

¿Justicia transicional sin conflicto armado, sin transición y sin verdad?

Consensos y disensos en torno al proyecto de ley de “justicia y paz”

Rodrigo Uprimny Yepes

Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS y profesor asociado de la Universidad Nacional*

En Colombia, el debate en torno al llamado proyecto de “justicia y paz”, que pretende crear un marco jurídico para las actuales negociaciones entre los grupos paramilitares y el gobierno y para aquéllas que eventualmente se lleven a cabo en un futuro con otros grupos alzados en armas, se ha servido de las categorías conceptuales y de las herramientas jurídicas de la llamada “justicia transicional”. En efecto, el lenguaje utilizado en los diversos proyectos de ley que se han presentado en el Congreso en esta legislatura para tratar el tema se encuentra inspirado por las experiencias internacionales que han desarrollado procesos transicionales con el fin de dar fin a conflictos armados o a dictaduras, pero tratando de respetar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Tal es el caso, en especial, de las experiencias de Sudáfrica e Irlanda del Norte, que han sido citadas en forma recurrente en los debates.

No obstante, el contexto colombiano actual plantea serias dificultades para desarrollar exitosamente un proceso de justicia transicional similar a los que se han llevado a cabo en otros lugares del mundo, al menos por las siguientes dos razones. De un lado, porque la desmovilización y eventual reinserción social de los grupos paramilitares pretende realizarse en medio de un conflicto armado que, por lo pronto, no parece dar muestras de tender hacia su finalización. Por ello, en el evento de que la paz fuera lograda con estos grupos armados, se trataría apenas de una paz parcial, que sólo incluiría a uno de los varios actores armados existentes en el país. Las actuales negociaciones de paz con los grupos paramilitares pondrían en marcha un proceso de justicia transicional que no implica una transición definitiva del conflicto a la paz, sino que, en el mejor de los casos, lograrían una transición fragmentaria e incompleta. De otro lado, el actual gobierno ha defendido la tesis de que en Colombia no existe conflicto armado, por lo que estaríamos intentando una transición paradójica a la paz, puesto que se estarían adelantando negociaciones de paz frente a un inexistente conflicto armado.

El caso colombiano agudiza entonces los ya de por sí bastante arduos dilemas de la justicia transicional, pues se estaría intentando aplicar la idea de justicia transicional a una situación en donde, según la visión gubernamental, no hay guerra y en donde, en el mejor de los casos, la transición a la paz sería parcial y fragmentaria. Estas particularidades colombianas hacen aún más difícil encontrar fórmulas jurídicas y políticas satisfactorias, que armonicen realmente los requerimientos de la paz con los

** Este trabajo contó con la valiosa colaboración de la investigadora de DJS Maria Paula Saffón.

derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. En ese contexto, este documento pretende analizar críticamente los principales consensos y disensos que actualmente existen en el debate en el Congreso en torno al proyecto de “justicia y paz”, con el fin de evaluar las potencialidades de este texto para avanzar hacia una paz democrática y duradera. Para ello, la primera parte recuerda brevemente los distintos tipos de procesos transicionales que existen, los dilemas que plantean y la manera como estos dilemas se ven agudizados en el caso colombiano. Ello servirá para iluminar y enmarcar el estudio concreto de los diferentes proyectos de ley presentados en el Congreso, que será realizado en la segunda parte, y que señalará que dichos proyectos de ley muestran un consenso político básico entre los actores políticos sobre la conveniencia de utilizar el lenguaje de la justicia transicional, consenso que antes no existía. La tercera parte aborda los aspectos del debate que actualmente suscitan más disenso. Plantearé entonces que si bien existe un consenso generalizado acerca del lenguaje a ser empleado para la discusión de la ley, dicho consenso oculta los múltiples y muy importantes disensos que surgen del diseño concreto de los mecanismos que pretenden lograr que en el actual proceso de paz haya, efectivamente, verdad, justicia y reparación. Es en las discusiones acerca del diseño de estos mecanismos, y en particular acerca de las consecuencias que la elección entre uno u otro pueden generar, en donde creo que debe centrarse la mirada crítica de la sociedad colombiana en estos momentos.

Esta diferencia es particularmente importante en relación con el alcance del derecho a la verdad y la confesión, la cual será abordada en detalle en la cuarta parte de este texto, por ser considerada crucial para la suerte del proceso transicional en Colombia. Esa discrepancia no es obviamente la única, pues existen otras divergencias importantes, que brevemente presento, para terminar el artículo con algunas conclusiones sobre los graves peligros que implica, en un contexto como el colombiano, diseñar un proceso de justicia transicional que no garantice adecuadamente la exigencia de verdad que, de acuerdo con los estándares y las experiencias internacionales, constituye el presupuesto básico del éxito de todo proceso de ese tipo.

I. Tipos de justicia transicional y dilemas

En un documento que escribí en diciembre de 2003 con mi colega Juan Manuel Lasso, clasificamos en “tipos ideales” los distintos procesos de transición que se han utilizado en la historia internacional reciente y, con base en los dilemas que los mismos presentan, tomamos partido por la justicia transicional basada en perdones “responsabilizantes”, como el proceso que mejor se adecua a la situación colombiana.¹ Considero que las ideas allí expuestas tienen aún vigencia, por lo que me permito resumir algunas de ellas a continuación, con el fin de darle un marco conceptual a la discusión sobre la coyuntura política actual en relación con la ley de justicia y paz.

¹ Rodrigo Uprimny Yepes y Luis Manuel Lasso Lozano, “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas* (Fundación social, FESCOL, Embajada de Alemania, 2004), pp. 101-88.

A manera de esquema, resulta posible clasificar los procesos transicionales en cuatro tipos básicos, según la importancia que cada uno le otorga al castigo de los responsables y al respeto de los derechos de las víctimas o, al contrario, al perdón de los victimarios y al olvido de los hechos ocurridos. Así lo ilustra el siguiente cuadro:²

Tipo de transición	I. Perdonos “amnésicos”	II. Perdonos “compensadores”	III. Perdonos “responsabilizantes”	IV. Transiciones punitivas
Ejemplos	España y las amnistías colombianas	Chile y Salvador	Sudáfrica	Nuremberg, Rwanda y Yugoslavia
Características básicas	Amnistías generales, sin estrategias de verdad o reparación	Amnistías generales, con comisiones de verdad y algunas medidas de reparación	Comisión de verdad, algunas reparaciones, perdonos individuales y condicionados para ciertos crímenes, confesión total.	Establecimiento de tribunales para castigar a responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad
Lógica subyacente	Facilitar la negociación entre los actores y la reconciliación ulterior a través del olvido.	Compensar el perdón de los responsables con medidas de reparación a las víctimas y de recuperación de la verdad.	Equilibrio entre las necesidades de perdón y justicia, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades.	Sólo el castigo de los responsables permite fundar un nuevo orden democrático basado en derechos humanos.

Aunque la anterior tipología debe ser matizada en función de la especificidad y del carácter dinámico de cada transición nacional, la misma resulta útil para encuadrar la discusión sobre verdad, justicia y reparación en Colombia. En particular, es relevante señalar que la realidad actual del país hace inviables políticamente e indeseables ética y jurídicamente los modelos radicales (I y IV) antes enunciados, y que el modelo III parece insuficiente, como procedo a explicarlo.

El modelo de transiciones punitivas (IV) supone la existencia de una voluntad política capaz de imponer los tribunales, lo cual implicaría un triunfo militar de algunas de las partes del conflicto armado; Esta situación evidentemente no se presenta en el actual contexto colombiano puesto que la ley está prevista para las negociaciones de paz.

² Tomado de *Id.*, p. 111. Para tipologías semejantes, aunque no iguales, ver Ronald C. Slye, “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of AngloAmerican Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?” 43 *Va. J. Int'l L.* 173 (2002), pp 240 y ss. Igualmente ver Jan-Michael Simon. *Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador*. Ponencia presentada el 26 de agosto de 2003 en México DF. Feiburg, Instituto Max Planck, Nota de investigación, 2003.

Además, dicho modelo no podría aplicarse en Colombia, pues todas las partes del conflicto armado han perpetrado crímenes atroces y, como tal, ninguna podría juzgar legítimamente a otra u otras de manera unilateral. Por último, dada la complejidad de los crímenes masivos y la gran cantidad de actores involucrados en ellos, el modelo de transiciones punitivas requiere una gran eficacia del sistema penal que, de no existir, como efectivamente parece ser el caso, conllevaría a la deslegitimación del proceso transicional en razón de las eternas dilaciones que se producirían. En consecuencia, en el caso colombiano parecería necesario abandonar parcialmente el paradigma punitivo, con miras a admitir el perdón, al menos parcial, de algunos victimarios.

