

TENSIONES SIMBÓLICAS Y PROCESALES EN EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD: LA EXPERIENCIA DEL SISTEMA DE "JUSTICIA Y PAZ" COMO FUENTE DE APLICACIÓN EN LA JEP*
Symbolic and Procedural Tensions in the Acknowledgment of liability: The "Peace and Justice" Law as Factual Source of the JEP

Semillero de Investigación en Derecho Procesal de
la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C.

*Valentina Karaman; Juan Pablo Pantoja;
Mateo Merchán; María Camila Mora; Juliana Pérez;
Camila Bermúdez; Isabella Posso;
Julián Buitrago; Carlos Vergara***

Director del Semillero: *José Fernando Mestre PhD****

Resumen

La *cosa juzgada* se ha entendido como garantía para el procesado dentro de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, al enfrentar esta garantía con los fines de la justicia

* Artículo inédito de investigación

Artículo inédito. Recibido el 8 de septiembre de 2018 – Aprobado el 18 de diciembre de 2018.

Para citar el artículo: KARAMAN, Valentina; PANTOJA, Juan Pablo; et ad. TENSIONES SIMBÓLICAS Y PROCESALES EN EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD: La experiencia del sistema de "justicia y paz" como fuente de aplicación en la JEP. Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 34-58.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XIX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 5, 6 y 7 de septiembre del 2018, en la ciudad de Cali.

** Estudiantes de la carrera de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, sede Bogotá. Miembros del Semillero en derecho procesal de esta facultad dirigido por el Dr. José Fernando Mestre PhD. Se agradece en forma especial al doctor Juan Felipe García Arboleda por sus valiosos aportes y orientación auxiliares

*** José Fernando Mestre Ordoñez es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C., Especialista en instituciones jurídico-procesales de la Universidad Nacional de Colombia y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Javeriana.

transicional es posible evidenciar problemáticas entre las dos instituciones, donde para poder desvirtuar la primera, se consagran vías como lo es el llamado *reconocimiento de responsabilidad*.

En 2005 se profirió la ley 975, conocida como ley Justicia y Paz, donde se contempló a las *versiones libres* como mecanismo de reconocimiento de responsabilidad. La problemática radicó en que la ejecución de esta figura generó tensiones procesales y simbólicas que culminaron en un alejamiento del fin restaurativo, permitiendo que quienes se sometieran a ella no cumplieran con el mandato de verdad que allí se contemplaba. Viendo que en Colombia se creó la Jurisdicción Especial, es pertinente aludir a las experiencias adquiridas en justicia y paz para crear un sistema que permita un mejor reconocimiento de responsabilidad.

Palabras Clave: Cosa juzgada, reconocimiento de responsabilidad, Justicia y Paz, Jurisdicción Especial para la Paz.

Abstract

The *Res judicata* has been understood as a guarantee for the defendant. However, by confronting this guarantee with the aims of transitional justice, it is possible to highlight problems between the two institutions, where, in order to disprove the first, routes are consecrated as is called *recognition of liability*.

In 2005, Law 975 was passed, known as "Justice and Peace", where free versions were considered as a mechanism for acknowledging liability. The problem was that the execution of this figure generated procedural and symbolic tensions that culminated in a move away from the restorative end allowing those who submitted to it not to comply with the contemplated objectives. Seeing that the Special Jurisdiction for Peace was created in Colombia, it is pertinent to allude to the experiences acquired in justice and peace to create a system that allows a better recognition of liability.

Key Words: Res judicata, recognition of liability, Justicia y Paz, Especial Jurisdicción for Peace.

1. Introducción

El reconocimiento de responsabilidad ha sido catalogado como el aspecto central dentro de los esquemas procesales y simbólicos de la justicia transicional, así como un medio idóneo para justificar que se desvirtúe la cosa juzgada ordinaria cuando un caso ya ejecutoriado y relacionado con el conflicto, entra dentro del ámbito de competencia de uno de estos sistemas de justicia.

Sin embargo, es menester que el reconocimiento de responsabilidad sea planteado normativamente y ejecutado con suma cautela ya que, como sucedió en el marco de los denominados procesos de “Justicia y Paz” se pueden generar tensiones procesales y simbólicas que terminen impidiendo la consecución de los fines restaurativos y de verdad que conlleva este tipo de actuaciones y con esto buscar generar recomendaciones para que la nueva Justicia Especial para la Paz no caiga en estas falencias.

Para efectos de aproximarnos a esta problemática, procederemos a exponer los aspectos más relevantes, doctrinarios, normativos y jurisprudenciales del principio de la cosa juzgada, para posteriormente evidenciar la relación que tiene tan importante principio con el reconocimiento de verdad en el marco de un proceso de justicia transicional y cómo este último se presenta al desvirtuar el principio mencionado en aras de materializar los fines de la verdad, justicia, reparación y no repetición, interpretados en favor de las víctimas.

1.1. La Cosa Juzgada y la Justicia Transicional

1.1.1. Concepto de Cosa Juzgada.

Calaza define con claridad la cosa juzgada en consonancia con lo dispuesto por Carnelutti, cuando señala que ella es “*la imposibilidad de alterar—por medio de recurso judicial, o en caso de una nueva demanda—el contenido de una resolución material o procesal en el curso de un único proceso*”¹. Lo anterior se complementa con la noción de Devís Echandía, quien establece que, una vez decidido un determinado litigio con la adecuada observancia de las formas, la certeza jurídica hace que tanto las partes como los jueces se vean avocados a su respeto, sin que sea dable volver a reabrir el asunto². En síntesis, en concordancia con el artículo 303 del Código General del Proceso y el Consejo de Estado de Colombia, para que se esté en presencia de esta institución es preciso acreditar identidad de: i) *objeto*—es decir, la identidad del bien jurídico en disputa—, ii) *causa*—entendida como la razón o móvil que lleva a las partes a acudir a un sistema de justicia—, iii) *identidad jurídica* de las partes—no confundiendo con la igualdad de las personas como demandantes sino concibiéndola como un límite subjetivo que no implica la coincidencia de carácter físico sino jurídico, sabiendo a quiénes perjudica o beneficia una determinada decisión—³.

¹ Citado por: Chacón Mata, Alfonso. “*La Cosa Juzgada Fraudulenta En La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Implicaciones Para El Estado de Derecho Contemporáneo.*” Revista Prolegómenos Derechos Y Valores 18, no. 35 (2015): 169–88. Página 172.

² Devís Echandía, Hernando. *Teoría General Del Proceso. Aplicable a Toda Clase de Procesos.* Tercera Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. Página 59.

³ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Quinta. Rád. 17001-23-33-000-201400219-01(ACU). (C.P. Susana Buitrago Valencia, 26 de febrero de 2015).

La misma toma una relevancia sustancial en el ámbito penal, donde la Corte Suprema de Justicia ha entendido que, inclusive en el escenario de procesos de extradición, la prohibición del *non bis in ídem* opera cuando **i)** exista sentencia en firme que tenga fuerza vinculante, **ii)** la persona contra la cual se adelantó el proceso sea la misma que es solicitada en extradición y **iii)** cuando el hecho objeto del juzgamiento sea el mismo que motiva la solicitud de extradición ⁴. En providencia C-622 de 2007, se hace referencia a que:

"... los efectos jurídicos de las sentencias, en virtud de los cuales éstas adquieren carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que, sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento" ⁵.

