

INTRODUCCIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA
JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS
LAURA QUIJANO ORTIZ

Prólogo de KAI AMBOS
Presentación por SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI



Universidad del
Rosario

tirant lo blanch
Bogotá, D.C., 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/co/

Castro Cuenca, Carlos Guillermo

Introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz / Carlos Guillermo Castro Cuenca, Juan Ramón Martínez Vargas, Laura Quijano Ortiz. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Tirant lo Blanch, 2021.

500 páginas. Incluye referencias bibliográficas.

1. Jurisdicción especial para la paz – Colombia. 2. Justicia transicional – Aspectos jurídicos. 3. Construcción de paz – Aspectos constitucionales – Colombia. 4. Reparación (Justicia penal). I. Universidad del Rosario. II. Tirant lo Blanch III. Título.

345.86105046

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. CRAI

© Carlos Guillermo Castro Cuenca
Juan Ramón Martínez Vargas
Laura Quijano Ortiz

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
Calle 11 # 2-16, Bogotá D.C
Telf. 4660171
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.com/co/
ISBN: 978-84-1378-763-3
MAQUETA: Innovatext

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501
Tel.: (57-1) 2970200, ext. 3113
Bogotá, Colombia
<https://editorial.urosario.edu.co/>

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

COLECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTORES

JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS
JUAN CARLOS SAINZ BORGÓ

COMITÉ EDITORIAL

LUIS ALMAGRO
SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI
JOAQUÍN GONZÁLEZ IBÁÑEZ
CLAUDIO GROSSMAN GUILLOFF
GERARDO DE ICAZA
WAGNER MENEZES
HUMBERTO SIERRA PORTO
SYLVIA STEINER
ANTONIA URREJOLA NOGUERA

Este texto tiene un carácter netamente académico e introductorio. Las opiniones expresadas en él no comprometen posiciones judiciales ni representan posturas oficiales de la Jurisdicción Especial para la Paz. Así mismo, la obra refiere los desarrollos actuales de la jurisprudencia que, por su carácter dinámico, continuarán en permanente evolución.

PRÓLOGO*

I.

La denominada *Transitional Justice* (TJ) o Justicia Transicional (JT) es un área investigativa y política surgida en la década de los años 1990,¹ que se ocupa de la “justicia” en situaciones de posconflic-

* Texto originalmente escrito en alemán, versión en español a cargo de Carlos Guillermo Castro y Gustavo Urquizo; revisión del autor.

¹ En todo caso, el término “Transitional Justice” podría haber sido acuñado en gran parte por Ruti Teitel (Ver R. Teitel, *International Journal of Transitional Justice* 2 (2008), p. 1: ‘Transitional justice’ is an expression I coined in 1991 at the time of the Soviet collapse and on the heels of the late 1980’s Latin American transitions to democracy” (“Justicia Transicional es una expresión que yo acuñé en 1991 en la época del colapso soviético e inmediatamente después de las transiciones latinoamericanas a la democracia de finales de los años 1980”)). En P. Arthur, “How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly* 31 (2009), p. 321 (327 ss.) se aborda a profundidad la historia de este término. Una búsqueda del término permite remontarse a un artículo de la periodista Mary Jo Palumbo sobre la Conferencia de la Fundación Charter 77 en Salzburgo publicado en el *Boston Herald* el 5 de abril 1992. Sin embargo, también que con anterioridad a este evento sus organizadoras y asesoras, entre ellas Ruti Teitel (p. 329 s.), ya habían trabajado con el término. Además, a principios de la década de los noventa, el término también habría sido utilizado independientemente de la Charter 77 (p. 329 s.): de hecho, la siguiente descripción, procedente de J.E. Corradi, “Toward Societies without Fear”, en: *Fear at the Edge. State Terror and Resistance in Latin America*, University of California Press, Berkely, 1992, p. 267 (285 s.), encaja absolutamente en el discurso posterior: “Transitional justice is both more and less than ordinary justice. It is more because it aims beyond the simple ordering of human relations: it seeks to achieve moral and political regeneration. It is less than ordinary justice because it is subject to serious irregularities, it is a political formula for the formal elimination of a scapegoat, it is imbued with problematic judgments by the power holders of the moment on the qualities and policies of their predecessors, and it is a constitutive act of a new regime” (“Justicia transicional es al mismo tiempo más y menos que la justicia ordinaria. Es más, porque apunta más allá de la simple regulación de las conductas humanas: busca lograr la regeneración moral y política. Es menos que la justicia ordinaria porque está sujeta a graves irregularidades, es una fórmula política para la eliminación for-

