los cuales anteriormente se les aplicó la ley 782 de 2002, el Congreso Colombiano expidió el 29 de diciembre de 2010 la ley 1424, que prevé un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y memoria histórica para este tipo de autores y les promete como beneficio penal la

declarar contra si mismo que se propicia en el marco de la LJP como presupuesto para la contribución al logro de una verdad completa e integral, ha representado una carga procesal adicional para los postulados. Ya no es meramente una condición para el acceso al beneficio de pena alternativa, sino que dichas declaraciones y las noticias criminales que contienen han fluido al sistema penal ordinario y se han acogido como fundamento para el inicio de nuevos proceso penales.

Se trata de un aprovechamiento indirecto de la información que se brinda sobre la base de una expectativa de beneficio penal. Este aprovechamiento indirecto es producto de la coerción que el modelo de justicia transicional ejerce sobre los postulados por medio de la obligación de confesar integralmente la verdad sobre sus actividades como parte de un GAOML. A pesar de ello, no se arriba exclusivamente a beneficios penales sino que se confronta a los postulados con cargas adicionales que se derivan de persecuciones penales paralelas. Sin embargo, no es necesario extenderse sobre los efectos de las tensiones con la justicia penal ordinaria, pues las irregularidades dentro del mismo proceso penal transicional dejan suficiente constancia de la resignificación que han tomado muchas garantías procesales. Los mismos postulados han señalado como crítico el ritmo en que avanza el proceso de justicia y paz, con versiones interminables, repetición de diligencias, extenuantes sesiones de imputación y formulación parciales de cargos y, asimismo, sentencias condenatorias de carácter parcial. Por estas razones consideran, incluso, que en materia de garantías, derechos y términos procesales, la justicia ordinaria es más expedita y garantista que la denominada Justicia transicional⁸⁵.

Una de las consecuencias más delicadas del desarrollo del proceso ha sido la traumática resolución del derecho a libertad provisional de aquellos postulados que han cumplido con las condiciones para el otorgamiento de la misma. El derecho a libertad provisional no constituye un privilegio ni un beneficio de aquellos mencionados en el Art. 29 LJP y tampoco dependería de que el detenido haya cumplido con algunas condiciones. Al contrario, el derecho a libertad provisional

suspensión condicional de la pena para el que colabora con el esclarecimiento de la verdad y con la reparación de las víctimas a través de un llamado “Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación” (Art. 2). Pero esta vez el reglamento expresamente excluye que se utilicen las informaciones obtenidas en estos acuerdos como prueba en un proceso judicial (Art. 4).

85 Algunos comandantes paramilitares internados en la Cárcel de Itagüí presentaron el 14 de octubre de 2010 este punto crítico en un pequeño escrito llamado “Los siete pecados capitales del proceso de justicia y paz” y han suspendido, no por primera vez, su participación en el proceso de la LJP. Véase <http://memoriaydignidad.zettaingenieria.com.co/memoriaydignidad/images/extradicionysussecuelas/instrumentos-nacionales-extradicion/marco-juridico-sobre-paramilitarismo/2-Carta-de-los-ppmm-en-Itagui-sobre-su-salida-de-JyP.pdf> (visitado por última vez el 28 de mayo de 2015).

es un desarrollo del principio de celeridad, protege derechos fundamentales y, por lo tanto, en ningún caso debe ser sometido a la discrecionalidad del Estado. Por esta razón la aplicación complementaria (Art. 62 LJP) de las causales de libertad provisional de acuerdo a la Ley 906 de 2004 (respectivamente Ley 600 de 2000) no admitiría interpelaciones dilatorias.

Sim embargo, para la negación de este beneficio se ha argumentado que no basta el cumplimiento del tiempo previsto como pena alternativa (8 años), sino que se viene exigiendo un cumplimiento completo de las condiciones para el otorgamiento de tal pena, aunque el lapso en la realización de dichas condiciones supere el previsto para la pena alternativa. Que el postulado sólo tenga derecho a la pena alternativa cuando cumple completamente las condiciones, por lo menos no sirve como argumento en los casos en los cuales el postulado ha colaborado plenamente con la justicia y de dicha experiencia se puede derivar un pronóstico positivo sobre el futuro cumplimiento de los requisitos. La no aplicación del derecho a la libertad provisional somete a los postulados a la arbitrariedad del Estado, porque fuera de cumplir con el requisito de una confesión completa, dada la cantidad de hechos, el proceso se torna muy largo y los factores esenciales para la duración del proceso (diseño efectivo de las versiones libres, distribución de recursos suficientes a la fiscalía, etc.) terminan dependiendo del Estado⁸⁶.

A estos ritmos ha terminado sometiéndose la justicia transicional en Colombia bajo la forma del proceso penal. El mismo no da cuenta ni de una plena satisfacción de los derechos de las víctimas ni de una debida asimilación del sentido de límite del poder punitivo inherente a las garantías penales y procesales. Las aspiraciones transicionales se mueven en un círculo vicioso que inicia con amplias promociones legalistas de las mismas y culmina con la constancia de no satisfacción, para luego insistir en nuevas alternativas normativas. A tal fetichismo jurídico se ha sometido el proceso transicional en Colombia, rezagando otras condiciones de posibilidad materialmente orientadas a la superación del conflicto. Se trata, una vez más, de un derecho (penal) simbólico sin capacidad real de cumplir las promesas que lo alientan para el desenlace de la justicia transicional.

