

**ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
LEGALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA**

**MARÍA ALEJANDRA GÓMEZ ESPINOSA
CAROLINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ
2018**

**ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
LEGALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA**

**MARÍA ALEJANDRA GÓMEZ ESPINOSA
CAROLINA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ**

Trabajo de grado para optar al Título de Abogado

Director

CIRO ALEXANDER MORAN MATERÓN

Abogado

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ
2018**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	11
1. CONSIDERACIONES GENERALES Y REFERENTES TEÓRICOS	11
1.1 ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA	11
1.1.1 Comprensión de la guerra en la historia	11
1.1.2 Orígenes de la violencia en Colombia.....	13
1.1.3 La justicia transicional como una herramienta para la paz.....	18
1.2 EJES CONCEPTUALES	21
1.2.1 Concepto de justicia transicional y las concesiones judiciales para actores del conflicto.	21
1.2.2 La justicia transicional y el principio de proporcionalidad de la pena.	28
1.3 MARCO JURÍDICO	34
CAPITULO II	40
2. LA ORIENTACIÓN QUE SE LE HA DADO EN COLOMBIA AL CONCEPTO DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN O TRANSICIONAL EN MATERIA CRIMINOLÓGICA DESDE EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ	40
CAPITULO III	48
3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO PARADIGMA JURÍDICO	48
3.1 VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: LA TRIADA PARA LA COMPRENSIÓN	50
3.1.1 La Verdad	50
3.1.2 La Justicia	53
3.1.3 La Reparación.....	57
3.2 APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO POLÍTICO COLOMBIANO.	59
3.2.1 Las estrategias integrales tienden a ser más sostenibles que las medidas aisladas.....	60
3.2.2 La secuencia de las medidas de justicia es la clave para su sostenibilidad en el largo plazo.....	60
3.2.3 Hay que descartar la ilusión del punto final.....	61
3.2.4 La consulta social legítima fortalece las estrategias de justicia. transicional	61
3.2.5 La consulta social debe ser genuina y sustantiva	61
4. CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	70

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Tuluá, agosto de 2018

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado de los procesos de paz en Colombia, abordar el tema resulta abrumador por la cantidad de información al rededor del conflicto interno armado colombiano, el presente proyecto de investigación, pretende emprender puntualmente un análisis socio jurídico de la aplicación de los principios legales de la justicia transicional enfocada desde la coordinación interinstitucional que se ha realizado específicamente en el proceso de justicia y paz, claro ésta, ello no evita que se toquen temas tan importantes para entender la problemática aquí planteada como; el uso y el abuso de la justicia transicional como herramienta retórica, que puede amparar impunidad.

Hay que reconocer que las consignas de verdad, justicia y reparación tiene como protagonista a las víctimas del conflicto interno colombiano, centro de preocupación a las víctimas, que dada esta situación están dejando de ser invisibles dentro de la tragedia que se vive, empero no existen propósitos claros y esto las lleva a la instrumentalización, sencillamente si el interés por las víctimas es realmente serio deberá entonces considerarse expandir las mencionadas consignas más allá del derecho penal.

Se hace necesario destacar la finalidad que se enmarca en el logro de la reconciliación¹, porque a pesar de que es una de las banderas dentro del proceso de justicia y paz, se encuentra casi ausente en el abanico normativo, se mencionan únicamente en el Decreto 3391 de 2006, que regula la Ley de Justicia y Paz.

¹ VALENCIA VILLA, H. (2003) Diccionario Derechos Humanos, España. Madrid. "proceso político y social por el cual las partes contendientes de un conflicto armado o los adversarios de un régimen dictatorial hacen las paces con miras al restablecimiento o establecimiento de la democracia en la respectiva sociedad. La reconciliación siempre es una experiencia positiva para una sociedad dividida que trata de superar una guerra o una tiranía, pero no es un fin en sí misma y no puede lograrse a costa de la memoria histórica ni la justicia judicial, que constituyen los únicos medios legítimos y eficaces para reconstruir los lazos de ciudadanía y restaurar el imperio del derecho y de los derechos".

Es importante plantear en la presente investigación la visión analítica de la aplicación de la normatividad que trae implícita una política criminal, para el ejercicio de un control social, que surge a través de las diversas teorías criminológicas, en ese sentido se podrá dimensionar cual es la orientación en materia criminológica que se le ha dado al proceso de justicia y paz en Colombia.

La justicia transicional; "...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.." ², dentro del proceso de justicia y paz que se llevó a cabo en Colombia donde se plantearon unos principios rectores como la verdad sobre los hechos objetos del conflicto, la reparación de las víctimas, la reconciliación del pueblo.

El presente trabajo de investigación solucionará interrogantes como; ¿Qué es la justicia transicional?, ¿Cuáles son los principios orientadores de la justicia de transición o transicional? ¿cuál es la orientación que se le ha dado en Colombia a este concepto jurídico?, ¿cómo a través del engranaje normativo se ha desarrollado la justicia transicional? para llegar a través del análisis a conclusiones sobre ¿Cuál ha sido el desarrollo interinstitucional que se ha realizado específicamente en el proceso de justicia y paz?, redescubriendo diversas temáticas como por ejemplo la impunidad, el derecho de las víctimas, solución de los conflictos y la paz, trazados desde diversos puntos de vista criminológicos.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto nace la siguiente pregunta de investigación: ¿Por qué en Colombia no se han desarrollado todos los principios de la justicia transicional que se usaron para impulsar el proceso de justicia y paz?

² SGNU (2004): El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004, in. doc S/2004/616. Pag. 6

¿Existe un objetivo claro en la normatividad que respalda el proceso de justicia y paz, frente al derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación?

El tema resulta novedoso en la medida que no solo se plantea el estudio de la política criminal aplicada en Colombia referente al proceso de justicia paz sino que también busca conocer a través del avance normativo el desarrollo de conceptos jurídicos que resultaron novedosos para nuestro país y que aportan una alternativa para la solución de conflictos, como es la justicia transicional.

La exigencia de unos estándares jurídicos mínimos para un equilibrio entre justicia y la paz, dio pie a que surgirán interrogantes y con ellos soluciones en materia de aplicación de los principios que rigen dentro del concepto de justicia transicional que planteaba el proceso de justicia y paz.

Dentro del marco legal encontramos la Ley 418 de 1997 que referencia sobre la atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, la Ley 975 de 2005, que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la Ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, la Ley 718 de 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 y modifica algunas disposiciones, Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

En ese orden de ideas, se hace necesario entonces realizar un análisis sobre el reconocimiento de las consignas de *verdad, justicia y reparación*, y su aplicación en torno al conflicto, porque no solo tiene como protagonista a las víctimas del conflicto interno colombiano, sino que es el centro de preocupación de las mismas.

Dada esta situación las víctimas están dejando de ser invisibles dentro de la tragedia que se vive, es importante plantearse interrogantes que descubran los propósitos dentro de toda esta normatividad, porque de no ser claros, se llevará a una instrumentalización a las víctimas. Se hace necesario también analizar la finalidad que se enmarca en el logro de la reconciliación³, porque es una de las banderas dentro del proceso de justicia y paz.

Pero ¿qué es la justicia transicional?; "...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.." ⁴, dentro del proceso de justicia y paz que se llevó a cabo en Colombia se plantearon unos principios rectores como la verdad sobre los hechos objetos del conflicto, la reparación de las víctimas, la reconciliación del pueblo.

Internacionalmente se ha reconocido la paz como un derecho humano, es por esto que en búsqueda de una solución pacífica del conflicto armado interno colombiano, se admite una forma especial de administración de justicia para el tránsito a la paz, a la que se le ha llamado "justicia transicional" o "justicia de transición", esta solución jurídica exige que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.

³ VALENCIA VILLA, H. (2003) Diccionario Derechos Humanos, España. Madrid. "proceso político y social por el cual las partes contendientes de un conflicto armado o los adversarios de un régimen dictatorial hacen las paces con miras al restablecimiento o establecimiento de la democracia en la respectiva sociedad. La reconciliación siempre es una experiencia positiva para una sociedad dividida que trata de superar una guerra o una tiranía, pero no es un fin en sí misma y no puede lograrse a costa de la memoria histórica ni la justicia judicial, que constituyen los únicos medios legítimos y eficaces para reconstruir los lazos de ciudadanía y restaurar el imperio del derecho y de los derechos"

⁴ SGNU (2004): El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004, in. doc S/2004/616. pág. 6

El derecho a la verdad como dimensión colectiva en la visión de la corte constitucional posee un contenido mínimo que incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, " de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Para ello, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica".

El compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, implica que se den alcanzar objetivos sociales como la paz, sin perder de vista que las circunstancias de transición no pueden implicar impunidad, "En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social" .

El presente proyecto de investigación es un análisis jurídico, que parte de varias hipótesis planteadas sobre la aplicación de los principios legales de la justicia transicional en Colombia, enfocada desde la coordinación interinstitucional en el proceso de justicia y paz, donde surgen interrogantes como ¿Por qué Colombia, no ha desarrollado todos los principios de la justicia transicional, que uso para impulsar el proceso de justicia y paz? El método a utilizar para el desarrollo de la presente investigación, es el deductivo, por tal motivo se planteará, una situación general, hipótesis: ¿Existe un objetivo claro en normatividad que respalda el proceso de justicia y paz, frente al derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación? deduciendo posibles consecuencias prácticas, para generar respuesta a una situación concreta. Es decir, en respuesta a la hipótesis planteada; se puede

descubrir si las víctimas del conflicto, están siendo o no objeto de instrumentalización.

CAPITULO I

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y REFERENTES TEÓRICOS

1.1 ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

1.1.1 Comprensión de la guerra en la historia. Menciona el autor Lawrence LeShan en su libro La Psicología de la Guerra, publicado al socaire de la Operación Tormenta del Desierto el siguiente texto:

”¿Por qué la guerra?”, preguntó Einstein. “Porque el hombre es como es”, respondió Freud. Pasan los años, vuelven las guerras, siguen los hombres atrapados en el fango de sus instintos primarios. Avaricia, poder, agresión. “Lo más que podemos hacer es esperar a que la humanidad evolucione hacia un estado superior”, dijo Freud. Pero aquí seguimos.

Comenta LeShan en su obra:

Que hasta el siglo XVII no se empezó a considerar la paz como un estado natural o deseable. Hasta entonces, la agresión y la guerra se aceptaban como la única manera de resolver los problemas, a título individual o a nivel de conflicto entre naciones. Como rémora histórica, nuestros gobiernos dedican grandísimos recursos económicos y humanos a la guerra y a la defensa. “Ningún país, que yo sepa, dedica los mismos esfuerzos al mantenimiento de la paz”, apunta LeShan.

Las raíces de la guerra, sin embargo, hay que buscarlas más allá de la propia organización social y de la tendencia de los grupos a reafirmar su identidad expresando la hostilidad hacia otros⁵.

Los conflictos bélicos han sido entonces una constante en la historia del hombre, la necesidad entonces, de una explicación a la existencia de actos destructivos por parte de un ser racional, ha preocupado a diversas ciencias humanas. En el mundo clásico se creía que todos los hombres desean poder, que sin importar cuánto poder tengan siempre querrán más, y que este deseo debe llevar inevitablemente a la guerra, [otros pensaron] que el hombre nace malo o que es genéticamente un carnívoro agresivo, [...] hay algo en la naturaleza del hombre como lo expresa el filósofo Hobbes, que lo empuja a cometer acciones hostiles de gran escala en contra de sus congéneres.