to (tras un cambio de régimen o sistema) o de conflictos en curso². En ese contexto, el concepto de “justicia” ha de ser entendido en sentido amplio –como “un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos”³– e incluye expresamente medidas no penales como comisiones de la verdad, así como sanciones alternativas y tradicionales y mecanismos de solución de conflictos.⁴ En

mal de un chivo expiatorio, está imbuida de juicios problemáticos por parte de los detentadores del poder del momento sobre las cualidades y políticas de sus predecesores y es un acto constitutivo de un nuevo régimen”). Probablemente, el creador o creadora del término JT no puede ser identificado con certeza (cfr. también G. Werle/M. Vormbaum (eds.), *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Springer, Berlin, 2018, p. 3 con referencias adicionales). No obstante, parece seguro que a Kritz (editor), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Tres volúmenes, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995 se le puede otorgar el mérito de difundir en gran parte su aceptación (en esto coinciden también Werle/Vormbaum obra citada); en contra G. Werle/F. Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 5ª edición, 2020, nota 639 en nm. 286, alegando que el término “Transitional Justice” fue utilizado por primera vez por Kritz) – En el debate paralelo en idioma alemán se ha utilizado por mucho tiempo la expresión „*Vergangenheitsaufarbeitung*“ o „*Vergangenheitsbewältigung*“ (que puede traducirse, no sin dificultades, como “superación del pasado”), cfr. A. Eser/U. Sieber/J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Bände 1-14, Duncker & Humblot, Berlin, 2000-2012.

² K. Ambos, en *el mismo*/J. Large/M. Wierda (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin, 2009, p. 19 ss.; en español: *el mismo*, El marco jurídico de la justicia de transición, Temis, Bogotá, 2008.

³ ONU, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General, S/2004/616, 23.8.2004, párr. 7. Hay que resaltar que “justicia” en este contexto no debe ser traducida como justicia retributiva o punitiva (Teitel (nota 1)), 4; K. Ambos, en: *el mismo*, et al. (nota 2), p. 22 ss.

⁴ ONU, Consejo de Seguridad, nota 3, párr. 7 (“traditional dispute resolution mechanisms ... equally relevant” (“los métodos tradicionales de solución de controversias son igualmente pertinentes”)); en detalle sobre las formas de “Justicia Transicional local” que pueden ir desde los rituales de solución de controversias (Timor Oriental) hasta la actuación de Curanderos-Magamba en Mozambique L. Waldorf, “Expanding transitional justice”, en: *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London, 2ª edición, 2020, Capítulo 14; también J. Pozen/R. Neugebauer/J. Ntaganira, “Assessing the Rwanda Experiment: Popular Perceptions of *Gacaca* in Its Final Phase”, *International Journal of Transitional Justice* 8 (2014), p. 31 ss. sobre los Tribunales Locales Gacaca.

última instancia, contempla un repertorio de medidas (*toolbox*), en parte ya aplicadas, p.ej., en el marco de la persecución de los crímenes nacionalsocialistas⁵, las cuales deberían ser aplicadas (y adaptadas al máximo) a la respectiva situación de JT, para lograr así una transición fluida y al mismo tiempo respetuosa del Derecho Internacional.⁶ Aunque las pretensiones de administrar justicia y generar paz están relacionadas entre sí,⁷ una Justicia orientada esencialmente a una persecución jurídico-penal puede afectar negativamente un proceso de paz en curso.⁸

En este contexto, una pregunta central es en qué medida debe acudirse a (y puede utilizarse de modo legalmente permitido) mecanismos de renuncia a la persecución penal, en especial, la amnistía.

