Toma del Palacio de Justicia. Fotografía: Fundación Carlos Pizarro©, archivo Semanario Voz.1985.

CAPÍTULO III

Guerra y justicia en la sociedad colombiana

Una de las particularidades más notorias del conflicto colombiano es la enorme importancia que reviste el análisis de la relación entre guerra y justicia. Esta es una relación compleja y central por tres elementos: 1) la tradición legalista colombiana, 2) la tradición de independencia relativa de la rama judicial, y 3) las formas diferenciales de presencia territorial de las instituciones judiciales.

Por tradición legalista entendemos el peso que históricamente han tenido las formalidades jurídicas y el lenguaje judicial en las interacciones sociales, sean o no violentas, entre habitantes del territorio nacional. Esta tradición combina paradójicamente el respeto a las formalidades jurídicas con prácticas sociales de incumplimiento de reglas repetidas a gran escala, que pasan muchas veces por la instrumentalización de las instituciones y del lenguaje judicial con fines no jurídicos. Así mismo, el legalismo ha servido a veces como una forma de encubrimiento ideológico de exclusiones e impunidades intolerables, eficaz a la hora de desviar las demandas y luchas sociales de sus potencialidades verdaderamente transformadoras. Finalmente, y a pesar de estas tensiones, la tradición legalista constituye también un activo de la democracia colombiana que, en contraste con otros países latinoamericanos, le ha permitido evitar caudillismos y autoritarismos. Ejemplo de esto último ha sido la intervención más activa de las altas cortes colombianas en la protección de los derechos —incipiente antes de la Constitución de 1991 y muy importante desde entonces—, lo que a su vez ha impulsado, no sin riesgos y contradicciones, transformaciones progresistas de nuestras instituciones democráticas.

Un segundo elemento es la independencia relativa de la rama jurisdiccional en relación con otras ramas del poder público, al menos si se la compara con la precaria independencia judicial en la mayor parte de América Latina. Este elemento está relacionado con la larga historia colombiana de control judicial a medidas legislativas y fue apuntalado —aunque de manera ambigua, pues sentó las bases de perversas prácticas clientelares en la rama—, por el Plebiscito de 1957, que estableció el mecanismo de cooptación para la elección de los funcionarios de la rama judicial. Debido en parte a esta tradición de independencia, en ciertas ocasiones la justicia ha opuesto eficaz resistencia tanto a tendencias caudillistas que amenazaban la continuidad democrática como a fenómenos de macrocriminalidad que han conseguido capturar hasta cierto punto otras instituciones del Estado. Es importante, sin embargo, no sobreestimar la importancia de la relativa independencia judicial, pues lo cierto es que la igualmente histórica debilidad de la justicia —debido algunas veces a la precariedad de sus recursos investigativos, otras a las condiciones de seguridad en las que trabajan sus funcionarios y otras más a prácticas corruptas que desvían al aparato judicial del cumplimiento de sus funciones— la condena a tener graves problemas de eficacia de cara a los múltiples desafíos que plantea una guerra degradada como la nuestra. Las altísimas cifras en materia de impunidad y la enorme variedad de mecanismos de impunidad documentados por el GMH en relación con delitos de gran impacto como son las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el contexto del conflicto armado interno colombiano ilustran la precariedad del aparato judicial en materia de eficacia.[1]

En cualquier caso, los graves problemas que enfrenta la justicia penal en materia de eficacia no la vuelven irrelevante. Prueba de ello es la constancia y masividad con la que sus funcionarios son atacados con el

1. La Comisión Asesora de Política Criminal, al analizar la eficacia del sistema penal frente a delitos graves como el homicidio, concluyó que las condenas por los homicidios ocurridos en distintos años fueron equivalentes al 5,9% de las entradas por dicho delito en el 2005, al 3,8% en el 2006, 3,3% en el 2007 y 2,7% en el 2008, lo cual equivale a tasas de impunidad cercanas al 95% para un crimen tan grave (Comisión Asesora Política Criminal, párrafo 89).

fin de impedir que se lleven a cabo investigaciones rigurosas y juicios justos. Si, como a veces se ha sugerido, la razón por la cual se mantiene la independencia de la justicia fuera que nadie cree que sea capaz de cumplir su cometido, no habría razón para el encarnizamiento del que por momentos han sido objeto los operadores de justicia. De manera, pues, que una justicia relativamente independiente convive paradójicamente con altos niveles de impunidad debidos en buena medida a sus problemas históricos de eficacia y con la injerencia más o menos visible y más o menos oculta de actores armados legales e ilegales que han pretendido —a veces con éxito— limitar su alcance, instrumentalizar su ejercicio o volverla irrelevante para la resolución de conflictos en las comunidades.

El tercer elemento particular de Colombia es la presencia territorialmente diferenciada de la justicia, expresada en la existencia de un conjunto más o menos incoherente e inestable de órdenes jurídicos, algunos articulados a prácticas violentas y excluyentes, repartidos por el territorio nacional. Esta característica implica que para comprender el funcionamiento del aparato de justicia es central reconstruir los ecos regionales de los cambios normativos, es decir, la forma como las orientaciones normativas generales han sido interpretadas, transformadas e incluso a veces impugnadas o abiertamente desconocidas por los operadores judiciales locales según sus intereses, convicciones y restricciones contextuales. Así, por ejemplo, puede decirse que, desde un punto de vista normativo, en Colombia hay un orden jurídico nacional expresado en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, que es hoy eminentemente liberal y cada vez más humanitario, aunque en el pasado tenía rasgos mucho más autoritarios. Dicho orden, sin embargo, se configura de manera diferente de acuerdo con los muy diversos sentidos que operan en los planos regional y local.[2] Esos ajustes y desajustes entre lo nacional y lo local constituyen elementos centrales para comprender la complejidad tanto del funcionamiento de nuestro aparato de justicia como del desenvolvimiento de la confrontación armada y su relación con la construcción de Estado en las regiones.

Pero así como la presencia territorial de la justicia ha cambiado, también la relación entre la justicia y la guerra lo ha hecho en el tiempo. Por un lado, es indudable que en la historia reciente del país la justicia ha tenido impactos históricamente diferenciados sobre la dinámica del conflicto armado. A través de cambios en los criterios de judicialización (¿cuál es el marco con que se juzga?)[3] y los patrones efectivos de juzgamiento (¿cómo y a quiénes se juzga efectivamente?), la justicia ha generado incentivos que contribuyen, o bien a reproducir el conflicto armado (ejemplo de ello es la alta impunidad en relación con delitos de alto impacto cometidos en zonas de conflicto armado, que hace que allí la probabilidad de castigo sea muy baja y que por lo tanto un buen número de personas opte por la ilegalidad), o bien a detener algunas de sus dinámicas, como es el caso de las investigaciones judiciales de las alianzas entre políticos y paramilitares llevadas a cabo por la Corte Suprema de Justicia, orientadas entre otras cosas a poner fin a uno de los engranajes que explican la larga duración de la guerra.

2. Antes de la Constitución de 1991, y en relación con la legislación en asuntos de orden público tales como el Decreto Legislativo 3398 de 1965 adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968, y los Manuales de Combate Antisubversivo del Ejército Nacional, el orden normativo nacional, interpretado a la luz de la Doctrina de Seguridad Nacional, permitió e impulsó "la formación de grupos de autodefensa que se degradaron hasta convertirse en paramilitares" GMH, *La Rochela. Memorias de un crimen contra la justicia* (Bogotá: Taurus/ Semana, 2010), 51. En ese sentido, las instancias jurídicas locales reprodujeron a su modo las indicaciones normativas del orden nacional haciendo posible, con su acción y su omisión, el surgimiento y consolidación de fuerzas represivas al servicio de un modelo de dominación en crisis. Después de la Constitución de 1991, y a medida que normativamente se interioriza el discurso de los Derechos Humanos, los órdenes jurídicos regionales expresan más bien la dispersión de los mecanismos de dominación y la captura que de ellos hacen actores ilegales, ya sea porque se apropian directamente de ellos (como el caso de la dirección seccional de Fiscalías de Medellín en la época de Guillermo León Valencia Cossio, profundamente infiltrada por hombres bajo el mando de alias *Don Berna,* véase: radicado n.° 30.690 del 9 de marzo del 2011, Sentencia condenatoria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra Guillermo León Valencia Cossio, magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Millanes) o porque con el poder de sus armas solo permiten que la justicia se ocupe de lo que a ellos no les importa.

3. Por "el marco en el que se juzga" nos referimos a aspectos determinados por la normatividad vigente, tales como qué tipo de acciones son consideradas legítimas y cuáles delictivas, qué actores y bajo qué circunstancias se reconocen como participantes legítimos del conflicto, a cuáles de ellos se les reconoce estatus político y a cuáles no, entre otros asuntos comprendidos en el marco de la Constitución y las leyes.

También la justicia ha tenido impactos en los comportamientos estratégicos de los actores armados. Al respecto, cabe recordar lo expuesto en el capítulo 1, en el sentido de que los patrones de violencia e incluso las prácticas de crueldad a veces se ajustan a criterios jurídicos. Así, por ejemplo, en el caso del repertorio de violencia del paramilitarismo, el paso de las grandes masacres a las acciones más selectivas y de menor envergadura, además de adaptarse mejor a los intereses de consolidación de un territorio ya relativamente conquistado, se ajustaba también a un esfuerzo de invisibilización de la violencia ante las categorías del Derecho Penal Internacional incluidas en el Código Penal del 2000. Esa invisibilización parcial desorientaba la investigación, pues una cosa es investigar masacres y otra homicidios aislados, y atenuaba la mala imagen del país ante la comunidad internacional en materia de protección de Derechos Humanos. En términos generales, el funcionamiento de la justicia puede entonces terminar potenciando, modelando, atenuando o simplemente permitiendo que el conflicto armado continúe con su dinámica sin obstaculizarlo.

Por otro lado, y en dirección inversa, la dinámica del conflicto armado también ha producido impactos históricamente diferenciados sobre el sistema judicial. En algunos periodos, por ejemplo, ha sido claro que ciertos grupos armados, algunos con mayor intensidad que otros, han recurrido a la estrategia de victimizar a funcionarios judiciales, ya sea por su pertenencia al sistema judicial (casos en los que la violencia es indiscriminada contra la rama judicial), o por casos específicos en los cuales participaban (violencia selectiva contra operadores judiciales). En otras ocasiones, las acciones de los grupos armados, o el desenvolvimiento del conflicto como fenómeno complejo, han modelado la forma en que el sistema judicial actúa, tanto en la determinación de reformas normativas e institucionales (como el punitivismo creciente o la normalización de lo excepcional mediante instituciones como la justicia sin rostro), como en el funcionamiento del sistema (creando, por ejemplo, sesgos en la administración de justicia).

Por supuesto, en la relación entre guerra y justicia hay múltiples mediaciones que impiden que los vínculos entre una y otra sean directos o estrictamente causales. A lo largo de este capítulo se presentan algunos ejemplos de esa compleja interacción. Si bien no son los únicos casos, e incluso puede ser discutible el sentido en que se producen (es decir, si ocurren como resultado de una acción con origen en el sistema judicial o en la dinámica del conflicto armado), resultan ilustrativos del tipo de relaciones que se han entretejido entre la justicia y la guerra en Colombia.

Este capítulo consta de tres partes. En la primera se caracteriza la relación entre guerra y justicia antes de 1987, época en que las relaciones entre guerra y justicia se enmarcan en un contexto de excepcionalidad en el manejo de problemas de orden público, que en la práctica implicaba la delegación en la justicia castrense de aquellos casos que se constituyeran en amenaza al orden y a la seguridad pública. El periodo se abre con la expedición de un Código de Procedimiento Penal en 1971 que crea la Dirección de Instrucción Criminal dentro de la rama judicial y se cierra con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declara inconstitucional el juzgamiento de civiles por tribunales militares.

El segundo periodo, descrito en la segunda parte de este capítulo, está circunscrito a los años 1987-1992, año en el que comienza a funcionar la Fiscalía General de la Nación. Se trata de un periodo, en muchos aspectos fundacional, caracterizado por un enorme dinamismo en materia de reformas al sistema judicial en general, y al judicial-penal en particular, que tiene lugar en el contexto de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente y de unas negociaciones fallidas con el narcotráfico que condujeron al Estado a un enfrentamiento agudo contra el Cartel de Medellín.

El tercer periodo, con el que cerramos este capítulo, va desde 1992 hasta nuestros días. Desde la puesta en marcha de la Fiscalía General de la Nación, pasando por las importantes reformas introducidas en el 2000 (Sistema Mixto) y el 2004 (Sistema Penal Acusatorio)[4], hasta las discusiones actuales en torno a la justicia transicional, se ha configurado una etapa parcialmente distinta, caracterizada por la tecnificación progresiva

4. Por medio de la Ley 600 del 2000 se introdujo un sistema procesal penal mixto; luego la Ley 906 del 2004 implementó un sistema de tipo acusatorio.

de la investigación criminal, la introducción de la carrera judicial en la rama, el protagonismo creciente de los jueces en materia política y el desborde de la justicia por obra de altísimos niveles de violencia, ampliamente superiores a los registrados en cualquier otro momento de nuestra guerra.

3.1. La justicia heredada del Frente Nacional (1971-1987)

Al final de la década de los setenta, bajo la influencia de la Doctrina de Seguridad Nacional, en América Latina se consolidó la preponderancia del enfoque militar para enfrentar a la insurgencia. Conforme a esta concepción, la necesidad de preservar el orden y los objetivos nacionales implicaba la redefinición del papel del Ejército como el actor llamado a desempeñar un rol protagónico en la conducción de los asuntos públicos, cuando la seguridad se viera amenazada por el "enemigo comunista"[5].

El Estado colombiano no fue la excepción: para responder a la amenaza de las guerrillas y a la movilización de distintos sectores sociales organizados, el Gobierno de Julio César Turbay Ayala, en vez de propiciar una mayor apertura del sistema político, expidió en 1978, bajo la declaración de estado de sitio, un severo Estatuto de Seguridad que otorgó amplias facultades a los militares para detener, investigar y juzgar civiles, lo que generó violaciones sistemáticas de Derechos Humanos y una fuerte persecución no solamente a los integrantes de la guerrilla, sino también a los movimientos sociales que luchaban de forma legítima por sus reivindicaciones.

Enfrentar la guerra y cerrarle las puertas a las demandas sociales apelando a la figura de los estados de excepción para recortar garantías constitucionales o ampliar el alcance del juzgamiento de civiles por parte de militares no era una práctica novedosa. Se trataba de un hábito de vieja data.[6] Pese a que el Frente Nacional se planteó como un acuerdo paritario para el ejercicio del poder, capaz de garantizar el retorno a los cauces institucionales quebrantados por la dictadura de Rojas Pinilla, lo cierto es que nunca pudo escapar de la excepcionalidad característica de la dictadura y, en vez de salir definitivamente de ella, optó por institucionalizar algunos de sus mecanismos. Esa excepcionalidad, sin embargo, no se aplicaba ya para afrontar los resentimientos de la violencia partidista, sino que fue la base de una intensa violencia de carácter clasista, contrainsurgente y anticomunista, atizada por las tensiones geopolíticas de la Guerra Fría.

De hecho, muchas de las herencias del Gobierno castrense de Rojas Pinilla permanecieron intactas. Para solo mencionar un ejemplo, el Código Penal Militar que extendía la jurisdicción militar ante graves amenazas al orden público fue aprobado por la Junta Militar antes de entregar el poder al bipartidisimo civil,[7] el cual lo convirtió en el derecho sustantivo aplicable en contextos de normalidad a través de la Ley 141 de 1961. Fue bajo este Código y sus posteriores reformas que la jurisdicción penal militar se extendió hasta tener competencias para juzgar, a finales de los años setenta, alrededor del 30% de los tipos penales definidos en el Código Penal. Y así, bajo el régimen procesal inquisitivo de los Consejos de Guerra, fueron juzgados no solamente guerrilleros, sino también sindicalistas, estudiantes, obreros y opositores políticos.[8] Así pues, la re-

5. Mario Carranza, *Fuerzas Armadas y estados de excepción en América Latina* (México: Siglo XXI Editores, 1978).

6. El primer antecedente del juzgamiento de civiles por parte de los militares se encuentra en los decretos extraordinarios 1640 y 1962 de 1944, que fueron una reacción del segundo Gobierno de Alfonso López Pumarejo para sancionar a los civiles que colaboraron con los militares para intentar derrocarlo. El desarrollo legal de la autorización de militares para juzgar civiles se hizo a través de la Ley 3 de 1945. Martha Perdomo Chamucero, "De la Violencia al Frente Nacional: evolución de la justicia penal militar como instrumento de represión política y sanción de la protesta social" (Tesis de Maestría para optar por el título de Magíster en Estudios Políticos, Universidad Nacional de Colombia, 2010).

7. Se trata del Decreto extraordinario 0250 de 1958, el cual fue expedido por la Junta Militar ocho días antes de que volvieran a sesionar las Cámaras Legislativas. Perdomo, "De la Violencia".

8. Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia.* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2001), 277.

presión a través de la justicia penal militar fue un continuo entre la fase tardía de la dictadura y la tradición de los gobiernos civiles hasta finales de la década de los ochenta.

Con el Gobierno de Rojas Pinilla, los militares se posicionaron en el papel de afrontar los problemas de orden público, absorbiendo buena parte de la jurisdicción penal ordinaria. Según Gallón, los Gobiernos del Frente Nacional aceptaron tácitamente que los militares continuaran cumpliendo ese rol a cambio de que la administración pública quedara bajo el control de los partidos.[9] A esta división de roles entre sectores dominantes, se sumaron posteriormente los gremios empresariales más poderosos, en cuyas manos quedó la administración de la economía, para configurar así una estabilidad política que terminó generando un fraccionamiento institucional cada vez mayor.[10] Esta segmentación se vino a corregir en parte con la Reforma Constitucional de 1968 que modernizó el Estado y dotó al Ejecutivo de instrumentos para la gestión económica. Y en lo que tiene que ver con la restricción a la excesiva autonomía del Ejército para encargarse de las políticas de seguridad y la judicialización de los delitos que atentaran contra el orden público, hubo que esperar hasta finales de los ochenta y principios de los noventa, cuando el control judicial sobre los estados de excepción se hizo más estricto y el cambio constitucional le restó injerencia en la justicia penal a los militares.

Entre 1949 y 1991 Colombia estuvo más de 30 años bajo estado de sitio. En los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido.[11] El hecho de que la excepcionalidad se convirtiera en la regla durante este periodo tuvo impactos muy negativos sobre la justicia, el Estado de derecho y la democracia.

En primer lugar, porque implicó la pérdida de muchas vidas y masivas vulneraciones a los Derechos Humanos por el recorte permanente de las garantías constitucionales y las libertades públicas. En segundo lugar, porque generó una inestabilidad jurídica muy compleja de asimilar por el aparato judicial, que influyó de manera significativa en su ineficacia. En tercera medida, porque el recurso al derecho penal como forma preponderante de resolver los conflictos desvalorizó caminos más consensuados para gestionarlos, con el agravante de que, lejos de solucionarlos, reprodujo ciclos de violencia por el carácter excluyente del régimen político; así, cuanto más crecía el aparato represivo, más crecía el delito y el conflicto que el mismo aparato quería resolver.[12] En cuarta instancia, porque debilitó la justicia ordinaria al hacerla pasar a un segundo plano y restarle capacidad para resolver los conflictos cotidianos. Se trataba entonces de un círculo vicioso porque quienes querían continuar afianzando la injerencia de los militares en la justicia penal alegaban que la justicia ordinaria era ineficaz y demasiado demorada en comparación con la justicia castrense, lo cual a su vez le restaba legitimidad y apoyo político a la primera, e impedía fortalecerla y concebirla como un instrumento adecuado para prevenir el conflicto armado.[13] Y, finalmente,

9. Gustavo Gallón, *La república de las armas. Relaciones entre fuerzas armadas y estado en Colombia 1960-1980* (Bogotá: CINEP, 1983).
10. Rodrigo Uprimny, "*Las transformaciones de la administración de justicia*", 266 y siguientes.
11. Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 317-370.
12. García Villegas, "Constitucionalismo perverso".
13. Perdomo, "De la Violencia". La justicia fue el blanco predilecto de ataques por parte de presidentes de muy distintas tendencias. Tres casos ilustran esta vulnerabilidad de la justicia ante las demás ramas del poder público. Estas eran las palabras de Laureano Gómez en la instalación del Congreso en 1951: "La Administración de Justicia es más un botín político que un campo de acción para la equidad y la ética. Los Jueces se distribuyen en proporción al sufragio universal, y desde el más bajo de la jerarquía, hasta el más meritorio de los Magistrados, debe pagar tributo a su partido, a sus directivas y a las consignas que éstas le imponen". El general Rojas también atacó duramente a la justicia en sus discursos públicos tildándola de ser "el engaño más vergonzoso", "el mayor obstáculo para la convivencia nacional" y "un permanente desprestigio de las ramas principales del Poder Público". Finalmente, el Partido Liberal tampoco escapó a este escepticismo frente a la justicia, pues parecía afincar sus esperanzas más en el Ejército que en la rama jurisdiccional para gestionar la conflictividad social: "la única valla contra el desorden es la de una legitimidad apoyada lealmente por las Fuerzas Armadas. Un día es la huelga de los mineros, otro día la de los bancos, otro la de los comerciantes, otro la de los profesores universitarios, otro la de los empleados del transporte; mil dieces de mayo separados que comprometen la estabilidad de todos los Gobiernos, cuyo único punto de apoyo es el juramento de fidelidad del Ejército a la Constitución".

porque debido a que la excepcionalidad implicaba una respuesta coyuntural al fenómeno del conflicto por parte de los gobiernos de turno, esto restringió las posibilidades de establecer una política criminal consistente y sujeta al debate democrático.

Ahora bien, la debilidad institucional a la que quedó expuesta la justicia bajo estas circunstancias se combinó con disposiciones orientadas a garantizar su independencia frente a la política. En efecto, en el plebiscito de 1957 que dio inicio al Frente Nacional se estableció el mecanismo de cooptación y autoconformación de los funcionarios judiciales como una garantía que la Junta Militar exigió para evitar un control de los partidos sobre la conformación de las cortes que pudiera conducir a juicios de responsabilidad posteriores contra los miembros de la Junta.[14] El sistema anterior establecido con la reforma constitucional de 1945 contemplaba que los magistrados de la Corte Suprema debían ser elegidos por las Cámaras Legislativas de ternas presentadas por el presidente. Estos altos dignatarios nombraban a los magistrados de Tribunal tomando en cuenta la representación que tenían en las Asambleas Legislativas. Y estos últimos a su vez elegían a los jueces municipales. El sistema creado con el Frente Nacional conservó el nombramiento paritario en la Corte Suprema de Justicia y con ello la cuota de repartición burocrática entre los partidos en un sector de la rama judicial —característica de lo que Jonathan Hartlyn denominó *democracia consociacionalista*[15]—, pero con la diferencia de que sería ahora la propia Corte quien elegiría a sus miembros y de que la autoconformación de la rama se mantendría sin ningún criterio político formalmente establecido, aunque no se descarta que terminara operando de facto. Mediante el Decreto 251 de 1957 se extendió este régimen de cooptación para el caso del Consejo de Estado.[16]

La autonomía ganada por la rama judicial por esta nueva estructura orgánica resultó, sin embargo, paradójica, pues debido a su precariedad administrativa y a la subordinación presupuestaria al Ejecutivo, no tenía capacidad real de autogobierno. Además, el sistema de cooptación fue objeto de críticas porque generaba una tendencia al corporativisimo y al clientelismo judicial. Cabe anotar que el hecho de que el nombramiento de los magistrados de Tribunal dependiera de la Corte Suprema, y el de los jueces de los primeros, configuró un sistema de control estricto que impidió la renovación de criterios interpretativos en la práctica judicial, pues sujetaba la permanencia y designación de los funcionarios judiciales a sus superiores jerárquicos y era de esperarse que, bajo este esquema, no llegaran a la judicatura personas que se distanciaban críticamente de la jurisprudencia de las altas cortes.[17]

A estos factores de dependencia y debilidad institucional de la rama judicial se sumaban tres elementos adicionales que hicieron patente su crisis desde finales de los setenta, pero particularmente en la segunda mitad de los ochenta: 1) una suerte de pluralismo jurídico perverso, que se caracterizó por el desarrollo de justicias paralelas; así, en las zonas afectadas por el conflicto armado se imponía la justicia guerrillera o antisubversiva y en las zonas urbanas el régimen de excepcionalidad ya descrito desplazaba a la justicia penal ordinaria imponiendo, de forma recurrente, sanciones más gravosas y desconociendo los derechos políticos y sindicales;[18] 2) el impacto del conflicto sobre los funcionarios judiciales, por el hecho de que los afectó directamente en cuanto víctimas[19] y porque condicionaba sus decisiones judiciales por la vía del miedo o del amedrentamiento,[20] 3) la percepción general de impunidad y los

14. Mauricio García Villegas, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (Bogotá: Editorial Norma, 2006).
15. Jonathan Hartlyn, *La política del régimen de coalición. La experiencia del frente Nacional en Colombia* (Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1993).
16. Carlos Ariel Sánchez, "La administración de justicia en Colombia en el Siglo XX. Desde la Constitución de 1886 a la Carta Política de 1991", *Revista Credencial Historia* 136 (2000), consultado el 3 de junio del 2013, http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2001/136sxx.htm.
17. García, Rodríguez y Uprimny, *¿Justicia para todos?*
18. García, Rodríguez y Uprimny, *¿Justicia para todos?*
19. Según datos de la Comisión Andina de Juristas, entre 1970 y 1991 cerca de 290 funcionarios judiciales fueron asesinados. Comisión Andina de Juristas, *Justicia para la Justicia. Violencia contra jueces y abogados en Colombia: 1979-1991* (Bogotá: Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana, 1992). Para un análisis de los periodos de la violencia contra la justicia, véase: GMH, *La Rochela*, capítulo 6.
20. La amenaza de los grandes carteles de la droga contra el Estado fue de tal magnitud que alcanzó a amedrentar los más altos niveles de la justicia. Véase: Mauricio García

problemas de congestión y morosidad de la administración de justicia.[21] Por estas razones, desde el periodo que nos ocupa, el problema de la justicia se convierte en uno de los principales motivos de discusión pública y se plantean varios intentos de reforma judicial que no prosperan sino hasta el periodo que se analizará posteriormente y que coincide con los preámbulos de la Constitución de 1991.[22]

Cabe anotar que con la llegada de Belisario Betancur al poder en 1982 ocurrió un giro estructural en la manera como el Estado empezó a afrontar el conflicto armado. Un cierto agotamiento de las vías autoritarias para combatir la subversión y la importancia creciente que adquiría el tema de la paz, inicialmente como bandera del liberalismo y luego del M-19, llevaron al presidente Betancur a adoptar una estrategia de apertura democrática, que oscilaba en ocasiones hacia el enfoque militarista tradicional, de modo que comenzó el periodo de lo que, en concepto de Pardo, podría denominarse como la *guerra dentro de los diálogos de paz*.[23]

El tratamiento del conflicto que hace Betancur de reemplazar los desarrollos más punitivistas de la doctrina de seguridad por un proceso de "tenderle la mano a los alzados en armas" genera un punto de no retorno de tal modo que, cuando hay que volver a afrontar el conflicto ofensivamente, con el cambio del marco jurídico anterior, ya no están dadas las condiciones para hacerlo bajo los métodos propios de la excepcionalidad del pasado. Surgen aquí las bases de la estrategia contrainsurgente de carácter paraestatal y de la guerra sucia que se recrudecería en el transcurso de la década. De esta forma, "las desapariciones aumentan, al igual que las amenazas y asesinatos por razones políticas, mientras que la cantidad de detenciones oficiales es menor".[24] Hay pues un desplazamiento de los instrumentos y métodos con los cuales se efectúa la confrontación.