En un nivel mucho más complejo y sofisticado, Freud teorizó que el instinto de muerte (que el individuo debe exteriorizar si quiere evitar la propia destrucción) es la razón por la que nada puede hacerse para detener a la guerra. Lo mejor que podemos hacer, dijo Freud, es esperar que la humanidad evolucione⁶

“Las guerras se alimentan de múltiples causas – económicas, históricas, étnicas..., pero su estallido se debe casi siempre a percepciones subjetivas de la realidad en ausencia de un marco democrático que amortigüe los conflictos”⁷.

⁵ FRESNEDA, Carlos, Informe Psicología de guerra. Disponible en <http://www.llistes.pangea.org/pipermail/infomoc/Week-of-Mon20030120/002497.html>.

⁶ LAWRENCELESHAN, La Psicología de la Guerra un Estudio de su Mística y su Locura. Chile: Editorial Andrés Bello, 1992. p. 20- 21.

⁷ Muy Especial- Guerras y Paz, No. 51, Enero- Febrero 2001. p. 14

Bien se reflejan las anteriores ideas en Ruiz- Schawarzer cuando afirma:

Dice un antiguo aforismo que la guerra es un fenómeno horrible en el que jóvenes que no se conocen ni se odian se matan entre si recibiendo ordenes de viejos que si se conocen y se odian, pero que no se matan. Probablemente esta sea la clave y el engaño de todas las guerras: los que las instigan apelan a altos ideales- como la unidad de la patria, la defensa de la religión o la venganza de un antigua afrenta-, cuando en realidad lo que pretende es reunir carne de cañón que les ayude a ganar o conservar sus propios privilegios, generalmente resumidos en dos, dinero y poder. Vistos así, los conflictos bélicos tienen un claro antídoto: mucha democracia, para que los intereses de unos pocos prevalezcan sobre la mayoría.

1.1.2 Orígenes de la violencia en Colombia. Colombia ha tenido once guerras civiles nacionales entre los años 1811 a 1958. “El periodo conocido como la Violencia (1948-1964) dejó el enorme saldo de 250.000 asesinatos, incluyendo métodos absolutamente inhumanos de sevicia”⁸. La guerrilla colombiana alcanzó un paradójico crecimiento y fortalecimiento tras el fracaso del socialismo en la ex Unión Soviética con el que parecía, que los días de los movimientos guerrilleros de izquierda estaban contados.

Al comenzar una profunda crisis ideológica en la izquierda mundial, varios analistas llegaron a pensar que iba a suceder lo mismo con los movimientos de izquierda de nuestro país, pero la prolongada permanencia del conflicto armado en Colombia, su costo en vidas humanas, el número de grupos armados involucrados, sus redes con el crimen organizado y el contrabando de drogas, demostraron lo contrario, reflejando lo complejo que es el conflicto colombiano.

⁸ TORRES ROJAS, Héctor A. Cifras y Datos. Bogotá: 2003, Rodríguez Quito Editores, p. 208.

Los múltiples actores armados implicados y la fragmentación interna de estos grupos, unido a la proveniencia de los recursos para su financiamiento de actividades ilícitas como secuestros, extorsiones y la fabricación y tráfico de drogas ilegales (denominado ahora narcotización del conflicto armado), parecieran enredar más la situación y alejar la situación de una pronta salida negociada.

La presencia de grupos armados organizados al margen de la Ley, cuyas acciones atentan contra la legitimidad de las instituciones, han hecho preciso y perentorio acudir a procedimientos especiales que permitan y faciliten la reincorporación a la sociedad de las personas que conforman estos grupos, contribuyendo a lograr la pacificación del país.

En tal virtud, se requiere buscar alternativas, entre las cuales se cuentan las vías jurídicas, para lograr la consecución y el mantenimiento de la paz atendiendo los postulados del derecho constitucional e internacional. Paz que la Constitución Política de 1991 consagró como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento; razón por la que se erige en el gran propósito nacional y objetivo central del Estado Social de Derecho que nos rige, en el cual la paz es condición necesaria para poder disfrutar de los demás derechos y promover el progreso, el bienestar y la democracia plena.

Los esfuerzos por entablar mesas de diálogo que permitan una salida negociada al conflicto armado, han sido repetitivos a lo largo de la historia. Podríamos entonces mencionar los principales hechos respecto a dichas negociaciones:

En las últimas dos décadas se han firmado acuerdos de paz con la Alianza Democrática M-19 (1990), el Ejército Popular de Liberación (EPL) (1991), el Partido Revolucionario de Trabajadores (PRT) (1991), el movimiento guerrillero Quintín Lame (1991), la Corriente de Renovación Socialista (CRS) (1994). En cada uno de estos casos, los esfuerzos se concentraron exclusivamente en la

incorporación política de los grupos, con escasa consideración a la necesidad de su integración social, lo que condujo a su fracaso.

Al firmar pactos y deponer las armas, muchos ex-combatientes se convirtieron en blanco de ataques de los grupos guerrilleros que permanecían activos (por ejemplo, durante los primeros tres años luego de su reintegración, cerca de 300 ex-miembros del EPL fueron asesinados, mayormente por guerrillas activas).

En lugar de contribuir a la resolución del conflicto armado, el resultado de estas negociaciones fue la división, el reposicionamiento de los actores armados restantes [y la consolidación del fenómeno de la urbanización del conflicto armado].

Las negociaciones del Presidente Pastrana con las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC), y la desmovilización y reintegración de grupos paramilitares en el gobierno del Dr. Álvaro Uribe con la firma del Acuerdo de Santa Fe de Ralito en julio de 2003 marcaron el inicio de negociaciones sin precedentes para la desmovilización y reintegración de los grupos armados ilegales, como el condicionamiento del cese al fuego, la desmovilización de unos 13.000 miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) para fines de diciembre de 2005, la designación de una zona del país donde se congregarán los paramilitares signatarios, programas para su reintegración y, a discreción del Presidente Uribe y motivo de gran polémica, amnistía para los paramilitares desmovilizados”⁹.

La evolución del conflicto armado se caracterizó por la consolidación de la presencia de la fuerza pública en las cabeceras municipales y por el repliegue de las FARC-EP y ELN. A partir de abril de 2004 se puso en marcha el llamado Plan

⁹ MELTZER, Judy. Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del conflicto Armado: Consideraciones para una posible cooperación canadiense, Fundación Canadiense para las Américas – FOCAL. p. 20.

Patriota en el sur del país, la más grande operación militar en la historia moderna de Colombia, cuyos objetivos declarados fueron golpear a las FARC-EP en su retaguardia y capturar a sus principales jefes. La fuerza pública golpeó a grupos paramilitares, pero en proporciones menores en comparación con las acciones dirigidas contra las FARC-EP. Las FARC-EP y el ELN llevaron a cabo una serie de ataques contra la población civil durante el 2004, incluyendo, por parte del primer grupo, varias masacres de civiles y secuestros. En ocasiones se notaron acciones conjuntas entre las FARC-EP y el ELN.

Durante el 2004 siguieron bajando, a nivel nacional y en comparación con el año 2003, algunos indicadores importantes de la violencia, como homicidios en general, masacres y secuestros. A pesar de esta disminución siguen siendo altas las cifras. Con referencia a la población desplazada por la violencia se pudo observar que, aunque el número de nuevos desplazados durante 2004 disminuyó en comparación con el año 2003, aumentó el número total de personas desplazadas en el país.

La situación de DDHH siguió siendo crítica, hubo un aumento de denuncias de ejecuciones extrajudiciales atribuidas a miembros de la fuerza pública y a otros servidores públicos. Continuaron siendo altos los índices de torturas y desapariciones forzadas.

Continuó la tendencia de disminución respecto de varios índices de infracciones al derecho internacional humanitario, en especial de homicidio colectivo y toma de rehenes, aunque los mismos siguen siendo altos. Los grupos armados a la margen de la Ley, particularmente las FARC-EP y los paramilitares, siguieron cometiendo graves y numerosas infracciones como ataques a la población civil, ataques indiscriminados, homicidios, masacres, toma de rehenes, actos de terrorismo, desplazamientos forzados, utilización de minas antipersonal, reclutamiento de menores, y esclavitud y atentados contra la dignidad personal de

mujeres y niñas, como los actos de violencia sexual. Hubo denuncias de infracciones que se atribuyeron a miembros de la fuerza pública, en particular a miembros del Ejército, por homicidios ataques indiscriminados, desplazamientos forzados, y ataques a la integridad y dignidad personales de las mujeres¹⁰.

En medio de todo lo anterior se prosiguió la discusión de la propuesta de un marco jurídico para la desmovilización de grupos armados organizados al margen de la Ley, hablándose no solo de la importancia de definir el rumbo de la justicia respecto de aquellos integrantes de grupos desmovilizados que hubieran cometido graves violaciones a los DDHH, sino también la forma de hacer respetar el derecho a la verdad y a una reparación digna de las víctimas, incentivando entonces en esta nueva etapa la desmovilización y desconociendo el sufrimiento y derechos de las víctimas.

En este escenario encuentra su campo, la justicia transicional, pues su intención es lograr avanzar sobre la justicia a pesar de los desafíos que antepone el contexto buscando definir contextos nuevos, en los que el respeto a los derechos humanos se convierta en una promesa real y cotidiana.

El compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, implica que se deben alcanzar objetivos sociales como la paz, empero, sin perder de vista que las circunstancias de transición no pueden implicar impunidad, " En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto

¹⁰ Recomendaciones y compromisos 2005 contenidos en el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y en la Declaración del Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mayo de 2005.

abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social"¹¹.

1.1.3 La justicia transicional como una herramienta para la paz. La paz es un ideal de todos los pueblos y es el Estado el ente que por excelencia está llamado a realizar esta consigna, bajo estos parámetros se podrá comprender como el Estado colombiano le apuesta a esta consigna a través de la justicia transicional o de transición. Hoy en día en la comunidad internacional se habla sobre la protección de los derechos humanos, esta tendencia mundial ha llevado a que se busquen remedios alternativos a los ya conocidos para solucionar los conflictos externos e internos. Bajo este panorama emerge el concepto de justicia transicional¹², un ejemplo de ello son los juicios de Nüremberg, después de la Segunda Guerra Mundial, dirigido en contra de los principales sobrevivientes del Gobierno Nazi, todos fueron encontrados culpables delitos y condenados a penas que iban desde el confinamiento a prisión por un período no menor a 20 años, hasta cadena perpetua y pena de muerte.

Otro ejemplo que fue devastador, se dio por la Guerra Civil española, caracterizados por la represión de las libertades civiles, Este episodio, fue fuertemente criticado como un ejemplo de justicia transicional sin justicia, toda vez que se consideró desfavorable para el ideal de reconciliación el enjuiciamiento de los comprometidos de las violaciones de los derechos humanos durante el régimen franquista y en lugar de ello se promovió el olvido.

¹¹ C-370 de 2006, Además de la sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional ha proferido las siguientes sentencias sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz: sentencias C-127 de 2006, C-319 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006, C-080 de 2007.