⁵ Cfr. en particular sobre la “desnazificación” altamente diferenciada, pero sólo parcialmente exitosa en Alemania M. Görtemaker/ C. Safferling, *Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, C.H. Beck, München, 2016, p. 63 ss.

⁶ Cfr. E.A. Posner/ A. Vermeule, “Transitional Justice as Ordinary Justice”, *Harvard Law Review* 117 (2004), p. 762 (766); L.E. Fletcher/H.M. Weinstein/J. Rowen, “Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective”, *Human Rights Quarterly* 31 (2009), p. 163 (170); para un análisis diferenciado de la pregunta de hasta qué punto puede aplicarse el concepto de “jus post bellum” en la interpretación del Derecho Penal Internacional en los procesos de transición en general y concretamente en Colombia, véase J.S. Eskauriatza, “The *jus post bellum* as ‘integrity’ – Transitional criminal justice, the ICC, and the Colombian amnesty law”, *Leiden Journal of International Law* 33 (2020), p. 189 ss.; finalmente, Werle/Vormbaum (nota 2), p. 6 ss. con referencias adicionales.

⁷ Esto es sobreenfatizado por H. Vest, “Aktuelle Transitionsforschung und Transitionsstrafrecht”, *JuristenZeitung* (‘JZ’) 1 (2019), p. 26 (27): La relación entre justicia y paz sería “en ocasiones, lamentablemente concebida como antagonismo aporético” (“*leider mitunter als aporetischer Gegensatz begriffen*”).

⁸ K. Ambos, en: K. Ambos et al. (nota 2), p. 19 (23); Werle/Vormbaum (nota 1), p. 31; Cfr. también A. Mihr, en: *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, London, 2. edición, 2020, Capítulo 1, y R. Teitel, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003), 69 (81 ss.); P. Galaín Palermo, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (‘ZStW’) 125 (2013), p. 379 (385) señala que habría “que oscilar entre una política realista (formas de perdón y olvido, que caracterizan los procesos de transición) y los requerimientos de la justicia” (“*zwischen einer Realpolitik (Formen der Vergebung und des Vergessens, die die Übergangsprozesse charakterisieren) und den Erfordernissen der Gerechtigkeit hin und her zu pendeln*”).

Aunque, como se explicó en otra parte,⁹ actualmente existe al menos una respuesta relativamente clara a los límites de la admisibilidad legal (internacional) de las amnistías, la cuestión referida a la medida en la que ha de recurrirse a una amnistía (y/u otras herramientas) en el marco de un proceso de JT constituye una cuestión empírica. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la investigación empírica de los efectos de la JT requiere de enfoques interdisciplinarios complejos y que los resultados disponibles son inconsistentes.¹⁰ Aquí podría ser conveniente centrarse en la “eficiencia” del “mecanismo” respectivo, como una ley de amnistía, y, luego, preguntarse si éste se encuentra diseñado y (puede ser) implementado de tal forma que al menos se integre apropiadamente en el concepto de JT.¹¹

II.

En lo que respecta al proceso de JT en Colombia, los autores de esta obra señalan correctamente, que su componente de justicia, a saber, la JEP, es un “modelo de justicia muy particular” (Introducción, p. 31). Sin embargo, esto y la afirmación de que a través del Acuerdo Final de Paz se ha creado “un sistema de justicia muy estructurado” (Introducción, p. 32) constituye un eufemismo. La realidad es que – y esta apreciación se basa en mi experiencia laboral de más de 30 años

⁹ K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2da ed. 2021, p. 543 ss.; *el mismo*, en: K. Ambos et al. (nota 2), p. 19 (55–62); en español: K. Ambos, *Marco jurídico* (nota 2), p. 1 ss. (35).

¹⁰ Cfr. K. Ambos, “Efficiency of Transitional Justice”, en: L. Stahn/N. Nedelsky, *Encyclopedia of Transitional Justice*, Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 175 (179). De modo general sobre la eficiencia de la JT K. Ambos, “Evaluando la eficiencia de la Justicia Transicional” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (‘ZIS’) 9 (2015), p. 468 ss., disponible en http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_9_947.pdf (consultado por última vez el 06.04.2021).