Por último, es preciso anotar que pese a la debilidad estructural de la justicia para afrontar las vulneraciones masivas a Derechos Humanos y la subordinación de la justicia penal a la política de orden público y a la jurisdicción castrense, durante esta época se dieron los primeros brotes de expresión activa de la independencia judicial, que algunos han caracterizado como activismo judicial y que en principio generaron muchas resistencias del Poder Ejecutivo. También empiezan a formularse denuncias por parte de funcionarios del ministerio público, pese a las

Villegas y Javier Revelo, *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2010). Un ejemplo palmario de ello fue el efecto de las presiones violentas sobre la Corte Suprema de Justicia para que declarara inexequible, en dos oportunidades (a través de las sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987) la incorporación del tratado de extradición firmado con los Estados Unidos a la legislación interna.

21. "Según datos de Tirado Mejía (1989) a mediados de los ochenta únicamente el 20% de los delitos que se cometían llegaba a conocimiento de las autoridades, y de ese 20% tan solo un 4% obtenía solución mediante sentencia, lo cual no implicaba obligatoriamente una sanción efectiva a los responsables. El número de casos pendientes en la justicia penal era, a inicios de 1982, de más de 1.300.000 […] Según Fernando Gaitán (1995: 328), la probabilidad de que alguien en 1990 fuese acusado por un delito era del 3,2%, y la de que fuera condenado del 2,6%". García, Rodríguez y Uprimny, *¿Justicia para todos?*, 273-274.

22. El primer intento se realizó bajo el gobierno de Alfonso López mediante el Acto Legislativo Nº 2 de 1977 (también conocido como "pequeña constituyente"), el cual tenía como objetivo reformar el Ministerio Público, el Consejo de Estado, la Administración de Justicia y la Jurisdicción Constitucional. Esta convocatoria a una Asamblea Constituyente fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 5 de mayo de 1978. El segundo intento lo realizó la administración Turbay mediante el Acto Legislativo Nº 1 de 1979 que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de noviembre de 1981. Esta reforma le confería facultades al presidente para reorganizar los Distritos Judiciales y para crear y suprimir juzgados; también creaba el cargo de Fiscal General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, limitaba el periodo de los magistrados de las altas cortes y extendía la carrera administrativa al resto de la rama. La inexequibilidad de estas dos reformas podría interpretarse como un signo de la independencia de la Corte Suprema frente al Poder Ejecutivo en virtud de la reforma del 57, sin embargo, para Nemogá, la declaratoria de inexequibilidad de la segunda truncó el proceso de modernización del aparato de justicia por apegarse a criterios excesivamente legalistas y querer proteger las cuotas burocráticas que los partidos tenían en ciertos juzgados municipales. Gabriel Ricardo Nemogá Soto, "Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia.*

23. Rafael Pardo Rueda, *La historia de las guerras* (Bogotá: Ediciones B, 2004).

24. Rodrigo Uprimny y Alfredo Vargas, "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia", en *La irrupción del paraestado*, comp. Germán Palacio (Bogotá: CEREC, 1990).

DOMINGO

EL TIEMPO

Informe del Procurador

El MAS no es una organización

Hay miembros de las FF. AA. vinculados

Es inaplazable la emergencia social

El diálogo por la paz

Las Farc quieren la paz, pero temen represalias

Tres altos comisionados para la paz

Noticia en El Tiempo sobre la existencia del MAS. Fotografía: El Tiempo ©

amenazas que se cernían sobre ellos, de la participación de los militares en la guerra sucia. Como ejemplo de esta mayor independencia judicial, baste mencionar las sentencias de la Corte con las que se declararon inexequibles varias reformas constitucionales o aquella en la que el máximo tribunal jurisdiccional modificó su jurisprudencia y declaró contrario a la Constitución el juzgamiento militar de civiles.[25] También vale la pena destacar el primer informe de la Procuraduría que oficialmente reconocía la existencia del paramilitarismo —en ese entonces representado por el movimiento contrainsurgente Muerte a Secuestradores— y su relación profunda con algunos sectores de la Fuerza Pública y con los narcotraficantes. Todos estos serían antecedentes fundamentales para el periodo posterior en que la justicia intentaría, mediante una serie de reformas, dejar atrás la lógica amigo-enemigo y la conversión del carácter general y abstracto de las normas penales en estrategias selectivas de combate a la subversión y represión de movimientos sociales.[26]

25. Sentencia del 5 de marzo de 1987, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena.
26. García, Rodríguez y Uprimny, *¿Justicia para todos?*

3.1.1 Una justicia penal híbrida: la instrucción criminal y la justicia castrense

Veamos ahora en concreto cómo y según qué normas funcionaba la justicia en este contexto. El Código de Procedimiento Penal de 1971 era un cuerpo normativo de corte inquisitivo en el que las funciones de investigación y juzgamiento no se encontraban completa y claramente diferenciadas, y todas eran desarrolladas por jueces. En aquel entonces, de acuerdo con lo establecido en dicho Código, las actividades del proceso penal se organizaban de la siguiente manera: las labores de instrucción o investigación eran realizadas por jueces de instrucción o, en algunos casos, por "fiscales" de la Procuraduría General de la Nación, y las de juzgamiento, por jueces de conocimiento. Solo excepcionalmente estaba en manos del juez de instrucción fallar casos por él instruidos, pues en la mayoría de los casos era un juez superior con funciones de conocimiento quien debía fallar.

El juez de instrucción era entonces el encargado de abrir investigación formal o sumario una vez conocida la noticia criminal, y tenía facultades para ordenar la práctica de pruebas y para calificar el sumario (es decir, decidía si la investigación daba lugar a una resolución acusatoria o a la cesación del procedimiento). En el ordenamiento jurídico actual su figura es más cercana a la del fiscal, solo que el juez de instrucción criminal tenía muchas más facultades judiciales que las que tiene cualquier fiscal tras la implementación en Colombia de un sistema penal acusatorio. Sin embargo, esos jueces actuaban de manera aislada y descoordinada y no hacían parte de una gran institución como la Fiscalía.

Por su parte, el juez que ejercía las funciones de conocimiento también contaba con más potestades que los jueces de conocimiento actuales, pues no se limitaba a valorar lo que allegaran las partes al proceso, sino que también podía ser activo solicitando *motu proprio* la realización de las pruebas que considerara necesarias en el proceso judicial. En suma, mientras el juez de instrucción hacía su trabajo en el contexto de un sistema penal de carácter más inquisitivo, el fiscal y el juez de hoy trabajan

En esa época, como no había los medios, un escritorio o una mesa portátil para en los campos colocar la máquina, había que buscar una piedra o sentarse como en esa fotografía, me senté y coloqué la máquina en las piernas y se adelantó la inspección, una especie de reconstrucción, ahí recibí unas declaraciones, se hizo la reconstrucción de esos hechos". Belisario Poveda, julio de 2009.
Fotografía: Archivo fotográfico de Belisario Poveda ©.

a medida que se fortalecen las tendencias acusatorias dentro del sistema judicial-penal.[27]

Una lectura detallada de algunos expedientes que pasaron por la justicia de instrucción criminal permite hacer al menos tres observaciones en relación con su eficacia y sus limitaciones.[28]

Primero, en un buen número de casos, la investigación parece estar orientada de manera independiente por jueces instructores y fiscales de la Procuraduría. No era extraño que la justicia ordinaria vinculara prontamente a militares, cuando era razonable hacerlo, en procesos relacionados con graves violaciones a los Derechos Humanos, aun cuando ello implicara afectar sus condiciones de seguridad o sufrir bloqueos en la investigación (para la época, en efecto, el cuerpo de policía judicial hacía parte del Ejecutivo y no de la rama judicial, razón por la cual el juez de instrucción se veía en serias dificultades técnicas para la práctica autónoma de pruebas, sobre todo en casos que involucraban a miembros de la Fuerza Pública).

27. Las diferencias entre sistemas penales inquisitivos, acusatorios y mixtos son objeto de interminables discusiones entre los teóricos. En términos generales, es posible señalar al menos dos cosas. La primera es que en un sistema inquisitivo no están claramente separadas las funciones de aquel que instruye el sumario en relación con las funciones de aquel que tiene que fallar el caso. Quien investiga es también a veces quien juzga. En un sistema propiamente acusatorio, juez e instructor son personajes completamente distintos, al punto que un instructor cuenta con ciertas restricciones para practicar pruebas, como por ejemplo la necesidad de ser autorizado por un juez con funciones de control de garantías. Existe pues un control judicial externo e independiente a las labores de los fiscales que son susceptibles de afectar derechos. Adicionalmente, en un sistema de tipo acusatorio solo es prueba lo que se decide que es prueba en el juicio, mientras en un sistema inquisitivo el instructor, como también es juez, puede practicar pruebas. La segunda diferencia es que en el sistema acusatorio predomina procesalmente el principio de oralidad que, se supone, garantiza de mejor manera el respeto de las garantías procesales al hacer que el proceso sea público. En el sistema inquisitivo predomina, al contrario, el examen minucioso de los oficios escritos en la privacidad de los despachos judiciales.
28. Aquí nos referimos a los expedientes consultados con ocasión de la preparación de los informes hechos por el GMH.

Segundo, la investigación criminal sufrió tremendas deficiencias en materia técnica e investigativa. Tres de esas deficiencias fueron particularmente notorias: por un lado, por las condiciones particulares en que desempeñaban su oficio, era muy difícil para estos jueces recabar pruebas distintas de las testimoniales. Por otro lado, instrucción criminal no contaba con programas efectivos de protección de testigos. Mutuamente apuntaladas esas dos deficiencias, terminan siendo los testimonios de personas expuestas a intimidaciones los que sirven de base a una investigación posiblemente condenada al fracaso. Y finalmente, la falta de especialización del juez de instrucción y el hecho de que actuaba en general en forma aislada le impedían concentrarse en estructuras complejas de criminalidad que estaban en la base de las graves violaciones a los Derechos Humanos que él investigaba.

La tercera deficiencia es más bien una variable contextual: la situación de excepcionalidad genera por sí misma mecanismos de impunidad. El control militar del orden público no configura un ambiente adecuado para el funcionamiento de la justicia, tanto por las restricciones que impone para adelantar efectivamente una investigación judicial, como por la reticencia con que la policía judicial se ponía a órdenes de la justicia en casos en los que posiblemente miembros de la Fuerza Pública estuviesen involucrados.

Paralelamente al régimen procesal penal derivado del Código del setenta y uno que, a pesar de sus limitaciones, se supone era la normatividad que debía regir en tiempos de normalidad, coexistían regímenes de excepción desarrollados a partir de las declaraciones de estado de sitio hechas por los Gobiernos de este periodo. Como señalamos más arriba, estas declaraciones fueron muy frecuentes, pues los Gobiernos vieron en ellas una posibilidad de usar al derecho penal como herramienta para hacer frente a los problemas de orden público del país. En particular, porque solían usarlas para sustraerle materias a la justicia civil y asignárselas a la castrense, lo cual se vio materializado en el restablecimiento de los Consejos de Guerra y en el aumento del número de delitos bajo la competencia de la justicia de los militares.

Los regímenes de excepción ampliaron progresivamente el ámbito de la justicia penal militar. Al igual que el fuero penal, esta tenía como fundamento normativo la Constitución de 1886. A través de su Artículo 170, la Carta señalaba que las cortes marciales o tribunales militares eran los entes competentes para conocer de los delitos cometidos por militares en servicio activo, de conformidad con el derecho del Código Penal militar. A su vez, se entendía que de allí se desprendía una excepción al principio general de igualdad ante la ley, que daba también sustento constitucional a la existencia del fuero militar. El fuero entonces, como explicaremos con mayor detalle ulteriormente, era entendido como una prerrogativa con que contaban los militares, según la cual debían ser juzgados por jueces especializados en el derecho militar y en cortes constituidas para tal fin.

La justicia militar, entendida como una jurisdicción especializada para el juzgamiento de los militares por los delitos que estos puedan cometer con ocasión del servicio, estaba entonces referida en la Constitución de 1886 únicamente al juzgamiento de militares. Sin embargo, el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán y los demás hechos ocurridos el 9 de abril de 1948 darían lugar a que la Corte Suprema de Justicia sostuviera que las violaciones a la ley militar por parte de civiles implicaba que estos debían ser sometidos a las sanciones previstas en ella. Este recurso fue retomado el 21 de mayo de 1965 por medio del Decreto 1290 del Gobierno del presidente Guillermo León Valencia, en el que, tras la declaratoria de estado de sitio reconocido por el Decreto 1288 del mismo año, "se le dio competencia a la justicia penal militar para investigar y sancionar, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, varios delitos y conductas antisociales definidos y castigados por la ley penal común, con miras a reprimir rápida y severamente estos ilícitos cuya frecuente comisión ha producido grave y justa alarma social", como señaló el Decreto 1886, también del año 1965. Este último estableció medidas para asegurarle a la justicia penal militar suficientes investigadores especializados para poder realizar el encargo que le había asignado el precitado Decreto 1290.

Pueden distinguirse dos tendencias en relación con las asignaciones que, por medio de decretos de excepción, le hizo el Gobierno a la justicia penal militar respecto del juzgamiento de civiles. En un primer periodo, como señala Cabarcas, se atribuyó a los Consejos de Guerra el juzgamiento de un amplio número de conductas que incluían delitos políticos, delitos de peligro común, el secuestro y la extorsión, el porte de armas, el robo, y la invasión de propiedad ajena.[29] En 1984, sin embargo, esa tendencia cambió, pues se redujeron a un número muy limitado los delitos sobre los cuales la justicia penal militar tendría competencia para juzgar a civiles. Independientemente de cuáles fueran los delitos de competencia de los militares, el procedimiento de la justicia castrense para el juzgamiento de civiles constituía por sí mismo una amenaza al debido proceso con defensa efectiva. En la tercera sección veremos los últimos capítulos de esa historia.

Esta extensión de la justicia penal militar para muchos delitos, en especial aquellos vinculados a conflictos sociales como huelgas y pedreas estudiantiles, resultó muy problemática pues afectaba gravemente el debido proceso, por cuanto los jueces militares estaban integrados, y aún hoy lo están, a las estructuras jerárquicas del Ejército, por lo cual carecen de la imparcialidad e independencia necesarias para administrar justicia. Además, la regulación procesal de los Consejos de Guerra Verbales impedía a los acusados un ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Esa situación se mantuvo hasta 1987, cuando la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que citamos antes, declaró inconstitucional las actividades de investigación y juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares. Esta declaratoria ha sido entendida como una de las primeras muestras de independencia política de la judicatura frente al Ejecutivo, pues constituyó uno de los ejercicios pioneros de control constitucional riguroso frente a los excesivamente complacientes que se hicieron en el pasado, y por los cuales la Corte había permitido la vigencia indefinida del estado de sitio.[30]

29. Gina Cabarcas, *Militares, política y derecho. Sobre los silencios de la Constituyente de 1991* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012).
30. Uprimny, "Las transformación de la administración de justicia", 280.

Posteriormente, la Constitución de 1991 cerraría definitivamente este capítulo por medio de su Artículo 213, en el que establecería que "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar", de tal forma que la justicia penal militar quedaría reservada para los propios militares en uso del fuero penal. Después de esto, las facultades que tenían los jueces castrenses se transfirieron a la justicia ordinaria y a las jurisdicciones especializadas.

3.1.2. El tratamiento judicial del delito político

De forma simultánea al funcionamiento híbrido y limitado de la justicia, en este periodo sucedieron también importantes transformaciones en el tratamiento judicial del delito político al vaivén del recrudecimiento de la guerra y de las posibilidades de hacer la paz, que a veces se acercaban y otras veces se alejaban. Tal vez la mejor manera de aproximarnos a las tensiones que rodearon entonces la discusión sobre el delito sea mediante un caso que en su momento fue ampliamente publicitado y debatido.

En 1980, un grupo de estudiantes universitarios se tomó las calles para protestar por la presencia del vicepresidente de los Estados Unidos en Colombia. En el curso de la manifestación, los estudiantes incendiaron un vehículo oficial, causando la muerte de uno de sus tres ocupantes. Fueron entonces apresados y presentados ante un juez penal militar que, luego de instruir en su contra un Consejo de Guerra Verbal, los condenó a la pena de 24 años de prisión por la comisión de las conductas establecidas en el Artículo 5º del Decreto 1923 de 1978, más conocido como Estatuto de Seguridad. En 1982, el proceso llegó a segunda instancia al Tribunal Superior de Medellín: el mismo año en que se posesionó Belisario Betancur, bajo cuyo impulso se expidió la Ley 35 de 1982, que decretó una amnistía general e incondicional a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de dicha ley, excluyendo únicamente los homicidios fuera de combate que hubieran sido cometidos con sevicia o poniendo a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación. En vista de este nuevo contexto normativo, el Tribunal

procedió a evaluar el caso de los estudiantes a la luz de la ley de amnistía y, apartándose del fallo del juez penal militar, consideró que la acción de aquellos encajaba en el delito político de asonada y que se había dado en conexidad con los delitos de homicidio, incendio y terrorismo, ninguno de los cuales caía en las exclusiones previstas en la misma ley. Los estudiantes recibieron entonces la amnistía del Tribunal de Medellín.[31]

Este caso tiene la virtud de condensar los rasgos de las décadas de los setenta y los ochenta en lo que atañe al tratamiento jurídico de la guerra y de la extensión de su lógica al campo de los conflictos sociales. Estas dos décadas están atravesadas por una dualidad que está bien representada en ese caso: de un lado, la extensión de la guerra al campo jurídico a través del uso de un derecho penal del enemigo que se utiliza para criminalizar no solo a los alzados en armas, sino a ciertos actores sociales; y de otro lado, la búsqueda de salidas negociadas al conflicto a partir del tratamiento especial a los delincuentes políticos.

El Estatuto de Seguridad del gobierno de Turbay Ayala, expedido en plena vigencia del estado de sitio, constituye la mejor muestra del primer rasgo. El Estatuto no solo endureció la pena para el delito de rebelión —que pasó de cinco a nueve años para quienes tomaran parte en el alzamiento, y de ocho a doce años para quienes lo lideraran—, sino que, como hemos visto, atribuyó el juzgamiento de este y los demás delitos políticos a la justicia penal militar mediante el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales. Pero por otro lado, durante el mismo Gobierno de Turbay se declaró una amnistía condicional que beneficiaba a los responsables de delitos políticos y conexos, con lo cual conservaba su vigencia el enfoque político en el tratamiento de la guerra, asociado al tratamiento privilegiado de los delincuentes políticos. Se trata de un enfoque que tendió a profundizarse a partir del primer año del Gobierno de Betancur con el levantamiento del estado de sitio, la creación de una comisión de paz y la expedición de una amplia ley de amnistía, hechos que finalmente crearon las condiciones para la firma de acuerdos de paz con buena parte de los grupos armados en 1984.

Durante una década, integrantes de las guerrillas, así como activistas políticos y sociales, comparecieron ante los jueces militares para ser juzgados por el delito de rebelión, aunque no faltó la ocasión en que quienes se reconocían a sí mismos como militantes de los grupos guerrilleros no fueran juzgados como delincuentes políticos, sino como delincuentes comunes por la comisión de conductas como el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.[32] Por aquella época, resultaba posible que los agentes de Policía Judicial adscritos a las brigadas del Ejército Nacional —en ocasiones en conjunto con miembros de las compañías de contraguerrilla— practicaran allanamientos en las residencias de supuestos integrantes de las guerrillas en virtud de los mandatos proferidos por los jueces militares que tenían a cargo su juzgamiento. Esta situación fue en un principio avalada por la Corte Suprema de Justicia al no advertir reparo de constitucionalidad frente al Estatuto de Seguridad en su sentencia del 30 de octubre de 1978 y al darle el visto bueno a algunas de las decisiones adoptadas por los jueces militares en virtud de las facultades reconocidas por el Estatuto.[33] Pero tras casi nueve años de juzgamiento de civiles por militares, la Corte varió su jurisprudencia inicial y resolvió declarar la inconstitucionalidad de este mecanismo, con lo cual los procesos penales por rebelión volvieron a la jurisdicción ordinaria.[34] La Corte jugó pues el doble papel de darle vía libre, en un primer momento, a un mecanismo de excepción inscrito en la lógica de un derecho penal del enemigo, así como el de cerrársela unos años después.

Pero al tiempo que la Corte fue connivente en cierto momento con el uso de un instrumento de excepción que en buena medida convertía al derecho penal en un brazo legal de la guerra, también facilitó la aplicación de los mecanismos jurídicos orientados a incentivar la desmovilización de miembros de las guerrillas y a propiciar la búsqueda de salidas negociadas al conflicto. Durante la década de los ochenta se expidieron cuatro estatutos de amnistías e indultos para delitos políticos y sus

31. Decisión del 3 de diciembre de 1982, Tribunal Superior de Medellín, Magistrado ponente Juan Fernández Carrasquilla en *Nuevo Foro Penal* 520 (1983): 525.

32. Véase: Fallo del 20 de septiembre de 1988, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, magistrado ponente Jorge Carreño Luengas.

33. Véase: Fallo del 20 de septiembre de 1988, Corte Suprema de Justicia.

34. Se trata de la Sentencia del 5 de marzo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia, que ya fue citada previamente.

Militantes del M-19 entonan el himno nacional al inicio de Consejos Verbales de Guerra celebrados por cortes marciales en la iglesia de la Cárcel de La Picota en Bogotá. Fotografía: Jorge Torres. El Espectador ©. 22 de noviembre 1979.

conexos, dos bajo el Gobierno de Turbay y dos bajo el de Betancur.[35] No se trataba de amnistías generales, pues en cada estatuto se excluían delitos que bajo ninguna circunstancia podían ser considerados como delitos políticos o conexos a estos. La amnistía más amplia fue la primera dictada en el Gobierno de Betancur, pues solo excluía los homicidios fuera de combate cometidos con sevicia, que ponían a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o que se aprovechaban de esa situación; pero las demás excluían delitos como el secuestro y la extorsión.

La aplicación de las amnistías recaía enteramente en los jueces, pues era a estos a quienes correspondía resolver las solicitudes elevadas por los posibles beneficiarios. Su papel era entonces clave y más aún en aquellos casos en que su poder de definición era amplio, tal como sucedió, por ejemplo, con la primera amnistía del gobierno de Turbay, que excluía los delitos que constituyeran "actos de ferocidad y barbarie", una categoría que carecía de una definición legal y cuyo contenido y alcance dependía de lo que los jueces determinaran. En la precisión de este concepto por parte de la Corte Suprema es quizás donde mejor se revela la tradición de tratamiento jurídico de los miembros de las guerrillas a partir del derecho de los conflictos armados.[36] Según la definición recurrente de la Corte, estos actos eran entendidos como "los que reprueba el Derecho Internacional Humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos, y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil"[37]. La Corte Suprema fue además clara al señalar que no todo delito cometido en combate (es decir, las lesiones personales y homicidios cometidos en contra de los soldados o el daño de bienes que constituyeran blanco militar de conformidad con las reglas del DIH) podía ser considerado *per se* como un acto "ineludiblemente bárbaro, feroz o terrorista"[38]. Según la jurisprudencia de la Corte, la amnistía en este caso no operaba frente a los actos cometidos en contra de la población civil o para los que, aun afectando únicamente a los soldados partícipes de la confrontación armada, evidenciaran crueldad innecesaria en los procedimientos o medios.

La Corte Suprema de Justicia favoreció la aplicación de las amnistías en los términos planteados por los Gobiernos. Así, la Corte declaró la constitucionalidad de la primera amnistía del Gobierno de Turbay reconociendo la libertad del legislador para determinar el alcance del beneficio. En palabras de la Corte: "la generalidad que determina la Constitución para la amnistía no puede entenderse como una condición que constriña al legislador para extender siempre la ley a toda clase de delitos políticos y a todos sus conexos"[39]. Pero, además, la jurisprudencia de la Corte resaltó la vigencia del delito político ante las tendencias de algunos jueces de instancia de encuadrar las conductas de los integrantes de las guerrillas en la categoría de delitos comunes, lo cual en la práctica impedía la aplicación de las amnistías. Por ejemplo, al procesar a militantes de grupos guerrilleros que habían sido sorprendidos con armas y propaganda subversiva en su poder, algunos jueces adelantaban el proceso solo por el delito de porte ilegal de armas sin conexión con la rebelión y en virtud de esto negaban la concesión de la amnistía. En tales casos, la Corte revocó las decisiones y concedió el beneficio bajo la idea de que se trataba de delitos de porte de armas en conexión con rebelión.[40]

35. Ley 37 de 1981, Decreto Legislativo 474 de 1982, Ley 35 de 1982 y Ley 49 de 1985.
36. Véase: Iván Orozco, "Elementos para una fundamentación del delito político en Colombia", en *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (Bogotá: Temis, 2006).
37. Radicado n.° 12051 del 25 de septiembre de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, magistrado ponente. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
38. Radicado n.º 98910 de febrero de 1983, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, magistrado ponente Manuel Gaona Cruz.
39. Sentencia del 22 de octubre de 1981, Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Carlos Medellín.
40. Véase: Sentencia del 6 de mayo de 1986, Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Jorge Carreño Luengas; Sentencia del 26 de mayo de 1986, Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Lisandro Martínez Z.

3.2. Los reacomodos de la justicia y el nacimiento de la Constitución de 1991 (1987-1992)

Este periodo tiene la particularidad de contar, por un lado, con la más grave crisis de la justicia producida por la violencia ejercida selectivamente contra ella y, por el otro, con el acontecimiento político y jurídico más importante de la historia reciente colombiana: la expedición de una nueva Constitución Política en 1991. En esta sección veremos: 1) el ambiente de reforma de las instituciones judiciales promovido en parte por la violencia ejercida por el Cartel de Medellín, 2) el proceso paralelo de conformación de una Asamblea Nacional Constituyente que terminó aprobando la Carta Política que hoy nos rige, y 3) las medidas ulteriores a la expedición de la nueva Constitución que tenían que ver con el sometimiento a la justicia de la amenaza narcotraficante en un marco normativo parcialmente novedoso.

3.2.1. Las transformaciones de la justicia enfrentada a la guerra

El recrudecimiento de la guerra en general, y de aquella liderada por los carteles del narcotráfico y sus bandas privadas de seguridad en particular, tuvo fuertes impactos sobre todos los niveles de funcionamiento del aparato judicial y explica en parte el gran dinamismo en las transformaciones de la justicia entre 1987 y 1992.