Así pues, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y a la comunidad volver a promover el mismo litigio, brindando seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales, toda vez que impide un nuevo planteamiento sobre el mismo hecho buscando una nueva declaración de certeza. Los efectos procesales que le ha dado la Corte Suprema de Justicia a la cosa juzgada establecen: **i)** su función principal es la de extinguir el derecho al eventual ejercicio de la acción judicial respecto a idénticos hechos y pretensiones y, por otro lado, **ii)** aparece como efecto protector el principio del *non bis in ídem* ⁶.

A su vez, en sentencias C-004 de 2003 y C-871 de 2003, así como la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, en sentencia del 5 de octubre de 2016— establece que el principio de la cosa juzgada implica que a quien se le haya definido situación jurídica por sentencia ejecutoriada o providencia con la misma fuerza vinculante, no se le puede someter nuevamente a juicio por la misma conducta, aun cuando se le dé una denominación jurídica diferente. Garantía que encuentra fundamento en el derecho al debido proceso, así como la garantía del *non bis in ídem*, consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 8 del Código Penal, 19 de la Ley 600 de 2000 y 21 de la Ley 906 de 2004.

De conformidad con la jurisprudencia señalada, el principio de cosa juzgada no es de carácter absoluto porque puede ser limitado para defender intereses de supremo valor para la sociedad, como los derechos de los procesados o de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, como se explicará en el acápite siguiente, de cara al manejo de la cosa

⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16536-2017 identificada con Rad. 44630. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 11 de octubre de 2017).

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-622 del 2007. (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 14 de agosto de 2007).

⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4235-2017 identificada con Rad. 45072. (M.P. Patricia Salazar Cuellar, 23 de marzo de 2017).

juzgada, en tratándose de justicia transicional⁷. De esta manera, el legislador cuenta con plena facultad para remover la cosa juzgada en aquellos casos extraordinarios y excepcionales, como bien lo señala la Corte Constitucional:

*"La cosa juzgada, como límite de lo inimpugnable e inmutable, puede ser objeto de mudanza por la ley al adicionar o cercenar posibilidades de impugnación, en cuyo caso la cosa juzgada avanza o retrocede, pero no se elimina en cuanto que siempre habrá un límite y en realidad lo que le importa a la sociedad es que los litigios y causas tengan un fin y "se pronuncie la última palabra". (...) De la manera señalada, la cosa juzgada no se elimina y por el contrario se enriquece, pues si prospera la acción de tutela y por ende se modifica la sentencia judicial, ésta incorporará ese mínimo de justicia material sin el cual la cosa juzgada por sí sola no se sostiene frente a la nueva Constitución."*⁸

El mecanismo jurídico previsto por el ordenamiento nacional en la jurisdicción ordinaria, a través del cual se hace valer esta garantía, es la *acción de revisión*, la cual busca hacer cesar la injusticia—como bien lo establece la Corte Suprema de Justicia— contenida en una decisión diametralmente opuesta a la verdad histórica de los hechos objeto de investigación o juzgamiento⁹. Esta acción, junto a la extraordinaria acción de tutela, constituyen mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales, en casos muy particulares y específicos. Sobre el particular, la jurisprudencia ha expresado que:

*"La acción de revisión es un medio extraordinario de impugnación, instituido por el legislador, que tiende a remover una sentencia condenatoria injusta que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante un nuevo debate probatorio, por haber sido proferida con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento delictivo que dio origen al proceso y fue tema de éste"*¹⁰.

1.1.2. Fundamento Constitucional

Luego de analizada la noción de cosa juzgada, en materia constitucional se encuentra que su fundamento es: **i)** La protección de la seguridad jurídica, concretada en estabilidad y certeza; **ii)** la salvaguarda de la buena fe que exige asegurar la consistencia de las decisiones jurisdiccionales y; **iii)** la condición de la Constitución como norma jurídica y la garantía de su supremacía mediante una interpretación conforme a ella¹¹.

⁷ Véase las mencionadas sentencias C-004 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 20 de enero de 2003) y C-871 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas, 30 de septiembre de 2003).

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-252 de 2001. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 28 de febrero de 2001).

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-007 del 2016. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 21 de enero de 2016).

Sin perjuicio de dicha garantía en favor del procesado y del ordenamiento jurídico como un todo, el objetivo moderno del derecho penal ha sido el poner fin a la impunidad en un ámbito doméstico e internacional¹². Llevando virtualmente a que los derechos de las víctimas y la teleología penal lleven a desplazar materialmente el principio de *non bis in ídem*; eso sí, principalmente en el ámbito de la justicia internacional y no a nivel nacional¹³.

1.2. La Cosa Juzgada y la Justicia Transicional: Las tensiones en el caso de Justicia y Paz

La Corte Suprema de Justicia ha permitido entender el valor y tratamiento de la cosa juzgada de cara a un proceso de justicia transicional, como lo fue aquél previsto en la ley de "justicia y paz", donde la verdad—con un entendimiento más fáctico que ontológico—tuvo el protagonismo. Aunados a los comentarios doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal, de cara a la jurisdicción especial creada por la Ley 975 de 2005, ha presentado conceptos, al menos en principio, contradictorios de cara al tratamiento de la cosa juzgada en la justicia ordinaria.

1.2.1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14206-2016 (M.P. Luis Antonio Hernández),

Resolvió en octubre de 2016 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia Luis Antonio Hernández Barbosa, recurso de apelación (lo cual supone una consideración sustancial importante) presentado contra sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín en torno al juzgamiento de ciertos miembros del Bloque Paramilitar Cacique Nutibara. No es de mayor complejidad el aspecto fáctico, por lo que no se ahondará en el mismo, más sí lo es el aspecto procesal de dicha providencia. El proceso seguido bajo los lineamientos de la Ley 975 de 2005 se continuó de forma adecuada:

¹² Bujosa Vadell, Lorenzo M. *La Cooperación Procesal de Los Estados En La Corte Penal Internacional*. Primera Ed. Barcelona: Editorial Atelier, 2008. Página 151.

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-554 de 2001. Expediente D-3231(M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 30 de mayo de 2001).

Expresamente se manifiesta en la decisión que:

"El principio constitucional del non bis in ídem no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado"

i) versión libre y confesión de delitos, ii) formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, iii) audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos e incidente de reparación integral¹⁴.

Consideró en su momento la Sala, un entendimiento morigerado de la cosa juzgada frente a la justicia transicional. A quien se le haya definido su situación por medio de sentencia ejecutoriada **no se le puede someter nuevamente a un juicio por la misma conducta, aun cuando se le dé una denominación jurídica diferente**—nótese cómo se direcciona en función de una garantía individual más que un atributo del ordenamiento jurídico—, de cara al artículo 29 de la Constitución y todo el contenido doctrinario, legal y jurisprudencial que el mismo supone. Con esa consideración, el único mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico nacional para reabrir un proceso que cuente con sentencia judicial ejecutoriada es la **acción de revisión**, la cual permite la remoción de la cosa juzgada a fin de compaginar la verdad procesal con la histórica. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia señala — que es, bajo un entendimiento distinto la misma tesis que se defiende en la ponencia que aquí se presenta — que la cosa juzgada es una garantía general en el ordenamiento jurídico nacional que, lejos de verse afectada por la justicia transicional, se enriquece cuando se analiza ante la misma.