¹² Una referencia obligada para ilustrar el tema lo es el informe del Secretario General de las Naciones Unidas "el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" donde se sostiene con relación a su definición que esta ha de ser entendida como "el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación" Para una definición amplia similar PICKFORD, Luis. "Transitional justice", en The encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity, vol 3, Nueva York: Macmillan Reference, 2004, p. 1045 (traducción del inglés por Jhon Zuluaga).

En Colombia por medio de la Ley 975 de 2005, se inicia el proceso de justicia y paz, la cual en sus apartes propone una justicia de transición, ligada a unos principios que pudiéramos llamar básicos y a unos objetivos. La propuesta de justicia transicional en Colombia dentro del proceso de justicia y paz gira básicamente, en tres aspectos; primero: es una propuesta para los victimarios de sometimiento a la justicia bajo algunas condiciones, que se podrían llamarse especiales, en lo que se refiere a las penas, procesos, procedimientos judiciales, para el caso en concreto se ofrece una reinserción a la sociedad, segundo: para el caso de las víctimas, es un ofrecimiento de encontrar la verdad de los hechos y de reparar el daño, tercero: para la sociedad en general es una oportunidad de encontrar una verdad colectiva o reconstrucción de su historia y de no menos importante de reconciliación.

La norma en concreto ofrece la opción¹³ a los grupos armados al margen de la Ley que con su desmovilización y otras condiciones contribuyen a la consecución de la paz nacional, a través de la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización, un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa¹⁴.

¹³ Sentencia C-575/06, de La Corte Constitucional; debe señalar que del análisis gramatical ni menos aún del análisis sistemático de las disposiciones acusadas en el contexto normativo en que ellas se insertan se desprende que la expresión “promover” comporte la introducción de elementos de indeterminación o de discrecionalidad para los servidores encargados de darles cumplimiento o que con ello se libere al Estado de sus deberes y obligaciones respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. A ello debe sumarse que como lo señaló la Corte en la Sentencia C-370 de 2006 la alternatividad a que alude el artículo 3 de la Ley 975 de 2005 ha de entenderse establecida en el sentido de que “la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición” -resalta la Corte-. Desde esta perspectiva es claro para la Corte que no pueden en manera alguna interpretarse las disposiciones en que se contiene la expresión acusada en un sentido que desconozca el cumplimiento por parte del Estado Colombiano de sus deberes y obligaciones frente a las víctimas respecto de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en armonía con las disposiciones constitucionales y los compromisos internacionales que de acuerdo con ellas éste ha adquirido en estas materias.

¹⁴ Ley 975 de 2005, de justicia y paz, artículo 3, LA ALTERNATIVIDAD.

Referente a las investigaciones y juicios penales otorga un privilegio frente a otras cuestiones semejantes, esto indica que para lo que se refiere al proceso de justicia y paz habrá funcionarios, jueces y fiscales dedicados de manera exclusiva al mencionado proceso¹⁵. Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la Ley.

El derecho a la verdad como dimensión colectiva en la visión de la corte constitucional posee un contenido mínimo que incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, *" de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Para ello, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica"*¹⁶.

para estos aspecto dentro de la infraestructura estatal se crearon y autorizaron las siguientes Instancias competentes para la reparación, la reconciliación y los programas restaurativos, que de manera coordinada ponen en práctica los principios de la Ley 975 de 2005, como: El Tribunal Superior del Distrito Judicial, Corte Suprema de Justicia, Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, Fiscalía General de la Nación¹⁷, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación¹⁸,

¹⁵ Ley 975 de 2005, de justicia y paz, artículo 6.

¹⁶ La sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional contiene un resumen de los argumentos de las organizaciones que se oponían a la Ley de justicia y paz, y que presentaron la primera acción de inconstitucionalidad en su contra.

¹⁷ Decreto 3391 de 2006 contempla: Con el fin de propiciar la debida ejecución de la política criminal establecida en Ley 975 de 2005 facilitando la entrega de los bienes que pertenecen al grupo organizado al margen de la Ley pero cuya titularidad aparente es ajena, la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar el principio de oportunidad respecto del tercero, siempre que sea ajeno al grupo armado organizado al margen de la Ley.

¹⁸ Adicionalmente, el artículo 21 del Decreto 4760 de 2005 define como funciones de la CNRR: Propondrá cuando lo estime oportuno, programas restaurativos dirigidos a atender el desarrollo humano y social de las víctimas, las comunidades y los ofensores, con el fin de que se restablezcan los vínculos sociales y se posibilite la reconciliación, los cuales se podrán implementar con la colaboración del Gobierno Nacional, las autoridades locales, las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones religiosas y organismos de cooperación

Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Fondo para la Reparación de Víctimas.

Unidad Administrativa Especial para la Atención, y Reparación a las Víctimas, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comité de Coordinación Interinstitucional, Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas, Comités Territoriales de Justicia Transicional.

1.2 EJES CONCEPTUALES

1.2.1 Concepto de justicia transicional y las concesiones judiciales para actores del conflicto. La justicia transicional surge como una respuesta ante la dificultad, casi imposibilidad, de someter a la justicia ordinaria a los perpetradores de violaciones sistemáticas de derechos humanos en escenarios de conflictos armados o con ocasión a los mismos bien sea de proporciones nacionales o internacionales, pues la Justicia Ordinaria se queda corta en mecanismos que permitan investigar, juzgar y sancionar este tipo de actuaciones en aras de hacer tránsito, justamente, de un escenario conflictivo a uno de paz estable y duradero. En esos términos, la tratadista Rincón, afirma que la justicia transicional responde a:

...una concepción de la justicia vinculada a los momentos de transición política de una situación de dictadura hacia la democracia o de una situación de conflicto armado o de una guerra civil hacia la paz, que busca lidiar con un pasado de graves violaciones de derechos humanos y/o del Derecho Internacional

internacional y podrán ser operados por la Defensoría del Pueblo, por organizaciones civiles autorizadas por el Gobierno Nacional, casas de justicia o centros de convivencia ciudadana, entre otros. Cuando así lo decida y cuente con el presupuesto requerido, la Comisión podrá implementar directamente algunos de los programas restaurativos.

Humanitario, enfrentando los crímenes cometidos bajo regímenes represores o durante el conflicto armado o guerra civil.¹⁹

Es evidente que los mecanismos que se diseñan al interior de procesos de Justicia Transicional, van encaminados al establecimiento de paz estable y duradera, posterior a momentos de conflicto, de guerra o de dictaduras políticas, bajo límites y fundamentos radicados en la normatividad internacional sobre los derechos humanos. Sobre esos principios que sirven de sustrato para la Justicia Transicional, la profesora Camila de Gamboa ha afirmado que:

...la justicia transicional es un concepto dinámico que se ha ido depurando con las experiencias y dilemas propios que enfrentan las sociedades en transición y con fundamentos en los principios de la normatividad internacional en materia de derechos humanos.²⁰

En suma, la justicia transicional debe definirse desde una concepción amplia de la justicia, pues busca el tránsito de un estado de guerra, represión política o conflicto armado a una situación de paz estable y duradera, mediante el uso de estrategias legales, políticas, sociales, económicas y medidas judiciales y extrajudiciales apuntaladas a la reconciliación entre las víctimas y los victimarios, la protección de los derechos humanos y las garantías de no repetición de los actos de violencia, en escenario de inversión social.

El tratadista Forero R²¹, ha dado luces a un concepto uniforme de justicia transicional, el cual se comparte desde este análisis, pues configura sus

¹⁹ RINCÓN, T. Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Bogotá: Universidad del Rosario, Bogotá. 2010

²⁰ GAMBOA T., C. Justicia Transicional: Dilemas y remedios para lidiar con el pasado. Revista de Estudios Socio Jurídicos, vol. 7. . Bogotá: Universidad del Rosario. (2005 pp. 21 – 40.).

²¹ FORERO R., J. Fundamento y Límites de la justicia transicional. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre. 2016.

elementos y posibles alcances, al definirla así: “conjunto de políticas creadas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos humanos, así como para garantizar a las víctimas sus derechos a la verdad la justicia, la reparación y la no repetición, conforme a parámetros legales.

Sin embargo, se considera que los parámetros legales no son suficientes para que las medidas de la Justicia Transicional sean efectivas, pues deben considerarse para su aplicación los parámetros convencionales, las circunstancias sociales, los contextos políticos, los estadios culturales propios de cada país y las situaciones económicas.

Como todo fenómeno de justicia, la transicional también tiene un objetivo fundamental por el cual obedece su aplicación. Ha de entenderse que ese fin último de la misma tiene que ver con las víctimas y su reconocimiento, además del tránsito exitoso de la situación conflictiva, cualquiera sea su naturaleza, a una de paz. El Centro Internacional para la Justicia Transicional, ha definido con claridad ese objetivo que debe perseguirse con la aplicación de medidas transicionales, por lo que ha afirmado que:

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La Justicia Transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un periodo de violación generalizada de los derechos humanos (CIJT, 2009).²²

El objetivo de la justicia transicional no se queda relegado simplemente al tránsito de situaciones, sino que además debe propender por el reconocimiento de las

²² CIJT. (C. I. TRANSICIONAL, Editor) Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. 2009.

víctimas, la reconciliación de los pueblos, las iniciativas de paz y la verificación de la no repetición de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos. La protección de las prerrogativas fundamentales, se convierte sin duda alguna en una de las más importantes tareas de la justicia transicional, en virtud que la aplicabilidad de sus medidas tiene que darse necesariamente dentro de escenarios de posconflicto, por lo que los derechos humanos vulnerados deben ser restaurados, reparados y protegidos, además de impedir que se cometan nuevas violaciones.

Las medidas de justicia transicional, entonces, deben apuntar, sobre todo, a la prevención de nuevas y mayores conculcaciones. Se logra inteligenciar, que la justicia transicional contiene sendas posiciones y voluntades políticas, sociológicas, legales y judiciales que desde una perspectiva teleológica, va encaminada a la instauración de un verdadero Estado Social de Derecho y Constitucional, en donde la ley y los derechos humanos sean lo primordial para y con ocasión de las actuaciones de todo el aparato estatal.²³

De esta se cristaliza la relación estrecha que debe existir entre la forma de justicia objeto de estudio en este escrito y la obligación estatal de proteger los derechos humanos, mediante la aplicación de medidas tendientes a ello y a la protección de la comunidad en general como una forma de contrarrestar, prevenir, juzgar, sancionar y garantizar las no repeticiones de las graves violaciones de las prerrogativas humanas.

En concordancia con lo anteriormente dicho, desde la perspectiva del Derecho Internacional, se han venido reconociendo instrumentos y medidas que obligan a los Estados a velar por la protección de los derechos humanos en todas sus

²³ FORERO R., J. Fundamento y Límites de la justicia transicional. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre. 2016.

dimensiones, al punto que se ha determinado, dentro de los juicios de ponderación, que los jueces en las resoluciones de los casos concretos deben lograr un máximo de realización de todos los principios en disputa, teniendo en cuenta que alguno quedará mejor ponderado que otro en virtud del proceso mismo. De este modo, el control de convencionalidad se ha constituido en una herramienta fundamental para obligar a los Estados, en aras de fortalecer el bienestar de la sociedad, a la protección de los derechos mediante la consolidación de medidas de justicia transicional.