Muchas de esas reformas se venían preparando desde antes. En efecto, en el marco del estado de excepción declarado el día siguiente al asesinato del ministro Lara Bonilla, el Gobierno del presidente Betancur expidió los Decretos 1042, 1056 y 1058 de 1984 que otorgaron competencia a la justicia penal militar para juzgar delitos relacionados con el narcotráfico. Por esta vía, se empezó a tratar a los narcotraficantes como un problema de orden público, de la misma manera en que, según hemos visto, se hacía con los disidentes del régimen y los miembros de las guerrillas. Englobados bajo la categoría de "amenazas al orden público", disidentes, guerrilleros y narcotraficantes tendieron a ser confundidos y tratados de maneras similares. Esto implicó que el tratamiento a las disidencias políticas, armadas o no, fuera cada vez más criminalizante. Además, implicó que a los narcotraficantes se les adscribiera de manera progresiva, aun sin que ellos estuvieran familiarizados con la idea, un modelo de país distinto al de las élites tradicionales.[41]

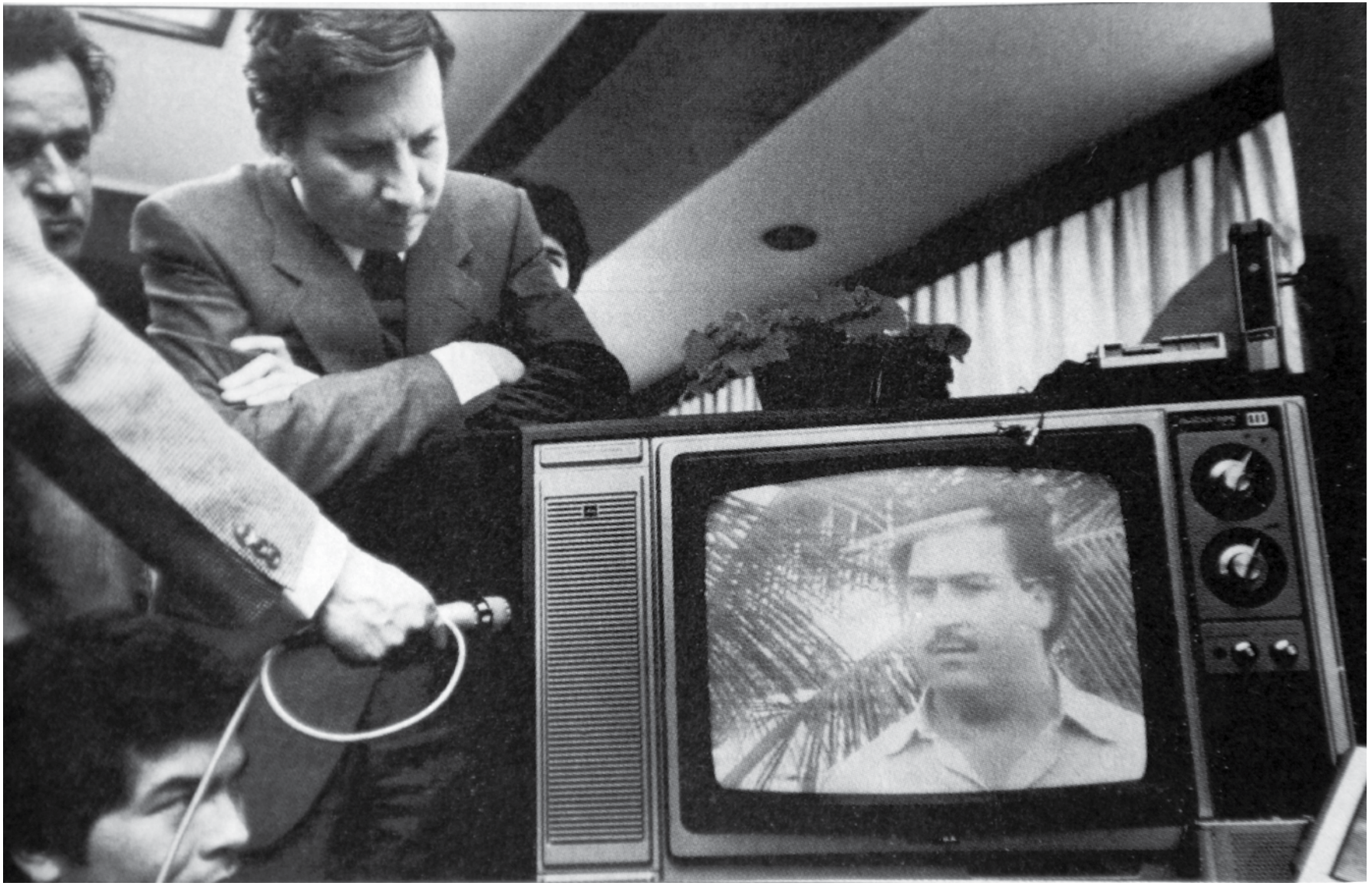
Por esta vía, la lucha crecientemente encarnizada contra el narcotráfico condujo a la acentuación de tendencias punitivistas en el sistema de justicia penal colombiano. Con el argumento de que ante la amenaza narcotraficante el Estado no podía andarse con tibiezas, el alcance de la jurisdicción militar se amplió, incluyendo nuevas conductas bajo el rótulo de "amenazas al orden público" y radicalizando, de ese modo, la lógica de poner cada vez más civiles bajo el juicio de los militares.[42] En cierto sentido, la guerra contra el narcotráfico rehabilitó y fortaleció mecanismos excepcionales de control del orden público —que se entendía turbado por las disidencias políticas— en un contexto de recrudecimiento de la guerra sucia.

Ante esta situación, y luego del profundo golpe que fue para la justicia la doble toma del Palacio de Justicia de noviembre de 1985, en sentencias proferidas en marzo de 1987 a las cuales ya hemos hecho mención en el apartado anterior, la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los decretos que otorgaban a la justicia penal militar la facultad de juzgar civiles —ya fuera mediante Consejos de Guerra Verbales o por procedimiento especial— argumentando que tales medidas violaban el debido proceso.

En respuesta al fallo de la Corte y a la profunda herida que dejaron en la justicia los acontecimientos de noviembre de 1985, el Ejecutivo dispuso

41. Véase: Iván Orozco, "Los diálogos con el narcotráfico. Historia de una transformación fallida de un delincuente común a un delincuente político", en *Combatientes, rebeldes y terroristas.*

42. La ampliación de la competencia de la jurisdicción militar sobre civiles no solo se dio por la vía de las asignaciones expresas de competencias, sino también por la ausencia de definiciones claras de los tipos penales. Como resultado de ello, el reconocimiento de competencia a la jurisdicción penal militar era entonces la regla, y esto permitía que los conflictos de competencia fueran fácilmente decididos a favor de los tribunales militares.



Tras meses de lucha frontal contra el narcotráfico fue asesinado el Ministro. Rodrigo Lara Bonilla. En la imagen, le enseña a algunos periodistas un video en el que aparece Pablo Escobar Gaviria, a quien habían retirado del Nuevo Liberalismo. Fotografía: Lope Medina. Revista Semana©. 1985.

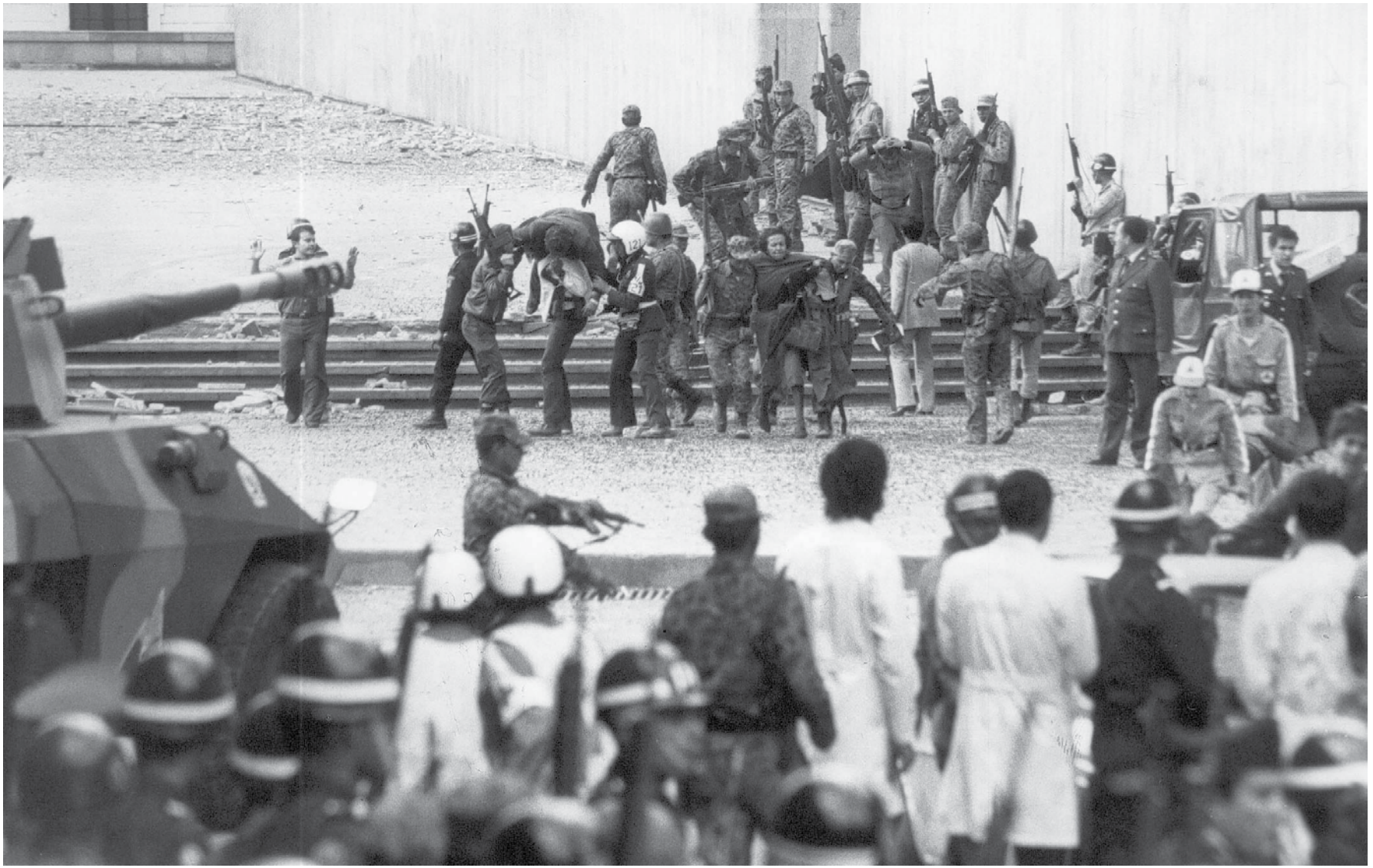
la creación de nuevos cargos de jueces de instrucción para la justicia especializada[43] y, posteriormente, mediante el Decreto 1631 de 1987, y con el fin de enfrentar una serie de asesinatos de figuras públicas defensoras de Derechos Humanos ocurridos en Medellín, creó la Dirección de Orden Público.[44] Esta, que heredó entonces los procesos contra civiles que anteriormente conocían los tribunales militares, aunque orgánicamente pertenecía al Consejo Nacional de Instrucción Criminal y sus jueces eran nombrados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, tenía su dirección en la rama ejecutiva y, al igual que toda la justicia antes de la creación del Consejo Superior de la Judicatura, dependía presupuestalmente del Fondo Rotatorio de la Justicia administrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Por estas razones, algunos sostienen que la creación de la dirección de orden público fue una estrategia para mantener con el barniz de lo civil una justicia que seguía ocupando un lugar importante en la estrategia de guerra. Otros menos críticos dicen que fue la forma como el gobierno trató de armonizar la obligación constitucional de que una jurisdicción civil juzgara este tipo de casos con la implementación del mecanismo de negociación de penas nacido de los diálogos con el narcotráfico. Sin algún grado de control por parte del Ejecutivo, la administración de justicia podía volver imposible cualquier concesión al narcotráfico.

Los años de 1987 y 1988 muestran un particular dinamismo en las transformaciones de la administración de la justicia en general y de la justicia penal en particular. A la creación de la jurisdicción de orden público hay que sumar la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986); un nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1987) que amplió las funciones del juez de instrucción criminal y que estableció que los conflictos de competencia entre la jurisdicción penal militar y la ordinaria serían dirimidos por la Sala Penal de la Corte Suprema; la expedición de un Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decretos 180, 181 y 182 de 1988) que parecía más severo que el Estatuto de Seguridad de Turbay; y la expedición de un nuevo Código Penal Militar (el Decreto 2550 de 1988).

Los objetivos de estas transformaciones no fueron necesariamente complementarios. De cierto modo, como han dicho Uprimny y Vargas, lo que estaba en juego con el Estatuto para la Defensa de la Democracia —que como señalamos amplió la competencia del juez de orden público— era recuperar el dominio ante una "aparente subversión de extrema derecha" que había sumido a regiones enteras en el miedo y la anomia.[45] La forma de recuperar el dominio fue volviendo a las formas más duras de la excepción e intentando romper por esa vía con la coexistencia entre excepción y guerra sucia que la guerra contra el narcotráfico había hecho posible. Pero también, como señala Andreu, existió en estas transformaciones la idea de que la justicia debía ser un arma más de combate contra el enemigo interno, que contribuyera, además, a reducir el costo político que para los militares significó tener competencia sobre civiles.[46] Y aun, como ha mostrado Orozco, se trataba de sumar condiciones para una posible negociación tanto con guerrillas como con el narcotráfico, asunto sobre el que volveremos en el siguiente apartado a propósito de la política de sometimiento del Gobierno Gaviria.[47]

En cualquier caso, son jueces de orden público los que se hacen cargo de las masacres de Segovia y La Cruzada, ocurrida el 11 de noviembre de 1988,[48] y de Honduras y La Negra, en marzo del mismo año.[49] Así también, la masacre de La Rochela (perpetrada en enero de 1989) estuvo al principio en manos de una comisión judicial especial conformada por tres jueces de orden público pertenecientes al distrito judicial de

43. Decreto 466 de 1987.
44. Las figuras públicas defensoras de Derechos Humanos asesinados en Medellín que motivaron la expedición del Decreto fueron Héctor Abad Gómez, Leonardo Betancur Taborda, Pedro Luis Valencia Giraldo y Luis Fernando Vélez Vélez.
45. Uprimny y Vargas, "La palabra y la sangre".
46. Federico Andreu-Guzmán, *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia* (Bogotá: Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana, 1990).
47. Véase: Iván Orozco, "Los diálogos con el narcotráfico", en *Combatientes, rebeldes y terroristas*.
48. Juez octavo de orden público de Bogotá.
49. Jueza segunda de orden público de Medellín.



89 personas murieron en el palacio de justicia el 6 de noviembre de 1985, 11 de ellos eran magistrados titulares y 23, magistrados auxiliares y abogados suplentes de las Cortes y el Consejo. Fotografía: Archivo El Tiempo.

Bucaramanga. La especial atención concedida a esta masacre parece estar relacionada con el hecho de que las víctimas hacían parte del aparato judicial. El trabajo de estos jueces de instrucción, al menos en los casos arriba mencionados, merece especial reconocimiento, pues en medio de fuertes restricciones presupuestales, graves amenazas contra sus vidas y precariedad de recursos investigativos, sus investigaciones consiguieron con frecuencia orientar las miradas hacia la complejidad del fenómeno creciente de privatización de la represión y guerra sucia en el contexto colombiano.

En el otro extremo, el caso de la masacre de Trujillo en 1990 ilustra bien las limitaciones de la recién creada jurisdicción tanto en materia de capacidad investigativa como de independencia en relación con otros órganos del Estado. Allí la descalificación automática y pobremente argumentada del único testigo presencial de los hechos ocurridos en la finca Villa Paola[50] y la incapacidad de allegar pruebas adicionales terminaron en la absolución de los acusados.

Pero a pesar del dinamismo inicial de las investigaciones, los procesos de Segovia y la Rochela terminaron siendo ejemplos de la debilidad de la jurisdicción de orden público. Además de la confianza excesiva en las pruebas testimoniales (pues, como ellos mismos señalaban, no tenían muchas más opciones) y de dificultades en el uso de categorías jurídicas para representar adecuadamente los patrones en la base de los hechos violentos y los tipos de responsabilidades penales derivados, los cambios de radicación de los procesos, la violencia contra operadores judiciales y la intrusión más o menos permanente del poder militar —ya fuera exigiendo el traslado de los procesos a la jurisdicción penal militar o negándose a practicar pruebas ordenadas por los jueces— hicieron que en términos generales y a pesar de comprometidos esfuerzos personales los resultados de esta jurisdicción fueran sumamente restringidos.

Adicionalmente, según Nemogá Soto, basado en un estudio publicado por el Ministerio de Justicia en abril de 1990, la jurisdicción de orden público ni se ocupó preferencialmente de los delitos que amenazaban gravemente al orden público, ni produjo suficientes sentencias contra los responsables, ni fue capaz de garantizar que los sentenciados pagaran sus penas en las cárceles. Así, en abril de 1990:

> […] el 69% de los procesos en segunda instancia era por fabricación y tráfico de armas y municiones, utilización ilegal de uniformes e insignias y amenazas personales o familiares, y el 64% de los procesos existentes en los Juzgados de Orden Público era por fabricación y tráfico de armas y municiones, utilización ilegal de uniformes e insignias y amenazas personales o familiares. Solo el 15% de los procesos conocidos en segunda instancia estaban relacionados con los delitos de terrorismo, contra el régimen constitucional y el homicidio con fines terroristas. Y solo el 22% de los delitos conocidos por los juzgados de orden público se originaban por delitos de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio con fines terroristas e instigación al terrorismo.[51]

Parece, entonces, que la jurisdicción de orden público se ocupó preferencialmente de delitos de menor impacto que eran más fácilmente judicializables. A esto sin duda contribuyó la prioridad que, con el fin de descongestionar la justicia, se dio en el Código de Procedimiento Penal de 1987 a los casos con "sindicado conocido". Era lógico esperar que complejas estructuras criminales como las que estaban surgiendo entonces pudieran burlar con cierta facilidad a una justicia concentrada en aquellos casos en los que fuera rápidamente identificable el responsable de la conducta delictiva.[52] Adicionalmente, "de los 2.640 procesos de conocimiento a cargo de los juzgados de orden público se había dictado sentencia en 530 casos

50. Se trata de Daniel Arcila Neira, posteriormente asesinado aparentemente por su voluntad delatora. Véase: GMH, *Trujillo, una tragedia que no cesa* (Bogotá: Planeta, 2008).

51. Gabriel Ricardo Nemogá Soto, "Reforma a la Justicia", en *Justicia, derechos humanos e impunidad* (Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para la Defensa, Protección y Promoción de Derechos Humanos, 1991), 149.

52. Para profundizar en los efectos perversos de la prioridad en los casos con "sindicado conocido" en materia de investigación penal, véase: Mauricio Rubio, "La justicia penal. Juicio sin sumario", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*.

Daniel Arcila, sin camisa, era un informante de la Policía, que testificó en la investigación del homicidio del padre Tiberio Fernández Mafla, párroco de Trujillo en el Valle del Cauca y de sus tres acompañantes. Daniel Arcila fue asesinado en 1991. Sus testimonios fueron desestimados por la justicia. Fotografía: Revista Noche y Niebla. CINEP ©.

de ellos. Un total de 1.069 personas habían sido objeto de sentencia. De estas, 475 (44%) habían recibido sentencia condenatoria y 594 (56%) habían sido absueltas"[53]. Así pues, solo uno de cada cinco procesos que estaban en conocimiento (es decir, que ya habían cursado la fase investigativa) era resuelto mediante sentencia y de esas sentencias más de la mitad eran absolutorias. A esto se suman las dificultades que tuvo la unidad para aprehender eficazmente a los sujetos condenados: a enero de 1990 solo 23 condenados estaban cumpliendo pena.

La jurisdicción de orden público fue sucedida en esta materia por la justicia sin rostro, también conocida como justicia regional. La historia de la justicia sin rostro puede ser considerada como un nuevo capítulo, quizás el más sobresaliente, en la historia de la normalización de la jurisdicción de orden público, con los atavismos en materia procesal que hemos visto y la inclusión de otros nuevos. En efecto, además de las restricciones a las garantías procesales heredadas de la justicia especializada, mediante los Decretos 1191 y 1196 de 1989 el Ejecutivo autorizó testigos secretos en procesos de competencia de la jurisdicción de orden público y dispuso que los magistrados del Tribunal Superior de Orden Público no tuvieran contacto con los sospechosos durante la etapa de juicio.

El Estatuto para la Defensa de la Justicia,[54] expedido por el entonces presidente César Gaviria, recogía, además de la justicia sin rostro, las innovaciones en materia procesal puestas en marcha por la jurisdicción de orden público y suponía retrocesos evidentes en materia de independencia investigativa. Este estatuto otorgaba amplias facultades de Policía Judicial a las Fuerzas Militares, a la par que restaba capacidad de actuar autónomamente al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Mientras las primeras podían adelantar *motu proprio* investigaciones preliminares, el segundo solo podía llevar a cabo aquellas investigaciones que les fueran comisionadas por decisión del juez de Orden Público. Adicionalmente, el Estatuto para la Defensa de la Justicia creaba mecanismos de negociación de penas por medio de los cuales se haría frente a fenómenos de criminalidad organizada, como los relacionados con el narcotráfico, cuya naturaleza y efectos abordaremos luego.

Más adelante, a pesar de lo limitado de sus resultados en la lucha contra graves amenazas al orden público, mediante las facultades transitorias otorgadas por la Constitución Política de 1991, las disposiciones relativas a la justicia sin rostro fueron normalizadas. En un estudio evaluativo elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional – Unijus, se concluyó que, primero, la justicia sin rostro tenía una limitada capacidad para investigar y juzgar a los autores de hechos delictivos;[55] segundo, que los mecanismos de negociación de penas previstos en el decreto no tenían ningún impacto;[56] y tercero, como en el caso de la jurisdicción de orden público, que la justicia sin rostro se ocupaba preferencialmente de conductas y delincuentes que no constituían realmente graves amenazas para el orden público. Los gravísimos costos que tal justicia representaba en materia de garantías procesales no eran contrarrestados por una mayor eficacia en la lucha contra el crimen organizado.[57]

53. Nemogá, "Reforma a la Justicia", 149.
54. Decreto Legislativo 2790 de 1990.
55. El estudio desagrega las limitaciones en las indagaciones preliminares, en los procesos en instrucción y en los procesos en etapa de juicio. En ese orden establece lo siguiente: los organismos de justicia regional pueden tramitar solo el 16,5% del total de las indagaciones preliminares en trámite y solo un 7,2% del total de estos procesos es impulsado a la etapa de instrucción. En cuanto a la etapa de instrucción, la justicia regional solo puede evacuar el 13,4% de los procesos en trámite y del total de procesados en esta etapa la justicia regional pudo reunir el acervo probatorio para dictar resolución acusatoria solo en el 3,4%. Finalmente, el sistema solo puede evacuar el 55% de los procesos que se hallan en etapa de juicio (de los cuales solo 38,5% salen por sentencias). La capacidad en materia de investigación y juzgamiento de la justicia regional es, según estos datos, menor al 5% de la demanda de justicia.
56. En el caso de la sentencia anticipada y la audiencia especial, se hizo común la condena de personas con escaso material probatorio (con tal de que hubiera incriminación, la justicia distribuía responsabilidades). En el caso de los beneficios otorgados por colaboración eficaz con la justicia, de las solicitudes tramitadas entre noviembre de 1993 y enero de 1995, solo el 25% se hizo por delitos de competencia de la justicia regional. En resumen, los mecanismos de negociación de penas no contribuyeron a la desestructuración del crimen organizado, sino que por el contrario, se convirtieron en mecanismos a través de los cuales los grandes capos podían incidir en el marco legal a través del cual se pretendía controlar la desviación que ellos mismos y sus cómplices representaban.
57. Según Mauricio Rubio, en 1999, en juicio sin sumario, la probabilidad de que un

La Constitución de 1991, sin embargo, de cuyo nacimiento hablaremos a continuación, introduce modificaciones en materia penal tan profundas que hacen necesario considerar pausadamente sus relaciones con lo que las antecedió y suscitó. Si bien es cierto que la Fiscalía, creada tras la nueva Constitución, fue pensada como respuesta a la crisis de la justicia, esa constatación no debe hacernos perder de vista que la Fiscalía no se introduce con el fin de mejorar lo que había, sino de transformar radicalmente el sistema judicial-penal colombiano.

3.2.2. El nacimiento de la Constitución Política de 1991

El proceso constituyente fue al mismo tiempo un esfuerzo de paz y una continuidad de la guerra. En efecto, una idea ampliamente difundida en su momento era que la Constitución tenía vocación pacificadora, pues podía ser una especie de tratado de paz entre los colombianos. Pero, a la vez, el 9 de diciembre de 1990, el mismo día en que los colombianos votaban por la Asamblea Constituyente, las Fuerzas Militares bombardearon Casa Verde, el campamento central de las FARC, lo cual mostraba que la ampliación democrática que se pretendía alcanzar con la adopción de una nueva Constitución coexistía con la continuidad de la guerra.

La Constitución de 1991 fue un esfuerzo de paz y de democracia pues, en contraste con las quince Constituciones nacionales promulgadas entre 1811 y 1886 y las más de sesenta reformas constitucionales que sufrió el texto de Caro y Núñez, el proceso constituyente de finales de los ochenta y comienzos de los noventa estaba animado por la idea de una profunda renovación de las prácticas políticas que pusiera fin a la perversa convivencia de la guerra y la democracia colombianas. En efecto, a la luz del proceso constituyente, las Constituciones decimonónicas eran vistas ya como pactos de vencedores que por la vía de la exclusión creaban las condiciones de confrontaciones futuras[58] o como armisticios parciales que mantenían inconclusas las guerras por el poder político entre fracciones de la élite.[59] A su vez, las reformas constitucionales del siglo XX eran vistas como meras transformaciones formales cuyo propósito era dotar de legitimidad a un Estado cuya capacidad efectiva para arbitrar conflictos y contener la violencia era cada vez más limitada. En contraste con su pasado, la Constituyente se concibió a sí misma como un espacio de inclusión que debería poner fin a la guerra y liberar la política de sus contenidos autoritarios y rígidamente centralistas por medio de transformaciones de fondo y no meramente formales.[60]

En cualquier caso, y haciendo frente a las particularidades de su tiempo, la Constituyente debió enfrentar un doble desafío. Por un lado, como hemos visto, la confrontación del Estado con el Cartel de Medellín se había agudizado. Los asesinatos del senador y candidato presidencial Luis Carlos Galán, del procurador Carlos Mauro Hoyos, del magistrado Carlos Valencia, el atentado contra el DAS, los secuestros de Andrés Pastrana y de Álvaro Gómez, entre otros tantos, contribuyeron a acentuar la idea de que esta confrontación tenía a Colombia, a sus instituciones pero también a la población entera, arrinconada *al borde del abismo*.

responsable de homicidio fuera efectivamente juzgado y condenado no pasaba del 5%, lo que en términos generales quiere decir que aproximadamente uno de cada veinte homicidas era procesado judicialmente en la época en que la justicia sin rostro estaba vigente.

58. Julieta Lemaitre afirma: "Se repetía una y otra vez en los discursos que ésta sería la primera constitución que no estaba escrita solo por los vencedores, que no excluía a los vencidos, que dejaba de ser la "carta de batalla". Ésta sería la primera constitución justa, porque sería la primera que no excluía la posibilidad de un diálogo con el enemigo, ni sus intereses; la primera constitución que no era partisana, de un solo bando o partido". Julieta Lemaitre Ripoll, "La Constitución de 1991 y el fin de la violencia", en *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes), 124-125.

59. Al respecto véase: Gonzalo Sánchez, *Guerra y política en la sociedad colombiana* (Bogotá: El Áncora Editores, 2008), 15-24.