Por su parte, los perdones “amnésicos” (I) no parecen posibles en la actualidad, por razones tanto jurídicas como políticas y éticas. Por una parte, la evolución reciente del derecho internacional condena las amnistías generales de crímenes de guerra o de lesa humanidad, consideradas violatorias de los tratados internacionales sobre derechos humanos y susceptibles de activar la competencia del Tribunal Penal Internacional y, eventualmente, la de jueces de otros países, en virtud del principio de jurisdicción universal que cubre muchos de esos crímenes internacionales. Por otra parte, las presiones internas e internacionales en contra de los perdones “amnésicos” hacen que este tipo de medidas sea inviable políticamente. Adicionalmente, dichas estrategias son ética y políticamente indeseables en tanto que ocultan la verdad sobre los responsables de los crímenes y sacrifican los derechos de las víctimas, obstaculizando así que la reconciliación sea durable en el largo plazo. En efecto, el perdón y el olvido de crímenes atroces constituye un germen de violencia futura y, como tal, es una base muy endeble para la construcción de una sociedad democrática. La experiencia colombiana confirma esa tesis pues muestra los efectos perversos de esas transiciones amnésicas; las amnistías incondicionales a la terminación de los conflictos, sin que se hubieran establecido responsabilidades, ni esclarecido la verdad de lo ocurrido ni reparado a las víctimas, mantuvieron sentimientos de injusticia y venganza que alimentaron posteriores guerras y violencias³. El olvido no parece ser entonces una base sólida para lograr la garantía de que esos hechos atroces no serán repetidos.

A diferencia de los modelos anteriores, las transiciones basadas en perdones “compensadores” (II) buscan un equilibrio entre los derechos de las víctimas y las dinámicas de los procesos de negociación y reconciliación. Sin embargo, este tipo de justicia transicional resulta insuficiente en el contexto colombiano, pues parte del supuesto de que los derechos de las víctimas pueden ser intercambiados, de forma que si un Estado garantiza la reparación y la verdad, podría omitir la exigencia de justicia o castigo de los responsables de los crímenes. Jurídicamente, esta postura es problemática, porque las exigencias de verdad, justicia y reparación tienen cierta autonomía. En particular, existe una obligación internacional de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Pero además, dicha postura es ética y políticamente cuestionable, dado que el castigo de los responsables de esos crímenes cumple funciones esenciales en un proceso de transición,

³ Sobre los efectos antidemocráticos que ha tenido la falta de memoria en las guerras en Colombia, ver Gonzalo Sánchez. *Guerras, memoria e historia*. Bogotá, ICANH, 2003.

tales como evitar el sentimiento de impunidad, revalorizar a las víctimas y a sus familiares, y condenar políticamente tales comportamientos, entre otras.

En razón de lo anterior, considero que el tipo de procesos transicionales más compatible con los derechos de las víctimas, con los principios democráticos y con el contexto colombiano es aquél basado en perdones “responsabilizantes” (III). Este tipo de transiciones consiste en negociaciones de paz que hagan todos los esfuerzos necesarios para garantizar los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de establecimiento de la verdad, castigo de los victimarios y reparación de las víctimas. Así, siguiendo el esquema de perdones “responsabilizantes”, la concesión de perdones ha de ser excepcional e individualizada, y debe regirse por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando constituye la única medida existente para alcanzar la paz y la reconciliación nacional y cuando es proporcional a la gravedad de los actos cometidos por el inculpaado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia.

Estos criterios de proporcionalidad se concretan en algunas máximas básicas: (i) A mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón; (ii) A mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón; (iii) A mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón. No existe entonces objeción a conceder indultos o exenciones totales de pena a aquellas personas que sean únicamente combatientes. Incluso, podría pensarse en perdonar integralmente algunas infracciones menores al derecho internacional humanitario. Por el contrario, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones graves al derecho internacional humanitario en principio deben estar excluidas de perdones totales; en esos casos, sólo serían admisibles perdones parciales –bajo formas de disminución de la sentencia a imponer o la concesión de subrogados penales, como la libertad condicional- siempre y cuando exista una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, que así lo justifique, lo cual supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial, y el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad, pues no parece admisible que responsables de comportamientos tan atroces puedan recibir un perdón total, o deban únicamente cumplir penas alternativas

Una transición basada en perdones “responsabilizantes” logra un equilibrio básico entre las exigencias de justicia y las restricciones impuestas por los procesos de paz y, al ser compatible con el derecho internacional, se muestra “blindada” jurídicamente. En ese entender, una transición de ese estilo resulta apropiada para el caso colombiano que, adicionalmente, requiere que los perdones “responsabilizantes” tengan un cierto contenido retributivo y no solamente restaurativo. En efecto, a pesar de la importancia de los mecanismos que promuevan la mediación entre víctimas y victimarios en pro de la reconciliación -como los que son propios de la justicia restaurativa-, en Colombia, la transición del conflicto armado a la paz hace imperativo que quienes hayan cometido delitos atroces reciban un castigo. Y esto, al menos por cuatro razones distintas.

Primero, frente a una violencia masiva como la que ha tenido lugar en Colombia, resulta muy difícil identificar a las víctimas y victimarios que deban participar en los procesos de mediación interpersonal, pues no se sabe con claridad quiénes deben pedir perdón, ni en quiénes radica la facultad de concederlo. Segundo, dado el carácter atroz, y por ende imperdonable, de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, su castigo aparecería exigible con miras a condenar públicamente tales conductas y a excluirlas enfáticamente de la nueva sociedad que se pretende fundar. Tercero, el conflicto colombiano parece producir más una victimización múltiple de la sociedad civil por parte de los actores armados, que una guerra civil con movilización ciudadana en la que pueda hablarse de formas de victimización recíproca generalizadas. En ese sentido, no es ética ni políticamente justificable que las víctimas del conflicto y la sociedad en general se conformen con una transición basada en los perdones recíprocos que se den los actores armados –en este momento en concreto el Estado y los paramilitares- entre sí. Cuarto, dado que la sociedad colombiana no conoce aún la verdad del conflicto y, como tal, se encuentra dividida en torno al significado del pasado que busca superar, el uso de instrumentos restaurativos de reconciliación puede resultar perverso, pues puede implicar la deslegitimación de aquellos sectores sociales que reclaman verdad y justicia, y que serían vistos como obstáculos para la reconciliación. De esa manera, la justicia restaurativa podría terminar siendo un instrumento para la impunidad. Por ello los procesos transicionales, si quieren conducir a una paz democrática duradera, tienen que contener ciertos elementos retributivos, que pueden ser morigerados por dinámicas de justicia restaurativa pero que no pueden ser sustituidos por esta última⁴.

II. El consenso básico: del lenguaje de justicia restaurativa y alternatividad penal al lenguaje de la justicia transicional y de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

El lenguaje con el que los proyectos de ley que sobre el tema fueron presentados en esta legislatura y que están siendo discutidos en el Congreso expresa el consenso político que en la actualidad existe en el país en torno a la aplicabilidad del principio general de la justicia transicional a las negociaciones de paz. En efecto, todos los actores del debate aceptan hoy, al menos con las palabras que utilizan, la necesidad de que Colombia pase por un proceso de transición caracterizado por la consecución de un equilibrio entre las exigencias de la paz y los derechos de las víctimas, o por utilizar el título del proyecto base, que se trate de una normatividad que contribuya a la “justicia y a la paz”.