- ✓ De ahí a que los Estados se les hayan impuesto una serie de obligaciones y responsabilidad encaminadas a instaurar procesos adecuados de justicia transicional, entre las que se encuentran (CIDH, 1988).
- ✓ Los Estados no pueden permitir procesos de amnistías o impunidad para los casos de graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad
- ✓ Deben ser garantizados los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, mediante la aplicación de medidas idóneas para ello.
- ✓ El Estado de asumir la responsabilidad en la adopción de políticas estructurales que prevengan la comisión de violaciones de derechos humanos.
- ✓ Tienen la obligación de investigar las acciones que puedan constituirse en violatorias de derechos humanos, así como sancionar a los responsables de las mismas.

- ✓ Tienen que asumir la responsabilidad de reparar a las víctimas de las violaciones de derechos humanos de manera integral, con visión transformadora y no meramente asistencial. Estas reparaciones, para que cumplan con estos estándares, deben contener medidas de verdad, de justicia y de garantías de no repetición.

No obstante estas obligaciones de carácter internacional, debe reconocerse que la aplicación de las mismas debe obedecer a los contextos sociales, constitucionales, legales y culturales de cada uno de los Estados que pretenda llevarlas a cabo, pues como bien reconoce la Organización de las Naciones Unidas, los organismos internacionales no pueden reemplazar la institucionalidad interna de cada país, ni puede pretenderse que la aplicación sea uniforme en todos los Estados. Lo que se espera es que cumplan su teleología última, pero de acuerdo a los contextos propios y con un marco de discrecionalidad ajustado a los sistemas legales (ONU, 2004).²⁴

Por otra parte, debe reconocerse que la justicia transicional no es un modo de reconocer a las víctimas y a los victimarios en aras de alcanzar supuestos aceptables de justicia retributiva, sino que pretende reconciliar las posiciones de unos y otros. Es decir, tanto los intereses de las víctimas como los intereses de los victimarios, están en juego dentro de esta modalidad de justicia por lo que tienen que ponderarse para alcanzar los puntos de acuerdo que permitan la adecuada reconciliación y el fortalecimiento del Estado de Derecho y Constitucional.²⁵

Teniendo en cuenta lo descrito con anterioridad, deben mencionarse los elementos que la justicia transicional incorpora dentro de sus medidas y

²⁴ ONU, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, pp. 9 - 14 (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 3 de agosto de 2004).

²⁵ FORERO R., J. Fundamento y Límites de la justicia transicional. En: XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre. 2016.

características, los cuales son reconocidos por el Centro Internacional para la justicia transicional:

Elementos de una política de justicia transicional integral: Son aquellos que componen las políticas de justicia transicional no constituyen una lista azarosa, sino que están interrelacionados práctica y conceptualmente. Los más determinantes son:

- ✓ Las acciones penales, sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad.
- ✓ Las reparaciones que los Gobiernos utilizan para reconocer los daños sufridos y tomar medidas para abordarlos. Esas iniciativas suelen tener un componente material (como los pagos monetarios o los servicios sanitarios), así como aspectos simbólicos (como las disculpas públicas o los días del recuerdo).
- ✓ La reforma de instituciones públicas implicadas en los abusos -como son las fuerzas armadas, la policía y los tribunales-, con el fin de dismantelar, con los procedimientos adecuados, la maquinaria estructural de los abusos y evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves como la impunidad.
- ✓ Las comisiones de la verdad u otras formas de investigación y análisis de pautas de abuso sistemáticas, que recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos graves.

No estamos ante una lista cerrada. Cada país va incorporando nuevas medidas. La memorialización, por ejemplo, que se compone de diversas iniciativas

destinadas a mantener viva la memoria de las víctimas mediante la creación de museos y monumentos, y otras medidas simbólicas como el cambio de nombre de los espacios públicos, se ha convertido en parte importante de la Justicia Transicional en la mayoría de los países del mundo.

A pesar de que las medidas de justicia transicional se asientan en sólidos compromisos jurídicos y morales, los medios para satisfacerlos son muy diversos, de modo que no hay una fórmula única para todos los contextos (CIJT, 2009).

Sintetizando, en aras de dejar por sentado un concepto claro de la justicia transicional y recopilando todo lo que ha venido afirmando, la noción que subyace es aquella que la entiende como:

...justicia aplicable, de manera transitoria y excepcional, a contextos específicos de transformación, que busca solucionar las fuertes tensiones existentes entre la justicia y la paz, en aras de alcanzar el reconocimiento de los derechos humanos y el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho. Ello de conformidad con el marco normativo internacional que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional han ido consolidando con el paso de los años y las experiencias vividas a nivel mundial. (CIJT, 2009).²⁶

1.2.2 La justicia transicional y el principio de proporcionalidad de la pena.

Antes de adentrarnos en el estudio de la complementariedad de ambas instituciones jurídicas, en aras de entender los límites constitucionales de la justicia transicional, debe dejarse en claro el concepto del principio de proporcionalidad, el cual hace referencia a las circunstancias de tiempo, modo, lugar, estado de salud, contexto familiar, contextos fácticos que enmarcan la

²⁶ CIJT. (C. I. TRANSICIONAL, Editor) Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. 2009.

conducta, los cuales deben ser evaluados con suficiencia por parte del administrador de justicia en aras de proferir sentencias acorde a la necesidad de las mismas y no desproporcionadas e injustas.

Así las cosas, este principio se debe adecuar a dos factores fundamentalmente: el primero tienen que ver con el grado de afectación al bien jurídico tutelado que se ha violentado con el accionar del perpetrador; el segundo aspecto tiene que ver con el grado de culpabilidad del sujeto activo. Para la Corte Constitucional aquello está discutido con suficiencia, aunque al interior de las jurisprudencias no se haga referencia alguna al Estado Constitucional de manera expresa, pero que su contenido lo establece tangencialmente y así se deja ver en la (Sentencia C-285, 1997).²⁷

En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera.

Dentro de los escenarios de justicia transicional, este principio del Derecho Penal de carácter constitucional, se reviste de suma importancia toda vez que las penas a imponerse a los responsables de las violaciones de derechos humanos deben necesariamente contrastar con las que se imponen en escenarios de la justicia

²⁷ Sentencia C-285, M.P: Carlos Gaviria Díaz (Corte Constitucional 7 de junio de 1997).

ordinaria. Todo ello en virtud que el Estado no puede sustraerse de la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, sin embargo, gracias a las características especiales de la justicia transicional, deben adoptarse mecanismos alternativos de carácter judicial, político y extrajudicial para que esas obligaciones estatales se materialicen sin que se cree un perjuicio al proceso de transición.

He aquí una de las grandes problemáticas de este modelo de justicia: no hay, ni en los estamentos internacionales, conceptualizaciones acerca de la pena o de la sanción con características transicionales o, lo que es lo mismo, no existe un modelo que sirva de ejemplo y pueda ser emulado a la hora de sancionar a los perpetradores de las violaciones graves o de crímenes de lesa humanidad, por lo que cada Estado deberá, de acuerdo con su propio proceso, construir las medidas que considere necesarias y ajustadas a sus realidades, haciendo más complejo el proceso de transición y ocasionando posibles inconformidades en la sociedad por las penas alternativas a imponerse.

Al respecto, el tratadista Bonet P.²⁸, ha afirmado con suficiencia que si bien es cierto dentro de las etapas de transición sí deben existir medidas de justicia positiva y cristalizada, también es cierto que las mismas deben ser una construcción dado cada caso concreto:

Los mecanismos aplicables son diversos y variables, pues las medidas a adoptar deben ser ajustadas a las necesidades de cada caso en concreto; y, si bien no hay fórmulas mágicas y universales para lograr hacer justicia ante los abusos cometidos en la etapa previa, lo cierto es que a lo largo de los últimos años se ha ido configurando lo que se conoce como justicia transicional.²⁹

²⁸ BONET P., J. Impunidad, derechos humanos y justicia transicional. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, p. 96. 2009.

²⁹ *Ibíd.* 32

Desde esta orilla argumentativa, en condiciones de estabilidad política y de paz al interior de un Estado, se entiende que el principio de proporcionalidad de la pena obedece a la necesidad de sancionar al perpetrador de acuerdo con el daño que haya infringido al bien jurídico tutelado; pero en los contextos de transición, debe ampliarse la dimensión del principio y evaluar, además, la gravedad de la situación fáctica que enmarcaba el país, es decir el conflicto, que propició la comisión de delitos de lesa humanidad y sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Es claro que un proceso de paz trae consigo la esperanza de la solución del conflicto, la pregunta que surge de manera inmediata es ¿será que en un proceso penal, se puede encontrar la solución a todos los males? y si no es así, ¿cuál es la intención gubernamental de alentar este tipo de procesos? Para poder contestar estos y otros interrogantes en el presente escrito se tendrán en cuenta algunas lecturas de los hitos más importantes en la evolución del pensamiento criminológico, para poner en consideración la hipótesis de que se le ha impuesto al derecho penal con todas sus críticas, la tarea de solucionar conflictos que históricamente le han sido imposibles.

Es precisamente las críticas que se le han hecho al sistema penal por parte de la criminología crítica y el abolicionismo, que ha hecho que surgir lo que hoy en día se denomina “nuevas justicias”, entre las cuales, encontramos la justicia transicional y justicia restaurativa.

Aunque la justicia transicional ha alcanzado cierto nivel a través de su principio de verdad, justicia y reparación, todavía sigue siendo un movimiento en construcción, toda vez que con la expedición de la Ley 975 de 2005, Colombia apenas inicia a desarrollar dicho concepto.

Dentro de un optimismo punitivo, que junto con otras predisposiciones de la criminología actual (actuarismo penal, prevención situacional, tolerancia cero,

ventanas rotas, populismo punitivo), se le impone al sistema punitivo la carga de dar fin a conflictos históricos, esto consecuentemente puede conducir a un uso exagerado del derecho penal.

Es entonces consecuentemente, que se puede advertir que en aras de la búsqueda de la paz, se puede estar hablando de sacrificar algunas libertades y claramente se observa que lo que si se está produciendo con estas disposiciones es una legitimación de los organismos de control. En ese orden de ideas resulta una gran falsedad, que el derecho penal pueda ser una solución para los grandes males del estado colombiano, pues solo cumple con una función y es la legitimación del castigo³⁰.

Según Beccaria, “para que cada pena no sea la violencia de uno o muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes.” a partir de la construcción de estos simbolismos que el derecho penal en la actualidad justifica el castigo de los delitos bajo un nuevo paradigma: el contrato social, esto es lo que ha hecho la justicia restaurativa en Colombia.

Entonces se establece la necesidad de una nueva política criminal que exige una verdad, judicial: establecida a través de un razonamiento lógico-silogístico; más que un humanismo penal, se inaugura la época sobre la cual diría Foucault "que lo que se pretende no es castigar menos, sino castigar mejor".

Dentro de la criminología el sentido de la pena tiene gran relevancia, por ejemplo en la escuela clásica del derecho penal y su principal representante, Francesco

³⁰ BECCARIA, César. (1969) De los delitos y de las penas. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid. pág. 72. “el derecho de castigar nace del sacrificio de "una parte de (de la libertad de cada uno) para gozar de la restante con seguridad y tranquilidad y “la agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar.”

Carrara, piensa la pena como: la retribución. La pena se justifica como un mal que le infringe la sociedad al delincuente como respuesta al mal que él le ha ocasionado a ella.

Hegel y Kant la proponen como el castigo que se explica porque se ha delinquido; ni siquiera requiere una justificación: es un lazo de necesidad el que se establece entre el delito y la pena, entonces se observa aquí que la pena aparece, en sí misma, como la realización de la justicia.