60. Esas transformaciones debían dar forma a un nuevo texto constitucional en que se plasmara la vitalidad, la creatividad y los más caros anhelos de la movilización social que le habían servido de base. En los textos testimoniales revisados, es relativamente común la afirmación de que, en su momento, la Constituyente, su proceso de su conformación y las discusiones en ella sostenidas eran más importantes que la Constitución. La Constitución debía ser expresión de la riqueza práctica del movimiento de la Constituyente. Véase: Humberto De la Calle, *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991* (Bogotá: Editorial Planeta, 2004) y Lemaitre, "La Constitución de 1991".

Por otro lado, las vías de reforma constitucional parecían cerradas. Si la conciencia de su situación histórica había llevado a la Constituyente a percibirse a sí misma como una ruptura en relación con su pasado, la conciencia de su presente le mostraba que un discurso de ruptura parecía posible solo por fuera de la institucionalidad.[61] Pero la Constituyente fue en esencia un proceso civil y civilista, emparentado con la tradición legalista de la que ya hemos hecho mención, nacido del rechazo de las armas y convencido de que las instituciones podían ser modificadas para desterrar la guerra. Y fue además un movimiento extraordinariamente creativo. Como hemos visto, desde el asesinato del entonces ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla en abril de 1984, el país vivía en estado de sitio declarado por el presidente Betancur. Desde entonces, las medidas excepcionales tomadas con el fin de controlar perturbaciones al orden público se dictaban mediante decretos con fuerza de ley firmados por el presidente y revisados por la Corte Suprema de Justicia.

Estando en vigencia el estado de sitio, existía la alternativa de acudir a un decreto legislativo que convocara la Asamblea en vez de someter el proyecto al engorroso proceso de discusión congresional que seguramente lo habría condenado al fracaso. El entonces presidente César Gaviria, cercano en algunos aspectos a los intereses de la Constituyente y comprometido desde la campaña presidencial con su apoyo, aprobó la idea siempre que se resolviera una cuestión jurídica elemental: para que el decreto pasara la revisión de la Corte, las medidas tomadas debían estar claramente conectadas con los motivos que llevaron al presidente a decretar el estado de sitio.

La conexión no era clara, pues no era evidente que convocar una Asamblea Popular que discutiera un temario acordado de posibles reformas constitucionales fuera una respuesta adecuada a la situación que impulsó la declaratoria de estado de sitio seis años atrás.[62] Quienes argumentaban contra la posibilidad de acudir al decreto señalaban que el camino idóneo para la reforma constitucional era el Congreso y que no se veía cómo una serie de temas que iban desde el cambio en las circunscripciones electorales hasta la transformación del sistema de justicia penal estaban en relación con la amenaza narcotraficante que, a juicio de muchos, era la principal amenaza para la institucionalidad colombiana.

Contra este argumento se usó la idea, inspirada en el jurista italiano Norberto Bobbio,[63] de que las constituciones son también tratados de paz y que, por lo tanto, si bien la relación inmediata del temario de la reforma con la amenaza terrorista no era clara, lo que pretendía la reforma era crear condiciones para que la paz definitiva fuera posible. Se dijo incluso que la propuesta era una respuesta verdaderamente estructural, y no solo parcial o reactiva, a la crisis producida por la violencia. Este argumento salió vencedor con una modificación. La Corte dijo que aceptaba que las constituciones eran un tratado de paz y que en esa medida la propuesta estaba conectada con los motivos de la declaratoria de estado de sitio, pero que no había ningún fundamento para limitar el temario en un ejercicio de estas características. Con la eliminación del temario, el decreto fue revisado por la Corte Suprema. La votación fue muy reñida (14 votos a favor, 12 en contra) y el resultado paradójico: por la vía de la excepcionalidad (Decreto 1926 de 1990), el movimiento social había conquistado un espacio institucional para una verdadera

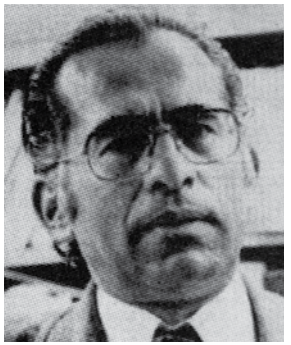
61. Desde el Plebiscito de 1957 que dio origen al Frente Nacional, se había establecido que, con el fin de evitar caudillismos que apelaran indiscriminadamente a la opinión de las masas, la única forma de reformar la Constitución era a través del Congreso de la República. Ante ese panorama era lógico pensar que presentar un proyecto de reforma constitucional —si es que era posible ponerse de acuerdo de entrada sobre el temario y las medidas que había que tomar—, cuyo objetivo era transformar radicalmente las prácticas políticas, estaba condenado al fracaso si los que debían decidir sobre él eran precisamente quienes se beneficiaban de las prácticas políticas tradicionales. Véase: De la Calle, *Contra todas las apuestas*, 69-76.

62. No se debe olvidar que, en principio, la propuesta acordada era la de un temario a discutir sobre eventuales reformas constitucionales. Esa razón explica que al principio las discusiones hayan girado en torno a la posibilidad de convocar una asamblea para la reforma constitucional. Curiosamente, fue su paso por la Corte Suprema, acusada de trabar cualquier intento reformista, lo que la convirtió en una Asamblea Constituyente, que era lo que desde el principio exigía el movimiento estudiantil. Véase: De la Calle, *Contra todas las apuestas*, 77-100.

63. Véase: Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México: FCE, 1984), citado por De la Calle, *Contra todas las apuestas,* 93.

Estas son algunas de las víctimas que motivaron la expedición del Estatuto para la Defensa de la Justicia el 20 de noviembre de 1990

1



2

3

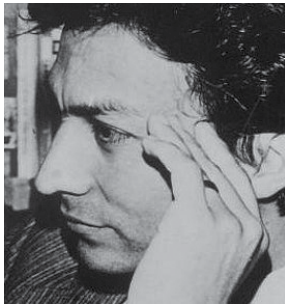
4

5

6

7

8



9

10

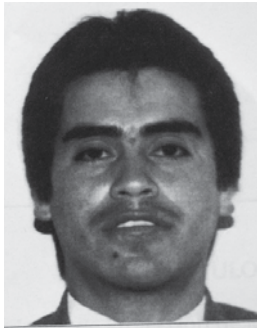
1. Carlos Valencia
2. Alfonso Reyes Echandía
3. Carlos Medellín Forero
4. Manuel Gaona Cruz
5. Alfonso Patiño Rosselli
6. José Eduardo Gnneco Correa
7. Darío Velásquez Gaviria
8. Fabio Calderón Botero
9. Carlos Horacio Urán Rojas
10. Horacio Montoya Gil
11. Ricardo Medina Moyano
12. Pedro Elías Serrano Abadía
13. Fanny González Franco

11

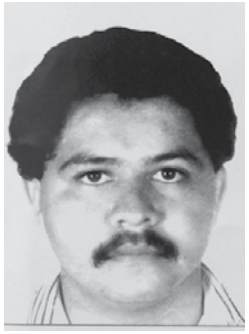
12

13

14

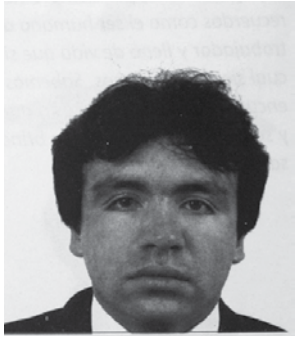


15



16

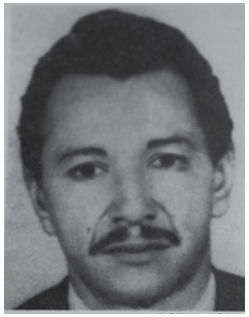
17



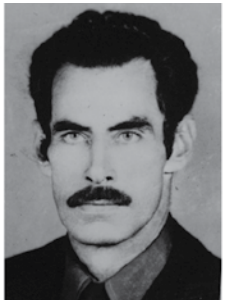
18

19

20

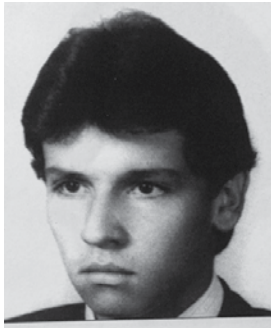


21



22

23



24

25

26

14. Carlos Mauro Hoyos
15. Luis Orlando Hernández Muñoz
16. Arnulfo Mejía Duarte
17. Gabriel Enrique Vesga Fonseca
18. Cesar Augusto Morales Cepeda
19. Benhur Iván Guasca Castro
20. Mariela Morales Cano
21. Pablo Antonio Beltrán
22. Virgilio Hernández Serrano
23. Orlando Morales Cárdenas
24. Carlos Fernando Castíllo Zapata
25. Yul Germán Monroy Ramírez
26. Samuel Vargas Páez

Final de la Asamblea Nacional Constituyente. En la foto los tres presidentes de la Asamblea con el presidente César Gaviria. 1991.
Fotografía: Luz Elena Castro. Presidencia ©

Asamblea Nacional Constituyente que debía redactar una nueva Carta Política para la nación.

Este rápido repaso por lo que fue el momento constitucional ilustra bien algunas tensiones importantes. Lo primero es que la violencia, y en particular la desplegada por los carteles de la droga, es uno de los factores detonantes del movimiento que da lugar a la Constituyente. Lo segundo, sin embargo, es que un proceso de tan hondo calado como el de la Constituyente encontró un lugar en la institucionalidad gracias a la crisis provocada por la violencia. Aunque fuera cierto que el régimen político tenía serias limitaciones en términos de inclusión, si no hubiera habido guerra y excepcionalidad la historia habría sido completamente distinta. Porque había guerra y porque a la guerra se respondía con mecanismos excepcionales, la Constitución nació en el país y de la manera en que nació, respetando fielmente la tradición legalista a la que hicimos referencia antes y apuntalada en su carácter verdaderamente *constituyente* y no meramente constitucional, como quería el Gobierno, gracias a la independencia relativa de la rama jurisdiccional.

Lo tercero es que pese a ser concebida como tratado de paz, dirigida a modificar las estructuras en las que se afincaba la violencia, la Constituyente guardó silencio en torno a las medidas con las que en la práctica se enfrentaba la violencia y terminó manteniendo instituciones como la justicia sin rostro, claramente violatorias de garantías procesales mínimas, que habían sido diseñadas en contextos de excepción para responder a las amenazas al orden público. No parece, en efecto, que la necesidad sentida de la paz, en un contexto de amedrentamiento ocasionado por la violencia de los narcos, abriera campo para una reflexión profunda sobre las estrategias excepcionales con las que se intentaban contener las graves amenazas que se cernían sobre la seguridad pública.

En la forma como desde la expedición de la Constitución de 1991 el aparato judicial ha respondido a la violencia asociada al conflicto armado interno, han sido constantes las contradicciones entre tendencias progresistas y otras menos progresistas en la interpretación del texto constitucional. En un contexto de creciente protagonismo de los jueces, la inclusión progresiva del concepto de bloque de constitucionalidad, según el cual los tratados de Derechos Humanos tienen rango constitucional, permitió a las altas cortes incorporar en la interpretación de las normas penales los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos. Esa tendencia, sin embargo, convive con la supervivencia, y a veces incluso el fortalecimiento, de tendencias menos progresistas o decididamente autoritarias.

3.2.3. La estrategia de sometimiento del gobierno Gaviria

Un claro ejemplo de la coexistencia de tendencias progresistas con otras autoritarias en las épocas posteriores al cambio constitucional es el de la llamada *política de sometimiento* del gobierno de César Gaviria. Con esta, el gobierno afrontó el desafío sin precedentes derivado de la *guerra* que los grandes carteles de la droga le habían declarado al Estado para combatir la extradición. En ella, bajo la justificación de estar librando una batalla contra el narcoterrorismo, el primer gobierno en el marco de la nueva Constitución continuó por el camino de la excepcionalidad jurídica para endurecer las penas, introducir innovaciones procesales que chocaban con los más elementales principios del garantismo penal, utilizar el Estatuto Antiterrorista (aprobado bajo el gobierno de Virgilio Barco) para recortar las libertades públicas de otros sectores sociales distintos a los narcotraficantes y afectar significativamente el principio de igualdad ante la ley penal.[64]

Gaviria fue el único candidato presidencial —de los que quedaron vivos para las elecciones de 1990— que defendía la extradición y su aplicación por la vía administrativa, y por ello fue un blanco predilecto de las amenazas y los atentados del Cartel de Medellín. Pero también planteaba que esa política debía combinarse con la aplicación de acciones alternativas de negociación con los extraditables y de fortalecimiento de la justicia para desactivar una guerra que progresivamente se había ido

64. Rodrigo Uprimny, "El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*.

degradando y en la que los narcotraficantes habían ido incrementando su capacidad destructiva.[65] Su propuesta se plasmó inicialmente en el Decreto 2047 de 1990 y, posteriormente, se flexibilizó con los Decretos 2147 y 3030 del mismo año, promulgados bajo el estado de sitio.[66] La política consistía en rebajar hasta la mitad de la pena y garantizar la no extradición (además de reconocerles beneficios adicionales por la entrega de bienes y la delación de sus colaboradores) a narcotraficantes y paramilitares que se entregaran y confesaran sus delitos.[67] No se trataba de una política de amnistías como las que se habían utilizado previamente con las guerrillas, sino de una estrategia de sometimiento a la justicia bajo estándares laxos de aplicación de la ley penal, pues lo que estaba en juego aquí no era una negociación política, sino el desmantelamiento de la facción más organizada del crimen de la historia colombiana.

Tras la entrega de otros miembros del Cartel de Medellín como Fabio Ochoa Vásquez, el aparente gran éxito de esta política fue la entrega de Pablo Escobar a las autoridades la misma tarde en que la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la no extradición a los colombianos de nacimiento. El jaque en el que los carteles de narcotraficantes habían puesto al país tuvo una influencia significativa en la configuración del nuevo marco institucional en su máximo nivel, lo cual, entre otras cosas, junto con la creación de la Fiscalía y el haberle conferido carácter de ley a las normas promulgadas bajo el estado de sitio, le permitió al Gobierno de Gaviria tener el soporte jurídico-constitucional de su principal apuesta.

Sin embargo, en los meses siguientes se revelaron las contradicciones de la estrategia del gobierno. Esta política partía de las siguientes premisas: 1) que el Ejecutivo tenía la capacidad para manejar las presiones internacionales e internas a raíz de una política que, por la laxitud en sus estándares de juzgamiento, empezaba a ser vista como un sometimiento

65. En palabras de Pardo: "en una crisis de justicia y de violencia como la impuesta por el narcoterrorismo, resultaba primordial contar con alternativas". Pardo, *La historia de las guerras*, 602.
66. Posteriormente estos decretos serían incorporados al ordenamiento jurídico a través de la Comisión Legislativa nombrada por la Asamblea Constituyente.
67. Pardo, *La historia de las guerras*.

Terror en el aire. El jet 727 de la aerolínea Avianca identificado como HK1803 explotó en mil pedazos después de despegar del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá con rumbo a la ciudad de Cali. Un maletín con explosivos dejado por un lugarteniente de Pablo Escobar dentro del avión, justo encima de uno de los tanques de combustible, le causó la muerte a 107 pasajeros. 1989.
Fotografía: Lope Medina. Revista Semana ©.

del Estado a los narcos y 2) que el aparato judicial tenía la capacidad de judicializar y sancionar de forma adecuada a los narcotraficantes e impedir la impunidad, incluso de grandes capos de la droga.[68]

En cualquier caso, la falta de colaboración y apoyo de las autoridades norteamericanas una vez prohibida la extradición tuvo un impacto significativo sobre la eficacia y el flujo de recursos de la política.[69] Así mismo, la continuación y agudización de la práctica del secuestro cuestionó el hecho de que las debilidades de la investigación del sistema judicial se tradujeran —en la práctica— en condenas muy bajas; y, lo que es más grave, la precariedad y corrupción del sistema penitenciario facilitaron que los narcotraficantes siguieran delinquiendo desde las cárceles y que Pablo Escobar, junto con otros miembros del Cartel de Medellín, pudieran fugarse de la cárcel La Catedral. Todo ello desató un enorme escándalo en la opinión pública que le restó legitimidad al Gobierno y credibilidad a la política.

A pesar de que la persecución al Cartel de Medellín después de la fuga de La Catedral implicó un enorme desafío para el Estado colombiano que lo fortaleció en ciertos aspectos, también lo debilitó en otros. En lo que respecta al tema judicial, una de las debilidades estructurales del Estado para enfrentar a los narcos era que estos no tenían procesos abiertos en la justicia colombiana debido a que las pruebas contra ellos eran muy débiles o inexistentes. La política de sometimiento partió del reconocimiento de este hecho y supuso una estrategia de coordinación entre la Fiscalía, el Ejército, la Policía y el DAS —con la supervisión de la Procuraduría—, en el marco del llamado bloque de búsqueda que finalmente dio muerte a Escobar. Este trabajo en equipo garantizó que se maximizara el uso de todos los medios y la inteligencia disponible, tanto para el desmantelamiento del cartel como para la investigación y el juzgamiento de sus miembros de cara a un proceso judicial.

El enfrentamiento contra los narcotraficantes resultó ser un reto que muchas veces puso en jaque al Estado colombiano, pero que también implicó una evolución en los medios institucionales y jurídicos de los que disponía el aparato estatal a medida que la amenaza del narcotráfico se hacía más compleja. Es claro aquí cómo las diferentes fases de la guerra influyeron sobre la dinámica institucional del sistema judicial. En palabras de Rafael Pardo, ministro de Defensa de la época:

> Los ataques a la justicia, asesinatos de jueces e investigadores y la debilidad del aparato judicial llevaron a la necesidad, primero de abolir los jurados de conciencia por considerar que los ciudadanos llamados a cumplir estas tareas eran muy vulnerables y no había como protegerlos. Luego se establecieron tribunales especiales de investigación y juzgamiento en los cuales la identidad de los funcionarios se mantenía en reserva. Jueces sin rostro fue el nombre con que se conoció a esta figura. Luego, la Fiscalía General de la Nación, creada por la Constitución de 1991, aplicó los mecanismos de colaboración, delación y entrega para desarticular las bandas y grupos armados orgánicos al Cartel de Medellín. La guerra se enfrentó dentro de la ley, pero antes de 1991 en muchas ocasiones se acudió al estado de sitio para expedir decretos legislativos.[70]

Por otra parte, según Uprimny, la guerra contra el narcotráfico tuvo muchos efectos negativos sobre la justicia colombiana. En primer lugar, el fundamento bélico que adquirió la guerra contra el narcotráfico —que se inscribía en el discurso norteamericano de la guerra contra las drogas del cual adoptó su enfoque— mezcló en una misma estrategia el elemento militar con acciones que por su naturaleza son policivas y/o judiciales (la represión de una conducta ilícita), como es el caso de la sanción del consumo.[71] Esto implicó un aumento del peso de los militares en el aparato del Estado y un tratamiento bélico de problemas sociales que admitirían otro tipo de soluciones menos lesivas para la garantía de los derechos. En segunda instancia, la guerra contra las drogas generó un riesgo de internacionalización del conflicto interno, pues una buena parte de los recursos de la cooperación se dirigieron al

68. Uprimny, "El 'laboratorio' colombiano".
69. Pardo, *La historia de las guerras*.
70. Pardo, *La historia de las guerras*, 609.
71. Uprimny, "El 'laboratorio' colombiano".

combate a la subversión antes que al narcotráfico.[72] Adicionalmente, la influencia del discurso norteamericano en la guerra contra el narcotráfico erosionó la autonomía nacional para adoptar políticas antidrogas menos lesivas. Y finalmente, al no existir una política antidrogas que trascendiera los cambios de Gobierno y superara el carácter reactivo de la guerra estatal contra el narcotráfico, el Estado colombiano reforzó su tendencia a recurrir permanentemente a las normas de excepción, con la inestabilidad y la pérdida de independencia que esto generó para el funcionamiento del sistema judicial, y la afectación que implicó sobre las garantías constitucionales.[73]

3.3. Entre el asedio y la resistencia: el sistema judicial en el marco del conflicto armado de las últimas dos décadas (1992-2013)

Los últimos veinte años de esta breve historia de la justicia y de su relación con el conflicto armado corresponden a las dos décadas de vigencia de la Constitución de 1991, que sin lugar a dudas constituye un punto de inflexión en nuestra vida republicana. Se consolida a partir de ella una justicia constitucional protagónica, tanto por su papel en la garantía del amplio catálogo de derechos consagrado en la Constitución, como en un control más estricto a la política y a la economía. Sin embargo, el proyecto democratizador y pacifista se ha enfrentado con serios obstáculos, como la propia persistencia del conflicto armado. En este contexto, la justicia se ha debatido entre, por un lado, los intentos de modernización para enfrentar de una mejor manera los problemas de criminalidad y violaciones a los Derechos Humanos asociados al conflicto y para circunscribir la guerra dentro de unos límites humanitarios y, por el otro lado, el resurgimiento de mecanismos de excepcionalidad jurídica que contrarrestan esta tendencia.

Sin embargo, la tarea parece exceder las posibilidades del sistema de justicia, no solo por la masividad de las violaciones, sino por la imbricación entre lo legal con lo ilegal gestada en el marco de la continuidad del conflicto. En efecto, el capítulo de la parapolítica, que puso en evidencia las enormes limitaciones del proyecto democratizador de la Constitución de 1991, supuso un nuevo reto para el sistema judicial: revelar un complejo fenómeno de captura institucional frente al cual una verdad judicial procesal parece en principio limitada.

De otro lado, durante la última década asistimos a la implementación de un nuevo modelo de justicia orientado a la superación del conflicto: la justicia transicional. Por primera vez se intenta en el país un proceso de desmovilización colectiva bajo los estándares de verdad, justicia y reparación, en el cual el papel del sistema judicial adquiere una relevancia inusitada. Nunca como antes la justicia había tenido un papel tan determinante, no solo en la definición del éxito o fracaso de un proceso de esta naturaleza, sino también en su propia configuración. Como veremos, la intervención de las altas cortes en el proceso con los paramilitares resultó decisiva en el moldeamiento del marco jurídico. En sentido similar, los esfuerzos de restitución masiva de tierras implican un enorme reto para el sistema judicial, pues es este el encargado de darle trámite a las solicitudes y facilitar las condiciones jurídicas para revertir los efectos del despojo.

72. Según García-Villegas, Rodríguez y Uprimny, basados en el informe del Comité de Operaciones Gubernamentales del Congreso estadounidense, a pesar de que la Policía había efecutado más del 80% de la acción de antinarcóticos, solo recibía el 16% de esa ayuda. El resto se destinaba a las Fuerzas Militares, que, según sus propias declaraciones, lo utilizaron en buena medida para la lucha contra la guerrilla en áreas donde no producían cocaína. García-Villegas, Rodríguez y Uprimny, "Justicia, democracia y violencia en Colombia".

73. Uprimny señala que con el pretexto de la contundencia que el Estado requería para afrontar la guerra contra el narcotráfico se justificaron medidas tan peligrosas como aquellas que permitían a las autoridades con función de policía judicial retener e incomunicar por espacio de siete días hábiles a las personas sospechosas de infringir el Estatuto Antiterrorista o las disposiciones contra el tráfico de estupefacientes, lo cual facilitaba la vulneración de Derechos Humanos y la actividad represora de la protestas sociales. Estas detenciones podían extenderse a 27 días por razones procesales. Uprimny, "El 'laboratorio' colombiano", 391 y siguientes.

Desmovilización Bloque Catatumbo, 2004. Fotografía: Jesús Abad Colorado ©.

En atención a este contexto, en esta última sección se presentarán las líneas generales que definen la posición del aparato judicial en relación con las dinámicas de la guerra y de la paz en este periodo. Para tal efecto, en primer lugar se abordarán las transformaciones del sistema de justicia penal y su relación con los cambios de la justicia penal militar. Como vimos, antes de las reformas introducidas a finales de la década de los ochenta, el funcionamiento de la rama judicial queda pobremente comprendido si no se tiene en cuenta su lugar relativamente independiente pero tremendamente débil en un régimen político que promovió directa o indirectamente el protagonismo de los militares en cuestiones de orden público. En el entendido de que una de las motivaciones de la Asamblea Nacional Constituyente era poner fin al legado autoritario frentenacionalista expresado entre otras cosas en la centralidad de los militares y la subordinación de la justicia, se esperaría que las relaciones entre justicia penal ordinaria y justicia penal militar hubieran sido objeto de profundas transformaciones. Veremos entonces, a propósito de la creación y puesta en marcha de la Fiscalía General de la Nación y de las discusiones aún inacabadas en torno al fuero penal militar, si esa intuición elemental se cumple y en qué sentido.

En segundo lugar, se expondrán algunas tendencias generales en torno a la judicialización de los actores armados ilegales, identificando los giros de la jurisprudencia y las variaciones de la posición del aparato de justicia en relación con las propias dinámicas de transformación del conflicto. En tercer lugar se hará referencia a la puesta en marcha de la justicia transicional, a través del examen tanto del modelo de Justicia y Paz en cuanto sistema judicial penal especial de carácter transicional, como de los mecanismos de justicia transicional en materia civil orientados a la restitución de las tierras. En cuarto lugar, se describirá el papel desempeñado por la justicia al afrontar el fenómeno de la parapolítica y, finalmente, se cerrará con la presentación del Marco Jurídico para la Paz que deja sentadas las bases para la reconfiguración del incipiente modelo de justicia transicional en nuestro país.

3.3.1. Entre la modernización como arma contra la impunidad y el resurgimiento de la excepción: las transformaciones del sistema de justicia penal y de la jurisdicción penal militar

Una de las transformaciones más importantes introducida por la Constitución de 1991 fue la creación de la Fiscalía General de la Nación con el fin de promover la consolidación de un sistema penal que pusiera fin a la crisis de la justicia de los ochenta y comienzos de los noventa. Se trata de un órgano ambiguo, pues con el fin de salvaguardar la independencia investigativa del órgano instructor, en Colombia, a diferencia de otros países que cuentan con un sistema penal acusatorio, la Fiscalía hace parte de la rama judicial y no del Poder Ejecutivo, y el fiscal general es nombrado por la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el presidente de la República.[74] Igualmente, esta ambigüedad estaba presente en su diseño original, pues la Fiscalía, además de sus funciones en materia de investigación, tenía algunas de carácter judicial, como ordenar allanamientos, medidas cautelares, etc., sin solicitar la aprobación de un juez. Esta ambigüedad se despejó en gran medida con la reforma procesal penal del 2004, con la cual se puso en marcha un sistema penal acusatorio que separó estrictamente las funciones de instrucción y juzgamiento.[75]

La Fiscalía tiene pues, a su cargo, la tarea de abrir investigaciones en materia penal e instruirlas. Con ese fin, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, creado en 1987 y adscrito a la Dirección Nacional de Instrucción

74. La razón por la cual en otros países la Fiscalía hace parte del Ejecutivo y no de la rama judicial es que la separación institucional del órgano que instruye (el fiscal) y del órgano que juzga (el juez) garantiza la separación de las funciones de instrucción y las de juzgamiento. En el caso colombiano, habida cuenta de las tendencias a la instrumentalización de la justicia, de su subordinación a la justicia castrense ante perturbaciones al orden público y de una fuerte tradición presidencialista, se pensó que la mejor manera de garantizar la independencia del órgano instructor era crearlo dentro de la rama judicial, más o menos protegida por la independencia histórica de la justicia.

75. En la Ley 906 esas medidas tienen que ser aprobadas por un juez de garantías. Algunas de ellas, sin embargo, solo requieren aprobación después de haberse ordenado, con lo cual, aunque dentro de límites más estrechos, los fiscales siguen teniendo funciones judiciales.