¹¹ Esto presupone que la ley en cuestión (o su implementación) lleve a resultados identificables que con un esfuerzo razonable conducen a los respectivos objetivos del proceso de JT. Cfr. K. Ambos (nota 10), p. 175 (175). Sobre la diferenciación entre ‘eficacia’ y ‘eficiencia’ procedente de las ciencias económicas: *el mismo*, *ZIS* 2015 (nota 10), p. 468 (468); en similar sentido: Werle/Vormbaum (nota 1), p. 141.

en América Latina y otras regiones del mundo – el modelo de la JT colombiana constituye un sistema que en lo que respecta a su complejidad normativa y organizacional no tiene parangón. Especialmente, en el ámbito de la renuncia a la pena (a través de la amnistía y otros medios) el sistema de la JEP¹² se revela como el quizás más exigente de todos los procesos de JT que han tenido lugar hasta ahora.¹³ Ello se puede relacionar con una larga tradición colombiana que se remonta al menos a los procesos de paz de las décadas de 1980 y 1990, con los indultos de ex miembros de grupos guerrilleros, como el “Movimiento 19 de Abril” (M-19) o el “Ejército Popular de Liberación” (EPL)¹⁴ y que adquirió otra dimensión en 2005, a través de la hasta ahora vigente Ley de Justicia y Paz¹⁵. Una característica principal de todos

¹² Cfr. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera v. 24.11.2016 (Acuerdo Final 24/16), p. 143 ss., disponible en <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf> (consultado por última vez el 06.04.2021). Véase también: *Acto Legislativo 1/2017* v. 4.4.2017, a través del cual las normas centrales del Acuerdo de Paz fueron fijadas constitucionalmente <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (consultado por última vez el 06.04.2021).

¹³ Cfr. J. F. Perdomo Torres, “Die Lösung des kolumbianischen bewaffneten Binnenkonflikts. Eine Herausforderung für die internationale Strafgerichtsbarkeit“, *ZIS* 2017, p. 369 (370): „einzigartig in der Welt“ (“único en el mundo”); A. Eser, „Transitional Justice: Zum kolumbianischen Friedensabkommen im Licht von Ulfrid Neumann“, en: *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2017, p. 561 (562).

¹⁴ Cfr. K. Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen: zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, (Impunidad ante las violaciones de DDHH) 1997, p. 86 ss., disponible en: https://pure.mpg.de/pubman/faces/ViewItemFullPage.jsp?itemId=item_3013008, (consultado por última vez el 06.04.2021); Cfr. además C. Nasi, „Spoilers in Colombia: Actors and strategies“, en: *Challenges to peacebuilding*, United Nations University Press, Tokyo, 2006, p. 219, espec. 223 ss., así como las contribuciones de A. Isacson/J. Rojas Rodríguez, C. Nasi, M. Chernick, L. Valencia, W. Tate y A. J. Carrillo, en: *Colombia. Building Peace in a Time of War*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 2009.

¹⁵ Ley No. 975, del 25 de julio 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, Diario Oficial No. 45.980, Gaceta 520/05. Al respecto, con detalle K. Ambos et al., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*.

estos mecanismos es la exclusión de impunidad para hechos o crímenes muy graves (“atroces”). La JEP persigue este objetivo a través de un complejo sistema de exigencias de cooperación de los y las comparecientes, reforzado por un régimen de condicionalidades y reglas claras de exclusión de amnistías o renunciaciones a la persecución penal en caso de crímenes graves (que van más allá de los “core crimes”).¹⁶ Por esta razón es incorrecto e injusto, como he explicado en otro lugar,¹⁷ equiparar la JEP con impunidad.

En otras publicaciones he intentado hacer que este modelo, más precisamente, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, resulte comprensible para los lectores internacionales.¹⁸ Es difícil decir si esto ha tenido éxito, porque incluso en Colom-

Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz” en Colombia, Temis, Bogotá, 2010, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26869.pdf> (consultado por última vez el 06.04.2021); y *el mismo*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive, Situation-based Approach, Springer, Berlin, 2010 (con traducción de la ley al inglés en p. 139 ss).