La situación descrita es relativamente reciente. No sólo los procesos de paz del pasado no incorporaron nunca esas exigencias de justicia sino que, además, hasta hace relativamente pocos meses no se aceptaba de manera unánime que las categorías teóricas y prácticas de la justicia transicional debieran ser aplicadas a los casos de desmovilización de paramilitares y otros miembros de grupos armados ilegales. Así lo demuestra el proyecto de ley de “alternatividad penal” que propuso el gobierno en el

⁴ Para un desarrollo más detallado de esta tesis, ver Rodrigo Uprimny, Maria Paula Saffón. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades” en Angelika Rettberg (Ed). *Entre el perdón y el paredón* (En prensa)

año 2003, el cual, a pesar de que mencionaba las exigencias básicas de verdad, justicia y reparación propias de la justicia transicional, en realidad se fundaba en conceptos propios de la justicia restaurativa y, en la mayoría de casos, reemplazaba la pena de cárcel de quienes se desmovilizaran por mecanismos de “reparación individual y social”.⁵

En cambio, los proyectos de ley que fueron presentados recientemente en el Congreso con miras a regular el proceso de paz con los grupos paramilitares demuestran que hoy existe un consenso, al menos en el discurso, acerca de la importancia de garantizar las condiciones básicas de verdad, justicia y reparación propias de los procesos transicionales, y de lograr un equilibrio entre éstas y las exigencias políticas que pueden hacer posible la materialización de la paz. De ahí que muchos de estos proyectos incluyan en sus textos, y notoriamente en sus títulos, las categorías de verdad, justicia y reparación.⁶ Y de ahí también que incluso el título del proyecto de ley presentado y defendido oficialmente por el gobierno, “ley de justicia y paz”, parezca alejarse de las posturas gubernamentales iniciales que buscaban limitar los procesos de desmovilización a las herramientas teóricas y prácticas de la justicia restaurativa, para acercarse a categorías propias de los procesos transicionales tales como la exigencia de justicia.

La consolidación del consenso en torno al uso del lenguaje propio de la justicia transicional es también ilustrada por el hecho de que aquellos proyectos de ley que defendían posiciones más radicales han sido marginados de la discusión en el Congreso, mientras que se encuentran en el centro de la discusión los proyectos que aceptan (por lo menos teóricamente) la necesidad de que exista un equilibrio entre los derechos de las víctimas y las restricciones que derivan del proceso de negociación. Así, aquellos proyectos de ley que se acercaban a los polos de transición punitiva o de perdones “amnésicos”, tales como los presentados por Piedad Córdoba y por Carlos Moreno de Caro respectivamente, parecen estar excluidos de la actual discusión política. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que el primero de estos proyectos era tan exigente en cuanto a los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas que difícilmente permitía hablar de una negociación de paz; y que el segundo proyecto era tan laxo en cuanto a dichas exigencias que parecía negar cualquier posibilidad de una verdadera y

⁵ Así lo planteó explícitamente el Alto Comisionado para la paz, al decir que dicha ley “promueve la aplicación de una justicia restaurativa, dejando atrás el esquema de justicia retributiva que se limita a imponer una pena de cárcel al condenado sin que simultáneamente se estén desarrollando acciones de reparación individual y social”. Luis Carlos Restrepo, *Ponencia* presentada en el Woodrow Wilson Center, Washington DC, 22 de septiembre de 2003. Ver igualmente la exposición de motivos de ese proyecto en Gaceta del Congreso No 436 de 2003.

⁶ Por ejemplo, ver el proyecto presentado por Piedad Córdoba, “Por la cual se dictan normas sobre Verdad, Justicia, Reparación, Prevención, Publicidad y Memoria para el sometimiento de los grupos paramilitares que adelanten diálogos con el gobierno”; o el proyecto de Ricardo Español, “Por la paz y la reconciliación nacional (reparación y rehabilitación)”; o el pliego de modificaciones presentado por Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas, “Por la cual se dictan disposiciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de la sociedad colombiana en procesos de reconciliación con grupos armados al margen de la ley.”

duradera reconciliación nacional, la cual debe fundarse en el respeto de los derechos de las víctimas.

El debate en el Congreso se ha centrado en torno a dos textos que parecen coincidir en un lenguaje dirigido a plantear la necesidad de hallar soluciones transicionales intermedias y no extremas. Es el caso del pliego de modificaciones que hasta la fecha ha servido de base para la votación de la ley y que es defendido por el gobierno y por varios congresistas que lo apoyan (de ahora en adelante “PM base”), por una parte, y del pliego de modificaciones alternativo que fue presentado por los congresistas liderados por Rafael Pardo, que no lograron ponerse de acuerdo con el gobierno acerca del contenido de la ley (de ahora en adelante “PM alterno”).⁷ Por eso mi análisis se centra en el examen de esos proyectos.

III. Del consenso en el lenguaje abstracto a las discrepancias en los engorrosos “detalles jurídicos”.

El consenso en torno al uso del lenguaje de la justicia transicional, que fue en gran medida un resultado de la reacción negativa internacional e interna frente al proyecto gubernamental de “alternatividad penal” de 2003, es sin lugar a dudas positivo. Es una muestra de que la sociedad colombiana ni la comunidad internacional están dispuestas a aceptar desmovilizaciones de grupos al margen de la ley que atropellen los derechos de las víctimas. Es una indicación de que Colombia tal vez esté intentando superar su vieja tradición de “perdones amnésicos”, que poco ha contribuido a cimentar una paz democrática y duradera.

No obstante lo anterior, resulta necesario hacer una distinción entre lo que el lenguaje de los pliegos de modificaciones parece plantear, y las consecuencias efectivas que tienen los diseños específicos de los mecanismos transicionales ideados por cada uno de esos textos. En efecto, el PM base utiliza las categorías propias de la justicia transicional, y en particular defiende la idea de la necesidad de exigir verdad, justicia y reparación, lo que en principio permitiría situarlo dentro del modelo transicional basado en perdones “responsabilizantes”. Sin embargo, como lo veremos en detalle, los límites que el PM base impone a las exigencias de verdad, justicia y reparación podrían llevar a concluir que, a pesar del lenguaje utilizado, las consecuencias prácticas que tendría una ley como esa parecen acercarla más bien a una justicia transicional basada en perdones “amnésicos”. Por el contrario, el PM alterno parece efectivamente buscar poner en marcha una transición fundada en “perdones responsabilizantes”, al menos en forma parcial. Conviene entonces distinguir entre el efecto puramente discursivo o simbólico de los diversos proyectos y pliegos de modificaciones y sus potenciales resultados

⁷ Los congresistas ponentes del PM base son: Mario Uribe, Claudia Blum, José Renán Trujillo, Luis Humberto Gómez, Ciro Ramírez, Germán Vargas, Roberto Camacho, Armando Benedetti, José Luis Arcila, Óscar Arboleda, Iván Díaz, Germán Varón. Por otro lado, los congresistas ponentes del segundo pliego de modificaciones son Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas.

reales o instrumentales, pues puede existir una importante discrepancia entre unos y otros efectos⁸. A partir de lo anterior, los distintos proyectos podrían ser clasificados así:

	Perdones “amnésicos”	Perdones “compensadores”	Perdones “responsabilizantes”	Transiciones punitivas
	-Proyecto de ley Carlos Moreno de Caro_ -Posiblemente pliego de modificaciones base (PM base) por sus efectos instrumentales prácticos		-Pliego de modificaciones alterno (PM alterno) -Pliego de modificaciones base (PM base) a nivel simbólico o discursivo	-Proyecto de ley Piedad Córdoba

El cuadro anterior ilustra entonces que, a pesar del consenso básico que los grupos políticos han logrado en torno al lenguaje conceptual que debe ser utilizado para redactar y discutir la ley de justicia y paz, son muchos y muy importantes los disensos que aún subsisten. Es por eso que en este momento del debate político resulta imperativo girar la atención hacia las diferencias que existen entre las herramientas prácticas contenidas en los textos legislativos defendidos por unos y otros congresistas, pues son precisamente las decisiones acerca de esos mecanismos las que determinarán la suerte del proceso transicional en Colombia. Los “detalles jurídicos”, por técnicos y áridos que parezcan, adquieren hoy una importancia política estratégica. Brevemente procedo entonces a analizar las divergencias más importantes en relación con los derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad, comenzando por el tema en donde parece existir mayor acuerdo, que es el derecho de las víctimas a la reparación, para luego examinar el deber de castigar, en donde las discrepancias son mayores, y terminar con el estudio del derecho a la verdad, en donde existen realmente diferencias fundamentales.

a- Consensos y diferencias sobre el deber de reparación

La discusión sobre la exigencia de **reparación** ha evolucionado hacia un consenso en torno a la necesidad de exigir a los actores armados que se desmovilicen una reparación de los daños causados a sus víctimas, aun cuando la misma pueda ser sometida a ciertas condiciones. En la actualidad, casi nadie estaría dispuesto a defender públicamente un proceso transicional sin reparación. Esto puede explicarse, al menos parcialmente, por la inmensa presión que se ejerce a nivel internacional también con respecto a este tema.