Criminal, fue transformado en el Cuerpo Técnico de Investigaciones y adscrito a la Fiscalía General de la Nación. Por esta vía, se esperaba que la Fiscalía fortaleciera su capacidad investigativa y dejara de depender de la Fuerza Pública para practicar pruebas, pues esta dependencia muchas veces la condenó a la inacción en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos, a pesar de valerosos esfuerzos personales.

Una vez puesta en marcha, se crearon unidades temáticas dentro de la Fiscalía con el fin de superar la falta de especialización que había entre los jueces de instrucción. Una de las más importantes fue la Unidad de Derechos Humanos, creada en 1994, y que en parte fue una respuesta a las recomendaciones en materia de lucha contra la impunidad que se incluyeron en los informes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias y el Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias de las Naciones Unidas. Desde su creación, la Unidad ha sido objeto de inversión de recursos técnicos y financieros provenientes tanto de la cooperación internacional como del Estado colombiano. Tanto ha sido el afán por dotarla técnica y financieramente que, según testimonios recogidos en una investigación publicada en el 2005, era la Unidad *de mostrar* de la Fiscalía.[76] Esto, en todo caso, sin desconocer que la masividad de las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en Colombia ha desbordado con creces la capacidad investigativa de la unidad.

Tras seis años de funcionamiento, en el 2001, con Luis Camilo Osorio como fiscal general de la Nación, la estructura de la Unidad se descentralizó y se crearon entonces quince unidades regionales de apoyo. Las reformas introducidas por Osorio fueron duramente criticadas porque la descentralización no se vio acompañada por el fortalecimiento del programa de protección de testigos, víctimas, funcionarios e intervinientes en el proceso penal. Esto expuso a los operadores judiciales a la violencia de una guerra recrudecida[77]. Adicionalmente, la descentralización fue acompañada de la renovación de buena parte del personal de la unidad que había sido capacitado por programas financiados por cooperación internacional, y que fue removido por Osorio con el argumento de que hacía parte de una campaña internacional de desprestigio de las instituciones colombianas.[78] Sin embargo, varios de los funcionarios removidos tenían a su cargo investigaciones de casos en los que presuntamente había participación de miembros de la Fuerza Pública.

Esta, al parecer, indebida injerencia fue posible por la estructura misma de la Fiscalía, que ha sido objeto de duras críticas desde su nacimiento. En efecto, el hecho de que el presidente sea quien propone la terna de la que es elegido el Fiscal ha generado constantes sospechas, y a veces muy graves, sobre la independencia de dicho funcionario. Adicionalmente, dado que el fiscal general, y más aún después de la reforma introducida por el Acto Legislativo 3 del 2002, puede "no sólo asignar (y reasignar) discrecionalmente a sus funcionarios a los diferentes casos, sino también determinar la posición jurídica que estos deben asumir en ellos, la definición de todas las investigaciones penales puede depender del criterio del fiscal general".[79]

76. Danilo Rojas, *Balance crítico de la Unidad de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación* (Bogotá: Dejusticia, en proceso de publicación).

77. La falta de seguridad de los operadores judiciales es particularmente alarmante y permanente en todo el periodo de referencia, además de que configura uno de los principales mecanismos de impunidad en el contexto colombiano. Según datos contenidos en el informe del GMH sobre la masacre de La Rochela, los investigadores judiciales están más expuestos a la violencia contra operadores de justicia. En el caso de los paramilitares y del Ejército (los que en el informe sobre La Rochela son llamados "actores prosistémicos"), la violencia parece ejercerse selectivamente sobre los investigadores con el fin de evitar cualquier proceso. En el caso de los guerrilleros ("actores antisistémicos") —quienes hacen uso de una violencia menos selectiva y parecen castigar a la justicia en la medida en que es parte del Estado—, los investigadores también resultan ser los más afectados en la violencia contra operadores de justicia precisamente por la falta de protección con la que se enfrentan a zonas con graves problemas de orden público. Los narcotraficantes son la única y muy notable excepción a esta tendencia: su violencia tiende a concentrarse en jueces antes que en investigadores judiciales.

78. Rojas, *Balance crítico de la Unidad de Derechos Humanos*.

79. García, Rodríguez y Uprimny, *¿Justicia para todos?*, 287. A esto debe sumarse la ausencia de criterios claros para la distribución de expedientes entre unidades de la Fiscalía. Ese es un problema que aún hoy no se ha resuelto. Y es un problema porque la ausencia de criterios propiamente jurídicos en la materia abre la puerta para que intereses extraños (políticos o económicos) decidan sobre la asignación de casos.

Según los informes anuales de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos –OACNUDH, cuya apertura en Colombia coincide con la creación de la Unidad de Derechos Humanos –UDH, el desempeño de esta Unidad, muy dinámico en sus primeros años, ha enfrentado en algunos periodos problemas de independencia, de seguridad, de recursos y de intromisión de la jurisdicción penal militar.

En las masacres objeto de estudio por el GMH la investigación estuvo a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Entre estas se cuentan: las de la Paz y el Tigrito, corregimientos del municipio de Segovia, Antioquia, ocurridas el 22 de abril de 1996, así como la de Remedios, Antioquia, del 2 de agosto de 1997; la de El Tigre, inspección de Policía del Valle del Guamués en el bajo Putumayo, ocurrida el 9 de enero de 1999; la de El Salado, Carmen de Bolívar, ocurrida entre el 16 y el 21 de febrero del 2000; la de Bojayá, municipio de Bellavista, Chocó, ocurrida el 2 de mayo del 2002; y la de Bahía Portete, Guajira, ocurrida el 18 de abril del 2004. En el trabajo de la Fiscalía, y en particular de la Unidad de Derechos Humanos que debía ocuparse de todas estas masacres, es posible distinguir algunos elementos generales atinentes a su eficacia y a sus limitaciones. Por un lado, es notoria la mayor capacidad investigativa de la Fiscalía en comparación con la anterior dirección de Instrucción Criminal. La dependencia en relación con las pruebas testimoniales, por ejemplo, es menos marcada —aunque todavía preocupante— y la inclusión, aunque sea marginal, de categorías propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH ha permitido adelantar investigaciones más inteligentes sobre hechos cometidos por individuos pertenecientes a grupos armados en confrontación.[80]

Por otro lado, y a pesar de las mejorías notorias en materia investigativa, con la aparición y el funcionamiento permanente de la Fiscalía es particularmente evidente la ausencia de una política criminal coherente dentro del Estado colombiano. Los paliativos tradicionales a la ausencia de una política criminal, que consisten en reformas procesales a veces progresistas y otras veces reactivas y autoritarias, revelan en este periodo quizás más que en cualquier otro su radical ineficacia. Y es que, en efecto, como se ha mostrado en otros capítulos, el fortalecimiento de la capacidad investigativa del aparato judicial es contemporáneo de la más trágica degradación y masividad de la violencia asociada o no al conflicto armado interno colombiano.

A pesar de lo anterior, el actual fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, ha implementado algunos cambios en la Fiscalía que podrían ser entendidos como intentos por estructurar una política criminal coherente. En primer lugar, implementó una estrategia de priorización[81] de casos como nueva técnica de gestión de la investigación criminal, la cual pretende asignar un orden de atención a las noticias criminales que llegan a la Fiscalía de conformidad con unos criterios de priorización previamente establecidos. A pesar de los temores que genera en algunos sectores la implementación de un sistema de priorización —en particular porque consideran que podría impedir el acceso a la justicia a algunas víctimas del conflicto armado—, se trata de un esfuerzo que podría traer resultados valiosos en términos de eficacia en el uso de los recursos y que probablemente podría garantizar más el derecho de acceso a la administración de justicia que el actual sistema de asignación de prioridad *de facto* a casos particulares.

En segundo lugar, la Fiscalía también ha estado trabajando en la creación de una Unidad de Análisis y Contextos,[82] con la cual busca estudiar las características del contexto en que ocurren múltiples casos de criminalidad organizada y, a la vez, usar esa información para formular acciones concretas de persecución penal. Aunque por ahora no es del todo claro de qué manera llevará a cabo sus objetivos, las intuiciones sobre las que se estructura parecen acertadas. Será necesario que transcurran al

80. Sin desconocer, en todo caso, que aún hay importantes obstáculos tanto normativos como de formación de los operadores judiciales para hacer uso de categorías jurídicas que se adecúen mejor y sean más efectivas en la lucha contra el crimen organizado.

81. Esta estrategia fue adoptada por medio de la Directiva 0001 del 4 de octubre del 2012.

82. Esta unidad se creó a través de la Resolución 01820 del 4 de octubre de 2012, consultado el 4 de junio del 2013, http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/0-1810-12-1.pdf

menos unos meses antes de poder evaluar la pertinencia y los resultados de la política de priorización y de la Unidad de Análisis y Contextos.

Finalmente, la coordinación interna y con otras instituciones sigue siendo un problema mayor para el funcionamiento de la Fiscalía. La falta de coordinación entre sus unidades, entre las unidades y los cuerpos de investigación judicial, y las fallas en sus sistemas de información sigue restándole eficacia a sus investigaciones. También las relaciones con otras instituciones han resultado problemáticas. En particular, en una investigación reciente en proceso de publicación por el Centro de Estudios Dejusticia[83] se resaltan las difíciles relaciones con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, con algunas entidades encargadas de la atención a víctimas y, de manera prominente, con la Fuerza Pública. En efecto, para un buen número de fiscales entrevistados, uno de los principales obstáculos político-institucionales a su trabajo es el peso considerable de los militares en la dirección de las investigaciones y los riesgos que asume aquel que decide *meterse con ellos*.[84]

Esta última dificultad también está conectada en buena medida con la discusión en torno al fuero penal militar, y en particular con la resistencia de la Fuerza Pública a someterse a las reglas de restricción del fuero establecidas por la Corte Constitucional. Como veremos, esta resistencia se convirtió, en varios casos, en motivo de controversia procesal, lo cual terminó afectando la celeridad de las investigaciones en graves casos de violaciones a los Derechos Humanos. Este proceso culminó en la aprobación de la reforma constitucional del 2012 que amplió el fuero en contravía de las limitaciones establecidas a partir de la jurisprudencia constitucional.

El fuero militar, esto es, "el derecho de que gozan los miembros de la Fuerza Pública, por pertenecer a esta, de ser juzgados por un juez diverso al que ordinariamente tiene la competencia para el efecto"[85], ha sido una característica constante del sistema judicial colombiano, incluso desde antes de la Constitución de 1886. Su importancia para esta historia de la justicia de las dos últimas décadas y su relación con el conflicto, no solo reside en que fue consagrado casi de forma intacta en la Constitución de 1991, sino también en que en la historia reciente del país —es decir, la del periodo analizado— múltiples casos han evidenciado que el fuero penal militar está ligado de forma muy clara con graves violaciones a los Derechos Humanos.

Lo anterior se explica, entre otras razones, por las decisiones adoptadas por funcionarios judiciales encargados de resolver los conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la penal militar en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos que involucran a agentes del Estado. En particular, el problema se ha presentado al reconocerle competencia a los tribunales penales militares para que conozcan de los procesos penales contra miembros activos de la Fuerza Pública vinculados a hechos o graves conductas violatorias de los Derechos Humanos, pues en Colombia son muchos los antecedentes que apuntan a que la justicia penal militar carece de independencia frente al mando militar y, por su espíritu de cuerpo, no investiga con rigor esos hechos.[86]

83. Diana Guzmán, Miguel La Rota y Rodrigo Uprimny, *Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado* (Bogotá: Dejusticia, en proceso de publicación).

84. En una carta con fecha del 16 de marzo del 2009 dirigida a la fiscal seccional 216 del Distrito Judicial de Bogotá, el padre Javier Giraldo, S. J., reconocido defensor de Derechos Humanos, expone las razones que lo llevaron a verse impedido moralmente a participar en una diligencia judicial. Allí ilustra las formas que la Brigada XVII usó para torpedear cualquier esfuerzo judicial, que pasan por la producción de pruebas, la obstrucción a la consecución de nuevas pruebas, la fabricación de testimonios, la intimidación a operadores judiciales y a posibles testigos mediante "entrevistas" previas a los interrogatorios judiciales, etc. Dicho sea de paso, este documento es uno de los más ilustrativos y conmovedores sobre mecanismos de impunidad en relación con graves violaciones de Derechos Humanos en Colombia. Javier Giraldo, S. J., "Carta de objeción de Conciencia", consultado el 3 de junio del 2013, http://www.cinep.org.co/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=20&Itemid=79.

85. Sentencia C-399/95, Corte Constitucional de Colombia, consultado el 30 de mayo del 2013, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-399-95.htm

86. Pueden consultarse al respecto: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, *Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia* doc. 39v (14 de octubre 1993): 93, 237-238; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, "El sistema de la justicia penal militar", *Tercer informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia* doc. 9 (26 de febrero de 1999).

La problemática que se esboza aquí corresponde, en últimas, a un ejemplo más de cómo el conflicto armado afecta al sistema de justicia. Las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por agentes estatales —también en el marco del conflicto armado, e incluso a través de métodos similares a los que utilizan los grupos armados al margen de la ley—, junto con el aprovechamiento estratégico de la mayor favorabilidad del juzgamiento en sede militar, causan múltiples y serias afectaciones al sistema judicial. Algunas de las más evidentes son las siguientes: 1) el solo hecho de que agentes estatales actúen como victimarios saliéndose del marco de la legalidad de sus acciones repercute en la confianza de la sociedad en las autoridades estatales; 2) el aprovechamiento estratégico del fuero militar para evadir responsabilidades y ocultar la verdad respecto del daño causado a la sociedad estructura un sistema de impunidad dentro del mismo aparato estatal; 3) la utilización del fuero militar puede poner en duda las capacidades del sistema de justicia para hacer frente a fenómenos de graves violaciones a los Derechos Humanos, pues muchos de los casos en los que la justicia militar encubre la responsabilidad de los agentes estatales llegan al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en búsqueda de la justicia que el sistema judicial colombiano no les pudo ofrecer. Ejemplos de esto son: la Masacre de Mapiripán; el asesinato de 19 comerciantes del magdalena medio; los múltiples y sistemáticos homicidios en el puerto de Barrancabermeja entre 1981 y 1983; la desaparición de Nidia Erika Bautista de Arellana; el caso de Isidro Caballero Delgado, y el caso de las Palmeras.[87]

Sin embargo, las posibilidades de que los agentes de las Fuerzas Armadas usen estratégicamente la justicia penal militar están en parte determinadas por la manera en que el marco normativo procesal penal establece las características de funcionamiento del fuero militar. De este modo, las transformaciones entre los Códigos Penales Militares de 1956 (Decreto Ley 250), 1988 (Decreto 2550), 1999 (Ley 522) y 2010 (Ley 1407) han generado cambios en las posibilidades de sacar provecho de las ventajas del fuero penal. Así, las dos últimas consagraciones del concepto de fuero militar en Códigos Penales Militares señalaron, siguiendo los términos del Artículo 221 de la Constitutición de 1991, que "de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro". Esta definición por sí sola indica que el fuero solo opera de manera excepcional y restrictiva —y con él la justicia militar— en casos con las siguientes características: 1) que los procesados sean miembros en servicio activo de la Fuerza Pública (de las Fuerzas Militares o de la Policía); y 2) que el delito por el que se procesa a la persona esté relacionado con el servicio, y en ningún caso que se trate de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o contra el Derecho Internacional Humanitario.

Igualmente, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional han jugado un papel clave para acotar el alcance y las posibilidades de que los delitos cometidos por las Fuerzas Armadas sean juzgados por la justicia castrense. La Sentencia C-358 de 1997 representó un hito en este sentido, pues desarrolló las reglas básicas para determinar quién tiene las competencias de investigación y juzgamiento en cada caso, si la justicia ordinaria o la penal militar. En resumen, esta sentencia señaló que son de competencia de la jurisdicción penal militar los casos que cumplan los siguientes tres requisitos: 1) que el delito haya surgido como una extralimitación o abuso de poder del agente militar o policial en el contexto explícito de una actividad relacionada con la función constitucionalmente establecida para los miembros de la Fuerza Pública; 2) que no se trate de un delito de inusitada gravedad, como por ejemplo uno de lesa humanidad, pues en esos casos se entiende como roto el nexo entre la conducta del agente y el acto de servicio; y 3) que la relación del delito con el acto de servicio surja de forma clara, nítida y diáfana de las pruebas del proceso, y que en caso de existir cualquier duda en cuanto a la jurisdicción competente para conocerlo, siempre se optará por la ordinaria, pues se entiende que la justicia penal militar es una excepción constitucional al principio del juez natural general.

87. Todos estos casos han sido objeto de sentencias condenatorias contra el Estado colombiano en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, frente al caso de la masacre de Mapiripán, la jurisprudencia[88] hizo otro desarrollo importante al precisar, en relación con la naturaleza del acto de servicio, que este podía ser tanto una acción como una omisión. Es importante recordar cómo ocurrió esta masacre para entender el origen de esta regla. Entre los días 15 y 20 de julio de 1997 llegó al municipio de Mapiripán, en el Meta, un grupo de hombres armados portando prendas de las Fuerzas Militares. Este grupo de hombres pertenecía a las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, entonces comandadas por el jefe paramilitar Carlos Castaño. Estos hombres tomaron control del municipio de Mapiripán y retuvieron, torturaron y asesinaron a 49 personas, a quienes luego descuartizaron y arrojaron al río Guaviare. Posteriormente, se evidenció que dos miembros de la Fuerza Pública (el brigadier general Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y el teniente coronel Hernán Orozco Castro) habían optado por no prestar auxilio a la población, pese a que, como representantes del Estado y garantes de la seguridad, contaban con competencia material, funcional y territorial sobre la zona. Ambos oficiales habían sido informados oportunamente de la ocurrencia de estos hechos, pero se negaron a intervenir. Por esta razón, la Corte determinó que los agentes habían incurrido en omisión grave. Con base en esos hallazgos, la Corte señaló que, en ciertas situaciones —como en el caso de Mapiripán—, la omisión de la Fuerza Pública podía ser entendida como un acto cometido por fuera del servicio.[89]

Por medio de las Sentencias C-358 de 1997 y SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional realizó una importante labor de acotación del alcance del fuero militar. Esta acción, a su vez, constituye una respuesta del aparato de justicia originada en una de las altas cortes, con el objetivo de enfrentar las complejidades del conflicto colombiano y evitar que casos como el de Mapiripán queden en la impunidad. Estas sentencias constituyeron un hito importante en materia de interpretación del alcance del fuero militar, y tuvieron efectividad por un tiempo. Sin embargo, como se explicará más adelante, un cambio constitucional realizado en el año 2012 anuló muchas de las acotaciones que se habían hecho al uso del fuero militar y, por el contrario, amplió su ámbito de aplicación.

La definición de la jurisdicción con competencia para adelantar las investigaciones criminales de muchos de los casos que involucran a miembros de la Fuerza Pública, en especial a los más poderosos, dista de ser unánime. Uno de los ejemplos más claros de las tensiones que surgen por la definición de competencias es el caso del proceso adelantado en contra del coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega. La Fiscalía General de la Nación inició un proceso penal en el año 2005 por la responsabilidad de Plazas Vega en la desaparición de once personas en la retoma del Palacio de Justicia en el año 1985. El enjuiciamiento de un militar del rango de Plazas generó conmoción entre los sectores más conservadores y entre los mismos militares. A pesar de que resultaba relativamente claro que el caso debía ser tramitado ante la justicia ordinaria (esto porque se trataba de un delito de inusitada gravedad y, en todo caso, porque el proceso ya se encontraba en la justicia ordinaria), el juez Primero de División del Ejército, mayor (r) Mauricio Cujar Gutiérrez, insistió en promover la colisión de competencias. Más tarde, en febrero de 2012, la Fiscalía inició un proceso por prevaricato al juez mayor (r) Cujar, por su insistencia en avocar competencia sobre el caso.[90]

88. Sentencia SU-1184/01, Corte Constitucional de Colombia, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, consultado el 30 de mayo del 2013, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm

89. De manera más concreta, en la Sentencia SU-1184 la Corte Constitucional señaló que se entendía que una omisión no tenía relación con el servicio en los siguientes casos: 1) cuando la omisión se produce en el contexto de una operación que desde el comienzo buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta Fundamental; 2) cuando surge dentro de una operación iniciada legítimamente, pero que en su desarrollo presenta una desviación esencial del curso de la actividad; 3) cuando no se impiden las graves violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, como cuando un miembro de la Fuerza Pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil no evita la producción del resultado. Precisó la Corte que en estos casos siempre resulta necesario que el funcionario en posición de garante tenga el deber concreto de evitar los resultados de vulneración a los derechos fundamentales.

90. "Acusan a juez militar que reclamó proceso contra coronel Plazas Vega", *El Espectador*, febrero 22 del 2012, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-328047-acusan-juez-militar-reclamo-proceso-contra-coronel-plazas-vega. El 25 de abril del 2013, una Sala de Decisión del Tribunal Superior de

Otro ejemplo en el que se presentaron múltiples discusiones fue en el de los casos de ejecuciones extrajudiciales, conocido como el escándalo de los *falsos positivos*. A comienzos del 2006 el relator de la ONU para las ejecuciones extrajudiciales, Philip Alston, junto con la Alcaldía de Medellín, la Gobernación de Antioquia, la Fiscalía General de la Nación y otros organismos del Estado colombiano denunciaron que la IV Brigada del Ejército de Colombia había presentado los cadáveres de cerca de 30 civiles como guerrilleros dados de baja en enfrentamientos en distintos municipios del departamento de Antioquia.[91] A partir de esa noticia, los medios de comunicación continuaron mostrando con alguna frecuencia casos de civiles dados de baja y presentados como insurgentes abatidos en combate.

Una de las primeras opiniones que empezó a circular entre la población colombiana establecía que, pese a lo lamentable de la situación, podía tratarse de casos aislados. Algunos lo calificaron como el trabajo de "manzanas podridas" dentro del Ejército. Sin embargo, desde el comienzo se advirtió que la situación podría ser el resultado de la presión ejercida sobre los militares durante el Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez para que presentaran resultados o "positivos" en la lucha contra la guerrilla. También se hizo evidente la falta de control institucional, pues en los casos en los que el Ejército había tenido conocimiento de casos de ejecuciones extrajudiciales, las investigaciones disciplinarias iniciadas habían terminado por "falta de mérito" para continuarlas.[92]

El caso que tal vez impresionó con mayor fuerza al país fue el de 23 jóvenes[93] de zonas marginales de la ciudad de Bogotá y del municipio de Soacha que, en el año 2008, fueron presentados como insurgentes dados de baja en combates realizados en el departamento de Norte de Santander. De acuerdo con la revista *Semana*, se trató de jóvenes entre los 17 y 32 años de edad, que "casi todos eran desempleados o trabajaban en oficios como construcción y mecánica y, según la Defensoría del Pueblo, algunos tenían antecedentes como consumidores de drogas. Eran, en general, muchachos humildes que vivían en la marginalidad de Ciudad Bolívar, Altos de Cazucá, y Bosa"[94].

El entonces presidente Álvaro Uribe insistió en que, a pesar de la masividad de las ejecuciones extrajudiciales, se trataba de casos aislados que no podían ser entendidos como una política de las Fuerzas Armadas. Por su parte, las organizaciones de Derechos Humanos se empeñaron en demostrar que las ejecuciones extrajudiciales podrían ser el resultado de una política sistemática y generalizada del Ejército, que se habría originado en una directiva interna de incentivos y premios dados a los militares por bajas en combate.[95]

Bogotá condenó al mayor (r) Mauricio Cujar por prevaricato activo en este caso. Véase: Sentencia de 25 de abril de 2013, Radicado 110016000092 2009 00037 00, Tribunal Superior de Bogotá.

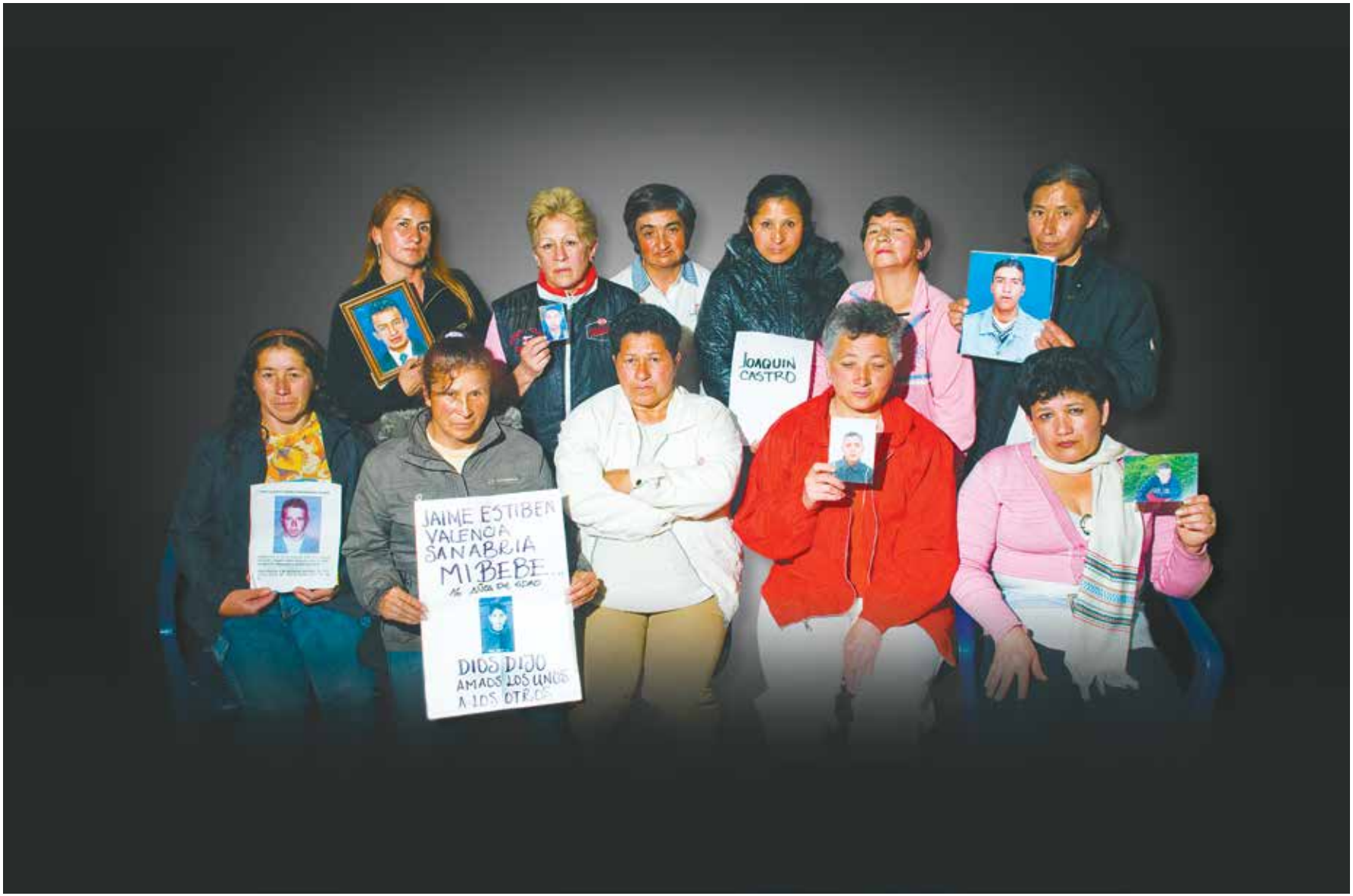
91. De acuerdo con el informe del relator de las Naciones Unidas, en los casos conocidos de falsos positivos se presentó un patrón común: "las víctimas reciben promesas de trabajo, aparentemente legales o incluso ilegales, para trasladarse a municipios y departamentos distintos a sus lugares de residencia. En la mayoría de los casos, uno o dos días después de haber sido vistos con vida por última vez por sus familiares, resultan reportados como muertos dados de baja en combate". Véase: "La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos urge coordinar esfuerzos y liderazgos para esclarecer y poner fin a las prácticas de presuntas ejecuciones extrajudiciales", *Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com_content&view=article&id=795:blank&catid=45:2008&Itemid=68

92. "Pecados de guerra", *Revista Semana*, 13 de mayo del 2006, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.semana.com/nacion/pecados-guerra/94547-3.aspx

93. "Ya son 46 los jóvenes desaparecidos que fueron reportados como muertos en combate", *Revista Semana*, 26 de septiembre del 2008, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.semana.com/conflicto-armado/46-jovenes-desaparecidos-fueron-reportados-como-muertos-combate/115921-3.aspx

94. "¿Falsos positivos mortales?", *Revista Semana*, 27 de septiembre del 2008, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.semana.com/nacion/falsos-positivos-mortales/115958-3.aspx

95. Para un análisis de la directiva mencionada véase: "¿Tuvo que ver la directiva sobre recompensas del ex ministro Ospina con los falsos positivos? Vea el documento completo", *La Silla Vacía*, 9 de junio del 2009, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.lasillavacia.com/historia/2357



Madres de Soacha. Fotografía: cortesía El Espectador ©.