¹⁶ K. Ambos, Derecho Penal Internacional, Justicia de Transición y JEP — Ensayos Varios —, Editorial Diké, Medellín, 2020, p. 397.

¹⁷ Cf. K. Ambos/S. Aboueldahab, ¡La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, Capaz Policy Brief 4-2020, disponible en https://www.cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2020/Ambos_Aboueldahab_Policy_Brief_2020.pdf (consultado por última vez el 06.04.2021).

¹⁸ Cf. K. Ambos, “Another Challenge for Colombia’s Transitional Justice Process: Aggravated Differential Treatment between Armed Forces and FARC”, *EJIL:Talk!* (19 de octubre de 2018), disponible en <https://www.ejiltalk.org/another-challenge-for-colombias-transitional-justice-process-aggravated-differential-treatment-between-armed-forces-and-farc/> (consultado por última vez el 06.04.2021); *el mismo*, “Transitional Justice Without Truth?”, *EJIL:Talk!* (27 de agosto de 2018), disponible en <https://www.ejiltalk.org/transitional-justice-without-truth/> (consultado por última vez el 06.04.2021); K. Ambos/ S. Aboueldahab, “Kolumbiens Sondergerichtsbarkeit für den Frieden”, *Deutsche Richterzeitung* 12 (2019), p. 410, disponible en https://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2019/Ambos_Aboueldahab_Kolumbiens_Sondergerichtsbarkeit_fr_den_Frieden_DRiZ_97_2019_410.pdf (consultado por última vez el 06.04.2021); K. Ambos/ S. Aboueldahab, “Colombia: Time for the ICC Prosecutor to Act?”, *EJIL:Talk!* (2 de abril de 2019), disponible en <https://www.ejiltalk.org/colombia-time-for-the-icc-prosecutor-to-act/> (consultado por última vez el 06.04.2021); K. Ambos/ S. Aboueldahab, “The Colombian Peace Pro-

bia ese modelo solo es entendido por un reducido y selecto grupo de expertos. A este grupo pertenecen con seguridad los autores de esta obra, por lo cual es muy satisfactorio que ellos hayan realizado la tarea de “explicar este nuevo modelo de justicia de una manera sencilla, con el objeto de exponer su formación, estructura, características y procedimientos” (Introducción, p. 33). Ellos aciertan al colocar el modelo colombiano en el discurso internacional de la JT (Cap. I). Estos comentarios –así como todo el libro– son particularmente importantes en el contexto de la reciente crítica de inspiración anticolonial de una comprensión demasiado occidental de la JT.¹⁹ Dado que los autores se enfocan en el caso particular de Colombia, es comprensible que algunos aspectos de política global no sean considerados a profundidad. En cambio, en los capítulos siguientes son discutidos con mayor detalle y profundidad los antecedentes históricos de la JT colombiana, en particular, de la JEP (Capítulo II), así como los fundamentos legales (sobre todo, procesales) y organizativos de la JEP (Capítulos III, IV) para concluir la obra con un relato detallado de los derechos de las víctimas (Capítulo V).

Por lo tanto, es deseable que esta importante obra alcance una amplia difusión, incluso más allá de Colombia, para que de una vez por todas puedan ser superados los mitos y percepciones erróneas sobre el modelo colombiano de JT, especialmente sobre la JEP.

Kai Ambos

Göttingen y La Haya, mayo de 2021

cess and the Special Jurisdiction for Peace”, *Rivista Trimestrale* 4 (2018), p. 255, disponible en https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_4_2018_Ambos_Aboueldahab.pdf (consultado por última vez el 06.04.2021); K. Ambos (nota 16), p. 397 y ss.

¹⁹ Cfr. H. van der Merwe/ A. Moyo, “Transitional Justice for Colonial Era Abuses and Legacies: African versus European Policy Priorities”, en: *Colonial Wrongs and Access to International Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2020, p. 41 (43 ss.), disponible en <http://www.toaep.org/ps-pdf/40-bergsmo-kaleck-kyaw> (consultado por última vez el 06.04.2021).