⁸ Sobre estos conceptos, ver Mauricio García Villegas. "Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho" en *El Otro Derecho*, Bogotá, No 7, 1991

De hecho, luego de experiencias de justicia transicional como la sudafricana, en donde la exigencia de reparación fue sacrificada en gran medida en pro de la exigencia de verdad, los estándares internacionales tienden a exigir penas y reparaciones mínimas, a fin de lograr un equilibrio que garantice paz y reconciliación en el largo plazo.⁹

En ese contexto, todos los proyectos de ley presentados en el Congreso, incluso aquéllos que más se acercan al polo de perdones “amnésicos” o de transición sin justicia, contemplan como requisito necesario del proceso transicional que las víctimas puedan reclamar la reparación de los daños sufridos.

En particular, los dos pliegos de modificaciones tienen un acuerdo verbal muy importante en el tema; ambos reconocen no sólo el deber de reparar de parte de los actores armados sino que además incorporan formas de reparación que desbordan la indemnización económica. En efecto ambos proyectos¹⁰ incluyen otras medidas como (i) la restitución, que es devolver a la víctima, cuando sea posible, a su situación anterior; (ii) la rehabilitación, que consiste en suministrar a las víctimas o a sus familiares los cuidados médicos y psicológicos necesarios para su recuperación; (iii) la satisfacción o compensación moral, que consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido y (iv) las garantías de no repetición, que comprenden todas las medidas tendientes a evitar la repetición de esos crímenes. Pero eso no es todo; ambos proyectos prevén igualmente formas de reparación simbólica y colectiva, que preserven la memoria histórica y restablezcan la dignidad de las víctimas. De esa manera, ambos proyectos parecen recoger los principios actuales del derecho internacional sobre el deber de reparar a las víctimas y a sus familiares¹¹, y eso es importante.

Sin embargo, el consenso en el discurso no oculta disensos importantes acerca de la manera como debe implementarse el principio. Las diferencias entre dichos proyectos estriban esencialmente en la imposición o no de condiciones para que las víctimas puedan iniciar los procesos de reclamación, así como en la previsión o no de mecanismos adicionales de asistencia a las víctimas.

Por una parte, el PM alterno está impregnado de una preocupación por institucionalizar la voz de las víctimas en los procesos que se llevarán a cabo a fin de garantizar que haya una reparación efectiva. En ese sentido, dicho proyecto prevé la existencia de un Comité de Víctimas, con la función, entre otras, de hacer recomendaciones al tribunal encargado de disponer el monto y la modalidad de las reparaciones. Además, este proyecto dispone

⁹ Ver, al respecto, Brandon Hamber, “Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland”, 26 *Fordham International Law Journal*. 1074 (2003).

¹⁰ Ver PM base artículos 8 y 44 y ss; PM alterno artículos 7 y 60 y ss.

¹¹ Ver, en particular, los principios elaborados para Naciones Unidas por los expertos van Boven de 1996 y Cherif Bassiouni del año 2000 sobre derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. La versión revisada de esos principios de agosto de 2003 se puede consultar en www.unhcr.ch/html/menu2/revisedrestitution_sp.doc y precisamente incluye, que precisamente incluyen, en los principios 21 a 26, como formas de reparación la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

la posibilidad de que el Estado (y no sólo los desmovilizados) también pueda ser condenado a reparar, y de que las reparaciones ordenadas no sólo consistan en dinero, sino que estén acompañadas de medidas de otro tipo, tales como reparaciones simbólicas o devolución de tierras. Y, aunque debido a la necesidad de prever la escasez de recursos del fondo destinado a la reparación de las víctimas, el proyecto dispone también un mecanismo administrativo de reparación basado en tarifas fijas, el comité encargado de decidir en esta materia tiene un componente de representación de las víctimas y del Ministerio Público¹².

Por su parte, el PM base parece más preocupado por ser realista y tomar en consideración la escasez de recursos que por institucionalizar y dignificar la voz y participación de las víctimas en los procesos judiciales y en la definición del alcance de las reparaciones¹³. Por ello el componente efectivo de reparación de ese proyecto aparece empobrecido. En particular el proyecto no prevé ningún comité de víctimas, con lo cual la participación de éstas, como sujetos plenos de derecho en el proceso transicional se ve menguada.

b- Acuerdos y discrepancias sobre el derecho a la justicia y el deber de castigo.

El debate en torno a la justicia, y en particular su concreción en lo referente a la exigencia o no de penas de cárcel mínimas para aquellos desmovilizados que hayan cometido delitos atroces, también ha evolucionado hacia un cierto consenso entre los actores políticos: casi todos los congresistas admiten hoy que los desmovilizados responsables de delitos atroces deben cumplir una pena mínima de cárcel.

Se trata de un cambio mayor e importante en el debate político sobre el tema, pues al comienzo de los acercamientos entre el gobierno y los paramilitares, estos últimos fueron enfáticos en plantear que no aceptarían ningún acuerdo de paz que implicara que ellos fueran a la cárcel siquiera por un día. Por su parte, el proyecto gubernamental de “alternatividad penal” de 2003 compartía esa posición, pues preveía penas alternativas que posibilitaban que personas culpables de crímenes contra la humanidad no pasaran siquiera un día privados de su libertad. Sin embargo, poco a poco, y muy probablemente como consecuencia de la presión internacional, de la cada vez más constante presencia de la Corte Penal Internacional en los asuntos colombianos, y de las fuertes reacciones de ciertos miembros de la opinión pública nacional en contra de la impunidad frente a crímenes atroces, un consenso más o menos estable ha logrado consolidarse en torno a la necesidad de exigir una pena mínima de prisión para los paramilitares que accedan a los beneficios de la ley de justicia y paz y que hayan cometido delitos atroces.

A pesar de ese consenso, aún existe una discusión importante referida al alcance y a la implementación concreta del requerimiento (ya admitido) de una pena mínima de cárcel por delitos atroces. En efecto, si bien tanto el PM base como el PM alterno prevén una

¹² Ver PM alterno artículos 21, 60, 68 y 71 a 76

¹³ Ver PM base artículos 44 a 57.

pena mínima de cinco años de cárcel para quienes accedan a los beneficios de la ley y hayan cometido delitos atroces, existen entre ambos varias diferencias importantes.

Así, el PM base admite la posibilidad de que el *quantum* de la pena mínima mencionada se vea reducido por la aplicación de diferentes beneficios y rebajas de penas previstos por la legislación penal, de manera que –como arguyen los opositores de esta posibilidad- muchos sindicados de crímenes atroces podrían terminar pagando penas irrisorias de cárcel. En efecto, según ese proyecto, la pena que en principio decida imponer el juez al desmovilizado podrá ser dosificada en función de la gravedad del delito y del nivel de colaboración con la justicia que aquél demuestre¹⁴. Esta regla resulta problemática pues parecería premiar a las personas que más delitos graves han cometido y que más rango de mando tienen en la organización armada, pues son ellas las que, en efecto, más capacidad tienen de colaborar con la justicia -es decir, de confesar más crímenes atroces y de delatar-. Además, de acuerdo con este PM base, la redención de la pena por trabajo y estudio (redención que, de acuerdo con una jurisprudencia constante de la Corte Constitucional, no puede ser limitada¹⁵) también es susceptible de reducir la pena mínima, y puede acumularse con la dosificación de la pena antes mencionada. Por último, según este proyecto, dicha pena puede verse reducida aún más por el tiempo que haya pasado el sindicado en San José de Ralito, tiempo que no puede exceder dieciocho meses para efectos del beneficio y que puede contabilizarse desde el momento mismo en que el sindicado se desmovilizó. Con la acumulación de los beneficios y reducciones de pena antes mencionados, es bien posible que muchos de los paramilitares hoy desmovilizados paguen penas de cárcel efectivas mucho menores a los cinco años indicados como pena mínima. Adicionalmente, según lo prevé este proyecto, una vez cumplida la pena, el actor armado sale a disfrutar de una libertad plena, sólo controlada el primer año.

A diferencia del anterior, el PM alterno busca impedir la posibilidad de que la pena mínima de cárcel pueda ser reducida sin límite alguno¹⁶. Para ello, prevé que la sanción al desmovilizado tendrá que ser proporcional al delito cometido y, si bien será susceptible de reducción por la redención por trabajo y estudio, esta redención nunca podrá hacer que la pena sea inferior a la mínima de cinco años. En ese entender, este proyecto impone una pena mínima que es inmodificable. Además, dispone la posibilidad de que, cumplidas las tres quintas partes de la pena, el sindicado pueda salir a disfrutar de una libertad condicional que, a diferencia de la libertad plena otorgada por el otro proyecto, implica durante el tiempo que resta de pena una vigilancia y control constantes por parte del Estado y unos ciertos límites para el desmovilizado.