El temor del Gobierno frente al eventual éxito de esta teoría era que esta podría abrir las puertas a la idea de que los "falsos positivos" constituían un crimen de lesa humanidad y que, en esa medida, podría activar la posibilidad de que la Corte Penal Internacional actuara en el país. Quizá con el ánimo de evitar la presencia de la CPI, el Gobierno impulsó la realización de al menos dos purgas de altos mandos del Ejército que resultaron en la destitución de 42 militares entre julio del 2006 y octubre del 2008, además de la iniciación de cientos de procesos judiciales.[96] En varios de estos procesos, especialmente en aquellos que tenían como procesado a un militar de alto rango, se presentaron conflictos de competencia. Esta constante se dio porque los abogados de la defensa insistieron en que estos casos debían ser conocidos por la justicia penal militar y no por la Fiscalía General de la Nación.

Si bien los tribunales que conocieron los conflictos de competencias terminaron por negar estas pretensiones de la defensa, la sola invocación del conflicto de competencia supuso retrasos en el trámite de los casos, a tal punto que a pesar de que la mayoría de investigaciones empezaron desde el año 2008, muchas de ellas siguen en curso a la fecha de redacción de este informe, y un número significativo de los miembros de la Fuerza Pública procesados que habían sido privados de la libertad en virtud de la imposición de medidas de aseguramiento tuvieron que ser liberados por vencimiento de términos.

Bajo estas condiciones, en 2012 se inició en el Congreso el trámite de un proyecto de acto legislativo[97] que pretendía ampliar el fuero penal militar hasta el punto de casi convertir en regla que el juzgamiento penal de la Fuerza Pública lo llevara a cabo la justicia castrense. Múltiples organismos nacionales e internacionales de Derechos Humanos señalaron que la reforma constitucional resultaba innecesaria de cara a las dificultades que decía querer superar, y que además era inaceptable en términos de la afectación a los Derechos Humanos. Pese a todo, la reforma fue finalmente aprobada por el Congreso de la República el 11 de diciembre del 2012. Como resultado de la reforma, se revirtieron las condiciones que tan cuidadosamente se había encargado de construir la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, de tal suerte que ahora todos los delitos que presuntamente hayan cometido los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo son conocidos por la justicia militar, salvo los consagrados en una lista taxativa de siete delitos, que siempre serán conocidos por los jueces ordinarios: los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, la violencia sexual, la tortura y el desplazamiento forzado. Además del hecho de que la lista es incompleta, pues graves violaciones como la toma de rehenes no son consideradas, y de que tiene problemas de técnica jurídica, pues en el ordenamiento jurídico colombiano la ejecución extrajudicial no está tipificada y eso podría implicar que investigaciones como las de los "falsos positivos" terminen en la justicia penal militar, la reforma establece que toda infracción al DIH, salvo los siete delitos de la lista, será conocida por la justicia militar.

En la práctica, lo anterior significa que en los casos de aparentes abusos militares será la justicia militar la primera en llegar al lugar de los hechos y hacer las primeras indagaciones, y será además la encargada de determinar si se trata de un delito de su competencia o de la justicia ordinaria. Incluso en aquellos casos en los que, una vez hechas las primeras indagaciones por la justicia militar, parezca evidente que se trata de uno de los delitos de la lista, la Fiscalía no puede emprender investigación de manera oficiosa, sino que entrará a operar la Comisión Técnica de Coordinación, que incluye a representantes de la justicia militar, para establecer las competencias. Y aun si la Comisión decide que el caso le compete a la justicia ordinaria, el procesado podría todavía acudir al Tribunal de Garantías Penales creado por la misma reforma. Cabe anotar que la mitad de los miembros de este tribunal son militares o policías retirados. Las sospechas que ha levantado esta reforma, en un país donde

96. Para más información sobre las purgas véanse: "Purga en el Ejército", *Revista Semana*, 6 de julio del 2006, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.semana.com/on-line/purga-ejercito/95707-3.aspx "Purga militar, mensaje a 760 investigados", *El Tiempo*, 30 de octubre del 2008, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3164560

97. El acto legislativo que reformó la Constitución en lo que respecta al fuero penal fue el Acto Legislativo Número 16 del 2012 Senado, 192 del 2012 Cámara "Por el cual se reforman los Artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia".

la justicia castrense ha sido históricamente renuente a operar de manera independiente y veraz, están plenamente justificadas.

3.3.2. Tendencias en la judicialización de los grupos armados ilegales

Las dos últimas décadas constituyen un periodo de rupturas y continuidades en el tratamiento judicial de los actores armados ilegales. Históricamente han existido dos grandes diferencias en la judicialización de guerrilleros y paramilitares. La primera es que, desde sus orígenes, los primeros han sido enemigos del Estado, y en consecuencia han sido tratados como tales. Por esta razón, el derecho penal también ha sido instrumentalizado como medio de lucha contra ellos. No ha sucedido siempre así en el caso de los paramilitares, en virtud de su ambigua relación con el Estado. La segunda diferencia es que, a pesar de la instrumentalización de un cierto tipo de derecho penal del enemigo, a los guerrilleros se les ha reconocido la condición especial de delincuentes políticos, al paso que esta ha sido negada en el ámbito judicial a los paramilitares.

Sin embargo, durante las dos últimas décadas, el delito político ha perdido cada vez más su fuerza como categoría especial para encuadrar la conducta de los alzados en armas contra el Estado. Las fronteras jurídicas entre el trato judicial dado a guerrilleros y paramilitares han tendido a debilitarse, pese a que en varios momentos del pasado habían sido más rígidas.[98] Aunque menguado y reducido, y a despecho de los intentos por desterrarlo del ordenamiento jurídico,[99] el delito político se resiste a desaparecer. La fuerza de permanencia de esta figura se debe, entre otras, a la inercia de la línea jurisprudencial que identifica la pertenencia a las organizaciones guerrilleras con el delito político de rebelión; a un cierto apego a la tradición liberal que justifica el trato especial al rebelde; y sobre todo, a la conciencia de su utilidad frente a eventuales procesos de paz.

El cambio fundamental en cuanto al alcance y la fuerza del delito político se dio en 1997 con ocasión de una sentencia de la Corte Constitucional que suprimió la subsunción en la rebelión de los delitos comunes cometidos por los guerrilleros en combate.[100] Antes de 1997, si en medio de un combate con la guerrilla morían soldados por cuenta del intercambio de balas, los guerrilleros no podían ser condenados por estos homicidios, pues los delitos conexos con la rebelión cometidos al fragor de la confrontación armada no eran punibles a menos de que se tratara de "actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Después del fallo de la Corte, los homicidios cometidos en combate en contra de miembros de la Fuerza Pública pasaron a ser sancionados como homicidios agravados, con una pena que, al momento de redactar este informe, va de 33 a 50 años de prisión.[101] De este modo, se desestructuró la noción de delito político tal y como había sido entendida en la tradición jurídica colombiana, y se puso fin al benigno tratamiento punitivo de los guerrilleros combatientes.

Sin embargo, a pesar del fallo de la Corte, en algo se mantiene el delito político. No solo las medidas de trato especial para delincuentes políticos siguen vigentes en la Constitución, sino que el Código Penal aprobado en el año 2000 conservó los delitos políticos por excelencia: la rebelión,

98. En relación con las tendencias de judicialización de las guerrillas en las dos últimas décadas ver: Luz María Sánchez, "Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz" (Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 2011), consultado el 15 de junio del 2013, http://www.bdigital.unal.edu.co/8161/

99. Un punto importante de la agenda de la política de seguridad democrática abanderada por los Gobiernos sucesivos de Álvaro Uribe fue suprimir la figura del delito político. En el 2005, el Gobierno manifestó su intención de presentar un proyecto de reforma constitucional para eliminar el tratamiento especial que otorga la Constitución en materia de concesión de amnistías e indultos, extradición y acceso a cargos públicos a quienes hayan sido condenados por delitos políticos. Sin embargo, la propuesta finalmente no fue presentada, en parte por una reacción pública desfavorable que veía en esta un retroceso en torno a valores democrático-liberales o un cierre a las posibilidades de una salida negociada al conflicto, pero fundamentalmente por la propia inconsistencia del Gobierno, que por un lado acudía a la figura del delito político para viabilizar la desmovilización de los paramilitares, y por otro lado abjuraba de ella y abogaba por su eliminación.

100. Véase: Sentencia C-456/97, Corte Constitucional de Colombia, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-456-97.htm

101. Esta es la pena para conductas cometidas con posterioridad al 1º de enero del 2005. Para hechos anteriores, la pena es de 25 a 40 años de prisión.

la sedición y la asonada. El Código incluyó además las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que en cierto sentido hacen eco de la tradición de uso del derecho de guerra como marco para judicializar la violencia asociada al conflicto. No obstante, este no es el único enfoque posible en el Código Penal para la judicialización del conflicto. La valoración de los jueces y la propia dinámica del conflicto armado inciden en la criminalización de las conductas cometidas por los guerrilleros; así, la violencia puede ser entendida como una cuestión de seguridad pública que se juzga a partir de los delitos asociados a la criminalidad organizada —por ejemplo, el concierto para delinquir— y al terrorismo.

En virtud del progresivo debilitamiento del delito político, en general los jueces de instancia han tendido a privilegiar este último enfoque, mientras que la Corte Suprema de Justicia ha oscilado entre los dos que se encuentran condensados en el Código Penal. En el caso de los jueces de instancia, existe la tendencia a equiparar todo acto de violencia cometido por los actores del conflicto armado como un acto terrorista. El Tribunal Superior de Bogotá, por ejemplo, condenó a una guerrillera de las FARC por el delito de homicidio agravado con fines terroristas, con ocasión de su participación en mayo del 2000 en un combate con el Ejército que se dio luego de un encuentro fortuito en una carretera en el que resultaron muertos un soldado y diez guerrilleros. La decisión de la Corte Suprema de revocar la sentencia del Tribunal de Bogotá ejemplifica, por el contrario, el primer enfoque. Según la Corte, a la luz del DIH, "en estricto sentido, los conceptos de combate y terrorismo necesariamente se excluyen"[102], pues el combate es un enfrentamiento militar entre personas que participan directamente en las hostilidades, al paso que los actos terroristas son actos que por definición se cometen en contra de la población civil. De conformidad con la Corte, un acto militar que respete el principio de distinción del DIH no puede calificarse como un acto terrorista.

La Corte Suprema de Justicia ha contenido entonces la tendencia a judicializar todos los actos de las guerrillas bajo la lógica de la lucha antiterrorista, y ha conservado la vigencia de categorías propias del DIH como marco de referencia. De esta forma, la Corte ha permitido la pervivencia de la noción de conflicto armado como categoría jurídica relevante, con el objetivo de encuadrar el contexto de violencia política en Colombia. Así, ha conservado también un lugar en el derecho para la figura del combatiente-rebelde.

Pero de otro lado, la Corte también ha dado pasos en la dirección del debilitamiento del delito político y de la tendencia a caracterizar a los grupos guerrilleros como asociaciones criminales comunes que atentan contra la seguridad pública, más que como organizaciones subversivas que pretenden la transformación del Estado. Esta tendencia ya se evidenciaba con claridad en algunas instancias judiciales de menor jerarquía, pero la Corte Suprema había mantenido una línea jurisprudencial que ponía cortapisas a esta disolución del delito político en el crimen común. Hasta el 2010, la Corte había mantenido un criterio de distinción entre el delito político de rebelión, utilizado para juzgar a miembros de las guerrillas, y el delito común de concierto para delinquir, que es bajo el cual usualmente se ha encuadrado la pertenencia a las organizaciones paramilitares. Según la Corte, la rebelión y el concierto para delinquir se excluían entre sí, pues mientras en el primer caso los autores perseguían fines sociales, en el segundo los móviles de los autores eran meramente individuales.[103] Esto, por supuesto, no significaba que a los miembros de las guerrillas no se les juzgara por la comisión de delitos comunes; el alcance de la tesis era que la pertenencia a una organización subversiva no puede ser catalogada simultáneamente como delito político y como delito común, sino exclusivamente como rebelión.

La distinción es importante, pues con base en ella la Corte negó el tratamiento de los paramilitares como delincuentes políticos en el año 2007. De este modo, impidió que les concedieran beneficios de amnistía e indulto en el contexto del proceso de desmovilización colectiva que tuvo

102. Véase: Auto del 15 de febrero de 2006, Radicado 21330, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, magistrado ponente Édgar Lombana Trujillo.

103. Véase: Auto del 23 de octubre de 1990, Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz.

lugar durante el Gobierno de Álvaro Uribe.[104] Si bien con esta decisión la Corte acentuó la demarcación entre guerrilleros y paramilitares al reservar la categoría de delincuentes políticos para los primeros, en el año 2010 la Corte parece haber dado un paso en la dirección contraria. En instancia de casación llegó a la Corte el caso de un guerrillero que había sido condenado por los delitos de concierto para delinquir agravado con fines terroristas y rebelión.[105] Apartándose de su jurisprudencia anterior, según la cual el criterio para definir el asunto era si el guerrillero había realizado conductas delictivas al margen de las directrices del grupo subversivo, en este caso la Corte sostuvo que "el delito de rebelión puede concursar con el de concierto para delinquir, en la medida en que tengan lugar ciertas circunstancias capaces de escindir la asociación criminal propia de la confrontación armada con el Estado, con la agrupación inherente al referido punible contra la seguridad pública". Tales circunstancias, sin embargo, no tenían que ver con la inscripción de las conductas en la estrategia de la organización guerrillera, sino con la naturaleza misma de las conductas.

Si se contrasta lo que ha sucedido con esta línea de la Corte en materia de concierto para delinquir y rebelión, con lo que ha sucedido en materia de DIH y terrorismo, la conclusión es paradójica. Por un lado, la Corte ha mantenido nociones centrales del DIH como las de combatiente y población civil, y ha refinado su análisis a partir de ellas con el propósito de definir con mayor precisión los elementos necesarios para calificar un acto como terrorista. Todo esto contribuye a mantener una relativa vigencia de la figura jurídica del combatiente rebelde. Sin embargo, por otro lado, la Corte ha abierto una pendiente resbaladiza hacia la disolución del delito político en el delito común.

104. Véase: Radicado N.º 26945 (11 de julio del 2007), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, magistrados ponentes Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, consultado el 31 de mayo del 2013 http://www.citpaxobservatorio.org/archivos_jurisprudencial/26945.pdf

105.Radicado N.º 34482 (24 de noviembre de 2010), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos.

3.3.2.1. ¿Qué ha pasado entre tanto con el juzgamiento de los paramilitares?

La judicialización de paramilitares ha enfrentado una gran cantidad de dificultades y se ha moldeado de diferentes maneras. Ello se debe a que en distintos periodos se ha reconocido o no el carácter legal o ilegal de estos grupos, así como su naturaleza legítima o ilegítima. A su vez, estos cambios de estatus han producido efectos sobre la manera como los distintos actores enfrentan el fenómeno paramilitar; desde los militares y el Gobierno hasta la rama judicial, que bajo las presiones de las víctimas de crímenes cometidos por estos grupos se ha visto enfrentada a diversos retos para judicializarlos.

Ya se ha visto que el origen del paramilitarismo está vinculado con el marco normativo expedido en la década del sesenta, por el que se crearon los llamados grupos de autodefensa.[106] Además de la autorización dada a los civiles para portar armas de uso privativo de la Fuerza Pública, contribuyó a la conformación de estos grupos el impulso de las Fuerzas Militares a dicho proceso. Varias resoluciones internas de las Fuerzas Militares demuestran que la formación militar de la población civil para el ejercicio de labores de contrainsurgencia era uno de los objetivos del accionar militar.[107]

106. Véase el capítulo 2 de este mismo informe.

107. Según señala el padre Javier Giraldo, "La Resolución 005 del 9 de abril de 1969, en su N.º 183 orienta a 'organizar en forma militar a la población civil, para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate'. Más adelante, la misma Resolución establece la conformación de 'Juntas de Autodefensa'; estas son 'una organización de tipo militar que se hace con personal civil seleccionado de la zona de combate, que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos de guerrilleros que aparecen en el área o para operar en coordinación con tropas en acciones de combate'. Dichas Juntas de Autodefensa también serán utilizadas para 'prevenir la formación de grupos armados'. La conformación, entrenamiento y dotación de armamento están allí considerados. A dicha Resolución siguieron muchas otras que fueron promulgando reglamentos de combate de contraguerrilla, donde se daba por sentado, como objetivo de las tropas, la conformación de grupos de civiles armados y se impartían orientaciones para promoverlos (Cfr. Manual de Contraguerrillas de 1979; Manual de Combate contra Bandoleros o Guerrilleros -Resol. 0014 del 25 de junio de

En este contexto, las "juntas de autodefensa"[108] fueron inicialmente consideradas por algunos sectores como una estrategia legal y legítima contra la insurgencia.[109]

A pesar de que desde comienzos de los años ochenta existían evidencias de los crímenes cometidos por los grupos de autodefensa y de los apoyos financieros, políticos y militares que tenían, la gran mayoría de estos hechos quedaron en la impunidad. Al menos dos factores ayudan a explicar por qué. En primer lugar, los grupos paramilitares recibían apoyo de actores poderosos, no solo privados, sino incluso de algunos funcionarios del Gobierno que abiertamente reconocieron cierta simpatía por su acción. Estos actores interpretaron el paramilitarismo como una justa manifestación del derecho de legítima defensa. Segundo, porque para ese momento todavía era difícil llegar a un acuerdo acerca de lo que era el fenómeno paramilitar. La comunidad defensora de los Derechos Humanos —nacional e internacional— y los movimientos de oposición entendieron la existencia y actuaciones de los paramilitares en el marco de una guerra sucia motivada por los mandos militares como parte de un plan de exterminio de la insurgencia y la oposición. El Gobierno, en cambio, acusó a fuerzas oscuras —que involucrarían a agentes del Estado insubordinados, pero que diluían en su oscuridad las más altas responsabilidades sobre lo que estaba pasando— como responsables de la violencia. La falta de claridad en la comprensión del paramilitarismo fue uno de los factores que impidió diseñar políticas que contuvieran su expansión.

En 1989 el presidente Virgilio Barco expidió cuatro decretos para enfrentar el fenómeno paramilitar,[110] luego de reconocer que grupos de justicia privada, cuyas relaciones con el narcotráfico eran cada vez más evidentes, estaban perturbando el orden público bajo el amparo del marco legal que había permitido su creación. En ellos 1) prohibió la participación de civiles en operaciones militares; 2) penalizó la promoción, financiamiento o adhesión a grupos de "autodefensa"; 3) creó un Comité Antisicarial para coordinar los esfuerzos del Estado contra el paramilitarismo, y 4) suspendió las normas consideradas como el fundamento legal de la creación de los grupos de autodefensa y paramilitarismo. En mayo de ese año, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el parágrafo 3º del Artículo 33 del Decreto 3398 de 1965, pues consideró que violaba el Artículo 48 de la Constitución de 1886, según el cual únicamente el Gobierno podía introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Y aunque declaró constitucional el Artículo 25 del mismo decreto, en el que se establecía la posibilidad de crear juntas de autodefensa, aclaró que la interpretación de esta norma no debía llevar a concluir que existía una autorización legal para organizar grupos civiles armados que pretendieran sustituir la acción legítima de los organismos de seguridad del Estado en el restablecimiento del orden público. A pesar de los esfuerzos del presidente Barco, no hubo resultados que afectaran el avance del paramilitarismo, pues el Comité Antisicarial nunca se conformó, ni hubo un claro compromiso de las Fuerzas Armadas para ayudar a desarticular esas organizaciones armadas ilegales.[111]

Las pugnas dentro del Estado por la posición frente al paramilitarismo también incidieron en la respuesta del Gobierno de César Gaviria a este fenómeno, primero en el contexto de la Asamblea Nacional Constituyente y luego en los primeros pasos de su puesta en marcha. Aunque esta administración hizo un esfuerzo importante por definir una Estrategia

1982, EJC-3-101/82; Reglamento de Combate de Contraguerrillas -EJC-3-10/87)". "El paramilitarismo, una política de Estado que devora al país", consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article76

108. El *Reglamento de combate de contraguerrillas* (producido por el Comando General de las Fuerzas Militares y publicado el 9 de abril de 1969), define las "juntas de autodefensa" como grupos de civiles armados y entrenados por las fuerzas militares regulares con el fin de participar en labores de contrainsurgencia.

109. Jacobo Grajales, "El proceso de desmovilización de los paramilitares en Colombia: entre lo político y lo judicial", *Desafíos* 23 2 (2011): 158.

110. Decretos 813, 814, 815 y 1194 de 1989.

111. Véase Daniel García-Peña, "La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar: por el esclarecimiento histórico", *Análisis político* 18 53 (2004): 63, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052005000100004&lng=es&nrm= ; y Grajales, "El proceso de desmovilización de los paramilitares", 162-163.

Integral contra la Violencia que reconoció algunos de los elementos característicos del paramilitarismo, en términos prácticos, siguió entendiendo el fenómeno como parte del narcoterrorismo. A partir del reconocimiento de la continuidad del ejercicio de autodefensa de los grupos que quedaron en la clandestinidad tras el desmonte normativo hecho por Virgilio Barco en 1989, la administración Gaviria creó los "servicios especiales de vigilancia y seguridad privada"[112], bautizados luego como Convivir[113]. Según explicó entonces el Gobierno, estos servicios buscaban frenar el aumento del paramilitarismo con la oferta de una alternativa legal y vigilada por el Estado.

Los temores expresados por varios de los ministros, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y la Consejería de Derechos Humanos frente a la creación de las Convivir resultaron fundados, pues estas no solo se extendieron rápidamente, sino que algunas de ellas terminaron involucradas en el paramilitarismo. A ello contribuyeron tres hechos: 1) la imposibilidad del Gobierno de dirigir y controlar las Convivir, en parte por los desacuerdos dentro de este; 2) la idea de la ineficiencia de las Fuerza Armadas, que se había popularizado a partir del recrudecimiento de los ataques guerrilleros; y 3) la disponibilidad de armas de uso privativo de la Fuerza Pública para los civiles, ya desde 1993, con la expedición del Decreto 2535 de ese año.[114] Más tarde, dos disposiciones de la Corte Constitucional frenarían el avance de las bases legales del paramilitarismo: la Sentencia C-296 de 1995, que declaró inconstitucional la posibilidad de autorización para conformar grupos de Fuerza Pública distintos a las Fuerzas Militares y a la Policía; y la Sentencia C-572 de 1997, por la cual declaró constitucional la existencia de las Convivir, pero limitó elementos importantes, como el tipo de arma que podían usar sus miembros —que no podía ser de tipo privativo de la Fuerza Pública—, que el control que sobre ella ejerciera la Superintendencia de Vigilancia tenía que ser obligatorio, y que no estaban autorizadas para usar técnicas y procedimientos diferentes a los permitidos para otros servicios de vigilancia y seguridad privada.

Durante el Gobierno de Ernesto Samper se adoptaron algunas medidas para adelantar la judicialización de los paramilitares, se avanzó en la definición de su tratamiento jurídico y se empezó a entender como necesario el análisis de la relación de estos actores con la política de paz.[115] Para impulsar la judicialización de paramilitares, esta administración creó el Bloque de Búsqueda de los Grupos de Justicia Privada mediante el Decreto 2895 de 1997. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, con Alfonso Gómez Méndez a la cabeza, presentó la captura del esmeraldero Víctor Carranza como uno de los mayores éxitos del Estado en su embrionaria lucha contra el paramilitarismo. Sin embargo, el Bloque de Búsqueda no llegó nunca a conformarse y a Carranza finalmente lo dejaron en libertad por vencimiento de términos.[116] En relación con el tratamiento jurídico a los paramilitares, durante el Gobierno de Samper se expidieron las Leyes 241 de 1995 y 418 de 1997, que crearon la posibilidad de reinserción para los paramilitares, y autorizaron al Gobierno para otorgarles estatus político, con lo cual se extendía esta figura más allá de las agrupaciones guerrilleras y milicias populares. La exploración de alternativas relacionadas con un eventual proceso de paz también reflejó un mayor grado de reconocimiento de los paramilitares como actores en el conflicto armado. Así, las recomendaciones de la Comisión Exploradora nombrada en 1997 por el presidente Samper se constituirían como el primer intento de incluir el tema del paramilitarismo en la articulación de políticas de paz.[117]

112. Decreto Ley 356 de 1994, o Estatuto de Vigilancia y Seguridad privada.
113. Resolución 368 de 1995 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Véase Grajales, "El proceso de desmovilización de los paramilitares", 162-163.
114. Comisión Colombiana de Juristas, "Documento informativo extraordinario. Extremar los controles en materia de porte y tenencia de armas de fuego", 3-5.
115. García-Peña, "La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar", 63.
116. "La ingeniería jurídica permite que uno de los mayores narcotraficantes y paramilitares de Colombia quede en libertad", *El Espectador*, diciembre 28 del 2001, consultado el 31 de mayo del 2013, http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/carranza.html
117. Esta Comisión estuvo integrada por José Noé Ríos y Daniel García-Peña y fue conformada en 1997 por el presidente Ernesto Samper con dos objetivos: "1. Que indagaran acerca de las posibilidades de diálogo con las guerrillas, y 2. Que presentaran "recomendaciones sobre el tratamiento que para conseguir el mismo objetivo debería darse a los denominados grupos de autodefensa como partes del conflicto armado". García-Peña, "La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar", 63.