Con base en lo anterior, concluye la Sala que no es posible desconocer los efectos de la cosa juzgada, por los efectos nocivos que ello comporta para la coherencia y legitimidad del ordenamiento jurídico¹⁵. Justicia y Paz, por lo tanto, no puede emitir nueva sentencia sobre un determinado punible cuando se encuentre en vigencia la decisión tomada por la jurisdicción ordinaria, siempre que no se haya promovido acción de revisión—prevista por el artículo 192 de la ley 906 de 2004—, siendo ese el único mecanismo que permitiría revisar los mismos supuestos fácticos y su adecuación jurídica.

1.2.2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204-2017 (M.P. Luis Antonio Hernández).

En decisión de marzo de 2017, con ocasión de una acción de revisión presentada por el Ministerio Público, con ponencia del mismo Magistrado la Sala brindó consideraciones adicionales en torno a la interrelación que existe entre jurisdicción ordinaria y transicional. En esta ocasión se revisó el fallo absolutorio proferido el 23 de noviembre de 2005 por el Tribunal Superior de Sincelejo, Sala de Justicia y Paz, en favor del señor **Salvatore Mancuso Gómez** por los delitos de concierto para delinquir, concurso

¹⁴ Colombia. Artículo 17 y ss. de la Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.” Publicada en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

¹⁵ Cita expresamente la providencia comentada que: “El principio de la cosa juzgada no es ajeno al proceso que se surte bajo los lineamientos de la Ley de Justicia y Paz porque el compendio normativo transicional no lo excluye y, por el contrario, se nutre de las garantías generales del ordenamiento jurídico nacional dentro del cual ocupa lugar preponderante la prohibición de doble juzgamiento.

Incluso, considerando la especial protección de los derechos de las víctimas otorgada en la Ley de Justicia y Paz, no es posible desconocer, sin más, los efectos de la cosa juzgada, dados lo nocivos efectos que ello comportaría para la coherencia y legitimidad del sistema jurídico al propiciar la coexistencia de fallos de carácter contradictorio frente a un mismo supuesto fáctico.”

de homicidio agravado, incendio y hurto calificado agravado, dada la irrupción junto a miembros de la Policía Nacional en el corregimiento de Pichilín (Dpto. Sucre) el 4 de diciembre de 1996, que derivó en la *Masacre de Pichilín*.

En 2008, con ocasión de la puesta en marcha de la Ley 975 de 2005, se escuchó en versión libre al señor Salvatore Mancuso, donde reconoció haber coordinado y dirigido los hechos delictivos por los cuales había sido absuelto, procediendo la revisión con ocasión de la sentencia C-004 de 2003 en tratándose de violaciones de derechos humanos¹⁶. En efecto, Mancuso expuso que el 4 de diciembre de 1996 él tenía al mando entre 50 y 60 hombres que montaron un retén ilegal, el cual les permitió dar muerte a 12 personas, junto con la fuerza pública nacional.

Hay que hacer, entonces, un juicio de ponderación puntual en forma similar a aquél realizado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-004 de 2003, en la que se declaró la exequibilidad condicionada de la acción de revisión prevista por el artículo 220 de la Ley 600 del 2000. Concluye la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, a fin de asegurar y darle prevalencia a los principios de coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, se entiende que en versión libre confesar la comisión de unos determinados hechos por los cuales se fue absuelto en sede ordinaria supone una renuncia a sus derechos de autoincriminación y al *non bis in ídem*, removiendo la cosa juzgada en los asuntos culminados con preclusión, declarando próspera la causal de revisión invocada.

Prospera la misma en la medida en que la versión libre corresponde al directamente afectado por ésta, cuando el hecho novedoso provenga de versiones de personas diferentes al beneficiado por la preclusión de la investigación no se supone la misma solución¹⁷. Lo anterior denota una clara acepción de la cosa juzgada en función de garantía del procesado y no tanto como una característica del ordenamiento jurídico

¹⁶ Consideró en dicha ocasión la Corte Constitucional que: *Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in ídem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo. Así, la fuerza normativa del non bis in ídem indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos.* (Negrilla añadida). Sala Plena. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 29 de enero de 2003). Véase particularmente los condicionamientos que se presentan a fin de declarar la exequibilidad del artículo 220 de la ley 600 del 2000.

¹⁷ “Se advierte, no obstante, que cuando la prueba nueva o el hecho novedoso corresponden a las versiones libres de personas diferentes al beneficiado con la preclusión de investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, no aplica la misma solución. En ese evento tienen vigor pleno las exigencias plasmadas en la sentencia C-003 de 2004 y en el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004. Es decir, deberá tratarse de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario y acreditarse que se ha establecido mediante una decisión judicial interna o proferida por una instancia internacional con competencia reconocida por Colombia, que hay hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, o bien, que aún sin tales elementos probatorios, se declaró el incumplimiento de las obligaciones del Estado en orden a investigar seria e imparcialmente esas violaciones”. En: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204-2017 identificada con Rád. 43669 (M.P. Luis Antonio Hernández, 8 de marzo de 2017).

en forma ciega, sino más en función de la prevalencia de la verdad histórica derivada de la mancomunidad de los distintos procesos.

1.3. Conceptualización de la teleología de la justicia restaurativa en la JEP

Respecto de la normativa que rige la justicia transicional actual, es importante resaltar su carácter altamente restaurativo—a diferencia de lo previsto, por ejemplo, por la ley 975 de 2005—¹⁸. Dicha normativa que se perfila de cara a la implementación de la Jurisdicción Especial de Paz, como en el artículo transitorio 13 (sanciones) del Acto Legislativo 01 de

2017 y que dicho proyecto, a junio de 2018, se encuentra en revisión por parte de la Corte Constitucional, a través del cual el Gobierno Nacional pone a consideración del Congreso de la República la posibilidad de identificar altos enfoques restaurativos ²⁰.

Ello, ya ha manifestado tener y, efectivamente, tendrá consecuencias procesales que vale la pena resaltar particularmente en cuanto a la cosa juzgada ordinaria. Véase, por ejemplo, el sometimiento voluntario que ha de darse para que se adquiera competencia por parte de la JEP, de conformidad con lo previsto por la Ley 1820 de 2016

¹⁹

1.4. La Justicia contextual como análisis de hechos sistemáticos

En primer lugar, es necesario caracterizar el concepto de justicia contextual como aquella que, *“busca permitir la indagación de las conductas delictivas no como hechos aislados e inconexos, sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto”* ²⁰. En efecto, este tipo de justicia pretende dar cuenta de conductas delictivas sistemáticas que por su gravedad se configuran como un atentado contra la humanidad antes que como un simple atentado contra los bienes jurídicos de un individuo, de manera que el conocimiento de dicha sistematicidad permita desarticular las estructuras delictivas y las circunstancias sociales que dieron pie a estas conductas.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los instrumentos de la justicia contextual sientan sus bases a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz), en el cual se establecen una serie de criterios de priorización en la acción

¹⁸ Colombia. Ley 975 de 2005. *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.”* Publicada en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. ²⁰ Ver el proyecto de ley estatutaria número 08 de 2017 de Senado de la República presentado por el Gobierno Nacional *“Ley estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”* en el Diario Oficial publicado el martes 1 de agosto de 2017. A su vez, ver el Reglamento General de la JEP adoptado por medio del Acuerdo No. 001 de 2018 (marzo 9 de 2018) por parte de la Plenaria de la Jurisdicción especial para la Paz.