Así las cosas, es claro que mientras este último proyecto busca la existencia de un castigo que, aunque moderado, tendrá que imponerse en todos los casos de delitos atroces, por el contrario el PM base admite rebajas de penas considerables que pueden

¹⁴ Ver PM base artículos 30 y 33.

¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-601 de 1992 y T-718 de 1999

¹⁶ Ver PM alterno, artículos 30, 41 y 48.

volver ilusorio el deber del Estado colombiano de castigar los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

c- El derecho a la verdad y el problema de la confesión. ¿una discrepancia de verdad?.

La discusión acerca de la exigencia de **verdad** es la que, sin lugar a dudas, más disenso provoca en la actualidad entre los actores políticos. El debate se concreta en la cuestión sobre si es posible o no requerir la confesión plena y fidedigna de los delitos y los bienes ilícitos de los desmovilizados para que puedan acceder a los beneficios de la ley. Algunos congresistas consideran que la exigencia de la confesión plena es esencial, mientras que el gobierno y otros sectores se oponen a ella, por razones jurídicas y de conveniencia.

Así, el PM alterno exige a los desmovilizados que pretendan ser elegibles para recibir los beneficios de la ley la confesión plena y fidedigna de todos los delitos y de todos los bienes adquiridos ilícitamente, y prevé que en caso de que se compruebe que la confesión fue incompleta o falsa el desmovilizado pierda dichos beneficios¹⁷. Esta perspectiva se fundamenta en la idea, internacionalmente aceptada, de que sin verdad no hay posibilidad alguna de iniciar un proceso de justicia transicional. Por el contrario, el PM base, apoyado por el Gobierno, excluye de los requisitos necesarios para que los paramilitares puedan acceder a los beneficios de la ley la confesión plena y de sus delitos. La confesión, según este pliego de modificaciones, debería ser tomada como una forma de colaboración con la justicia y, como tal, como un elemento favorable al momento de determinar el *quantum* de la pena de los beneficiarios de la ley. Lo único que a este respecto tiene que hacer el desmovilizado para acceder a los beneficios de la ley es allanarse al cargo de paramilitarismo al momento de rendir versión libre. En ese sentido, la confesión es una opción y no una obligación y, por ende, en ningún caso podría exigirse que la misma fuera plena o fidedigna¹⁸.

El gobierno nacional defiende esta postura argumentando que la misma no descarta la posibilidad de que el Estado garantice plenamente la verdad al continuar investigando las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los crímenes atroces cometidos por los actores armados. Sin embargo, el PM base, apoyado por el gobierno, limita radicalmente esta exigencia de verdad de dos maneras fundamentales.

Por una parte, es claro que hasta la fecha no es mucho lo que la Fiscalía conoce de la verdad del paramilitarismo y que las herramientas con que cuenta para investigar sistemática y exhaustivamente delitos tan complejos como los de guerra y lesa humanidad no son aún las idóneas. A pesar de eso, el proyecto contempla la aplicación de un procedimiento penal oral y expedito, en el que existe un periodo de tiempo muy corto para que la Fiscalía investigue los delitos no confesados por el desmovilizado. Al hacerlo, el proyecto restringe en gran medida la posibilidad de que la Fiscalía logre

¹⁷ PM alterno, artículos 25, 31 y 35.

¹⁸ PM base artículos 17 a 21.

cumplir con la exigencia de verdad, en reemplazo de la confesión de los desmovilizados.

Por otra parte, el proyecto defendido por el gobierno admite la muy problemática posibilidad de que, en caso de que el Estado descubra, con posterioridad al rendimiento de versión libre, que el desmovilizado participó en uno o varios crímenes cuya comisión no confesó, éste tiene la posibilidad de allanarse a los nuevos cargos y de recibir así, nuevamente, los beneficios de la ley, que adicionalmente serán acumulados con los beneficios que recibió con anterioridad¹⁹. Y esto, cuantas veces el Estado descubra su participación en nuevos delitos. Así las cosas, se llega a la absurda conclusión de que, sin que el desmovilizado aporte nunca información valiosa para el esclarecimiento de la verdad, éste pueda beneficiarse eternamente de los beneficios de la ley por el mero hecho de aceptar pasivamente los cargos que el Estado logre imputarle. Y, lo que es más, los beneficios que reciba en cada nueva ocasión se acumularán con los anteriores, de manera que si en un primer momento pagó una pena de prisión, ésta será contabilizada para decidir cuánto de pena le queda por pagar. De esa manera, muy difícilmente podrá el Estado lograr nunca la reconstrucción, siquiera fragmentaria, de la verdad del conflicto interno armado cuya transición supuestamente busca lograr.

Este debate en torno a la confesión, a pesar de parecer un bizantismo jurídico, es de verdad importante. Y eso tiene una clara explicación: el esclarecimiento histórico es considerado internacionalmente como el presupuesto inicial y básico de cualquier proceso de justicia transicional, sin el cual muy difícilmente puede hablarse de la existencia de este fenómeno²⁰. Eso es así por obvias razones; si no hay verdad, difícilmente puede existir reparación o castigo, pues no se sabría a quien castigar y a quien reparar. Y si la sociedad no comprende lo que pasó, difícilmente puede poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencia de esas conductas atroces. No habría entonces ninguna garantía de no repetición. Por ello, en términos generales se admite que las exigencias de la paz pueden limitar o flexibilizar el deber de castigo de las atrocidades cometidas en el pasado; igualmente se admite que la escasez de recursos puede limitar, en la práctica, los alcances de las reparaciones; sin embargo, un punto en donde no parece haber ninguna razón para hacer concesiones es en el derecho a la verdad, que implica el deber estatal de recordar, no sólo para garantizar a la sociedad la no repetición de hechos violentos de este tipo a través de la divulgación, asimilación y discusión de lo ocurrido, sino además para dar a conocer a las víctimas y familiares la verdad de lo sucedido²¹.

¹⁹ PM base artículo 25.

²⁰ Véase Hamber, *Op- cit.* Ver igualmente Juan Méndez. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos” en Martín Abregú, Christian Courtis. (Eds) (2004) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.

²¹ La doctrina más autorizada en la materia es tal vez el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la impunidad, señor Louis Joinet, quien destaca esa doble dimensión del derecho a la verdad. Ver Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Señor Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

Ahora bien, actualmente tanto el PM base como el PM alterno le han apostado esencialmente a una verdad judicial, excluyendo otras formas de reconstrucción de lo sucedido, que hacen parte ya de las “recetas” de la justicia transicional, como las comisiones de verdad. Esa opción es discutible pero explicable. Es discutible, porque la verdad obtenida judicialmente, por importante que sea, resulta siempre fragmentaria y no permite tener un panorama de conjunto de la situación de violencia y de atropellos a la dignidad humana, ya que cada caso es decidido individualmente, y así debe ser, por razones de debido proceso. Por ello las comisiones de verdad han resultado ineludibles en las transiciones contemporáneas²². Pero la opción por la verdad judicial en la actual coyuntura es explicable, pues es difícil y riesgoso, aunque no imposible, poner en marcha una comisión de verdad en medio del conflicto y frente a uno de los factores de violencia únicamente. En esas condiciones, si la verdad es el presupuesto de toda transición democráticamente exitosa, y si los actuales proyectos le apuestan a una verdad esencialmente judicial, entonces es claro que la ley de “justicia y paz” debe potenciar y no limitar las posibilidades de que los procesos judiciales permitan esclarecer, al menos parcialmente, la realidad acerca del paramilitarismo en Colombia. Y por ello la discusión acerca de la confesión es tan importante, por lo cual considero necesario adentrarme con más detalle en este debate en el siguiente acápite, en donde estudiaré los argumentos a través de los cuales el gobierno rechaza la exigencia de la confesión plena de los delitos atroces de los paramilitares como condición para que éstos sean beneficiarios de ley de justicia y paz, a fin de demostrar que esta exigencia es jurídicamente legítima, políticamente conveniente y éticamente deseable en un contexto como el nuestro.

IV. La centralidad del debate sobre la confesión y sobre la verdad

Recientemente, el gobierno nacional, representado por el Alto Comisionado para la paz, Luis Carlos Restrepo, sostuvo que la exigencia de la confesión plena y fidedigna de los delitos de los paramilitares es inconstitucional.²³ Según el argumento del comisionado, convincente a primera vista -aunque, como se verá, contradictorio y refutable, mirado más de cerca-, dicha exigencia viola el derecho fundamental a la no auto-incriminación, es decir, el derecho de todo sindicado en un proceso penal a guardar silencio y a no declarar en su contra, pues constituye una presión indebida o una “coacción sutil” que impide la espontaneidad de la confesión.