Más adelante, durante el Gobierno de Andrés Pastrana también hubo avances en materia de rechazo al paramilitarismo desde el Estado. Sin embargo, este rechazo no fue una medida de tipo judicial, sino principalmente política, y fue tomada bajo la presión del Departamento de Estado de Estados Unidos. Se trató de la destitución de los generales Rito Alejo del Río y Fernando Millán, quienes habían sido recurrentemente cuestionados por supuestos vínculos con el paramilitarismo[118]. Más allá de eso, las judicializaciones de paramilitares fueron muy escasas, incluso en los casos en los que existían pruebas importantes de la vinculación de los militares con los grupos de autodefensa, y de estos con la comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos, como lo había mostrado, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[119]

Cuando Álvaro Uribe Vélez llegó a la presidencia, su política de tratamiento a los grupos de autodefensa apostó por devolverle al Estado el monopolio de las armas, y para ello impulsó algunas modificaciones normativas y unas negociaciones de paz con tres grupos de autodefensas: las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC, en 2003, y los Bloques Central Bolívar y Vencedores de Arauca, en 2004. El cambio normativo para adelantar las negociaciones con estos grupos fue una enmienda a la Ley 418 de 1997, que era el marco normativo a través del cual se habían llevado a cabo los diálogos anteriores con los grupos guerrilleros. Esta norma permitía la concesión de indultos a los miembros de grupos al margen de la ley con los que se adelantaran diálogos de paz, y que hubieran sido sentenciados con sentencia ejecutoriada por la comisión de un delito político.[120] Sin embargo, de acuerdo con esta misma ley, los diálogos de paz únicamente podían celebrarse con organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales se les hubiera reconocido carácter político. Y aunque, como se ha mencionado, Gobiernos anteriores hubieran sugerido esta alternativa con respecto al paramilitarismo, lo cierto es que algunos de los elementos característicos del origen y accionar de estos grupos sembraban dudas acerca de la posibilidad de darles este tipo de reconocimiento.[121] Para zanjar ese inconveniente sin tener que enfrentarse al debate político, la Ley 782 de 2002 prorrogó y modificó algunas disposiciones de la Ley 418 de 1997. En particular, eliminó el requisito de que las negociaciones de paz solo pudieran hacerse con organizaciones al margen de la ley a las que se les hubiera reconocido carácter político.[122] Como resultado, la Ley 782 autorizó la realización de diálogos de paz con las autodefensas.

Estas modificaciones, sin embargo, no ofrecían una alternativa para los paramilitares acusados de cometer crímenes de lesa humanidad y violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Por ello, no resultaba atractiva para las cúpulas paramilitares. Como se explica a continuación, ese aparente vacío llevó a que se expediera la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).

3.3.3. El capítulo incipiente de la justicia transicional en Colombia

Lo que hoy conocemos como sistema de Justicia y Paz en materia penal es producto de, al menos, cuatro procesos distintos aunque relacionados:

118. García-Peña, "La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar", 64.
119. En su tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, publicado en 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunció haber "recibido numerosas quejas que indican que la figura legal de las Convivir ha sido utilizada por los grupos paramilitares como escudo en contra de sus actividades violentas. La Comisión considera que mediante la creación de las Convivir sin un mecanismo para su adecuado control por parte de una autoridad supervisora, el Estado ha creado las condiciones que permiten este tipo de abusos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, "Violencia y la violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario", *Tercer informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia*, consultado el 1 de junio del 2013, http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4e.htm

120. Artículo 50 de la Ley 418 de 1997.
121. Un ejemplo de esto, como se mencionó antes, fueron las recomendaciones dadas por la Comisión Exploradora que en 1997 nombró el presidente Samper. De acuerdo con estas, aunque a los grupos de autodefensa debía reconocérseles el carácter de actores del conflicto armado (en los términos del Artículo tercero común a los Convenios de Ginebra), no debía concedérseles el estatus de actor político. En cambio, el Estado debía emprender un deslinde claro y efectivo de los paramilitares, y enfrentarlos con el mismo vigor que a la guerrilla. Vease: García-Peña, "La relación del Estado colombiano con el fenómeno paramilitar", 63.
122. Artículo 20 de la Ley 782 de 2002, que modificó el Artículo 50 de la Ley 418 de 1997.

El silencio o la verdad. Madres de La Candelaria. 2009. Fotografía: Jesús Abad Colorado ©.

1) la negociación incompleta entre el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez y los grupos de autodefensa; 2) la discusión parlamentaria en torno a marcos normativos para la desmovilización y judicialización de grupos armados organizados al margen de la ley; 3) la decisión de la Corte Constitucional al fallar la constitucionalidad de la Ley 975 del 2005 (proyecto que finalmente contó con el aval del Congreso); y 4) los Autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por medio de los cuales ha interpretado los alcances de dicha ley, específicamente su procedimiento y sus principios sustantivos.

La discusión inicial en el Congreso se hizo de forma simultánea al desarrollo de negociaciones con grupos paramilitares y estuvo suscitada por un proyecto de alternatividad penal (Proyecto de Ley Estatutaria N.° 085 de 2003). Este proyecto fue presentado por el primer Gobierno de Álvaro Uribe Vélez y resultó, al parecer, muy cercano a los acuerdos alcanzados en la negociación con los grupos paramilitares. Luego de agitadas discusiones y fuertes críticas provenientes tanto de sectores políticos como de movimientos sociales y de opinión pública nacionales e internacionales, el proyecto inicial sería retirado por el Gobierno y reformulado.[123]

La Ley de Justicia y Paz nació con el fin de dotar de marco jurídico a unas negociaciones para las cuales los anteriores marcos normativos no parecían adecuados. En efecto, si tras la Sentencia C-456 de 1997 que suprimió la subsunción en la rebelión de los delitos comunes cometidos por combatientes en combate, ya era difícil sostener que los guerrilleros merecían un trato distinto al de cualquier delincuente común, mucha mayor dificultad encontraba un proceso de negociaciones con un actor cuyos lazos con la delincuencia común eran más estrechos, y cuyas preocupaciones *altruistas* eran bastante menos claras. Todavía en las Leyes 418 y 782 la concesión de beneficios en materia penal estaba condicionada a que los delitos comunes se dieran en concurso con delitos políticos, siempre que los primeros no fueran, en ningún caso, crímenes atroces. Si no había reconocimiento de estatus político, se podía, pues, negociar, pero no hacer concesiones en materia judicial.

A las limitaciones internas del marco normativo y del desarrollo jurisprudencial colombiano se sumaron los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos que fueron progresivamente apropiados tanto por la jurisprudencia colombiana en virtud del bloque de constitucionalidad, como por varios movimientos de víctimas y organizaciones de defensa de Derechos Humanos en el país. En efecto, negociar con los paramilitares levantaba fuertes sospechas sobre lo que realmente estaba en juego. Para varios analistas nacionales e internacionales, las injustificadas concesiones acordadas por el Gobierno en negociación con sus aliados en la lucha contra la guerrilla revestían la apariencia de una autoamnistía encubierta y de una consecuente legalización de los órdenes instaurados en las regiones y de los recursos acumulados por vías violentas. En medio de todas estas tensiones y paradojas, y profundamente marcado por ellas, se ha ido formando y reformando el sistema de Justicia y Paz a lo largo de su corta historia.

Así pues, en lo fundamental, Justicia y Paz es un intento de armonizar el respeto a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral con un mecanismo de alternatividad penal admisible política y jurídicamente, que permita el cierre definitivo del proceso de negociaciones entre Gobierno y grupos paramilitares. Se estableció entonces que quienes siendo responsables de crímenes muy graves pudieran acreditar ante el Gobierno nacional su desmovilización como miembros de alguno de los grupos reconocidos como parte en el proceso de negociaciones —y siempre que se sometieran a la justicia y mantuvieran un compromiso indeclinable con la verdad sobre sus crímenes y sus bienes y con la no repetición de las conductas ilícitas— tendrían beneficios penales por los juicios y condenas por los hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos. Además de condiciones especiales de reclusión, los desmovilizados que cumplieran con los requisitos establecidos solo tendrían que pagar entre cinco y ocho años de cárcel. Fiscales, investigadores y jueces estaban en la obligación de adelantar las investigaciones, hacer imputaciones y dictar sen-

123. Para una historia detallada de la génesis de Justicia y Paz, véase el tercer capítulo del informe publicado por el GMH, *Justicia y Paz. Los silencios y los olvidos de la verdad* (Bogotá: Taurus/ Semana, 2012).

tencia, y solo al final, una vez esta fuera proferida, se conmutaba la pena establecida en los códigos por la pena alternativa.

Las dificultades que enfrenta el sistema son muy variadas, y todas sumamente complejas. Por un lado, desde un punto de vista a la vez sustantivo y procesal, ha sido motivo de amplios debates la forma y el sentido de la participación de las víctimas en los procesos judiciales. Una crítica más o menos extendida al proceso de Justicia y Paz consiste en afirmar que, a pesar de reconocer los derechos de las víctimas entre sus principios más elementales, no se ha conseguido hacer de la escena judicial un espacio de impugnación del discurso del victimario mediante el empoderamiento de las voces de las víctimas. Para muchos, la ausencia de estrategias claras de inclusión de las víctimas al proceso judicial, debidas en parte al carácter adversarial del proceso penal, ha terminado atando las verdades que produce el sistema a los intereses y las autorepresentaciones de los victimarios. Sin embargo, una mirada atenta a lo que sucede en Justicia y Paz permite hacer hipótesis más complejas. Si bien es cierto que las víctimas han tenido solo espacios marginales de intervención en la escena judicial (espacios que dependen más de la iniciativa de fiscales y jueces que del orden normativo imperante), esto no quiere decir que sean las voces de los victimarios las que se han impuesto. En un informe reciente publicado por el GMH bajo el título *Justicia y Paz, ¿verdad judicial o verdad histórica?* se muestra cómo en el agregado, las tendencias criminalizantes del derecho penal moderno han definido, no solo el esquema de incentivos de la ley, sino también, y lo que era más dudoso, su funcionamiento empírico. Aun sin la participación directa de las víctimas, la escena judicial pone a andar una serie de procedimientos que inhiben progresivamente tanto la expresión de autorrepresentaciones heroicas como la manifestación de móviles políticos por parte de los otrora miembros de grupos paramilitares.

Esta tensión apunta hacia otro nudo del sistema: el de las confusiones entre lo excepcional y lo ordinario en la justicia transicional. Con frecuencia, los críticos de la Ley de Justicia y Paz señalan, con razón, que los operadores judiciales individualmente considerados, pero también la rama jurisdiccional en su conjunto, no estaban preparados para enfrentar adecuadamente los retos que supone un proceso penal especial de carácter transicional. En consecuencia, la única respuesta que ofrecieron al desbordante trabajo que se les imponía fue *ordinarizar* el proceso acudiendo a los Códigos de Procedimiento Penal vigentes en justicia ordinaria que tenían a la mano. Esta tendencia presenta varias dificultades. La primera de ellas es que los recursos normativos de la justicia ordinaria no resultan muy adecuados para el juzgamiento de crímenes de sistema, que son los que normalmente enfrenta la justicia penal en un esquema transicional. Como lo advierte el informe antes citado:

> Mientras que las categorías de la justicia ordinaria suelen ser útiles para representar y castigar conductas antijurídicas de individuos o pequeños grupos de individuos contra otros individuos, los crímenes de sistema, por su parte, en la medida en que suelen tener como responsables a complejos aparatos organizados de poder, muchas veces enquistados en instituciones de ese Estado que se esfuerza en juzgarlos y por lo tanto aún poderosos mientras son juzgados, con frecuencia ponen grandes dificultades para la adecuada representación y el adecuado castigo de las conductas delictivas.[124]

Pero la segunda dificultad, y quizás la más importante, es la confusión entre la verdad procesal o judicial y la verdad histórica en la escena judicial. En virtud de las expectativas creadas por los procesos de Justicia y Paz, en materia de verdad suele exigírsele a los investigadores judiciales que el resultado de su trabajo sean verdades procesalmente producidas e históricamente adecuadas, que combinen el rigor probatorio del derecho penal con la amplitud heurística del trabajo histórico. Tal exigencia, en el contexto general de la ordinarización de los procesos, tiene dos efectos muy complejos: de un lado, se genera una historia empobrecida debido a que está constreñida por los límites representacionales de las categorías judiciales utilizadas y, del otro, la justicia enfrenta graves cuestionamientos en cuanto a su eficacia.

124. GMH, *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?* (Bogotá: Taurus/ Semana, 2011), 23.

Después de casi ocho años de funcionamiento, Justicia y Paz, que había sido encargada del juzgamiento de aproximadamente 4.400 postulados, ha producido solo catorce sentencias. Al momento de redactarse este informe, solo nueve de ellas estaban en firme con fallo en segunda instancia. Pese a lo anterior, son innegables los avances del sistema en materia de contribuciones a la verdad: 39.546 hechos confesados; 12.869 casos compulsados a la justicia ordinaria, de los cuales 1.124 han ido a la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento de políticos relacionados con el paramilitarismo; y 3.929 fosas exhumadas con 4.809 cadáveres encontrados a diciembre del 2012. Estas cifras permiten tener una idea de la gigantesca tarea que hace falta. Catorce sentencias son muy pocas para casi 40.000 hechos delictivos confesados. Esta compleja situación explica por qué algunos analistas que habían aceptado con la Corte Constitucional en su Sentencia C-370 de 2006 que el mecanismo de alternatividad penal no era equiparable a un indulto ni a una amnistía, terminaron por afirmar que se trata de una amnistía *de facto*: en las actuales condiciones es imposible judicializar adecuadamente a los postulados por el Gobierno nacional a ser beneficiarios de la pena alternativa. Los cálculos más optimistas (es decir, aquellos que esperan una aceleración ostensiva tras los aprendizajes hechos, los avances de las investigaciones y la implementación de la reforma)[125] hablan de varias décadas de trabajo

Gloria Milena Aristizábal fue desaparecida en mayo de 2002, su madre Rosalba junto con algunos vecinos y amigas como Pastora Mira encontraron el lugar donde fue dejada por los paramilitares. Vereda la Holanda, San Carlos, Antioquia. 2007 Jesús Abad Colorado. CNMH.

125. En el 2012 el Congreso aprobó una reforma a la Ley 975 de 2005 cuyo objetivo fundamental es agilizar los procedimientos del Sistema de Justicia y Paz, incluir en ellos enfoques diferenciales, regular las causales de exclusión del postulado y hacer más efectivas sus investigaciones (fue presentada como Proyecto 96 del 2011 y sancionada como Ley 1592 en diciembre del 2012). Algunos avances significativos propuestos por esa iniciativa de reforma tienen que ver con principios de priorización y selección que agilicen el trabajo de la fiscalía y de los jueces. En efecto, ante el volumen de trabajo, es evidente que si no se diseñan unos criterios básicos de priorización, seguirá habiendo priorización *de facto* sin ningún criterio preconcebido que favorezca la materialización de los derechos de las víctimas. La reforma, sin embargo, también ha sido objeto de duras críticas por las modificaciones hechas al "incidente de reparación", diligencia que tenía lugar antes de dictar sentencia y que tenía como propósito la identificación de los daños causados por los hechos objeto de la sentencia y la concertación con las víctimas y sus apoderados acerca de la mejor forma de reparar dichos daños, para convertirla en una diligencia posterior al proceso judicial que se tramita por vía administrativa. Esta medida, que limita drásticamente la reparación por vía judicial, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de movimientos de víctimas y analistas expertos en el tema.

para lograr cumplir con el objetivo de una completa judicialización. Los menos optimistas hablan de una tarea de varios siglos.

Las dudas también son copiosas y graves en materia de reparaciones. Hasta ahora, solo en el caso de Mampuján se han estipulado reparaciones por vía judicial por un monto que asciende a $32.000 millones. Este dinero está destinado a un Fondo de Reparaciones constituido por los bienes entregados por los paramilitares. Según datos del Ministerio de Justicia, el grupo armado cuenta con $96.000 millones de los cuales solo $60.000 millones aparecen como monetizables (es decir, que no tendrían líos jurídicos para entrar al mercado). Si se hace una vaga estimación, puede concluirse que, por la sentencia de Mampuján sería reparado, por vía judicial, el 0,4% del universo de víctimas de las autodefensas identificadas por la Fiscalía. Estas víctimas obtendrían el 33% del total de recursos del Fondo con más del 50% de sus recursos monetizables. En subsidio, el Estado deberá asumir las obligaciones que el Fondo no alcance a cumplir en materia de reparación. Será necesario, en consecuencia, un enorme esfuerzo del Estado para reparar a las víctimas que no supo o no quiso defender.

En efecto, el desafío que significa para la justicia colombiana estar en el centro de un esquema transicional no se agota en los retos en materia penal analizados. Profundizar la transición hacia la paz implica revertir procesos que el conflicto armado puso a andar y que trascienden la esfera estrictamente penal. Uno de esos procesos tiene que ver con el masivo despojo de tierras ocurrido en Colombia, que lejos de ser un efecto colateral del conflicto ha sido uno de sus principales móviles. Este problema ha obligado al Estado a plantearse la necesidad de fortalecer y reformar la justicia con el fin de ofrecer soluciones para las víctimas. Con la Ley 1448 de 2011, el Estado colombiano optó por un mecanismo mixto de restitución de tierras que le asigna un rol fundamental a la rama judicial, y le ha planteado al país el reto, sin antecedentes en el mundo, de diseñar e implementar un sistema de justicia transicional civil.[126]

El desafío es enorme por varias razones. En primer lugar, por la magnitud y la complejidad del abandono y el despojo de tierras.[127] Entre 1995 y el 2010, al menos 266.480 familias que ejercían derechos —como propietarios, poseedores u ocupantes— sobre una extensión geográfica de aproximadamente 6,5 millones de hectáreas fueron víctimas de abandono forzado o despojo en Colombia.[128] Las modalidades por las cuales se efectuó la usurpación de tierras son variadas y se fueron refinando con el tiempo: van desde actos violentos que buscaban producir el abandono forzado, pasando por actos ilegales de transferencia de predios entre particulares, despojo por complicidad o negligencia de autoridades administrativas o judiciales, usurpación de baldíos propiedad de la nación[129] y despojo por operación distorsionada del mercado de tierras, como ocurrió en la región de Montes de María.[130]

126. Según Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas, como parte de un proyecto más grande de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación. En este sentido, la justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos —generalmente cubiertas por las normas de derecho privado— en tiempos de transición o posconflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras, y acciones judiciales de derecho privado. Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, "Justicia transicional civil y restitución de tierras", *Dejusticia* (borrador no publicado, 2012): 48.

127. "[…] El abandono implica la suspensión del uso, disfrute, acceso y posesión de cosas o incluso de derechos, por un tiempo determinado y en virtud de causales voluntarias o involuntarias; es decir la privación temporal o permanente de las cosas que se tiene y/o disfruta […]. Con el despojo —a diferencia del abandono— existe la intención manifiesta de robo, expropiación, privación, enajenación de un bien o de un derecho […]". GMH, *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual* (Bogotá: CNRR/ IEPRI, 2009), 25.

128. PPTP, "Unidades agrícolas familiares", 121.

129. Véanse: Dejusticia, "Justificaciones, dilemas y estrategias para la restitución de tierras y territorios. Módulo de autoformación para funcionarios de la Unidad Administrativa para la Gestión de la Restitución de Tierras Despojadas" (borrador no publicado, 2012); PNUD, *Colombia rural. Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011* (Bogotá: INDH/ PNUD, 2011).

130. Véase: GMH, *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la Costa Caribe, 1960-2010* (Bogotá: Taurus/ Semana, 2010).

En segundo lugar, la justicia transicional representa un reto enorme por las implicaciones que tendría no reversar el despojo. Reparar integralmente el daño causado por este flagelo y sancionar a sus responsables, además de ser un imperativo ético y jurídico, es también la forma de recuperar la confianza de las víctimas en el Estado y sentar así las bases de la reconciliación. No hacerlo significaría validar el poder acumulado y las fortunas construidas a costa del sufrimiento y la muerte de las víctimas, y aceptar que la violencia es un medio legítimo para hacerse con la propiedad de la tierra.[131]

En tercer lugar, la justicia transicional colombiana tiene el crucial desafío de hacer frente a la exclusión histórica de comunidades étnicas que han sido particularmente vulnerables a la violencia del conflicto y a los perversos efectos indirectos de la confrontación armada. En este sentido, aunque el proceso de materialización del derecho de consulta previa en el caso de comunidades afrodescendientes ha tenido muchos problemas —a tal punto que el decreto expedido (Decreto Ley 4635 del 2011) fue objeto de una demanda de constitucionalidad todavía no fallada por la Corte precisamente por falta de consulta previa— el mismo proceso en el caso de pueblos y comunidades indígenas puede considerarse un avance notable desde por lo menos dos puntos de vista. Por un lado, el proceso de concertación entre indígenas y Gobierno avanzó en la construcción de una metodología consistente para llevar a cabo consultas previas libres, informadas y ajustadas temporalmente en los casos de medidas legislativas y no de proyectos económicos particulares. Por el otro, y como resultado de dicha concertación, en el Decreto Ley 4633 del 2011 quedaron consagrados principios que recogen de manera relativamente satisfactoria demandas esenciales de las comunidades y pueblos indígenas. Entre otras, el decreto aborda temas como las garantías de pervivencia física y cultural; el respeto a la Ley de Origen, Ley Natural, Derecho Mayor o Derecho Propio; la garantía de los derechos fundamentales al territorio; el reconocimiento de las formas particulares de victimización a las que han estado expuestos por su identidad étnica; y la caracterización eminente aunque no exclusivamente colectiva de sus daños y exigencias. Para dar cumplimiento a esos principios se han creado nuevas medidas de protección de territorios, comunidades y de la autonomía de los Gobiernos indígenas. Estas nuevas garantías buscan contribuir a la ampliación del alcance de la justicia transicional, particularmente cuando se trata de vulneraciones cometidas contra comunidades étnicas históricamente excluidas.[132]

Como cuarto punto es necesario considerar el reto que significa poner en marcha un esquema de justicia transicional civil, debido a la dificultad de lograr un funcionamiento adecuado del aparato de justicia en el marco de la política de restitución de tierras. Estas complicaciones son de diversa índole: de seguridad, de capacidad institucional, procesales, probatorias y de apoyo y coordinación del Ejecutivo en relación con las actuaciones de la justicia.

En cuanto a la seguridad, el desafío consiste en garantizarle a los jueces y magistrados de restitución de tierras, a los líderes y demandantes las condiciones necesarias para que realicen su labor y participen en los procesos sin temor a represalias. Resulta imprescindible neutralizar las acciones de los llamados ejércitos antirrestitución.[133]

En lo que se refiere a la capacidad institucional, se requiere brindarle a los funcionarios judiciales en las diferentes regiones las herramientas y el apoyo necesario para que puedan dictar sentencias con todos los elementos de juicio requeridos. Esto implica fortalecer los mecanismos de acceso a la información, las capacidades técnicas de los jueces y los canales de comunicación con otras entidades.

131. Alejandro Reyes, "Restitución de tierras y reordenamiento de la propiedad agraria", *Razón pública*, consultado el 1 de junio del 2013, http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/

132. Natalia Orduz y César Rodríguez, *La Consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2012).

133. Véase: "Piden a Santos acciones contra ejércitos anti-restitución", *El Espectador*, 29 de noviembre del 2012, consultado el 2 de junio del 2013, http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-389813-piden-santos-acciones-concretas-contra-ejercitos-anti-restitucio.

En materia procesal el reto también es inmenso. La acción judicial de restitución de la Ley 1448 del 2011 redefine algunos principios fundamentales de los procesos civiles ordinarios e introduce innovaciones acordes con la perspectiva transicional. Estos nuevos cambios son extraños a la tradición del derecho civil en Colombia, pues incluyen: 1) la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima; 2) la existencia de un proceso abreviado en el que las instituciones procesales básicas tienen un alcance diferente para poder responder a la masividad de casos[134]; 3) la importancia de una etapa administrativa previa en la que se documentan los casos para el conocimiento de los jueces y de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión de la Restitución de Tierras Despojadas –UAEGRTD, que actuaría como una especie de Fiscalía en la defensa de las víctimas en los procesos; 4) las extensas facultades que tienen los jueces para dar órdenes —entre las cuales se encuentran las de declarar la nulidad de actos administrativos o sentencias judiciales previas— con el objetivo de garantizar la restitución material y jurídica de los predios, entre otras.

Finalmente, un último desafío en el marco de la restitución es que la justicia tendrá que enfrentarse a sí misma o, por lo menos, a decisiones judiciales anteriores que coadyuvaron al despojo al declarar a nuevos poseedores como propietarios de bienes que fueron forzosamente abandonados.

Las primeras sentencias revelan los desafíos que enfrentará la justicia en la restitución de tierras. A dos años de expedida la Ley 1448 del 2011, los jueces y magistrados de restitución han proferido 176 fallos que involucran 480 casos y 13343 hectáreas. La UAEGRTD ha recibido más de 40000 reclamaciones, de las cuales 8483 se han tramitado, habiendo ya 2360 inscritas en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. De estas un total de 1761 han sido presentadas ante los jueces especializados en restitución. Adicionalmente, en la ruta étnica de restitución, se han ordenado medidas cautelares para amparar los derechos colectivos al territorio de tres Consejos Comunitarios, una comunidad indígena y se avanza en las caracterizaciones de otros casos de comunidades.[135]

La dificultad en temas como la contratación y la capacitación de jueces y magistrados, la consolidación de la presencia regional de la UAEGRTD y de la justicia en los territorios, las complejidades técnicas de documentación y el estudio de casos, entre otros asuntos, han impedido que la restitución sea mucho más rápida. Son retos en los que será necesario seguir avanzando, para que la justicia contribuya a cumplir con las metas trazadas en los diez años de vigencia de la Ley 1448 del 2011.

3.3.4. La parapolítica: resistencia y fortalecimiento de la justicia protagónica frente a la cooptación criminal del Estado

El proceso de justicia transicional con los paramilitares impulsó la apertura de un capítulo de la historia de la justicia frente al conflicto que merece un comentario especial. Esto no solo por el papel protagónico que desempeñó la Corte Suprema de Justicia, sino porque hace parte de una historia de judicialización y criminalización de la política cuyo penúltimo capítulo se escribió durante el Gobierno Samper con ocasión del Proceso 8.000.

La parapolítica puede ser entendida como el fenómeno sistemático de alianzas entre políticos, grupos armados ilegales y narcotraficantes más vergonzoso y de mayores proporciones en toda la historia del país.[136] Se

134. Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, "Justicia transicional civil y restitución de tierras", 60.

135. Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Consolidadocifras con corte a 30 de junio de 2013.

136. Si bien ha habido otros escándalos por la infiltración del crimen y la mafia en la política en la historia colombiana reciente, la magnitud de la parapolítica los sobrepasa a todos con creces. En palabras de López y Sevillano, "[…] cuando Pablo Escobar se hizo elegir a la Cámara de Representantes en 1982 su votación y la de su fórmula equivalían a menos del 1% de la votación de Senado. Cuando se descubrió que el Cartel de Cali infiltró masivamente las campañas en 1994, los condenados representaron el equivalente

trata de un fenómeno que ha desbordado ampliamente las capacidades del sistema judicial, pues aunque se ha puesto en marcha un número considerable de procesos, los indicios de alianzas entre paramilitares y políticos son tan abundantes que las indagaciones emprendidas por la justicia constituyen apenas una pequeña porción del fenómeno. En efecto, en el marco de la Ley 975, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz había compulsado, hasta diciembre del 2012, 12.869 copias a la justicia ordinaria. Allí se pedía investigar por posibles vínculos con los paramilitares a 1.124 políticos, 1.023 miembros de las Fuerzas Armadas, 393 servidores públicos y a un grupo de 10.329 personas entre desmovilizados y terceros (buena parte de ellos incluía a empresarios locales).[137]

Los procesos de políticos locales y funcionarios públicos han avanzado de forma lenta en relación con la magnitud de las revelaciones. Según Verdad Abierta, con base en un informe de la Fiscalía, a septiembre del 2012 los fiscales de la Unidad Antiterrorismo, encargada de investigar los casos de parapolítica local, acusaron a:

> 19 alcaldes, ocho más fueron condenados y dos quedaron absueltos. Siete mandatarios locales se acogieron a sentencia anticipada. Con respecto a los concejales, 19 fueron acusados y uno más aceptó su responsabilidad ante los señalamientos del ente investigador. Así mismo, 23 funcionarios públicos se acogieron a sentencia anticipada, otros 18 ya están pagando una condena y 2 fueron absueltos. Finalmente, según el informe de la Fiscalía, por la parapolítica fueron acusados 27 exalcaldes, nueve más aceptaron cargos voluntariamente, 13 fueron condenados y uno fue absuelto. En cuanto a los exconcejales[,] 19 fueron acusados, 81 se acogieron a sentencia anticipada, y 10 fueron condenados.[138]

¿Cuáles son los factores que pueden explicar esta connivencia generalizada entre políticos y criminales que puso en cuestión la legitimidad de la democracia colombiana e incluso degeneró en la captura e instrumentalización de entidades tan importantes del orden nacional —como el caso del Departamento Administrativo de Seguridad— o de otras que pusieron en riesgo y sesgaron gravemente la aplicación de justicia —como el caso de la seccional de la Fiscalía en Antioquia a través de Guillermo Valencia Cossio— por parte de los paramilitares?