La escuela positivista, rompiendo con el esquema plantea la necesidad de prescindir del término castigo o sanción y, en su lugar, hablar de medidas.

Esta transformación se explica porque a su vez hay una diferente concepción del delincuente. En escuela clásica el delincuente era un ser racional, mientras que para los positivistas, el delito pasa a ser un síntoma de una personalidad al mismo tiempo peligrosa y determinada por factores del delincuente como la herencia, la enfermedad mental, etc... bajo estas circunstancias explican el delito y medidas tanto pre- delictivas como pos- delictivas para contrarrestar así el peligro que representa el delincuente.

“Leyes más severas, más cárceles (...), como recuerda Jeffrey, puede significar más reclusos, pero no necesariamente menos delitos.”³¹, desde un punto de vista criminológico y bajo estos parámetros, el gobierno colombiano ha acogido la justicia transicional en la Ley 975 de 2005 llamada de justicia y paz, y su marco normativo, en búsqueda tal vez de soluciones rápidas al conflicto interno.

porque no hay que dejar de lado que la política, va de la mano con la política criminal, como se puede observar en Colombia no se realizan grandes

³¹ FOUCAULT, Michel (1988). Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México. pág. 281

teorizaciones del delito y de su control, sino que aplican una serie de técnicas, que determinan respuestas a las exigencias de la sociedad, tales como la prevención situacional, ventanas rotas, la tolerancia cero, que buscan un control sencillo, rápido, con resultados inmediatos (capturas, detenciones, condenas, reducción del índice de delitos, etc.).

Consecuentemente que ha significado el movimiento de Verdad, Justicia y Reparación, en la sociedad colombiana, realizando un análisis del contexto se puede afirmar que es una continuación de la criminología contemporánea en el entendido que comparte premisas, que legitiman el derecho penal.

Retoma una confianza incondicional en el derecho penal y por tanto en la pena, el ingrediente principal que determina la justicia es el castigo, La verdad se asume como una formula contra la impunidad y la reparación se deslumbra difícilmente de una petición retributiva.

Trasciende las fronteras, La verdad, la justicia y la reparación, se reclaman como principios universales que van acorde con los estándares exigidos por la comunidad internacional.

1.3 MARCO JURÍDICO

Dentro del marco legal se encuentra la Ley 418 de 1997 que referencia sobre la atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, la Ley 975 de 2005, que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la Ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, la Ley 718 de 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 y modifica algunas disposiciones, Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención,

asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Esta investigación está desarrollada en el contexto histórico, sociológico y jurídico Colombiano, ya que se basa en el conflicto interno y el proceso de justicia y paz, llevado a cabo en Colombia, principalmente en los años 2002 a 2006, dirigida principalmente a análisis de la aplicación del concepto de justicia transicional o de transición dentro del contexto colombiano, analizando la situación de las víctimas del conflicto frente al desarrollo normativo emergente frente al proceso de justicia y paz.

Los procesos de paz, justicia y reconciliación son definidos entonces en última instancia por los contextos sociales, políticos, históricos, culturales y económicos en que se desenvuelven.

En el caso de Colombia los procesos de paz con el M-19, el Quintín Lame, el EPL, la Corriente de Renovación Socialista, como en las desmovilizaciones individuales, se recurrió a la legislación en materia de indulto y amnistía, que previo un perdón por parte del Estado para quienes han incurrido en el delito de conformar grupos armados ilegales con el propósito de afectar al régimen constitucional. Dicha legislación, y en especial la Ley 782 de 2002 según el Gobierno Nacional mostro sus bondades para la pacificación de la nación, desde la instalación del Gobierno del Dr. Álvaro Uribe Vélez se han dieron masivas desmovilizaciones de miembros de grupos armados al margen de la Ley, bien a través de la dejación individual de armas o en procesos de desmovilización colectiva.

A partir del año 2003, como consecuencia de los diálogos iniciados entre el Gobierno Nacional y los grupos de autodefensas, se pregonó y generó la necesidad de formular un marco jurídico superior a la Ley 782 que sirviera como

base para las negociaciones de paz y los procesos de reinserción de grupos armados al margen de la Ley, especialmente con los grupos de autodefensas.

Para tales efectos el, Gobierno Nacional presentó una primer iniciativa de Ley estatutaria número 85 de 2003 con el nombre de proyecto de Ley de alternatividad penal, el cual encendió las alarmas entre los juristas y organismos de derechos humanos, respecto de los propósitos que el gobierno dejaba al descubierto en cuanto al tratamiento benévolo dado en los diálogos con los paramilitares, según ellos está no era una Ley para que se desmovilizaran los grupos armados sino el cumplimiento de una promesa política.

Las intervenciones de Naciones Unidas y de las organizaciones defensoras de derechos humanos contribuyeron a desprestigiar el proyecto de alternatividad en el que se consagraba la impunidad a favor de los paramilitares y la invisibilización a las víctimas. Frente a estas numerosas críticas que se formularon sobre los mecanismos ideados por el Gobierno para la reincorporación y concesión de beneficios a los miembros de estas organizaciones, se presentó un pliego de modificaciones a dicho proyecto, el cual tampoco logró colmar las expectativas generadas por el primer borrador. El proyecto fue entonces retirado por el propio Gobierno en Junio de 2004 y se pospuso la discusión en el Congreso.

En julio de 2004 se le dio trámite entonces al proyecto denominado verdad, justicia y reparación bajo lineamientos poco claros respecto a los mecanismos de reincorporación de combatientes a la civilidad y con los cuales se dieron las primeras desmovilizaciones masivas de grupos de autodefensas.

Se presentaron entonces constantes llamados de la comunidad internacional y organizaciones sociales por la Verdad, la Justicia y la Reparación para las víctimas, proclamas que comprenden los temas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, en aras de la no repetición de los hechos y que

buscan asegurar la comparecencia de los responsables ante los jueces y la fijación de su condena; poniendo en marcha un mecanismo de control por parte del Estado y la sociedad, que permita que su conducta ulterior pueda ser supervisada y se asegure una sanción en caso de incumplimiento.

El Gobierno Nacional entregó un nuevo proyecto y posterior Ley de Justicia y Paz 975 del 25 de julio de 2005, la cual complementaria la Ley 782 de 2002, basada en la premisa del desarme y compromisos de no cometer más crímenes, llenando así un vacío jurídico en relación a los miembros de grupos armados ilegales que, estando comprometidos en delitos no indultables, avancen de manera seria por los senderos de la paz. Ley bastante criticada también, pero que finalmente fue aprobada por el Congreso de Colombia con el objeto de dictar 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 otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Dicha Ley según diferentes sectores sociales y académicos: ha permitido un exceso al ejecutivo respecto de las facultades privativas del legislativo en su expedición; ya que concede amplios beneficios a los victimarios sin una contraprestación suficiente que contribuya a los principios de verdad, justicia y reparación; el legislador procedió a señalar penas menores para los victimarios de delitos contra los derechos humanos, que para otros delitos comunes, contribuyendo con ello a la impunidad por la insatisfacción del principio de justicia proporcional al sentimiento de ofensa de las víctimas; además del asunto de indultos cara a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad frente a la Corte Penal Internacional- CPI.

La desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia propició la creación de distintas propuestas legislativas que fueron estudiadas por los órganos ejecutivo y legislativo del país, la sociedad civil, comunidad internacional y

organismos defensores de derechos humanos, que culminaron temporalmente en la actual Ley de justicia y paz, la cual tiene por objeto dictar 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.

La Ley de justicia y paz desde su iniciativa como proyecto hasta su promulgación no ha favorecido el consenso ni la conformidad de los diferentes actores sociales y políticos interesados en un proceso de reconciliación nacional que favorezca sus respectivos intereses (las discusiones giran en torno a las excesivas facultades del ejecutivo para su promulgación, la posición de Colombia frente la Corte Penal Internacional, la concesión de amplios beneficios a los victimarios y mínimas garantías a las víctimas...), de cara a que una Ley cuya finalidad sea encaminar la desmovilización de los miembros de grupos armados al margen de la Ley, tiene como antepuesto el deber de ajustarse a los principios de la verdad, la justicia y la reparación.

A lo anterior cabe mencionar el informe ante la comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas correspondiente al año 2004:

En aras de avanzar hacia una paz duradera es posible prever beneficios judiciales para los miembros de los grupos armados al margen de la Ley que colectivamente dejen las armas y firman acuerdos de paz con el Gobierno. Sin embargo, es necesario que dichos beneficios dependan del esfuerzo para contribuir de manera efectiva a la justicia, al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de los daños ocasionados a las víctimas, por parte de quienes aspiran a obtenerlos. No deben quedar por fuera las medidas necesarias para

el desmonte de las estructuras ilegales que permitieron a esos grupos tener incidencia a nivel social, económico y político en el país³².

³² Recomendaciones y compromisos 2005. Op. Cit.

CAPITULO II

2. LA ORIENTACIÓN QUE SE LE HA DADO EN COLOMBIA AL CONCEPTO DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN O TRANSICIONAL EN MATERIA CRIMINOLÓGICA DESDE EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

A continuación, se realizara un análisis de la aplicación de la norma (Ley 975 de 2005) que trae implícita una política criminal, a través de algunas teorías criminológicas, para dimensionar el concepto de justicia de transición con referencia al proceso de justicia paz.

Es claro que un proceso de paz trae consigo la esperanza de la solución del conflicto, empero, la pregunta que surge de manera inmediata es ¿será que en un proceso penal, se puede encontrar la solución a todos los males? y si no es así, ¿cuál es la intención gubernamental de alentar este tipo de procesos?

Para podernos contestar estos y otros interrogantes en el presente escrito se tendrán en cuenta algunas lecturas de los hitos más importantes en la evolución del pensamiento criminológico, para poner en consideración la hipótesis de que se le ha impuesto al derecho penal con todas sus críticas, la tarea de solucionar conflictos que históricamente le han sido imposibles.

Es precisamente las críticas que se le han hecho al sistema penal por parte de la criminología crítica y el abolicionismo, que ha hecho que surgir lo que hoy en día se denomina “nuevas justicias”, entre las cuales, encontramos la justicia transicional y justicia restaurativa.

Aunque la justicia transicional ha alcanzado cierto nivel a través de su principio de verdad, justicia y reparación, todavía sigue siendo un movimiento en construcción,

toda vez que con la expedición de la Ley 975 de 2005, Colombia apenas inicia a desarrollar dicho concepto.

Dentro de un optimismo punitivo, que junto con otras predisposiciones de la criminología actual (actuarismo penal, prevención situacional, tolerancia cero, ventanas rotas, populismo punitivo), se le impone al sistema punitivo la carga de dar fin a conflictos históricos, esto consecuentemente puede conducir a un uso exagerado del derecho penal.

Es entonces consecuentemente, que se puede advertir que en aras de la búsqueda de la paz, se puede estar hablando de sacrificar algunas libertades y claramente se observa que lo que si se está produciendo con estas disposiciones es una legitimación de los organismos de control.

En ese orden de ideas resulta una gran falsedad, que el derecho penal pueda ser una solución para los grandes males del estado colombiano, pues solo cumple con una función y es la legitimación del castigo³³.