¹⁹ Colombia. Ley 1820 de 2016. *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.* Publicada en el Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

²⁰ Bernal Pulido, Carlos, y Gerardo Barbosa Castillo. *El análisis de contexto en la investigación penal: Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno.* Primera Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015.

penal por parte de la Fiscalía General de la Nación en el marco de la justicia transicional, y con la creación de la Unidad de Análisis y Contexto de esta misma entidad en el año 2012, a través de la Resolución 1810 de 2012.

Frente a lo anterior, en el sistema de Justicia y Paz creado por la Ley 975 de 2005 se desarrollaron los procesos de aplicación de las metodologías propias de la justicia contextual, al articular la información proporcionada por otras ramas del conocimiento como la historia, la sociología, la antropología, etc., dentro de un marco judicial, esto es, la aplicación de un enfoque netamente interdisciplinario al proceso judicial ²¹.

1.5.El Desvirtuar la Cosa Juzgada ordinaria por medio del reconocimiento de Responsabilidad en el marco de los procesos de Justicia transicional.

La tensión que existe entre los beneficios por los que propende la justicia transicional hacia los perpetradores—so pena del cumplimiento de los estrictos requisitos de materializar su fundamento teleológico determinado en los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición—es sumamente relevante.

Si el proceso de Justicia Transicional parte de la premisa de equilibrar las exigencias de justicia y perdón, la sanción de los máximos responsables, el otorgamiento de perdones y amnistías condicionadas a algunos crímenes y la exigencia de verdad respecto de los hechos que atenten contra la humanidad, la negociación entre el Estado y los agentes participantes en el conflicto armado se torna crucial, como quiera que de ella surgen los mecanismos que pretenden dar cabida a este equilibrio ²².

Como veremos en el capítulo siguiente, el reconocimiento voluntario de responsabilidad se convierte en una figura importante y transversal al momento de satisfacer los fines de la Justicia Transicional. En ese sentido, el deber de los responsables por violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario de proporcionar verdad, se convierte en el marco transicional, en condición necesaria para acceder a los privilegios y concesiones previstas por la justicia transicional y un marco de estricto cumplimiento para el Estado ²³. Sumado a ello, en el marco de transiciones hacia la paz, la verdad:

"...se revela en su expresión más vigorosa y relevante. No solo porque se potencia su significado para el Estado democrático y de derechos y para el debido proceso, sino porque

²¹ Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpaz. "Séptimo Informe del Observatorio Internacional DDR (Desarme, desmovilización y reintegración) - Ley de Justicia y Paz". Madrid, España; Bogotá, Colombia, 2016. http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/documentos/VII_Informe/InformeCITpaxVIIIs.pdf.

²² Uprimny Yepes, Rodrigo, y Luis Manuel Lasso Lozano. "Justicia transicional en perspectiva comparada: Procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano". *Dejusticia*. Bogotá, diciembre de 2005. <https://www.dejusticia.org/justicia-transicional-en-perspectiva-comparada-procesos-transicionales-formas-de-justiciatransicional-y-el-caso-colombiano/>.

²³ Correa, M. (2017). Derecho de acceso a la verdad: Expresión reforzada del derecho de acceso a la información. In M. Correa, A. Giro & G. Barbosa (Eds.), *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición* (pp. 21-130). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

acceder a la verdad adquiere naturaleza de derecho subjetivo y colectivo, con contenidos valorativos diferenciales que lo fortalecen e identifican en su autonomía como norma de derecho" ²⁴.

De esta manera, la satisfacción del derecho, tanto subjetivo como colectivo, a la verdad se articula en equilibrio con la posibilidad de desvirtuar la cosa juzgada como garantía para el sometido.

2. La tensión simbólica y funcional del reconocimiento voluntario de responsabilidad: Los emblemáticos casos de Justicia y Paz y su incidencia en el futuro de la Jurisdicción Especial para la Paz

2.1. La Importancia del reconocimiento de responsabilidad en el Marco de la Justicia transicional y su capacidad de desvirtuar la cosa juzgada ordinaria:

En materia de Derecho Internacional Público se ha consagrado la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos como principio fundamental de las actuaciones que este surta respecto a la población que se encuentre sometida a él ²⁵.

Parte de estas obligaciones se evidencian en materia de justicia transicional como aquellos elementos que "*reconozcan y respeten los derechos de las víctimas y los acusados, de conformidad con las normas internacionales, prestando especial atención a los grupos más afectados por los conflictos y el quebrantamiento del estado de derecho (...)*" ²⁶ y se sintetizan en cuatro grandes categorías: **i)** La satisfacción del derecho a la justicia; **ii)** el derecho a la verdad; **iii)** el derecho a la reparación y; **iv)** la adopción de medidas y garantías de no repetición.

Una de las tantas instituciones e instrumentos tradicionalmente utilizados para lograr materializar las obligaciones mencionadas, es el llamado *reconocimiento de responsabilidad*. En él se le permite al victimario reconocer, ante la autoridad competente, su participación directa o indirecta en el conflicto, lo que en teoría garantiza el derecho inalienable a la verdad y justicia de las víctimas, y permite al procesado adquirir ciertos beneficios por facilitar a las autoridades el desarrollo del proceso y permitir al Estado

²⁴ Correa, M. (2017). Derecho de acceso a la verdad: Expresión reforzada del derecho de acceso a la información. In M. Correa, A. Ciro & G. Barbosa (Eds.), *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición* (pp. 21-130). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

²⁵ María Camila Moreno. Centro Internacional Para la Justicia Transicional. *Amicus Curiae* dentro del proceso de revisión Constitucional del Decreto 588 de 2017. Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Sustanciador Diana Fajardo Rivera, Fecha 10 de mayo de 2017.

²⁶ Informe del Secretario General. "Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 2004. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>. Agosto de 2004.

cumplir con sus obligaciones de esclarecer los hechos relacionados a las violaciones de derechos humanos y de ajusticiar y castigar a los responsables de las mismas ²⁷.

2.2. El Reconocimiento de Responsabilidad como medio para desvirtuar de la cosa juzgada ordinaria

Siguiendo esta línea y respecto al aspecto puntual de cómo el reconocimiento de responsabilidad puede llegar desvirtuar a la cosa juzgada ordinaria es pertinente aludir a la relación entre el fundamento teleológico de la justicia transicional en pro las víctimas, sus derechos a la verdad y la justicia y los beneficios que obtendría el procesado en caso de reconocer su responsabilidad de manera completa, el cual surge de un proceso de negociación.

Respecto al fundamento teleológico de la justicia transicional en pro de las víctimas, Como se trató en el acápite anterior, la justicia transicional y particularmente el reconocimiento de responsabilidad tienen como objetivo cumplir las obligaciones del Estado en materia de verdad y justicia. Esto es gracias al carácter restaurativo que tiene dicho reconocimiento por otorgarle a las víctimas el conocimiento de los hechos sucedidos y otorgarles a las autoridades los insumos para cumplir las obligaciones mencionadas²⁸.

Sobre la relación con los beneficios que obtendría el procesado en caso de reconocer su responsabilidad de manera completa, es pertinente aludir a la obligación general que tiene el Estado de perseguir, investigar y sancionar a quienes cometan crímenes y más aún si dichos crímenes afectan bienes jurídicos tutelados por el Derecho Internacional como lo es el genocidio, la tortura, desaparición forzosa entre otros²⁹. En el marco de la justicia transicional se da un matiz a esta obligación ya que, por ejemplo, se dan leyes de amnistía o indulto respecto de algunas conductas, se otorgan sanciones alternativas frente a otras o se rebajan las penas ordinarias ³⁰. Esto no implica un desconocimiento de la obligación Estatal, si se tiene en cuenta que lo que se busca es incentivar a los responsables a acogerse a la nueva jurisdicción, donde por reconocer su participación y exponer hechos de los que tengan conocimiento obtendrán un beneficio correlativo y proporcional, el cual está sujeto a las reglas y garantías que establezca cada

²⁷ Naciones Unidas. Derechos Humanos. “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Parágrafo 90. A/HRC/24/42”, 2013. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>.