El narcoparamilitarismo aprovechó la precariedad institucional[139] y las debilidades del sistema electoral en Colombia[140] para apoyar o coaccionar políticos con el fin de apropiarse de las rentas municipales y para tener una representación política que redujera su exposición penal a tra-

a 8% de la votación de Senado y si se suman otros involucrados en el proceso 8.000 equivaldrían al 12% de la votación del Senado. Los investigados por narcoparamilitarismo equivalen al 35% de las curules y al 25% de la votación de Senado en el 2006. Ese crecimiento constante indica que el narcotráfico ha ido refinando los métodos de infiltración del poder político e incrementado su nivel de éxito". Claudia López y Óscar Sevillano, "Balance político de la parapolítica", *Arcanos* 14 (2008): 62-87.

137. Estas cifras se actualizan de forma permanente y pueden consultarse en el portal web de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz: http://www.fiscalia.gov.co:8080/justiciapaz/Index.htm

138. Véase: Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, http://www.fiscalia.gov.co:8080/justiciapaz/Index.htm

139. Los fenómenos de captura y reconfiguración cooptada del Estado son facilitados, entre otros factores, por la debilidad institucional o las fallas protuberantes en la consolidación de un Estado de derecho. Al respecto, véase: Luis Jorge Garay, Albarán Salcedo e Isaac de León Beltrán, *De la captura a la reconfiguración cooptada del Estado. Una síntesis analítica* (Bogotá: Grupo Método/ Avina/ Corporación Transparencia por Colombia, 2009). En contextos en los cuales la debilidad institucional se combina con un flujo importante de recursos fiscales (como en el caso de las regalías derivadas de la explotación de recursos naturales que entran a las arcas municipales), las administraciones locales pueden convertirse en presas fáciles de la captura de grupos armados ilegales en búsqueda de rentas. La existencia de casos de captura de las rentas departamentales y municipales en el país ha llevado a que se reabra el debate académico y político sobre la conveniencia de la descentralización en contextos de conflicto armado y precariedad institucional. Véanse Mauricio Romero Vidal, ed., *La economía de los paramilitares: Redes de corrupción, negocios y política* (Bogotá: Debate, 2011); Mauricio García-Villegas, Javier Revelo y José Espinosa, *Los Estados del país* (Bogotá: Colección Dejusticia, 2012).

140. Sobre las características del sistema electoral y de la cultura política colombiana que han facilitado la captura y manipulación de las normas electorales por intereses clientelistas y criminales. García-Villegas y Revelo, *Estado alterado*.

Grafiti de las AUC en la Inspección de policía El Placer – bajo Putumayo. Fotografía: Jesús Abad Colorado © 2011.

vés de la influencia en la aprobación de las leyes. Pero no se limitó a estas acciones, sino que fue más lejos. El paramilitarismo alteró el mapa político regional y nacional mediante el patrocinio a políticos tradicionales o emergentes, a quienes luego chantajeó con la amenaza de confesar la ayuda que les habían ofrecido. Esta estrategia tenía como objetivo, entre otros: lograr el control de la vida política y las rentas del sector público; asegurar la presencia de aliados suyos en instituciones del orden nacional que los apoyaran en la lucha contrainsurgente; garantizar un marco jurídico favorable que blindara sus capitales adquiridos de la posible intervención del Estado y minimizara su exposición a la justicia penal; influir en leyes clave para los intereses de los actores que los financiaron y respaldaron; y desarrollar un proyecto político nacional que fuera funcional a sus intereses y a los de sus aliados.

La representación política que lograron adquirir no solamente fue numerosa, sino que alcanzó los más altos niveles del poder nacional: siete de los diez presidentes del Senado entre el 2002 y el 2012 han sido o están siendo procesados por la Corte Suprema de Justicia por presuntos nexos con paramilitares.[141] Los parapolíticos fueron además piezas fundamentales de la coalición de Gobierno: ocho de cada diez de los investigados por parapolítica que ocuparon una curul en el Congreso entre 2002 y 2010 pertenecían a los partidos de la coalición uribista.[142]

Además del alcance de esta reconfiguración del Estado, las investigaciones académicas han sugerido también la existencia de una *captura invertida*. Con este concepto se describe un fenómeno en el que no solo fueron los paramilitares quienes instrumentalizaron el poder político, sino que el propio poder político buscó y puso a su servicio las maquinarias de violencia paramilitar. Prueba de ello sería lo sucedido con el origen del paramilitarismo en departamentos como Sucre. Algunas investigaciones consideran que hay suficientes evidencias para afirmar que fue la propia clase política la encargada de dirigir y armar a los paramilitares.[143] En algunos casos, las estructuras criminales desbordaron el control de los políticos e incluso fueron las responsables de su delación; en otros ocurrió que los criminales fueron instrumentalizados y luego neutralizados eficazmente por la clase política.

Teniendo en cuenta la sofisticación de esta infiltración estratégica del paramilitarismo en la política, ¿cómo se empezó a destapar la verdad de lo ocurrido? Tres procesos contribuyeron a la revelación de esta escandalosa verdad.[144] En primer lugar, investigadores sociales como Claudia López realizaron importantes hallazgos a partir del análisis de comportamientos electorales atípicos. Al mismo tiempo, algunos líderes políticos como el entonces senador Gustavo Petro denunciaron la infiltración del paramilitarismo en la política durante los debates en el Congreso. Como tales denuncias se hicieron antes de la contienda electoral del 2006, los partidos políticos se sintieron presionados a iniciar un proceso de depuración de sus listas para expulsar de ellas a los presuntos parapolíticos, lo cual generó un importante debate público sobre el tema.

En segunda medida, la propia dinámica que adquirió el proceso de Justicia y Paz condujo a que los mismos paramilitares empezaran a revelar los nexos que tenían con la clase política, y a presionar a algunos políticos para que también lo hicieran. Hubo dos decisiones judiciales clave que reforzaron esta actitud de los paramilitares. La primera de ellas fue la Sentencia C-370 del 2006, en la que la Corte Constitucional declaró exequible la Ley de Justicia y Paz, pero fortaleció los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. De esta forma, endureció los requisitos que el Ejecutivo y el Legislativo inicialmente habían

141. Véase, "Cinco años de la parapolítica", *Verdad abierta*, consultado el 2 de junio del 2013, http://www.verdadabierta.com/antioquia/index.php?option=com_content&id=4050

142. Al respecto, véase el capítulo "'Y refundaron la patria': de la teoría a la práctica" en Claudia López, *Y refundaron la patria. De cómo mafiosos y políticos refundaron el Estado colombiano*, (Bogotá: Debate, 2010) 29-78. Ni aun en los momentos más críticos del escándalo de la parapolítica el ex presidente Uribe decidió desprenderse de tales apoyos, lo cual muestra que buena parte de las reformas que se realizaron durante esta época (aprobación del TLC, reforma política, entre otras) quizás no hubiesen sido posibles sin la cuota de representación política del narcoparamilitarismo.

143. López, "'Y refundaron la patria'", 53.

144. Grajales, "El proceso de desmovilización de los paramilitares".

determinado para la concesión de la pena alternativa. En particular, la sentencia estableció que los paramilitares desmovilizados debían decir toda la verdad desde su primera versión libre si querían obtener el beneficio de la pena alternativa de cinco a ocho años. La segunda fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se rechazó la posibilidad de darle tratamiento de delito político a los crímenes cometidos por paramilitares. Así, se impidió cualquier posibilidad de indulto o de que se los juzgase por sedición y no por concierto para delinquir.[145]

A partir de estas sentencias, lo que antes había sido un debate político sobre el estatus de los paramilitares y sus relaciones con la clase política se trasladaría progresivamente hacia las arenas judiciales. Los paramilitares modificaron también su estrategia de legitimación ante la sociedad y el Estado; pasaron de hacer una autorrepresentación como héroes que salvaron al país de la guerrilla a mostrarse como delincuentes arrepentidos, dispuestos a colaborar con la justicia. Este giro se hizo con el fin de obtener un trato más benigno, y figurar ante la opinión pública como actores secundarios de un proyecto político, económico y social en el que participaron políticos, empresarios y militares a los que estaban dispuestos a incriminar.

Pero además de este cambio de la posición de los paramilitares dentro de Justicia y Paz se inició un tercer proceso, netamente judicial, que contribuyó a desatar el escándalo de la parapolítica. El hallazgo del computador de Édgar Ignacio Fierro Flórez alias *Don Antonio*, un jefe paramilitar del Bloque Norte de las AUC, reveló informaciones sobre las alianzas de los paramilitares con políticos y funcionarios del Estado. Esta evidencia permitió iniciar las indagaciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía. Adicionalmente, las revelaciones de Rafael García, ex jefe de informática del DAS, también fueron esenciales para desentrañar el alcance y los responsables de la cooptación de esa institución. Un tercer insumo que permitió el despegue de las investigaciones por parapolítica fue la revelación que hizo el entonces senador Miguel de la Espriella, al parecer presionado por Salvatore Mancuso, del Pacto de Ralito. Según este documento, más de 32 políticos de la región de Córdoba, entre ellos cinco congresistas, quedaban seriamente comprometidos con los paramilitares.[146]

Los parapolíticos, quienes volcaron buena parte de su capital social y económico en la defensa dentro del proceso, acarrearon enormes desafíos para la justicia, y terminaron por fortalecer sus capacidades institucionales, particularmente las de la justicia protagónica, que ha sido la más eficiente en afrontar el fenómeno. En otros términos, la justicia colombiana no es la misma antes y después de la parapolítica.

El primero de estos desafíos hechos a la justicia fue el intento de los congresistas involucrados de renunciar al cargo para que no los investigara la Corte Suprema de Justicia, sino órganos de menor jerarquía. Esto les permitiría utilizar las debilidades estructurales de estos últimos a su favor, como de hecho ocurrió en algunos casos.[147] Si bien la Corte en un

145. Radicado 26945, Corte Suprema de Justicia de Colombia. Estas decisiones motivaron una respuesta airada del Ejecutivo contra las altas cortes, a quienes acusó de entorpecer el proceso de desmovilización y estar sesgadas en sus decisiones. En lo sucesivo, la tensión entre el Ejecutivo y el poder Judicial, y en particular con la Corte Suprema, se incrementaría con la judicialización de los parapolíticos, pues el Gobierno, en cabeza del propio presidente Uribe, optó por defender a los miembros de la coalición procesados y atacar las decisiones judiciales. La tensión fue tan grave que hoy en día la justicia investiga indicios de complots orquestados desde el propio Ejecutivo que involucran a paramilitares con los que se pretendía enlodar el nombre de funcionarios judiciales que jugaron un rol fundamental en la investigación de la parapolítica, como fue el caso del magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia Iván Velásquez. Entre estos presuntos complots está la carta de alias *Tasmania* a Uribe Vélez en la que le confesaba que el magistrado Velásquez le había ofrecido beneficios jurídicos a cambio de que involucrara al propio presidente en el escándalo de la parapolítica. El mismo *Tasmania* se retractó de esta confesión, y dejó claro que lo había hecho porque su abogado le había dicho que Santiago y Mario Uribe, hermano y primo del presidente respectivamente, lo ayudarían si lo hacía. También hace parte de esta lista de presuntos complots la visita del paramilitar alias *Job* a la Casa de Nariño que la justicia continúa investigando. Estas tensiones indudablemente contribuyeron a que la justicia protagónica entendiera y se afianzara en su actitud de resistencia a los procesos de reconfiguración cooptada del Estado que estaban en curso. Claudia López y Óscar Sevillano, "Balance político de la parapolítica", en López, *Y refundaron la patria.*

146. Grajales, "El proceso de desmovilización de los paramilitares".

147. La Corte Suprema entró a revisar dos sentencias absolutorias a los excongresistas

comienzo aceptó parcialmente la tesis de la posibilidad de renunciar al fuero con la renuncia al cargo[148], posteriormente advirtió los riesgos de impunidad que esta decisión podría implicar. De esta forma, modificó su jurisprudencia al aducir que, aunque los congresistas renunciaran, la Corte mantendría la competencia de juzgarlos por los delitos que hubiesen cometido, siempre y cuando estos se realizaran por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo.[149] Con esta decisión recuperó la competencia sobre procesos de congresistas que habían renunciado, y que avanzaban lentamente en pequeños tribunales.[150]

Un segundo desafío que enfrentó la Corte tiene que ver con las dificultades probatorias. Una argumentación jurídica sólida para sustentar la comisión del delito de concierto para delinquir agravado —que es por el que principalmente se ha juzgado a los parapolíticos— en casos de macrocriminalidad organizada, requiere de un análisis profundo de los contextos en los que se enmarcan las conductas punibles que se investigan, entre otras cosas, para no exponerse a las críticas de politización de la justicia. Tanto la Fiscalía como la Corte han desarrollado metodologías muy completas para hacer el análisis de contexto, y con ello han mejorado las capacidades de investigación requeridas en contextos transicionales. Todos estos ejercicios generan círculos virtuosos para el esclarecimiento de otros casos y la apertura de nuevas investigaciones.[151]

Un tercer desafío para la justicia ha sido cómo afrontar las estrategias de defensa usadas por los parapolíticos para justificar sus actuaciones o desvirtuar las acusaciones. Algunas de las estrategias más recurrentes han sido alegar que la ausencia de Fuerza Pública en los territorios facilitó la imposición de un nuevo orden por parte de los paramilitares al que no quedaba otra opción que someterse si no querían perder la vida. También han apelado a la supuesta ignorancia del alcance de los pactos firmados, a que los encuentros con los ilegales se hicieron en calidad de mediadores de paz o a que desconocían que eran paramilitares los que asistían a ciertas reuniones. Entre el repertorio de estrategias de defensa los acusados han destacado una trayectoria previa de lucha contra el paramilitarismo. Han descalificado a los testigos por ser criminales, y a los testimonios por su inconsistencia o los intereses del testigo. También han descalificado la estrategia general de justicia o de los procesos, entre otras. Ante la dificultad de obtener una prueba directa del delito de concierto para delinquir, la Corte ha tenido que vencer estas estrategias en un marco probatorio desarrollado específicamente para este tipo de casos. Este marco se rige por reglas generales, tales como la necesidad de disponer de un esquema indiciario sólido para inferir el delito; la acreditación de la cercanía del acusado con el aparato de poder de los paramilitares, y la necesidad de valorar los medios de prueba como testimonios o documentos, teniendo en cuenta el ideario y el *modus operandi* de los paramilitares.

William Montes y Jairo Merlano, y condenó al excongresista Luis Humberto Gómez Gallo, después de que su proceso había sido precluido. Según Mauricio García-Villegas y Javier Revelo no sería aventurado decir entonces que la resistencia de la justicia protagónica en el caso de la parapolítica es, al menos en parte, consecuencia del acomodamiento o sometimiento de la justicia rutinaria, García-Villegas y Revelo, *Estado alterado*, 126.

148. La interpretación que la Corte aceptó en ese entonces, mediante el Auto del 18 de febrero de 1997, era que la expresión aquí subrayada del Artículo 235 de la Constitución, cuyo parágrafo establecía que cuando los congresistas "hubieren cesado de su cargo, el fuero se [mantendría] para las conductas punibles que *tengan relación con las funciones desempeñadas*", debía ser interpretada bajo la doctrina de los delitos propios, es decir, bajo el entendido de que la Corte mantendría la competencia para juzgar solo aquellos delitos que pudieran ser cometidos con ocasión del cargo. Esto provocó masivas renuncias al cargo (casi la mitad de los congresistas investigados) con el argumento de que de así tendrían más garantías procesales. Esta tesis ha sido desvirtuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-394 del 2006. Misión de Apoyo al Proceso de Paz, OEA, *Diagnóstico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, (Bogotá: OEA, 2011), consultado el 2 de junio del 2013, http://www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/DiagnosticoJyP.pdf

149. Auto del 1° de septiembre del 2009, Corte Suprema de Justicia.

150. 25 de los 30 casos sobre los cuales la Corte Suprema perdió la competencia se encontraban en la etapa de investigación o juicio y solo cinco tenían sentencia cuando la Corte modificó su jurisprudencia. García-Villegas y Revelo, *Estado alterado*, 125.

151. […] Los casos Pimiento y Barrera, López Cabrales y Montes Álvarez, ligados todos al famoso "Pacto de Ralito" tuvieron un efecto detonante de otros casos. Lo mismo ha ocurrido con otros pactos (Ñanguma, Puerto Berrío, Barranco de Loba, Chivolo, Pivijai, acuerdos de Magdalena y Casanera, etc.) que permitieron descubrir nodos de alianzas entre aforados y estructuras paramilitares". Misión de Apoyo al Proceso de Paz, OEA, *Diagnóstico del proceso de Justicia y Paz*, 195.

Bajo este marco, la Corte Suprema ha desarrollado, entre otras, las consideraciones para la valoración probatoria en estos procesos que le han permitido enfrentar las estrategias de defensa. Ante testimonios contradictorios, la confrontación con el resto del acervo probatorio determina cuál es la versión correcta; el cuestionamiento sobre la personalidad de un testigo no es suficiente para negarle valor a lo declarado y debe haber un riguroso ejercicio de la sana crítica para identificar intereses indebidos del declarante que puedan afectar la validez de la prueba; ante las retractaciones es necesario emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación para seleccionar los fragmentos de verdad; es necesario apelar a principios probatorios y técnicas innovadoras que no se han utilizado frecuentemente en procesos judiciales, como el análisis de fluctuaciones irregulares del caudal electoral, las coincidencias entre picos electorales y la expansión paramilitar y la construcción de indicios a partir de las relaciones del político investigado con los condenados.[152]

La Corte Suprema de Justicia ha asimilado una serie de aprendizajes en materia procesal y probatoria tras los ajustes que ha implicado el proceso de la parapolítica. Estos aprendizajes la han fortalecido para encarar los desafíos de la aplicación de justicia en contextos transicionales. La Corte ha ganado batallas en la interpretación de las normas en un contexto de presiones ejercidas por las otras ramas del poder público, y ha ganado solidez probatoria para afrontar los intentos de deslegitimación de sus fallos.

Dos conclusiones prospectivas pueden extraerse de este análisis de la parapolítica. La primera es que la actitud de la justicia frente a este fenómeno ha permitido el enjuiciamiento, aunque hasta ahora parcial, de las cabezas del poder político que sustentaban el dominio del paramilitarismo en sus territorios de influencia. De esta forma, la justicia le ha mandado el mensaje a la sociedad colombiana que poner la política al servicio de los grupos armados ilegales constituye un grave delito y amerita sanciones. Sin embargo, todo esto no ha sido suficiente para desmontar las estructuras de poder del paramilitarismo, pues nuevos políticos surgen con los mismos métodos y respaldos con los que triunfaron sus predecesores. La eliminación total de la influencia paramilitar en el poder político requiere, entre otras cosas, de una estrategia judicial consistente que detecte y sancione a quienes conforman sus redes militares, políticas y económicas.

La segunda conclusión es que el caso de la parapolítica se ha erigido como un gran ejemplo de la importancia de la rama judicial, y en particular de la justicia protagónica. Estas instituciones han frenado y sancionado los procesos de captura y reconfiguración cooptada del Estado. No obstante, este papel desempeñado por la rama judicial fue el resultado de la confluencia de una serie de factores determinantes. La pregunta crucial en este punto es si dichos factores son lo suficientemente duraderos para que el poder judicial mantenga su funcionamiento como pieza clave en la creación de una sociedad más justa.

3.3.5. La aprobación del Marco Jurídico para la Paz: la apertura de un nuevo capítulo en la historia de la justicia colombiana frente al conflicto armado

El 31 de julio del 2012 el Congreso aprobó una reforma a la Constitución conocida como Marco Jurídico para la Paz,[153] que elevó a rango constitucional la justicia transicional. La reforma recogió elementos desarrollados en las leyes y la jurisprudencia constitucional sobre este mecanismo de justicia, pero también introdujo cambios significativos en su concepción, e incluyó novedades en el tratamiento del tema.

152. Misión de Apoyo al Proceso de Paz, OEA, *Diagnóstico del proceso de Justicia y Paz*, 196-209.

153. Véase: Acto Legislativo 01 del 2012, Congreso de la República de Colombia, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", consultado el 2 de junio del 2013 http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf

Algunos de estos cambios han sido, y es fácil prever que seguirán siendo, objeto de polémica.[154]

Por un lado, el Marco para la Paz reconoció expresamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y estableció que estos deberán garantizarse "en la mayor medida posible". También dispuso la creación de una Comisión de la Verdad, e indicó que "en cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas"[155]. Adicionalmente, el Marco para la Paz fijó un límite infranqueable respecto al deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos: no se podrán dejar de investigar y sancionar los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. De este modo, el Marco incorporó un elemento clave del modelo de justicia transicional delineado en Colombia durante la última década: la idea de que una experiencia de transición de la guerra a la paz no se puede hacer sin un mínimo de justicia respecto a las atrocidades cometidas en el pasado y sin consideración por los derechos de las víctimas.

Pero por otro lado, la reforma constitucional abrió paso a un modelo de justicia transicional menos punitivista y menos orientado a la judicialización que el que se venía consolidando. Expresión de ello es la autorización dada al Congreso para que, a través de una ley estatutaria, y teniendo en cuenta la gravedad y representatividad de los casos, establezca criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos de investigación y juzgamiento en los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos sistemáticamente. Según el Marco para la Paz, los criterios de priorización y selección son inherentes a la justicia transicional, con lo cual se evidencia una de las ideas orientadoras de esta reforma: que no todos los desmovilizados que pueden ser eventualmente responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos pasen por el sistema judicial. Por esta razón es un modelo menos orientado a la judicialización, y en su lugar intenta apostarle a mecanismos extrajudiciales como el de la Comisión de la Verdad. Pero también es un modelo menos punitivo, pues contempla la posibilidad de conceder generosos beneficios penales a quienes sí sean judicialmente condenados. Estos beneficios incluyen la suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.

La posibilidad de conceder estos beneficios está, sin embargo, sujeta a condiciones que responden a una perspectiva holística de la justicia transicional. A partir de esta forma de concebir la justicia, resulta admisible cierta lógica de compensación entre sus distintas dimensiones, como por ejemplo, menos castigo a condición de mayor verdad y reparación para las víctimas. Por esta razón, los beneficios penales previstos en el Marco para la Paz únicamente operarían para aquellos desmovilizados que cumplan al menos con los siguientes requisitos: dejen las armas; reconozcan su responsabilidad; contribuyan al esclarecimiento de la verdad; cooperen con la reparación integral de las víctimas; aporten información que conduzca a la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

Esta nueva orientación de la justicia transicional respondió, en buena medida, a la necesidad de ofrecer una respuesta a las debilidades e insuficiencias del modelo transicional previsto para los paramilitares de cara a futuros procesos de paz. Cuando se inició el debate sobre el Marco para la Paz, la judicialización de los desmovilizados constituía un tema de preocupación pública debido a sus insignificantes resultados, que revelaban que un modelo como el previsto en la Ley 975 parecía conducir inevitablemente a una selección encubierta.

154. Por ejemplo, para el momento de redacción de este informe, ya se había radicado ante la Corte Constitucional una demanda contra el Acto Legislativo. La demanda fue presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y en ella se alegó que la autorización para que el legislador dejara de investigar y sancionar los crímenes de guerra no cometidos de manera sistemática, así como a los desmovilizados que no ostentaran la categoría de máximos responsables sustituía un eje esencial de la Constitución.
155. Acto Legislativo 01 del 2012, 1.

Pero además, se optó por la reforma constitucional como una forma de blindar la nueva apuesta frente al riesgo de que el control constitucional judicial no permitiera adoptar un esquema distinto al de la judicialización total, de acuerdo con el estándar establecido en la jurisprudencia constitucional en los últimos años. En efecto, el modelo original previsto para la desmovilización colectiva de los paramilitares estaba pensado para que solo entraran a Justicia y Paz quienes voluntariamente decidieran hacerlo, y para que se aplicaran los beneficios de amnistías concebidos para los delincuentes políticos a quienes no tuvieran investigaciones abiertas por su participación en crímenes atroces. Sin embargo, la implementación de este modelo no fue posible a raíz de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Tras ello, se intentó aplicar el principio de oportunidad, pero la Corte Constitucional determinó que esta propuesta era inconstitucional.[156] Finalmente, el Congreso expidió la Ley 1424 del 2010, conocida como la Ley de Acuerdos de Contribución a la Memoria Histórica. Esta norma consagró amplios beneficios de libertad a los desmovilizados a cambio de contribuciones al esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. La Corte Constitucional determinó la constitucionalidad de esta ley, pero aclaró que todos los desmovilizados deben rendir cuentas ante los jueces, y además cerró la puerta para que los máximos jefes de los grupos armados puedan acceder a los beneficios ofrecidos por el Estado.

El Marco para la Paz se presentó como una vía necesaria para ofrecer alternativas frente a las dificultades advertidas en el proceso de desmovilización de los paramilitares. Sin embargo, durante su discusión surgieron otros asuntos que no necesariamente estaban conectados con el propósito inicial. El más notable de ellos fue la autorización para que los agentes del Estado puedan ser objeto de un tratamiento diferenciado en el marco de un acuerdo de paz. Este punto quedó finalmente incorporado en el texto constitucional, pero todavía no resultan claros ni su alcance, ni las condiciones a las cuales está sujeto.

El Marco para la Paz abre, sin duda, un nuevo capítulo en la historia de la justicia colombiana frente al conflicto. Sin embargo, apenas está escrita la primera página: la extensión y orientación de este capítulo es aún incierta. Este documento podría constituirse como el punto de partida de la ruta jurídica hacia la desmovilización de las guerrillas si se cumplen dos condiciones: en primer lugar, si prosperan las negociaciones de La Habana, que al momento de redacción de este informe se encuentran en curso. La segunda condición es que la Corte Constitucional determine que el Marco para la Paz cumple con los requisitos para declararlo constitucional. Es indudable que el Marco revivirá la discusión sobre el delito político, su naturaleza, su sentido y sus efectos en materia penal. En este proceso, cargado de dilemas pero también de apuestas esperanzadas sobre el futuro, es fácil prever que la palabra de los jueces será determinante.

156. Esta propuesta se consagró en la Ley 1312 de 2009, pero fue declarada inexequible en la sentencia C-936 del 2010.