Según Beccaria, “para que cada pena no sea la violencia de uno o muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes.” a partir de la construcción de estos simbolismos que el derecho penal en la actualidad justifica el castigo de los delitos bajo un nuevo paradigma: el contrato social, esto es lo que ha hecho la justicia restaurativa en Colombia.

³³ BECCARIA, César. (1969) De los delitos y de las penas. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid. pág. 72. “el derecho de castigar nace del sacrificio de una parte de (de la libertad de cada uno) para gozar de la restante con seguridad y tranquilidad y “la agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar.”

Entonces se establece la necesidad de una nueva política criminal que exige una verdad, judicial: establecida a través de un razonamiento lógico-silogístico; más que un humanismo penal, se inaugura la época sobre la cual diría Foucault "que lo que se pretende no es castigar menos, sino castigar mejor".

Dentro de la criminología el sentido de la pena tiene gran relevancia, por ejemplo en la escuela clásica del derecho penal y su principal representante, Francesco Carrara, piensa la pena como: la retribución. La pena se justifica como un mal que le infringe la sociedad al delincuente como respuesta al mal que él le ha ocasionado a ella.

Hegel y Kant la proponen como el castigo que se explica porque se ha delinquido; ni siquiera requiere una justificación: es un lazo de necesidad el que se establece entre el delito y la pena, entonces se observa aquí que la pena aparece, en sí misma, como la realización de la justicia.

La escuela positivista, rompiendo con el esquema plantea la necesidad de prescindir del término castigo o sanción y, en su lugar, hablar de medidas.

Esta transformación se explica porque a su vez hay una diferente concepción del delincuente. En escuela clásica el delincuente era un ser racional, mientras que para los positivistas, el delito pasa a ser un síntoma de una personalidad al mismo tiempo peligrosa y determinada por factores del delincuente como la herencia, la enfermedad mental, etc... bajo estas circunstancias explican el delito y medidas tanto pre- delictivas como pos- delictivas para contrarrestar así el peligro que representa el delincuente.

“Leyes más severas, más cárceles (...), como recuerda Jeffrey, puede significar más reclusos, pero no necesariamente menos delitos.”³⁴, desde un punto de vista criminológico y bajo estos parámetros, el gobierno colombiano ha acogido la justicia transicional en la Ley 975 de 2005 llamada de justicia y paz, y su marco normativo, en búsqueda tal vez de soluciones rápidas al conflicto interno.

porque no hay que dejar de lado que la política, va de la mano con la política criminal, como se puede observar en Colombia no se realizan grandes teorizaciones del delito y de su control, sino que aplican una serie de técnicas, que determinan respuestas a las exigencias de la sociedad, tales como la prevención situacional, ventanas rotas, la tolerancia cero, que buscan un control sencillo, rápido, con resultados inmediatos (capturas, detenciones, condenas, reducción del índice de delitos, etc.).

Consecuentemente que ha significado el movimiento de Verdad, Justicia y Reparación, en la sociedad colombiana, realizando un análisis del contexto se puede afirmar que es una continuación de la criminología contemporánea en el entendido que comparte premisas, que legitiman el derecho penal.

Retoma una confianza incondicional en el derecho penal y por tanto en la pena, el ingrediente principal que determina la justicia es el castigo, La verdad se asume como una fórmula contra la impunidad y la reparación se deslumbra difícilmente de una petición retributiva.

Trasciende las fronteras, La verdad, la justicia y la reparación, se reclaman como principios universales que van acorde con los estándares exigidos por la comunidad internacional.

³⁴ FOUCAULT, Michel (1988). Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México. pág. 281

Ley de “justicia y paz”, proyecto de iniciativa del gobierno del presidente de Álvaro Uribe Vélez, que entró en vigencia a partir del 25 de julio de 2005, la cual en sus inicios constituyó un avance muy significativo y para otras promesas no cumplidas.

Aunque la Ley ha sido una herramienta muy útil en la consecución de la paz en Colombia, ha presentado sendas fallas en su implementación en lo referente a la aplicación de justicia de los procesados, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

Dentro de las muchas propuestas que la academia aporta desde las experiencias internacionales de salidas negociadas y pacíficas a conflictos armados, aparece una que es el objeto de atención en el presente análisis, el cual presenta una propuesta coyuntural en el punto de evolución del conflicto en Colombia en donde hay claras manifestaciones de pedidos de verdad, justicia y reparación de la víctimas y la presión de la comunidad internacional, revelándose como una justicia de emergencia que puede facilitar los primeros pasos a una solución definitiva.

Se piensa entonces en la justicia transicional como figura que propugna por las máximas de verdad, justicia y reparación, podría ser la alternativa que lleve a Colombia al umbral de la esperanza.

Hablar de un tema como el de la justicia transicional pareciera ser bastante novedoso en los espacios académicos que han abordado de una u otra forma el estudio de la violencia en Colombia, pero éste no es tan nuevo, y se refiere a las tareas que un Estado debe implementar cuando llega al post conflicto, y carga consigo el legado de graves violaciones a los derechos humanos, o lo que la misma justicia transicional ha denominado como el paso de etapas de transición política del autoritarismo hacia la paz.

En Colombia particularmente no hay el paso de un Estado a otro, ya que constitucionalmente es un Estado social y democrático de derecho, tampoco nos hayamos en post- conflicto, pues no se ha podido superar en su totalidad los factores consecuentes de violencia en el país. Entonces si en medio de estas dos condiciones se enmarca la justicia transicional, y en nuestro contexto no se cumplen, ¿por qué hablar de justicia transicional?, ¿qué puede aportar al estudio del conflicto en Colombia?

Se debe abrir entonces el espacio a la comprensión de las propuestas de la justicia transicional para un país en camino a la transición, en nuestro caso, hacia el fortalecimiento de la democracia.

Para ello la academia ha acudido y discutido experiencias internacionales que implementen arquetipos que posibiliten la reconciliación nacional, con la finalidad de hallar una fórmula al prolongado y complejo caso colombiano, que facilite el restablecimiento de la paz y la gobernabilidad democrática.

En el análisis entonces de experiencias de países como Sudáfrica por ejemplo, resulta difícil afirmar que dicha labor no contribuye significativamente a la exploración de soluciones al conflicto armado colombiano, ya que tal examen nos puede indicar la escogencia negociada de la intervención de modelos de justicia transicional en un Estado democrático de derecho donde subsiste el conflicto armado como es nuestro actual caso, a pesar de que el término transición insinúa que tales tareas deben llevarse a cabo durante las etapas de transición política del autoritarismo hacia la paz.

Aunque Colombia no enfrenta los retos de reforma institucional propios de una transición democrática desde regímenes autoritarios o dictatoriales, el Estado colombiano debe hacer frente a otros factores que influyen en la estabilidad democrática y que se reflejan en: la debilidad de sus instituciones, en los altos

índices de impunidad de los crímenes de lesa humanidad, en la relativa anomia o desarticulación social ligada a expresiones sociales violentas y en la degradación e intensidad del conflicto armado.

Adicionalmente, el desarrollo del actual proceso de paz plantea desde ya la pregunta por la forma en que deben enfrentarse los crímenes que se han cometido durante más de treinta años de conflicto armado y el balance entre la paz (o la reconciliación) y la justicia, que es una obligación ineludible del Estado en cualquier situación³⁵.”

Es entonces espinoso hablar de transición sin post conflicto, en el debate de la concertación de una solución negociada. La discusión de la aplicabilidad de la justicia transicional en medio de un conflicto armado, comenzaría por interrogarse acerca de ¿qué hacer frente los graves atentados contra la dignidad humana?, y contemplar la posibilidad de acuerdos que involucren los diferentes actores, entorno a transformaciones radicales del orden social y político que vislumbren la transición de la guerra a la paz, a partir de la decisión y satisfacción de dichas partes, lo que se ve sometido a los imperativos de individualizar y castigar a los responsables de delitos de lesa humanidad buscando con ello, proteger los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en aras de la reconciliación nacional, y la *conditio sine quanon* del otorgamiento de beneficios judiciales como el perdón y el olvido para los delitos acaecidos por los victimarios.

Cualquier pacto entonces, supone los intereses contrapuestos de paz y justicia, en donde la verdad como columna vertebral de la lucha contra la impunidad pareciera ser la gran sacrificada en aras de la estabilidad democrática, he allí reflejado el gran paradigma de la justicia transicional enmarcado en un Estado de derecho que

³⁵ CEBALLOS, Marcela. El Papel de las Comisiones Extrajudiciales de Investigación y de las Comisiones de Verdad en los Procesos de Paz -*Aspectos teóricos y experiencia internacional*.- República de Colombia Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Justicia y Seguridad, Grupo de Gobierno y Asuntos Internos; 2002, p. 3.

abandona los mecanismos judiciales politizando el derecho y acuerda ceses a hostilidades otorgando beneficios.

Los conceptos de justicia transicional traídos de experiencias internacionales, permiten pensar en uno más ajustado al contexto de Colombia sin perder la filosofía del modelo, pero considerando la aplicabilidad sui generis de una justicia transicional sin transición. Por ello, el concepto del abogado y filósofo Jorge Eduardo Carranza Piña, quien afirma: “se da el nombre de justicia transicional a la aplicación de normatividades especiales y excepcionales que usualmente implican una flexibilización de la justicia penal y que permiten viabilizar los acuerdos con grupos armados”³⁶.

La aplicación de justicia transicional es una fórmula novedosa para encarar el conflicto armado en Colombia; pero esta ha sido utilizada exitosamente en otros países del mundo que han vivido como el nuestro grandes conflictos bélicos y con ellos el resquebrajamiento de las instituciones democráticas, la justicia transicional procura equilibrar las exigencias contrapuestas de paz, verdad y justicia, aparentemente irreconciliables.

³⁶ CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo, Fundamentos Sobre Verdad, Justicia y Reparación, Garantía de los derechos de las víctimas, Editorial Leyer, Bogotá, Agosto de 2005, P. 200.

CAPITULO III

3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO PARADIGMA JURÍDICO

Es importante aclarar que la justicia Transicional es una justicia de excepcionalidad y se ha entendido como un modelo jurídico que se compone de cuatro elementos:

- ✓ Acciones judiciales contra los autores individuales de crímenes (ya sea por medio de tribunales nacionales o internacionales).
- ✓ La promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad para esclarecer abusos pasados y construir la memoria histórica (comisiones de la verdad, entidades investigadoras).
- ✓ La reparación, tanto material, como inmaterial, de las víctimas de violaciones de derechos humanos.
- ✓ La reforma inmediata de instituciones importantes para la gobernabilidad democrática (incluyendo la investigación de antecedentes, la remoción de los culpables de sus cargos y su exclusión de los puestos públicos).

Dentro de la administración de justicia, el procesamiento legal se convierte en crucial para la erradicación de la impunidad y la restauración de la fe en los procesos democráticos. Es por ello, importante observar desde su contribución a la pacificación, la vital significación del procesamiento legal de los victimarios luego de un conflicto, desde varias instancias:

- ✓ Prevenir la reanudación del conflicto, mediante la restauración y mantenimiento del orden social.
- ✓ Establecer responsabilidades individuales por crímenes cometidos y condenar a los infractores.
- ✓ Otorgar indemnización y reparaciones para las víctimas.

- ✓ Reafirmar el estado de derecho e incrementar la confianza en las instituciones democráticas.
- ✓ Controlar y prevenir brotes futuros de violencia.