Conclusiones

El derecho penal no debe ni puede cumplir eventuales deseos de venganza. La determinación de los hechos cometidos contra las víctimas como actos criminales

⁸⁶ La problemática se muestra, por ejemplo, si se tiene en cuenta que algunos postulados esperan más que un año entre una y otra citación para rendir versión libre

que violan las reglas fundamentales de convivencia de la sociedad, y que como tales son rechazados, comunican a las víctimas solidaridad y muestran que ellas no son sacrificables, sino, por el contrario, parte importante de esta sociedad, lo cual es de suma importancia para su reintegración y para la restauración de su autoestima.

De igual forma, téngase en cuenta que la LJP intenta aportar a los procesos de justicia y paz un descubrimiento de la verdad (material) más amplio y una efectiva reparación a las víctimas. Sin embargo, si se opta como en el caso colombiano por la vía de la justicia penal, esos otros objetivos no originarios de la justicia penal tienen que ser adaptados a las reglas y principios del procedimiento penal sin poner en peligro su propio fin legítimo.

Referencias

Alonso Espinal, Manuel/Valencia Agudelo, Germán Darío *et al.* *Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local*, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007.

Ambos, Kai *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz“ en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.

Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Temis, 2008.

Ambos, Kai/Zuluaga, John, “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Amnistía Internacional, *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, 2008, disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad de los Andes-Grupo editorial Norma, 2008.

- Bastidas, William, “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlin (ed.), 2007.
- Beck, Katharina, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008
- Burkhardt, Sven/Graebisch, Christine, “Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität- Widersprüche und Alternativen anhand ausgewählter Beispiele”, en Cornelius Prittwitz *et al.* (eds.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 212-235.
- Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Chernick, Marc, *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008,
- CIDH “Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, Washington, 2 de octubre de 2007.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008
- Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Disidentes, rearmados y emergentes: bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007.
- Damaska, Mirjan, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1986.
- Dembour, Marie-Bénédicte y Haslam, Emily, “Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Criminal Trials”, en *European Journal of International Law* (2004), pp. 151- 176.
- Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 6ª ed., 2004
- Fidel Boada, Fidel, “La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos”, en *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, Alfredo Rangel (Ed.), 2005, pp. 322 ss.

- Fundación Ideas para la Paz, Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?, en *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis Nro. 58*, Bogotá, Enero de 2010, p. 1 ss., disponible en http://www.ideaspaz.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=55&limitstart=60 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Fundación Seguridad y Democracia, “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Fundación Seguridad y Democracia, “Los grupos armados emergentes en Colombia”, en *Boletín Coyuntura de Seguridad*, Bogotá, El Autor, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/allConflicto.asp> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015);
- González Zapata, Julio, “Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005”, en *Estudios Políticos* 27 (2005), Medellín, UdeA, p. 50.
- González Zapata, Julio. “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos N° 31*, Medellín, jul-Dic, 2007, p. 38.
- GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009.
- GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009.
- Günther, Klaus, „Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos.Günther, 2002, pp. 204-219.
- H. Friman, en: R. Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2ª ed. 2010
- Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- Hassemer, Winfried/Reemtsma, Jan Phillipp, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, C.H. Beck, 2002.
- Hörnle, Tajana, „Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19/2006, pp. 950-958.
- Human Rights Wacht, *Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, New York, El Autor, 2008, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2008/10/16/rompiendo-el-control> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

- Human Rigths Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, Washington, 2010
- Human Rigths Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia´s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005
- INDEPAZ. “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* 8^o ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.
- López Medina, Diego, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), pp. 63-86.
- Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2^a edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- MAPP-OEA, informes trimestrales “sexto” a “décimo cuarto” disponibles en http://www.mapp-oea.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=74 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Montelaegre Lynett, Eduardo, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, p. 20 s.
- Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) *et al*, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, El Autor, 2009.
- Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Madrid, CTIpax, *primer informe* p. 91, *segundo informe* pp. 114-115, *tercer informe* pp. 78-81, 94-97 y 113-116;
- ONU, *Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 3 de febrero de 2011, disponible en http://www.nacionesunidas.org.co/img_upload/29e3d3aa-1b87e476b58e75187297599e/Informe2010_esp.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Bogotá, Temis, 1992.
- Orozco Abad, Ivan, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009.

- P. Wallensteen/M. Sollenberg, "Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96", en *Journal of Peace Research* 1997, p. 342.
- Pardo Rueda, Rafael, *Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?*, Bogotá, Ediciones B, 2007, pp. 171 ss.
- Pastor, Daniel, ¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en Eiroa/Otero (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, pp. 327-400.
- Pizarro, Eduardo, "Reparar el bote en alta mar", en *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009
- Procuraduría General de la Nación (PGN), *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo IV*, Bogotá, USAID, 2008.
- Reemstma, Jan Phillip, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters als Problem*, München, C.H. Beck, 1999.
- Reemstma, Jan Phillip, *Im Keller*, Reinbek, Rororo, 1998.
- Reese, Carolin, „Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof: Und der Versuch einer Antwort“, en Neubacher, Frank/Klein, Anne (eds.). *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts*, Berlin, Duncker-Humblot, 2006, pp. 71-89.
- Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Bogotá, IEPRI/Planeta, 2003.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* 28º ed., München, Beck, 2014.
- Singer, T. *et al.*, "Emphatic neutral responses are modulated by the perceived fairness of others", en *Nature*, 439 Ed, No. 7075, pp. 466 y ss.
- T. Stein / C. von Buttlar, *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed. 2009.
- Volk, Klaus/ Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8º ed., München, Beck, 2013.
- von Hippel, Robert, *Strafrechtsreform und Strafzwecke*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1907.
- von Liszt, Franz, „Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882)“, en von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Tomo 1 (1875 a 1891). Reimpresión 1948, pp. 7 ss.
- Zuluaga Taborda, John, "Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de 'justicia y paz'", en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política criminal*, Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, pp. 571 ss.

Zuluaga Taborda, John, “Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.) *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 168-188.