²⁸ Centro Internacional para la Justicia Transicional. *Informe sobre el reconocimiento de responsabilidad y verdad en los procesos de Justicia transicional y Responsabilidad en los casos de Timor Oriental, Perú y Túnez*. Febrero de 2010. <https://www.ictj.org/es/gallery-items/reconocimiento>

²⁹ Ver la Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, Resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otras.

³⁰ Rodrigo Uprimny, Luz Sánchez & Nelson Sánchez. Justicia transicional y proceso de paz en Colombia. *Revistas Aportes DPLF*. Núm. 18. (2013). Pág. 26-27).

ordenamiento, las cuales generalmente son el reconocimiento íntegro, profundo y cabal de los hechos en los cuales se participó o se tenga conocimiento.

Gracias a todo lo anterior es posible justificar que el reconocimiento pleno de responsabilidad se convierta en un medio para que las autoridades competentes desvirtúen la cosa juzgada, ya que la finalidad de la justicia transicional y el sometimiento del ya procesado a estos sistemas a cambio de unos beneficios permite un campo jurídico más propicio para que el reconocimiento de responsabilidad exista.

Si se tiene también en cuenta que la justicia transicional busca esclarecer el porqué de una serie de conductas, tanto en el ámbito macro como particularmente, mientras que el derecho penal ordinario tiene como finalidad únicamente sancionar una infracción cumplida la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad sin prestar una atención exhaustiva a los motivos que originaron la conducta, el desvirtuar la cosa juzgada por medio del reconocimiento de responsabilidad permitirá ulteriormente recomponer el tejido social al darle a la sociedad y opinión pública información sobre lo sucedido en el conflicto.

Pareciera, entonces, que el reconocimiento de responsabilidad se consolida como una figura idónea dentro de los procesos de justicia transicional. Sin embargo, la experiencia del caso de Justicia y Paz ha permitido evidenciar que, tanto en ámbito jurídico como en materia simbólica, existen diversas falencias en su consecución.

El enfrentar a una víctima, cuyos derechos más básicos han sido violados, con el sujeto que lo cometió, muchas veces puede generar tensiones simbólicas dentro del proceso, en concreto, entre las exigencias internacionales que recaen sobre el Estado y los usos y costumbres locales³¹. Por dichas tensiones se hace referencia a cómo los usos o prácticas dentro del proceso de transición hacia la paz y su finalidad pueden verse alteradas en la ejecución material del proceso, es decir, “*se trata de una oposición entre realidad y apariencia, entre manifiesto y latente, entre lo verdaderamente querido y lo otramente aplicado*”³². De lo anterior, resulta clara la necesidad de garantizar un reconocimiento de responsabilidad completo e idóneo dentro del proceso transicional, lo cual se sujeta a una serie de condiciones que se desarrollarán ulteriormente.

2.3. El reconocimiento de responsabilidad en el proceso de Justicia y Paz: Los efectos jurídicos y simbólicos de una justicia transicional mal ejecutada.

La Ley 975 de 2005 consagró en su artículo 17 las denominadas *versiones libres*, como instrumento para el reconocimiento voluntario de responsabilidad. Allí, los

³¹ Shaw, Rosalinda, Lars Waldorf, y Pierre Hazan. *Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mass Violence*. Stanford University Press - Stanford Studies in Human Rights, 2010. Pág. 4-26.

³² Hassemer, Winfried, “*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*” en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, (1995), pp. 23-36.

miembros del grupo armado al margen de la ley, previa verificación de los requisitos legales por parte del Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación, rendirán una declaración ante el Fiscal encargado respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que haya participado sobre hechos delictivos con ocasión al conflicto y su pertenencia al grupo armado ilegal.

La declaración, como presupone la ley, deberá realizarse con la presencia de un defensor, y de ella se determinará si la Fiscalía inicia o no una investigación. Finalmente, y culminado el programa metodológico formulado por la Fiscalía, el desmovilizado se dejará a disposición del magistrado que ejerza función de control de garantías, para que éste decida sobre la imposición de una medida de aseguramiento y, posteriormente, se da la diligencia de audiencia de formulación de imputación. De ser procedente (y generalmente lo es), el desmovilizado obtendrá una serie de beneficios por cuenta de la aceptación de la práctica de la versión libre. Estos beneficios serán consistirán en una pena alternativa, rebajas y demás subrogados penales³³.

El fundamento del sistema de Justicia y Paz es el *principio de alternatividad*³⁴ que permite a los desmovilizados obtener, previo cumplimiento de los requisitos legales, la sustitución punitiva respecto de delitos graves que haya cometido en razón a su pertenencia a un grupo desmovilizado³⁵. La jurisprudencia constitucional determinó que, fuera de los requisitos legales, el remplazo de la pena debe estar sometido a la consecución de la paz, la justicia, reparación de víctimas y resocialización³⁶. Si bien pareciera que las exigencias respecto de la práctica de las *versiones libres* son altas, en la práctica se evidencian problemas de índole jurídico y simbólico.

En materia jurídica, el marco normativo de la Ley 975 de 2005 le otorga un gran peso a la *versión libre*, por constituir fundamentalmente el punto de partida de la investigación que se procura realizar. De lo dicho en las ellas depende “*que todas las etapas procesales subsiguientes, así como el aporte que desde el sistema penal se puede*

³³ Colombia. Artículo 29 y siguientes de la Ley 975 de 2005. “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.*” Publicada en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

³⁴ La Corte en reiterada Jurisprudencia ha entendido a este principio como: “*suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que, en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor (...). En la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria, y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la de alternatividad penal adoptado en la ley 975 de 2005 la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúne los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado*” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C370 de 2006, consideración 6.2.1.4. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, de 18 de mayo de 2006).

³⁵ Comisión Colombiana de Juristas. “Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas”. Bogotá, 2007.

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/annotaciones_sobre_la_ley_de_justicia_y_paz.pdf.

³⁶ Óp., Cit. considerando 6.2.1.5.1.

hacer a la construcción de la paz, dependen en buena medida de la forma como efectivamente se lleve a cabo este tipo de diligencias”³⁷.

Lo anterior, es evidencia de lo que doctrinariamente se ha catalogado como la concepción de un *modelo procesal en pro del victimario*. El sistema pareciera estar diseñado para que el procesado obtenga los beneficios sin cumplir los requisitos de reconocimiento, verdad y reparación al no esclarecer los hechos sistemáticos de su actuación dentro del conflicto.

Un ejemplo, es que la Ley 975, al darle un valor tan alto a la versión libre, excluye elementos cruciales como la responsabilidad de otros individuos, el contexto de la violación de derechos humanos y la sistematicidad de esta. La Corte Constitucional reconoció esta problemática y dijo: *“la ley demandada no establece claramente los mecanismos judiciales necesarios y suficientes para que pueda esclarecerse el fenómeno macro criminal”³⁸.*

Otro aspecto que permitió al procesado asumir el papel preponderante dentro del proceso fue que la diligencia se realizaba ante un fiscal, por lo que no había posibilidad de contradicción por parte de las víctimas o sus representantes³⁹. Sobre este particular aspecto y su impacto en materia simbólica hablaremos más adelante. La consecuencia pareciera ser que este sistema se acerca más a la averiguación de la verdad basado en los incentivos al victimario, que a uno encaminado a la verdad probatoria en función de las víctimas⁴⁰.