Las acciones judiciales entonces, procuran desde el derecho no solo por la justicia, sino también por la reparación, con miras a la concepción de un *punto final* del conflicto, pero tales procedimientos en nuestro contexto se enmarcan en la idea de concesión de beneficios, reemplazando la verdad histórica por la verdad judicial, o sea por una mera verdad formal que sacrifica la pena y coloca en entredicho a la justicia retributiva; es aquí donde se acentúan las dificultades de la Justicia Transicional, esta coyuntura es denominada como el punto ciego de la teoría de las transiciones democráticas.

Responder a pedidos disímiles y, por llamarlo de alguna manera, priorizar algunos asuntos ante otros como una salida más política que legal a la reconciliación de una nación entera, deja ver el asunto de los intereses que pueden jugar y las condiciones que priman para la consecución de dicho fin. Este dilema es difícil de entender en Colombia, ya que el conflicto colombiano está acompañado por el terror y el pánico, los cuales lo sustraen de las lógicas de la comprensión y la aceptación.

El asunto de que cuanto más necesaria es la justicia, es más difícil lograrla, pues según él, está paradoja intenta poner en contacto demandas morales y realidades políticas, en donde la justicia puede reducirse tan solo a una cuestión de urgencia psicológica y no verse como una materia de extremada importancia política y jurídica.

Otra paradoja que identifica y que a la vez se torna en crítica, es que la justicia transicional solo *mira hacia el pasado* y mantiene las divisiones sociales existentes, en vez de *mirar al futuro* y promocionar la unidad nacional.

3.1 VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: LA TRIADA PARA LA COMPRENSIÓN

3.1.1 La Verdad. Frente a la verdad como una máxima que posibilita una justicia completa que aplaque el sentimiento de ofensa y facilite una paz duradera (punto final) se ha establecido su composición en tres líneas: El derecho a la verdad, el derecho a saber y el deber de recordar, por parte de los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet (1997):

De conformidad con el primero de esos derechos, cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes (principio 1).

Por su parte, según el deber de recordar, “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado” (principio 2).

Finalmente, el derecho de las víctimas a saber determina que “independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima” (principio 3).

Si bien los principios de Joinet, como derecho blando o *soft law* que son, no tiene un carácter estrictamente vinculante para los Estados, han sido reconocidos por la

Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas instancias como un documento de autoridad y de referencia obligada en materia del derecho a la verdad [...] es posible concluir que el derecho a la verdad, tal y como se encuentra consagrado en los principios de Joinet, constituye actualmente un imperativo jurídico internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, en el entendido de que la Corte y la Comisión Interamericanas lo han considerado incorporado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] Este es un derecho fundamental de las víctimas en Colombia. Ello es así por cuanto, al menos desde 2002, la Corte Constitucional ha reconocido su carácter de tal en diversas oportunidades [...]³⁷.

Al Conceptuar el derecho a la verdad desde los principios de Joinet la autora Marcela Ceballos se refiere a ella: Como un derecho individual de las víctimas a saber y un derecho colectivo, relacionado con la historia de una comunidad y definido como patrimonio de la misma. Constituye además el deber del Estado de recordar. La verdad es entonces ante todo memoria, factor constitutivo de la sociedad y es también conciencia, elemento clave en los procesos de cambio y reestructuración (moral o política).

En este sentido, es un aspecto de la reparación, en la medida en que hace parte del proceso de recuperación psicológica de las víctimas, mediante el reconocimiento de su sufrimiento. El valor de la verdad tiene que ver también con su impacto en los procesos de reconciliación y en la implementación de medidas de prevención para evitar que se repitan estas violaciones. Se mencionan las comisiones extrajudiciales de investigación como medidas que deben tomar los Estados en caso de que los tribunales nacionales no puedan juzgar rápidamente a los responsables de los crímenes de lesa humanidad³⁸.

³⁷ UPRIMNY y SAFFON. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial, Op. Cit., p.144- 147.

³⁸ CEBALLOS, Op. Cit., p. 3.

Frente a estas concepciones de verdad, existe una complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia, enmarcada en el discurso de la recuperación de la memoria histórica en pueblos que han padecido conflictos. Se dice entonces que:

En el discurso de la justicia transicional, volver a visitar el pasado es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro. Existe una noción implícita de una historia que progresa. [...]Sin embargo, las transiciones son períodos atípicos de quiebre que ofrecen una elección entre narrativas en disputa. El objetivo paradójico de la transición es deshacer la historia. La finalidad es reconcebir el significado social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros.³⁹

Es de anotar dentro de la delimitación de un concepto de verdad el aporte del proyecto *Nunca Más* de las Ong's colombianas, según el cual este se compone de tres elementos en el conflicto colombiano:

Durante la fase de la verdad ha de llevarse a cabo un proceso social de reconstrucción de la memoria, que debe implicar el trabajo en tres sentidos: primero, identificar a las víctimas de las violaciones para recuperar su valor, su dignidad y sus luchas; segundo, asignar responsabilidades para lograr el reconocimiento público de los abusos cometidos y el reconocimiento gubernamental de la responsabilidad que tuvieron los agentes estatales o no estatales; tercero aportar elementos de información suficiente para explicar el

³⁹ TEITEL, Ruti G. Título original: "Transitional Justice Genealogy". Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, p. 19- 20.

cómo y el porqué de los crímenes cometidos, para hacer un debate social sincero sobre lo acontecido⁴⁰.

3.1.2 La Justicia. Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga en el documento Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia proponen la idea de unas pautas obligatorias dentro de la justicia transicional para los Estados, y en lo que se refiere específicamente al derecho a la justicia afirman que un Estado tiene cinco obligaciones inderogables para su logro como son: El deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos, el deber de imponer penas adecuadas a los responsables, el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

Frente al deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos y los límites de las amnistías a indultos en procesos de paz, es de anotarse la infranqueable postura dentro de estos de las víctimas, a que exista un procesamiento de actores de crímenes de lesa humanidad, pedido disímil y paradójico dentro de la Justicia Transicional, pues en tal coyuntura se enmarca el sacrificio de la justicia por la paz, ya que lo que se negocia en las mesas de paz son garantías judiciales, como la amnistía y el indulto los cuales parecieran obedecer más a salidas políticas que a verdaderos procesos de reconciliación.

En la fase de la justicia se busca la penalización judicial de los autores por acción y omisión en las violaciones a los derechos humanos. La fase de la justicia es siempre particularmente difícil, pues los responsables de los crímenes de lesa

⁴⁰ Citado por CEPEDA CASTRO, Iván, GIRÓN ORTÍZ, Claudia y Fundación Manuel Cepeda Vargas, Olvido o memoria en las condiciones de solución de conflictos políticos, p. 6.

humanidad se cuidan de garantizar su impunidad al colocar como condición tácita para la democracia y la reconciliación el perdón y el olvido de sus delitos⁴¹.

En Colombia particularmente la reiterada celebración de acuerdos entre el Estado, grupos armados y diferentes sectores de la sociedad, ha hecho que el uso indiscriminado de amnistías e indultos deje de ser excepcional y transitorio, y sea manifestación de un hábito social que acepta y reproduce este comportamiento. [...] En Colombia, la abolición de memorias molestas a través de amnistías e indultos, legítima la continuidad del Estado y de los valores que expresa el orden social; además, la memoria social, como expresión de las reglas que guían a una sociedad, se fundamenta en el olvido permanente del pasado.

De esta manera, la legitimidad que proporciona el olvido recurrente de un pasado violento, por medio de amnistías e indultos, se debe a que estos instrumentos cambian la percepción del tiempo, desconociendo un pasado problemático e instaurando un nuevo comienzo⁴².

3.1.2.1 El deber de imponer penas adecuadas a los responsables. Comporta la obligación de los Estados de imponer a los responsables penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de sus conductas [...] el deber del Estado de juzgar y castigar con penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y el DIH, implica que la investigación que lleven a cabo las autoridades competentes se desarrolle conforme a ciertos parámetros mínimos que conduzcan a identificar con la mayor certeza posible quienes fueron los perpetradores y cómo ocurrieron los hechos.

⁴¹ *Ibíd.* p 29.

⁴² GUTIÉRREZ URRESTY, Ana María. Las amnistías e indultos, un hábito social en Colombia. Justicia Transicional: teoría y Praxis. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Septiembre de 2006, p. 389 y 402.

3.1.2.2 El deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos. El derecho internacional contemporáneo establece que los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de manera pronta, imparcial y exhaustiva. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia proferida en el caso Velásquez Rodríguez, señaló que los Estados que suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a investigar seriamente, con los medios a su alcance las violaciones [a la Convención] que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. (...) [La obligación de investigar es una obligación de medio] que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio.

Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuírsele la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían en cierto modo, auxiliados por el poder público lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. (Corte IDH, 1988, párrs. 174 y 177).

3.1.2.3 El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Los principios 12 a 14 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Bassiouni,

2000) determinan que el derecho a las víctimas a recursos judiciales efectivos implica las siguientes obligaciones del Estado:

(1) dar a conocer, a través de medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario;

(2) adoptar, en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas, las medidas necesarias para que éstas no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos; y

(3) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación que sean del caso.

Este derecho implica, así mismo, los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendientes al logro de reparaciones colectivas y de acceder a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales.

3.1.2.4 El deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. Las personas a quienes se endilga la responsabilidad en la comisión de los actos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario tienen derecho a ser investigadas y juzgadas de conformidad con las garantías derivadas del derecho al debido proceso:

[...] Sin embargo, la garantía del derecho a la justicia de las víctimas de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario determina que, en los procesos que se inicien contra los presuntos responsables de estas atrocidades, las

autoridades judiciales limiten o inapliquen ciertas garantías del derecho al debido proceso.

Tanto el derecho internacional como la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia han señalado que los principios de la cosa juzgada y non bis in idem pueden ser objeto de limitaciones cuando se trata de la investigación y el juzgamiento de personas a quienes se acusa de haber violado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario (Orentlicher, 2004)⁴³.

3.1.3 La Reparación. Afirma el profesor Pablo de Greiff, que “el derecho a la reparación se basa en el principio general de que todas las violaciones del derecho internacional acarrearán, esto es, la obligación secundaria de compensar la violación de una obligación primaria”⁴⁴. El derecho a reparación implica tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas.

En el plano individual, las víctimas, ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo, deben beneficiarse de un recurso eficaz. Los procedimientos aplicables deben ser objeto de una publicidad lo más amplia posible. El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de perjuicios sufridos por la víctima. De acuerdo a la Estructura de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho humanitario establecidos por M. Theo van Boven, Ponente especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:

⁴³ BOTERO MARINO, Catalina, RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban. Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, Junio de 2006, p. 51-71.

⁴⁴ DE GREIFF, Pablo. Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos. *Justicia Transicional: teoría y Praxis* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Septiembre de 2006, p. 210.

a) Medidas de restitución tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación);

b) Medidas de indemnización (perjuicio psíquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y.

c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica).

En el plano colectivo, las medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria. Implica además Garantías de no repetición de las violaciones. Las mismas causas producen los mismos efectos, tres medidas se imponen para evitar que las víctimas no sean de nuevo confrontadas a violaciones que puedan atentar contra su dignidad:

a) Disolución de los grupos armados paramilitares: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad;

b) Derogación de todas las Leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y

c) Destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías⁴⁵.