Un argumento como el anterior debe ser rigurosamente analizado, dado que afirmar que la confesión plena y fidedigna es, en efecto, inconstitucional o violatoria de los pactos de derechos humanos, implica excluirla de la discusión política en torno al proyecto de ley, exclusión que tendría inmensas repercusiones jurídicas y políticas para el proceso de paz. De hecho, una cosa es alegar que una figura como ésta puede tener consecuencias políticas y sociales nocivas y que, por consiguiente, su implementación

²² Sobre las comisiones de verdad, ver por todos Priscilla Hayner. *Unspeakable truths. Confronting State terror and atrocity*. New York:, Routledge, 2001.

²³Luis Carlos Restrepo, *¿Confesión o autoincriminación?*, en: www.presidencia.gov.co/columnas/columnas97.htm

no es conveniente; y otra muy distinta decir que la misma es inconstitucional y que, en consecuencia, admitirla es simplemente imposible dentro del ordenamiento jurídico colombiano. De ahí que convenga, con miras a ilustrar esta compleja discusión, identificar y explicar las distintas posiciones teóricas que existen sobre el tema y que consisten, respectivamente, en (1) oponerse a cualquier forma de justicia negociada, incluida la confesión; (2) aceptar la posibilidad de exigir la confesión, pero limitándola a uno o varios delitos individuales cometidos por el sindicado, mas no a la totalidad de los mismo; o (3) defender la exigencia de la confesión plena y fidedigna para acceder a ciertos beneficios legales como posibilidad jurídicamente válida, especialmente cuando se trata de hacer frente a formas de criminalidad organizada.

En primer lugar, desde orillas políticas distintas, algunos analistas cuestionan toda forma de negociación de penas, por cuanto consideran que éstas afectan las garantías penales, y en especial la legalidad de las penas, el principio de igualdad y el derecho de toda persona a no autoincriminarse. Por ejemplo, desde la derecha neoliberal, Timothy Lynch, un miembro del Instituto Cato en Estados Unidos, plantea que el respeto a las libertades constitucionales y al debido proceso debería llevar a suprimir cualquier forma de “plea bargaining” o de obtención de beneficios por la colaboración con la justicia.²⁴ Y, desde la defensa estricta del garantismo penal, un autor como Luigi Ferrajoli se ha opuesto a toda forma de justicia negociada y de obtención de beneficios punitivos por confesión o colaboración con la justicia.²⁵

Los argumentos de ambos autores, que no son los únicos en cuestionar esta forma de derecho penal negociado, son semejantes: la concesión de premios por colaboración con la justicia afecta los principios de igualdad, proporcionalidad y legalidad del derecho penal, pues la sanción no dependerá de la gravedad del delito y de la culpabilidad del autor sino de su conducta en el proceso. Además, los beneficios son incentivos para que la persona se autoincrimine, por lo cual las confesiones o aceptaciones de cargos no son realmente libres.

Estas sólidas críticas al derecho premial y a la concesión de beneficios por aceptación de cargos o por confesión podrían suscitar dudas sobre su constitucionalidad y compatibilidad con los pactos de derechos humanos. Sin embargo, el sistema jurídico colombiano, como otros ordenamientos, acepta plenamente los mecanismos de justicia negociada en general, y el ofrecimiento de beneficios penales por la confesión de delitos, en particular. Así, los códigos procesales penales han admitido de tiempo atrás la confesión o, según el código actual, la aceptación de cargos²⁶, como una modalidad de negociar con la justicia con el fin de obtener beneficios en el quantum y la modalidad

²⁴ Timothy Lynch, *Against Plea bargaining*, en www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-7.pdf.

²⁵ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 1995, p. 749.

²⁶ Ver artículos. 283, 293 de la ley 906 de 31 de agosto de 2004 o Nuevo Código de Procedimiento Penal vigente).

de la pena.²⁷ Además, la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad de esta figura en varias oportunidades, precisando que la obligación de los jueces de asegurar la protección del derecho a la no autoincriminación consiste en verificar que, en caso de que el sindicado opte por la confesión, ésta sea voluntaria, libre y consciente.²⁸

Esta línea jurisprudencial corresponde además a la postura teórica aceptada por la mayoría de académicos y jueces a nivel internacional. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos acepta la validez jurídica de la confesión como parte de la justicia negociada o “plea bargaining”, pues considera que el derecho a la no auto-incriminación no tiene un carácter absoluto. Así, afirma esta Corte que el derecho a la no autoincriminación no implica que el defendido nunca pueda testificar en contra de sí mismo, sino que garantiza que no pueda ser forzado o compelido a hacer tal cosa.²⁹ Esto es así porque hay circunstancias en las que el procesado puede preferir autoincriminarse que no hacerlo o permanecer en silencio, tal y como ocurre en todos los casos de negociación con la justicia, en los que el Estado ofrece beneficios penales a cambio de la confesión o delación, entre otros. Lo importante entonces, según esta interpretación, es que el acusado tenga efectivamente la opción de confesar o de no hacerlo, es decir, de renunciar o no a su derecho fundamental a la no autoincriminación. En ese sentido, su decisión de confesar debe ser voluntaria, libre y consciente, y es precisamente garantizando el cumplimiento de esas condiciones como el Estado, a través del juez de la causa, protege su derecho fundamental a la no autoincriminación.³⁰

Es claro entonces que, desde el punto de vista constitucional, el debate sobre la legitimidad de la negociación de penas y la concesión de beneficios por confesión ya se encuentra resuelto en Colombia y en la mayoría de los países. Por consiguiente el interrogante que subsiste es si sólo se puede exigir la aceptación de cargos para un solo delito, como lo plantea el Alto Comisionado para la Paz, o si es posible exigir la confesión plena de todos los delitos ligados a la actividad de criminalidad organizada, como lo indica el PM alterno. Procedo pues a analizar ambas posiciones.

El Alto Comisionado y el gobierno colombiano aceptan necesariamente el principio general de la justicia negociada y, en concreto, la posibilidad de conceder beneficios penales a aquellos criminales que decidan entregarse a la justicia y de aumentar dichos beneficios en caso de que colaboren con la justicia, mediante confesión o delación. Y es

²⁷ Ver, por ejemplo, Ley 600 de 24 de julio de 2000 (Código de Procedimiento Penal anterior), *Beneficios por colaboración*, Título II, arts. 413-418; Ley 906 de 31 de agosto de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), *Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*, Título II, arts- 348-354.

²⁸ Ver, entre otras, las Sentencias C-394 de 1993, C-425 de 1996 y C-277 de 1998.

²⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Santobella v. New York*, 404 U.S. 257 (1971). Ver también, Brian R. Boch, “Fourteenth Amendment--The standard of mental competency to waive constitutional rights versus the competency standard to stand trial”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, Tomo 84, No. 4 (1994), p. 883, en: <http://www.proquest.umi.com>.

³⁰ Ver, Corte Suprema de Estados Unidos, *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 46S-64 (1938); *Brady*, 397 U.S. at 748; *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 835 (1975); *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506, 516 (1962); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 242 (1969).

que de no ser así, el gobierno no podría estar promoviendo un proceso de negociación de paz con los grupos paramilitares ni un proyecto de ley como el de “justicia y paz”, pues éstos parten de la base de que los beneficios que le serán concedidos a los actores armados que se desmovilicen, lo serán por el hecho de *confesar* su condición de paramilitares, es decir, por una colaboración parcial con la justicia consistente en la confesión de al menos un delito: el de sedición, en ciertos proyectos, o el de pertenecer a una organización armada ilegal, según otros textos. En ese entendido, la posición del gobierno se aleja de los planteamientos que se oponen a toda forma de justicia negociada, pues admite el principio general de la justicia negociada y, en consecuencia, la validez de la confesión, pero pretende limitar el alcance de esta última a uno o varios delitos pero no a la plenitud de los mismos.

Pero esa posición del Alto Comisionado es contradictoria, pues no es posible atacar la exigencia de una confesión plena y fidedigna de todos los delitos cometidos por el miembro de una organización criminal para la obtención de ciertos beneficios punitivos, con el argumento de que la misma viola el derecho a la no autoincriminación, mientras al mismo tiempo se defiende la existencia de un proceso de paz negociado y de una ley que ofrece beneficios penales a quienes se desmovilicen, esto es, a quienes confiesen que son miembros de grupos armados al margen de la ley. De ser consecuente con su discurso garantista, de total respeto por los derechos fundamentales que rigen el proceso penal y de repulsión por la justicia negociada, que el Alto Comisionado llama despectivamente “autoritaria y confesional”, ese funcionario se vería en la obligación de renunciar a su cargo y de oponerse vehementemente tanto al proceso de paz con los paramilitares, como al proyecto de ley que tanto ha defendido ante el Congreso.