Igualmente, se encuentra el carácter eficientista y personalista del sistema de Justicia y Paz⁴¹. El primero, hace referencia a la búsqueda de un volumen de decisiones condenatorias de manera expedita frente a las investigaciones de fondo sobre los hechos ocurridos: la Fiscalía procura la finitud de una serie de casos, sin relación alguna, los cuales surgen de la confesión de un individuo. No se persigue el esclarecimiento de la verdad,

³⁷ Aponte Cardona, Alejandro. “El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional”. Bogotá, 2011. [http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ_CITpax_Observatorio](http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL_PROCESO_PENAL_ESPECIAL_DE_JUSTICIA_Y_PAZ_CITpax_Observatorio) Pág. 86-266.

³⁸ Óp. cit., considerando 6.2.2.1.7.14.

³⁹ Colombia. Artículo 17 de la Ley 975 de 2005. *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.”* Publicada en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ La corriente del eficientismo es entendida como la *“(…) producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas”*. Cita extraída de Aponte, Alejandro. *“El Derecho penal en una perspectiva de Paz: De la tensión entre el “eficientísimo” y garantismo en el caso colombiano”* Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Santiago de Chile. <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/663.pdf>.

sino que se buscan meras responsabilidades penales incentivando al excombatiente a colaborar ⁴².

Sin embargo, este punto nunca se cumplió, como quiera que para el 2014, de los 4.237 miembros de las AUC que fueron postulados por el Gobierno Nacional, solo se le ha culminado el proceso a un 0.21%, por medio de un fallo de segunda instancia⁴³. En materia simbólica, se encontró que lo que se buscaba de las *versiones libres*, más allá de un esclarecimiento a la verdad, era una declaración que confirmara los hechos que se tuvieran en conocimiento, además de una manifestación expresa de acogerse al proceso y obtener los beneficios establecidos en la ley ⁴⁴.

El carácter simbólico que formalmente se buscaba con dicha institución era el establecer un espacio en el cual, tanto la víctima como el victimario, aclararan la muerte y desaparición de sus seres queridos, concepto que no se alejaría de lo que se puede llamar “verdad” dentro del proceso y lo que presupone la justicia transicional como uno de sus fines.

Lo que en realidad pasó con este intento de mediación – en el marco de una justicia restaurativa – llevó a las víctimas a una situación en la cual no obtenían mayor esclarecimiento de la verdad que reclamaban en el proceso. El Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) aludió a lo anterior:

“Cuando empezaron las versiones a finales de 2006, y durante los procesos judiciales, las víctimas tendrían que vérselas con la desequilibrada posición de los victimarios en el marco del proceso. La debilidad del proceso mismo, que se hizo evidente ante la palpable capacidad de los comandantes desmovilizados para manipular la verdad sobre los hechos que se les atribuían; mientras que las víctimas buscaban que se supiera toda la verdad y que se revivificara el nombre de sus allegados (...)” ⁴⁵

La misma institución ha denominado a esta situación de las víctimas como una verdad caleidoscópica, debido a una “ausencia de verdad y ausencia de búsqueda” ⁴⁸. La libertad con la que contaban los versionados en el momento de rendir su declaración, llevaba a que fueran ellos quienes se tomaran las audiencias, girando estas en torno a los

⁴² Aponte Cardona, Alejandro. “el proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional”. Bogotá, 2011. http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL_PROCESO_PENAL_ESPECIAL_DE_JUSTICIA_Y_PAZ_CITpax_Observatorio.pdf. Págs. 156-161.

⁴³ González Posso, Camilo. “Ley 975: Ocho años después, ni justicia ni paz”. INDEPAZ, 2014. <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2014/02/LEY-975veredicto.pdf>.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-752 de 2013 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez, 30 de octubre de 2013).

⁴⁵ Centro Nacional de Memoria Histórica. “Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?” Bogotá, 2015. Pág. 221. ⁴⁸ Correa Henao, Magdalena. “Derecho de acceso a la verdad: Expresión reforzada del derecho a la información”. En *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición, Colección Ejército, institucionalidad y sociedad.*, 21–130. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. Pág. 221.

hechos que ellos consideraban “verdad”, dejando a un lado la posibilidad de las víctimas de formular narrativas respecto a lo dicho por los procesados.

Las llamadas *representaciones confesionales*, como lo era la versión libre, contribuyeron a aumentar el poder que tenían los perpetradores sobre la forma de recordar el pasado gracias a la inexactitud de las mismas, culminando más en la justificación de sus actos que en la vocación de la verdad sobre la violencia ocurrida⁴⁶.

Por otra parte, al ser la primera etapa del proceso, esta imposibilita ubicar hechos dentro de la historia del conflicto armado, pues ante la inexistencia de una dimensión social que hiciera visible del sufrimiento humano dentro del proceso, lo que las víctimas pedían se perdía en el desarrollo de este, pues la institución de “versión libre” es un espacio invisible que se dilucida con la dinámica de esta⁴⁷.

La consecuencia de las problemáticas jurídicas y simbólicas, en materia de reconocimiento voluntario de la verdad, fue que los procesados asumieran el control de la diligencia, colocando a la víctima en un estado de indefensión mayor e incumpliendo las exigencias de verdad sobre la cual debía versar su participación en el proceso. Igualmente, no podemos tampoco decir que Justicia y Paz fue un fracaso absoluto. Lo acontecido en las versiones libres permitió a muchas víctimas identificar los lugares donde reposaban los restos de sus familiares⁴⁸.

2.4.El reconocimiento de responsabilidad en la JEP:

Para poder acceder a los beneficios que ofrece la JEP, es necesario que se cumplan ciertos requisitos que, si bien se han determinado con base en el reconocimiento de responsabilidad, no se han establecido unos parámetros concretos que indiquen cuándo se entiende cumplido dicho reconocimiento y cuándo no. Al respecto, se dispone en el artículo transitorio 5 en el inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2017 lo siguiente:

“Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es necesario aportar verdad plena, (...). Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las

⁴⁶ Payne, Leigh. *Testimonios Perturbadores. Ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*. Primera Ed. Bogotá: Universidad de los Andes (2009)

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Para el 2010, gracias a la información dada en los procesos de Justicia y Paz se habían encontrado un total de 2.791 fosas comunes, culminando con la exhumación de 3.299 cadáveres, de los cuales 973 fueron entregados a sus familiares. Esta información fue extraída de: German Darío Valencia Agudelo & Carlos Alberto Mejía. *Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro*. Revista perfil de coyuntura económica. No. 15. Universidad de Antioquia. (2010) Pág. 59-77.

víctimas. Quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema, perderá el tratamiento especial de justicia."

En ese sentido, los requisitos para poder hacer parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), se resumen al aporte de la verdad plena, la reparación a las víctimas, y dar garantías de no repetición. **Tal como se especifica, no se trata de cualquier tipo de verdad, sino aquella que permita realmente cumplir con los fines principales de este sistema, de manera que se proteja a la víctima y a la comunidad.** Además, relacionando lo dicho anteriormente con los objetivos del Derecho Penal Internacional, se puede observar que los agresores al reconocer la verdad y la responsabilidad conllevan a contribuir al restablecimiento y mantenimiento de la paz, puesto que al exponer la verdad las sociedades son capaces de prevenir la repetición de sucesos similares.

En este orden de ideas, existe la posibilidad de que muchos agentes que hacían parte de los grupos participantes del conflicto armado, que ya han sido juzgados y condenados por delitos cometidos con ocasión de este, quieran acceder a los beneficios de la JEP. El presente caso está, igualmente, contemplado en el Acto Legislativo 01 del 2017, en el artículo 10 transitorio, y propone unos estándares adicionales a los tres ya mencionados para poder aplicar al sistema, los cuales son: **i)** que haya una variación en la calificación jurídica; **ii)** que aparezcan nuevos hechos; **iii)** que surjan nuevas pruebas que no se hayan podido conocer al momento de la condena.

Complementando lo anterior, el artículo siguiente establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en el caso en que proceda la renuncia a la persecución penal, decidirá lo correspondiente a la sanción aplicable, si se mantiene la decisión de la jurisdicción ordinaria o si hay lugar a sustituirla por una sanción alternativa de la Jurisdicción Especial para la Paz. En la hipótesis en que se dé lugar a la sustitución de la sanción, el condenado debe reconocer la *"verdad completa, detallada y exhaustiva, dependiendo del momento en el que efectúe tal reconocimiento, y siempre que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición."*⁴⁹. Es decir que, si el condenado no cumple con estos requisitos, no tendrá la oportunidad de que se le sustituya la condena anterior por una correspondiente a la JEP.

De igual manera, el artículo transitorio 12 del mismo acto legislativo, sostiene que es necesario un fundamento probatorio que soporte dicho reconocimiento y todo aquello que afirme el condenado, teniendo en cuenta que, a su vez, dependiendo del grado de reconocimiento que se evidencie se decidirá la sanción. En el momento en el que se decide que no le aplican al condenado los beneficios del sistema, es cuando opera

⁴⁹ Colombia. Artículo transitorio 11 del Acto Legislativo 021 de 2017. *"Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera"* 04 de abril de 2017. D.O: 50196.

el principio de la *cosa juzgada*. Esto implica que únicamente se podrá desactivar la aplicación de dicho principio si se cumplen los requisitos que se han traído de presente y los casos en los que es posible considerarlo. No obstante, es claro que el Acto Legislativo en cuestión no propone unos criterios determinados que permitan saber con alto grado de certeza el umbral de ese reconocimiento para poder tomar una decisión acertada respecto de la aplicación de los beneficios de la JEP al condenado, o si debe respetarse la cosa juzgada.

3. Conclusiones: ¿Cómo se puede garantizar un reconocimiento de verdad y responsabilidad que permita desvirtuar la cosa juzgada en el marco constitucional?

De acuerdo con lo analizado a lo largo del presente escrito, y al retomar el punto central del argumento aquí desarrollado, la posibilidad de desvirtuar la cosa juzgada, en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, subyacente a las decisiones adoptadas por la justicia ordinaria, junto con los tratamientos penales especiales y diferenciados que se otorgarán en dicha jurisdicción transicional, **radica en el reconocimiento pleno y exhaustivo de responsabilidad y verdad por parte de quienes se sometan a ella.**

Así las cosas, y en consideración al proceso de reconocimiento de responsabilidad y verdad llevado a cabo en el proceso de Justicia y Paz, la cuestión que se debe abordar es en qué medida es posible considerar que un sometido ha proporcionado un reconocimiento pleno y exhaustivo de responsabilidad y verdad que permita desvirtuar la cosa juzgada.

Un factor que se deberá tener en cuenta en el proceso de reconocimiento de responsabilidad es el aporte del sometido a la reconstrucción del contexto que dio pie al conflicto armado; es decir, que su comparecencia ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, a juicio de dicha sala, permita dar cuenta del conjunto de condiciones políticas, sociales y económicas que alimentan los ciclos de violencia sistemática y cuya desarticulación permitiría desactivar las estructuras criminales que allí se han producido, al responder así a la ya expuesta naturaleza de la justicia contextual.

Ahora bien, si se tiene en cuenta la experiencia vivida en el proceso de Justicia y Paz, otro factor que se debe considerar es la necesidad de que, en la práctica del proceso de reconocimiento de responsabilidad y verdad, no se menoscaben los derechos de las víctimas y la vocación restaurativa que tiene este tipo de justicia. En concreto, la justicia restaurativa procura la participación amplia y efectiva de las víctimas en el proceso penal, aún con mayor profundidad en el caso de la justicia transicional donde, como ya se ha dicho, el factor sancionatorio le da su lugar principal al componente restaurativo como eje del proceso.

En ese sentido, el Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (en proceso de revisión constitucional), en su artículo 4° dispuso el establecimiento de la denominada justicia prospectiva. La cual tiene la finalidad de facilitar la terminación del conflicto armado desde el paradigma orientador de la justicia restaurativa y la materialización de los derechos de las víctimas en aras de que se restablezcan las relaciones sociales y se genere un mejor campo para la garantía de derechos de en las generaciones futuras⁵⁰.

La misma norma en su artículo 14 consagró la participación efectiva de las víctimas, donde se les dará el carácter de intervinientes especiales con base en estándares nacionales e internacionales en materia de garantías procesales, sustanciales y probatorias entre otros derechos aplicables⁵¹.

Ahora bien, en torno a los derechos de las víctimas, el artículo 15 del mencionado Proyecto de Ley Estatutaria, establece para el caso de las víctimas, que:

“h. En los casos en que haya reconocimiento de verdad y responsabilidad, las Salas podrán llevar a cabo audiencias públicas en presencia de víctimas individuales o colectivas afectadas con la o las conductas, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito. En los casos de reconocimiento escrito, deberá entregárseles copia del mismo a las víctimas directas y se les dará la debida publicidad en concertación con estas, conforme las normas de procedimiento.”

Para efectos de evidenciar lo anterior y teniendo en cuenta lo acontecido en la práctica de las llamadas *versiones libres*, la participación de las víctimas terminó generando una serie de tensiones—tanto jurídicas como simbólicas—que han sido registradas por instituciones como el CNMH, donde el deber de reparar por medio de la verdad se incumple total o parcialmente, pero las personas acogidas en dicha jurisdicción, en muchos de estos casos y pese a haber incumplido con el presupuesto de esclarecer la totalidad de los hechos donde hayan participado o tuvieren conocimiento, obtuvieron los beneficios que esta normatividad les establece.

Teniendo en cuenta el carácter eficientista que socialmente se le impuso a *Justicia y Paz*, impidiendo el contraste de los hechos aducidos en la diligencia de *versiones libres*, terminó impidiendo que surgiera la verdad a la luz, incumpliendo el mandato otorgado

⁵⁰ **“ARTÍCULO 4. JUSTICIA PROSPECTIVA.** *Con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, la garantía de los derechos de las víctimas y la no repetición, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará como paradigma orientador la justicia restaurativa que busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.”*

⁵¹ **“ARTÍCULO 14. PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS.** *Las normas de procedimiento de la JEP contemplarán la participación efectiva de las víctimas en las actuaciones de esta jurisdicción conforme lo contemplado en el artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017 y como mínimo con los derechos que da la calidad de interviniente especial según los estándares nacionales e internacionales sobre garantías procesales, sustanciales, probatorias, acceso a un recurso judicial efectivo y demás derechos aplicables. (...)*”

por la Corte Constitucional en la jurisprudencia que analizó la exequibilidad de dicha norma⁵².