Por otro lado, el precedente constitucional citado por el comisionado Restrepo (la Sentencia C-621 de 1998) con miras a justificar su posición no es relevante pues resolvieron otro asunto. En efecto, esa decisión declaró que era inconstitucional que el fiscal exhortara al sindicado a decir la verdad en la diligencia de indagatoria dentro del proceso penal, que es una figura jurídica con una función y unas consecuencias muy distintas de aquéllas propias de la confesión. Con toda razón la Corte Constitucional señaló que cualquier exhortación a decir la verdad por parte de la Fiscalía al imputado durante la indagatoria, que era un mecanismo de defensa en el anterior sistema procesal, constituye una violación del derecho fundamental a la no autoincriminación, pues es una presión a confesar. Pero no se entiende cómo de una consideración tal pueda derivarse que el ofrecimiento hecho por una ley de beneficios penales a aquellos sindicados que libremente decidan optar por confesar sus delitos a cambio de dichos beneficios viola, así mismo, el derecho a la no autoincriminación, cuando la propia Corte, en numerosas sentencias, ha aceptado el principio de la justicia negociada, como ya se explicó. Por ejemplo, la sentencia C-425 de 1996 declaró la constitucionalidad de la figura de la sentencia anticipada, que reduce la pena por aceptación de cargos, figura que la Corte asimiló a una confesión.

El Alto Comisionado confunde dos situaciones fácticas distintas, que tienen consecuencias jurídicas muy divergentes: el amedrentamiento o la coerción del imputado para que confiese, situación que se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional y que

comporta la nulidad de la actuación procesal, por un lado; y el otorgamiento de beneficios penales a aquellos sindicados que, libre, voluntaria y conscientemente decidan optar por ellos a cambio de su confesión y que, dentro de la lógica de la eficacia y celeridad del procedimiento penal, son herramientas jurídicas absolutamente válidas, por otro lado.

El ofrecimiento de beneficios a cambio de la confesión tiene plena validez, sin que quepa distinguir los casos en los que se exige una confesión parcial o una confesión plena. No existe entonces ningún argumento constitucional serio que impida que la ley exija que el desmovilizado confiese todos los delitos realizados en la organización criminal de la cual hizo parte si quiere recibir ciertos beneficios punitivos. Por el contrario, esta exigencia tiene sustento en la importancia que tiene la confesión como herramienta para lograr que la administración de justicia sea ágil y eficaz en la persecución y el desmantelamiento de organizaciones criminales, y en la contribución fundamental que la confesión puede realizar al esclarecimiento de la verdad en medio de procesos de justicia transicional.

Un ejemplo de derecho comparado fortalece la anterior tesis. Es el caso de la llamada ley de “arrepentidos” en Italia, que fue utilizada por ese Estado en la lucha contra el terrorismo. Durante los años ochenta, el parlamento italiano profirió una serie de normas tendientes a ofrecer importantes beneficios penales a aquellos miembros de esas organizaciones que confesaran de manera plena, fidedigna y completa todos los delitos que habían cometido.³¹ La justificación de estas medidas legislativas consistía en que la confesión sólo era útil para el desmantelamiento de la organización criminal a la que pertenecían los *repentiti*, si la misma cumplía con los estrictos requisitos antes mencionados. Esta posición es enteramente coherente, pues el ofrecimiento de beneficios jurídicos a cambio de la confesión de delitos es constitucional y forma parte de una estrategia por medio de la cual el Estado busca la obtención de ciertos objetivos importantes, por lo cual no existe ningún impedimento para que los beneficios a ser otorgados al sindicado pueden verse condicionados por exigencias que faciliten la consecución de tales objetivos estatales, que son esencialmente la desarticulación de una organización criminal determinada.

Por último, en contextos de justicia transicional como el vivido en Sudáfrica, la confesión plena y fidedigna por parte de los miembros de grupos armados que pretenden entregarse y ver sus penas reducidas es considerada un mecanismo esencial para la reconstrucción de la verdad. Así, en el proceso sudafricano, muchos de los responsables de crímenes atroces vieron sus delitos indultados o sus penas seriamente reducidas, pero debieron para ello confesar los crímenes que cometieron durante el apartheid.³² En efecto, la exigencia de la confesión fue comprendida por la Comisión de Verdad como un mecanismo útil tanto para el esclarecimiento de la verdad, como para

³¹ Ver, al respecto, *Italia. Tratamiento Penal del Terrorismo. Opción Básica*, en: http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/149-03.htm. Por ejemplo, el artículo 3° de la ley de 1982, establecía que el responsable de actos terroristas que quisiera obtener ciertos beneficios punitivos debía, entre otras cosas, entregar “*confesión total de todos los delitos cometidos*”.

³² Hamber (2003).

el perdón de las víctimas a los victimarios y, de esa manera, para la consecución de una reconciliación nacional durable.

Por todo lo anterior, la posición defendida por PM alterno de exigir la confesión plena, pública y fidedigna de los delitos cometidos por los actores armados como requisito para que puedan acceder a los beneficios de la ley se ajusta a la Constitución. Por su parte, la posición del PM base de no exigir la confesión de todos los delitos también se ajusta a la norma superior. El interrogante es entonces político y es el siguiente: ¿cuál de las dos opciones conviene mejor a Colombia?

En principio, la posición del PM base de no exigir la confesión plena podría encontrar fundamento en el argumento según el cual una reconstrucción fragmentaria de la verdad puede llegar a ser contraproducente para la paz en un momento como el que vive el país en la actualidad. De hecho, la exigencia de que los paramilitares revelen la verdad absoluta sobre sus actos, sin que los demás actores armados lo hagan, puede ser problemática en ciertos aspectos. Además, la confesión plena de los crímenes perpetrados por el paramilitarismo podría reabrir hondas heridas que agudicen, en lugar de finalizar, la violencia y el conflicto armado. Estos argumentos parecen a primera vista plausibles, y como tal, conviene analizarlos, con miras a determinar cuál es la postura que, en términos políticos y éticos, más le conviene adoptar al país frente al tema en estos momentos.

Es bien cierto que, en el mejor de los escenarios, la confesión plena, pública y fidedigna de los delitos perpetrados por los paramilitares no revelaría sino una verdad parcial e incompleta acerca del conflicto. Ésta no es una situación ideal para lograr un proceso transicional duradero, debido a que una verdadera reconciliación nacional requiere el conocimiento de todas las atrocidades cometidas en el conflicto, la reflexión de toda la sociedad respecto de ellas y la condena pública de las mismas como base sólida para la construcción de un nuevo orden social. Y es claro que la exigencia de la verdad no se cumple a cabalidad con la simple y siempre incompleta verdad judicial. Una Comisión de Verdad, específicamente creada para reconstruir un relato histórico completo del conflicto interno armado, resulta imprescindible para que el proceso transicional sea exitoso.³³ No obstante, la existencia de una comisión de este tipo puede no ser viable ni conveniente en el momento actual, aunque la discusión sigue abierta.

Pero en todo caso, si uno le apuesta a la verdad judicial, como lo hacen los actuales proyectos, entonces exigencia del PM alterno de la confesión se justifica políticamente por los propósitos que busca, como facilitar el real desmonte de las organizaciones paramilitares y permitir una reconstrucción judicial de la verdad y una base sólida para una verdadera reconciliación nacional.

Así, resulta comprensible y deseable que, aunque fragmentaria, esta verdad judicial comience a ser reconstruida, con el fin de que eventualmente contribuya con esa verdad histórica que la reconciliación nacional requiere. Si la confesión plena de los delitos no

³³ Uprimny y Lasso (2004).

es exigida ahora, que es posible hacerlo, los objetivos que la misma persigue al interior de la justicia transicional, tales como la contribución a la verdad, la reparación simbólica de las víctimas y el logro de una reconciliación nacional duradera se verán gravemente afectados.

V. Otras discrepancias importantes.

Los debates sobre los derechos de las víctimas, y en particular sobre la verdad y sobre la confesión, no son las únicas discusiones importantes que suscita el proyecto de “justicia y paz”, pues existen otras discrepancias de trascendencia. Podrían citarse al menos las siguientes cuatro:

De un lado, es claro que el PM alterno opta por favorecer esencialmente las desmovilizaciones colectivas, y por ello pone condiciones bastante exigentes para las desmovilizaciones individuales. En cambio, el PM base no es tan estricto con las exigencias a los desmovilizados individuales³⁴, con lo cual no incentiva claramente las desmovilizaciones colectivas. Es una diferencia estratégica, que dista de ser insignificante, pues la opción por la desmovilización colectiva tiende a responsabilizar a los jefes de las organizaciones armadas por el éxito del proceso, lo cual es importante.