Si bien en la normatividad previamente citada se establece la posibilidad de que la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas convoque a audiencias públicas donde participen las víctimas como intervinientes individuales o colectivos, se considera necesaria en **todo escenario**, para efectos de un contraste efectivo de la información otorgada, la participación de las víctimas y la consecuente producción de los efectos simbólicos que se derivan del lugar privilegiado que bajo estas premisas se le otorga a las víctimas en el proceso transicional.

Finalmente, si se tiene en cuenta que para poder desvirtuar la cosa juzgada ordinaria por medio del reconocimiento voluntario de responsabilidad se debe cumplir el mencionado mandato de esclarecimiento de todos los hechos de los cuales haya participado o tenido conocimiento el sometido, la participación obligatoria y directa de las víctimas se configura como un medio idóneo para materializar este precepto.

Solo queda procurar que el legislador y los operadores jurídicos involucrados tengan en cuenta estos elementos para efectos de crear un sistema que permita reconstruir el tejido social de la nación y concrete los presupuestos de verdad que tan anheladamente han buscado las víctimas del conflicto armado que ha sufrido Colombia en los últimos 50 años.

Bibliografía

Aponte Cardona, Alejandro. "el proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional". Bogotá, 2011. [http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ_CITpax_Observatorio.pdf](http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL_PROCESO_PENAL_ESPECIAL_DE_JUSTICIA_Y_PAZ_CITpax_Observatorio.pdf).

Bernal Pulido, Carlos, y Gerardo Barbosa Castillo. *El análisis de contexto en la investigación penal: Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Primera Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo. *La cooperación procesal de los Estados en la Corte Penal Internacional*. Primera Ed. Barcelona: Editorial Atelier, 2008.

C. Desalvo, Stephen. "Invalidatind Issue Preclusion: Rethinking Preclusion in the Patent Context". *University of Pennsylvania Law Review* 165, núm. 706–739 (2017).

⁵² Específicamente se hace referencia a la sentencia C-370 de 2006, citada a lo largo del trabajo y donde se establece que el otorgamiento del beneficio de la alternatividad está ligado al goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación no repetición.

Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpaz. "Séptimo Informe del Observatorio Internacional DDR (Desarme, desmovilización y reintegración) - Ley de Justicia y Paz". Madrid, España; Bogotá, Colombia, 2016.

http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/documentos/VII_Informe/InformeCITpa xVIIIs.pdf.

Centro Nacional de Memoria Histórica. "Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?" Bogotá, 2015.

Chacón Mata, Alfonso. "La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Implicaciones para el Estado de Derecho Contemporáneo". *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* 18, núm. 35 (2015): 169–88.

Comisión Colombiana de Juristas. "Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas". Bogotá, 2007.

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/anotaciones_sobre_la_ley_de_justicia_y_paz.pdf.

Correa Henao, Magdalena. "Derecho de acceso a la verdad: Expresión reforzada del derecho a la información". En *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición, Colección Ejército, institucionalidad y sociedad.*, 21–130. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Cote-Barco, Gustavo Emilio. "Responsabilidad Del Superior Jerárquico Y Responsabilidad Penal Por Omisión De Miembros De La Fuerza Pública En Colombia: ¿Convergencia Entre El Derecho Penal Nacional E Internacional?" *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14, núm. 28 (2017): 49–112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-28.rsjr>.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Tercera Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

Faraldo Cabana, Patricia. "La responsabilidad por mando en el estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español". En *Derecho Penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, 67–94. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2012.

Fernández Rodríguez, Fernando. "Teoría de juegos: análisis matemático de conflictos". *SCTM05: Sociedad, ciencia, tecnología y matemáticas*, 2005, 17. <https://imarrero.webs.ull.es/sctm05/modulo1lp/5/ffernandez.pdf>.

Gómez-Jara Díez, Carlos. "La responsabilidad penal del Compliance Officer". s/f. <http://www.fundacionareces.tv/watch/responsabilidadpenal?as=56754b75a8c7fb4b318b456b>.

González Posso, Camilo. "Ley 975: Ocho años después, ni justicia ni paz". INDEPAZ, 2014. <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2014/02/LEY-975veredicto.pdf>.

Hassemer, Winfried. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". En *Pena y Estado*, Primera Ed., 23–36. Editorial Jurídica Conosur, 1995.

Henckaerts, Jean-Marie, y Louise Doswald-Beck. *Customary International Law*. Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Informe del Secretario General. "Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 2004. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

Jakobs, Günther. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?"

En *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, editado por Eduardo Montealegre Lynett, Primera Ed., 40–56. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003.

Luhmann, Niklas. *Law as a social system*. Editado por Klaus Ziegert, Fatima Kastner, y Richard Nobles. Primera ed. Nueva York: Oxford University Press - Oxford socio-legal studies, 2008.

Mancuso, Enrico María. "Cosa juzgada penal, verdad procesal y verdad material". *Justicia Juris*, núm. 2 (2015): 461–78.

Moreno, María Camila, y Centro Internacional para la Justicia Transicional. "Amicus Curiae dentro del proceso de revisión Constitucional del Decreto 588 de 2017 frente a la Corte Constitucional de Colombia", 2017.

Naciones Unidas. Derechos Humanos. "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. A/HRC/24/42", 2013. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>.

Naqvi, Yasmin. "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿Realidad o ficción?" *International Review of the Red Cross* 862 (2006): 33. https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf.

Nattan, Nisimblat. "La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio de estoppel en el derecho anglosajón". *Vniversitas*, núm. 118 (s/f): 247 a 271.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. "Más información sobre la OCDE", 2018.

https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm#como_dvt.

Payne, Leigh. *Testimonios Perturbadores. Ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*. Primera Ed. Bogotá: Universidad de los Andes, s/f.

Roxin, Claus. "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität". En *Festschrift für Gerald Grünwald: zum siebzigsten Geburtstag*, editado por Erich Sambon, Friederich Dencker, Peter Frisch, Helmut Frister, y Wolfram Reib, 1999.

Roxin, Claus. "¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?" En *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, editado por Montealegre Lynettm Eduardo, Primera Ed., 63. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Rudolphi, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Editado por Claudia López Díaz y Eduardo Montealegre Lynett. Primera ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Selaghati, Leora. "Claim Preclusion". *Journal Legal Advoc. y Prac.* 3, núm. 178 (2001): 178–84.

Shaw, Rosalinda, Lars Waldorf, y Pierre Hazan. *Localizing Transitional Justice . Interventions and Priorities after Mass Violence*. Stanford University Press - Stanford Studies in Human Rights, 2010.

Stewart, James G. "A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory". *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2013. <https://doi.org/10.1525/nclr.2013.16.2.261>.

Uprimny Yepes, Rodrigo, y Luis Manuel Lasso Lozano. "Justicia transicional en perspectiva comparada: Procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano". *Dejusticia*. Bogotá, diciembre de 2005. <https://www.dejusticia.org/justicia-transicional-enperspectiva-comparada-procesos-transicionales-formas-de-justicia-transicional-y-el-casocolombiano/>.

Valencia Agudelo, Germán Darío, y Carlos Alberto Mejía Walker. "Ley de justicia y paz, un balance de su primer lustro". *Perfil de Coyuntura Económica - Universidad de Antioquia* 15 (2010): 59–77.

Zugaldía Espinar, José Miguel. "Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'". *Cuadernos de política criminal* 11 (1980): 67–88. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48881>.