De otro lado, los congresistas que han defendido el PM base han tendido a aceptar la tesis gubernamental que niega la existencia del conflicto armado en Colombia, pues considera que lo que hay es una amenaza terrorista³⁵; en cambio, los parlamentarios que han apoyado el PM alterno han tendido a asumir la existencia del conflicto. Es también una diferencia importante, pues quienes aceptan la existencia del conflicto armado pueden justificar mejor la aprobación de una ley de esta naturaleza. En efecto, para esta visión, se trata de hacer concesiones a ciertos actores armados, a fin de superar un conflicto armado y avanzar hacia la paz; en cambio, la posición gubernamental parece poco consistente, pues si no existe un conflicto armado sino una amenaza terrorista ¿por qué todos estos esfuerzos por alcanzar la paz? Y en especial ¿por qué negociar con esas organizaciones terroristas? ¿No es acaso lo lógico someter por la fuerza al terrorismo y no negociar con él? En esas condiciones, si el Gobierno asume que no existe conflicto armado sino una amenaza terrorista, todo indica que no debería apoyar un proyecto que habla de procesos de paz con grupos ilegales; el Gobierno debería a lo sumo plantear una estrategia de sometimiento a la justicia, pero no una negociación de paz.

En tercer término, y ligado a lo anterior, está el tema de la definición o no de los grupos paramilitares como delincuentes políticos, y en especial como sediciosos, punto que dividió al Congreso, y que obviamente tiene importancia, por el tratamiento favorable que tiene el delito político en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo en la medida en que es un comportamiento no extraditable sino además porque no genera inhabilidades para acceder a cargos públicos.

³⁴ Para ello se puede constatar el artículo 11 del PM base con el artículo 9 del PM alterno.

³⁵ Para una defensa de esa tesis, ver Luis Carlos Restrepo. “**¿Conflicto armado o amenaza terrorista?**” en [Semana.com](#), abril 22 de 2005.

Finalmente está el problema del narcotráfico y su posible conexidad con el delito político, que también suscitó polémicas agudas, por el temor de algunos congresistas de que la conexidad permitiera que muchos narcotraficantes obtuvieran subrepticamente los beneficios de la ley.

Todas esas controversias son importantes y ameritarían un examen detenido. Sin embargo, y teniendo en cuenta las limitaciones de espacio, en este texto me he centrado esencialmente en las discrepancias en torno al alcance de los derechos de las víctimas y en especial al problema de la confesión y del derecho a la verdad, básicamente por dos razones: de un lado, porque considero que es un tema esencial, que determinará el alcance real y el significado que puede tener el proyecto de “justicia y paz”. De otro lado, por cuanto es un asunto que, según mi criterio, no ha recibido la suficiente atención por parte de la opinión pública y que por ello ameritaba un examen más detenido. Concluyo entonces con unas breves reflexiones sobre la importancia de la verdad en los procesos transicionales.

VI- A título de conclusión: nuevamente sobre la verdad y sobre los costos del olvido.

Todo proceso transicional debe tener como base la exigencia de verdad, por más fragmentaria y parcial que ella sea en un comienzo. Sin verdad, resulta ilusorio hablar de una justicia transicional, pues además del carácter endeble que ésta tendrá, su existencia no servirá sino para cultivar gérmenes de futura violencia. La verdad es esencial en procesos que buscan pasar de un conflicto interno armado en el que toda suerte de crímenes de guerra y de lesa humanidad han sido perpetrados, a un nuevo orden democrático fundado en la paz. Y eso por varias razones:

En primer lugar, los delitos atroces tienen la característica de ser masivos y sistemáticos y, como tal, no pueden comprenderse como sucesos que acaecen en un momento determinado de tiempo. Por ello, para entender cuál fue su alcance completo y para poder eventualmente reconocerlos y perdonarlos, la sociedad necesita que toda la verdad acerca de los mismos le sea narrada. Esta verdad no puede ser alcanzada, aún en el evento de que una Comisión de Verdad fuera específicamente creada para el efecto, en ausencia de confesiones plenas y fidedignas que al respecto realicen los partícipes de tales crímenes.

En segundo lugar, la reparación de todas las víctimas del conflicto interno armado requiere que se empiece a construir una verdad acerca de este último. En efecto, el Estado colombiano no tiene, hoy en día, mayor información sobre los crímenes perpetrados por los paramilitares ni, mucho menos, sobre los bienes que poseen estos grupos armados y que podrían ser utilizados para reparar a las víctimas. Además, resulta muy poco probable que, sin que se exija la confesión plena y fidedigna, el Estado pueda llegar a recolectar una información tan cuantiosa, compleja y bien guardada.

En tercer lugar, para una verdadera reconciliación nacional que permita que las heridas producidas por el conflicto sean sanadas y que el orden político y social sea reconstruido, la reconstrucción de una verdad histórica sobre el conflicto resulta ineludible. Sin embargo, por más que esta verdad pudiera ser reconstruida sin la intervención de los victimarios (cosa que es difícilmente posible), para que la misma tenga los efectos deseados de contribuir a la reparación y al perdón por parte de las víctimas y, así a la paz y a la reconciliación nacional, resulta imprescindible que los victimarios hagan parte de este proceso de reconstrucción. En efecto, sólo confesando plena y fidedignamente sus crímenes, podrán los actores armados demostrarle al resto de la sociedad su arrepentimiento frente a los mismos y su voluntad de no volverlos a repetir jamás.

Así las cosas, considero que uno de los debates decisivos en torno a esta ley será el relativo a la exigencia de la confesión plena y fidedigna de los crímenes atroces a quienes pretenden verse beneficiados por la ley. En efecto, por más que la ley sea finalmente aprobada y rija la desmovilización paramilitar, sin verdad no habrá más que un perdón “amnésico”, perdón que dilatará, pero que indefectiblemente producirá nuevas formas de violencia y atrocidad en el país.

Un hecho trágico ilustra mejor que mil palabras la anterior tesis: en la víspera de la invasión a Polonia que desencadenó la Segunda Guerra Mundial, Hitler dijo a sus generales:

“He enviado a mis unidades SS al Este con la orden de matar sin piedad a los hombres, mujeres y niños de raza o lengua polaca. Sólo así obtendremos el “espacio vital” que necesitamos. Después de todo ¿Quién habla hoy del exterminio de los armenios?³⁶”

Y efectivamente, en los años treinta del siglo XX, el genocidio de los armenios, cometido por el Imperio Otomano sólo dos décadas antes, estaba prácticamente olvidado, a pesar de haber sido uno de los hechos más terribles del Siglo XX, una centuria que sería sin embargo atrozmente generosa en matanzas masivas. En mayo 1915, el gobierno otomano ordenó la deportación forzada de millones de armenios. A pesar de que existe polémica en torno a las cifras, se cree que aproximadamente tres millones de armenios fueron deportados, de los cuales un tercio fue masacrado, un tercio falleció durante la deportación y un tercio sobrevivió.

Este primer genocidio del Siglo XX fue sin embargo rápidamente olvidado por la opinión pública. Pero, como lo muestran las palabras de Hitler a sus generales, los dictadores y victimarios de las generaciones siguientes recordaban con claridad ese olvido. Y sobre la conciencia y el recuerdo de olvidos de esa naturaleza, los tiranos construían sus estrategias de terror, con un razonamiento simple: si la comunidad internacional olvida con tal facilidad el horror del pasado, ¿por qué deberíamos

³⁶ A partir de las notas del Almirante Canaris del 22 de agosto de 1939, citado por Norman Davies, *Europe, a history* (Londres, Pimlico, 1997), p. 909.

preocuparnos de que en el futuro recuerde y condene el terror que vamos a desencadenar?

Si rememoro este episodio de Hitler y sus funestas palabras no es por un afán de erudición histórica. Lo hago por cuanto ese hecho es de enorme actualidad para el debate en torno a la negociación con los paramilitares. Creo en efecto que este acontecimiento ilustra mejor que muchas discusiones teóricas los riesgos de intentar construir una comunidad democrática sobre el olvido de los horrores del pasado y sobre el silenciamiento de las responsabilidades en torno a esas atrocidades.