3.2 APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO POLÍTICO COLOMBIANO.

La justicia transicional se ha valido en medio de tal coyuntura, de la implementación de pautas de justicia para Estados en procesos de transición con respecto a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos. Los Estados asumen entonces obligaciones ineludibles para ser aplicadas en procesos de transición, en materia de verdad, justicia y reparación, respecto de la lucha contra la impunidad.

La superación de un proceso de transición de un conflicto armado hacia la paz demanda comprender el contexto político en el que actuarán las instituciones de transición que pretenden la consolidación del Estado de derecho, pues tal contexto puede presentar escenarios de transición diferentes en el devenir como por ejemplo la preocupación antes de lograr la paz por la seguridad de los sectores cercanos a las víctimas, y el cese de las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, la desconfianza en la transición después de pactada la paz, y la aceptación o no de los acuerdos previos.

Pero aún considerando el contexto, si se toman disposiciones a espaldas de los procesos de diálogo y en contradicción con los fundamentos de la justicia y los derechos humanos, estas estarán destinadas al fracaso, es por ello que los

⁴⁵ LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS DETENIDOS: La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías de la ONU Organización de las Naciones Unidas y ECOSOC - Consejo Económico y Social, 11 de Enero de 1998.

modelos de justicia transicional se legitiman desde la participación y consenso en su elaboración y ejecución, entre los principales implicados (actores armados, víctimas, Estado, fuerzas políticas y organizaciones de derechos humanos).

La experiencia en la aplicación de modelos o instrumentos de justicia transicional en países que han padecido un conflicto armado o regímenes autoritarios ha permitido aseverar que no hay un modelo único de aplicación para todos los casos, es más la reproducción acrítica de estrategias de justicia transicional que fueron exitosas en otras realidades comporta graves riesgos, por lo que cada país debe determinar su propio modelo de aplicación atendiendo a los factores que determinan su contexto.

El analista Eduardo González indica con base en tales experiencias algunos principios fundamentales que permiten a cada sociedad establecer su propio camino:

3.2.1 Las estrategias integrales tienden a ser más sostenibles que las medidas aisladas. Es el caso del Reino de Marruecos donde se clausuro el caso de las desapariciones forzadas ocurridas durante el reinado de Hassan II (1961-1999) otorgando indemnizaciones monetarias a las víctimas y a sus familiares, lo que origino una determinante necesidad por aclarar lo ocurrido e insatisfacción en el otorgamiento de las indemnizaciones, a lo que recientemente el rey Mohamed VI estableció una comisión de la verdad con el encargo de un esclarecimiento más amplio de los hechos.

3.2.2 La secuencia de las medidas de justicia es la clave para su sostenibilidad en el largo plazo. En el Perú por ejemplo el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación legitimó la lucha frente a la impunidad, y diseñó un plan nacional de reparaciones.

3.2.3 Hay que descartar la ilusión del punto final. La experiencia ha demostrado que una justicia incompleta no aplaca el sentimiento de ofensa y que, incluso décadas luego de las violaciones, las demandas de las víctimas continúan siendo vigorosas, como lo muestra la actual avalancha de procesos penales contra perpetradores chilenos y argentinos, la apertura de archivos históricos en Brasil y las exhumaciones de milicianos republicanos en España.

3.2.4 La consulta social legítima fortalece las estrategias de justicia transicional. En los casos de Sudáfrica y Timor Oriental se consultó a la sociedad civil por la composición de las comisiones de la verdad que se conformaron en esos países, respectivamente en 1995 y en 2000.

3.2.5 La consulta social debe ser genuina y sustantiva. En 1999 el gobierno argelino logró la aprobación por referéndum de una Ley de *Armonía Civil*, que procuraba por amnistía para los integrantes de grupos islámicos armados; a lo que las organizaciones de víctimas de dichos grupos reclaman que tal mecanismo nunca estuvo precedido por un auténtico debate⁴⁶.

La experiencia demuestra entonces, que la sostenibilidad de un régimen democrático y de la paz, guarda directa relación con el nivel de respeto expresado hacia los principios fundamentales de derechos humanos durante la transición, pues la impunidad o la imposición de medidas atropellan la legitimidad del Estado de Derecho, y solo sobre la base de la justicia puede considerarse una auténtica reconciliación⁴⁷.

⁴⁶ GONZÁLEZ, Eduardo. Aportes de la justicia transicional para el proceso colombiano. En: Seminario justicia restaurativa y paz en Colombia (Febrero 9- 12, 2005, Cali), resumen centro internacional de justicia transicional, p. 4- 5.

⁴⁷ Según el médico español Beristain la reconciliación es más difícil: 1. en sociedades con grave polarización sobre el pasado, 2. cuando no hay nuevos consensos sociales después de la guerra, 3. si el nuevo marco de convivencia esté regentado por los antiguos actores o nuevas fuerzas excluyentes, 4. Cuando las comunidades existentes están muy consolidadas en torno a su propia verdad, 5. donde la identidad de un grupo se consolida por el miedo al otro. BERISTAIN, Carlos Martín, Justicia y Reconciliación, Facultad de Ciencias Económicas, Bilbao, 2000, p. 16.

Es posible pensar en los aportes de la justicia Transicional para el caso colombiano, desde sus máximas en la insistencia de procesos transparentes para la construcción de la paz y la gobernabilidad democrática, pero la falta de solidez de las instituciones judiciales colombianas pueda limitar el alcance de la Justicia Transicional en Colombia, pues un obstáculo clave del proceso es la prevalencia de altos niveles de impunidad. Tal deficiencia será un impedimento no solo en el procesamiento de actores armados acusados de flagrantes delitos contra los derechos humanos, sino que constituirán obstáculo para una reconciliación duradera dados los altos niveles de violencia y crimen organizado existentes al margen del conflicto político.

Los crímenes contra los derechos humanos, los choques con actores armados, y la corrupción también socavan la legitimidad de las instituciones estatales, en especial de las fuerzas armadas y la policía. La justicia y la reconciliación duradera serán imposibles de alcanzar sin una reforma significativa y eficaz de estas instituciones, y la restauración de la confianza ciudadana en ella.

El éxito de la transición una vez culminado el conflicto armado y de la sostenibilidad de la paz se determinará por la capacidad de participación de las organizaciones de la sociedad civil colombiana en los procesos de justicia y reconciliación que reflejen aumento de la capacidad de la sociedad civil para desempeñar un papel clave en los procesos de Justicia Transicional y el establecimiento de la paz. Frente a tal reto desde la justicia transicional en el caso de Colombia hay que establecer la importancia de una comisión extrajudicial de investigación:

Cuyo propósito sea el cumplimiento de la responsabilidad del Estado de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. A diferencia de la mayoría de las comisiones de la verdad, las comisiones extrajudiciales de investigación no necesariamente surgen de los acuerdos de paz

ni se desarrollan cuando se ha dado por terminado el enfrentamiento armado, pero comparten algunos elementos con las comisiones de la verdad desarrolladas en América Latina.

Las comisiones de la verdad son órganos cuyo papel principal en la transición de un estado de guerra interna a la paz, es contribuir con el entendimiento y esclarecimiento de las secuelas que ha dejado el conflicto en el tejido social. También se definen, según su función, en el planteamiento de reformas institucionales que, en alguna medida, acompañan toda transición o proceso de consolidación democrática [subraya fuera del texto]. Son sobre todo organismos de control sobre los abusos del pasado⁴⁸.

Es importante además conocer las diferentes experiencias de aplicación de modelos de justicia transicional en otros países, en las cuales se puede observar cómo se orientan las transiciones de la justicia a la paz, teniendo en cuenta a la justicia como el requerimiento que evalúa y determina las transiciones.

Cuevas manifiesta entonces a manera de síntesis algunas dimensiones que permitan pensar en “equilibrios sostenibles” en pro de estrategias pragmáticas para la justicia transicional entre las preocupaciones por la estabilidad política, la justicia y el respeto a la legalidad. Se acudirá a estas para posibilitar la continuación del ejercicio de encuadrar el caso colombiano que como hemos ya

⁴⁸ CEBALLOS, Op. Cit., p.3.

Nota al margen: la autora en nota al pie señala una diferenciación clara y suficiente para comprender la diferencia entre comisiones de la verdad y comisiones extrajudiciales de investigación: la experiencia histórica ha demostrado que las primeras responden más a la necesidad de esclarecer hechos de violencia política en contextos posteriores al conflicto interno o de transición a la democracia y se establecen como resultado de los acuerdos de paz. El término de comisiones extrajudiciales de investigación en cambio, es más amplio. Estas comisiones responden al esclarecimiento histórico pero no necesariamente se limitan a esta tarea; por lo general su labor está enfocada a impulsar la labor judicial cuando las instituciones encargadas presentan debilidad, y la reparación de las víctimas. Además, pueden ser creadas durante el desarrollo de un conflicto armado independientemente de que se den o no acuerdos de paz, o de que exista un proyecto político de transición hacia regímenes democráticos. Las comisiones de Bolivia, Perú y Brasil se aproximan más a este esquema.

expresado, no se haya en la fase de post conflicto, pero que se vale de las experiencias internacionales, para la transición de una resquebrajada democracia a una mejor, más consolidada y promotora de la defensa de los derechos fundamentales en concordancia con el mandato constitucional.

Tabla 1. Dimensiones de la Justicia Transicional

DIMENSIONES	POLÍTICO-ESTRATÉGICA	ÉTICO-CULTURAL	TÉCNICO JURÍDICA
Agentes principales involucrados	Líderes Políticos post-dictatoriales.	Víctimas de la represión pasada y defensores de los derechos humanos.	Operadores del derecho y funcionarios del poder judicial.
Intereses estructurales de los agentes	Viabilidad y consolidación de las instituciones democráticas.	Superación del trauma social generado por las violaciones del pasado.	Fortalecimiento del poder judicial.
Pre-condiciones estructurales sobre las que se desarrolla la agencia	La correlación de las fuerzas heredadas de la transición democrática.	La estructura de la esfera pública.	El cuerpo legal y las instituciones judiciales con jurisdicción.
Opciones principales que enfrentan los agentes	Favorecer o combatir la impunidad de los actores criminales cometidos por el antiguo régimen	Favorecer estrategias de compromiso político o llevar adelante políticas principistas.	Realizar interpretaciones amplias o restrictivas del cuerpo legal existente.
Procedimientos y formas de acción.	Tratos estratégicos de intereses por las partes.	Escritos de una narrativa histórica que reconocen la verdad de los victimarios.	Determinar las responsabilidades individuales de acuerdo a las garantías del debido proceso.
Peligros principales que los agentes buscan evitar.	Desestabilización del sistema político.	La recurrencia del trauma y el debilitamiento de las estructuras de la esfera pública.	Manipulación política de la justicia el debilitamiento del poder judicial.

Fuente: Elaboración propia de acuerdo a análisis

Las posibilidades tanto de armonía como de colisión entre las tres dimensiones involucradas están siempre presentes y dependen en buena medida de la capacidad de acción e inventiva de los agentes involucrados. Es posible señalar

que los agentes cuyo rol es más importante en cada una de las tres dimensiones tienen generalmente una percepción distinta de su capacidad de tomar decisiones: en un extremo es posible situar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y a sus defensores, que tienden a hacer exigencias de principio sobre la necesidad de justicia y que tienen por lo tanto un margen muy limitado de flexibilidad; en el otro extremo están los políticos, quienes generalmente suelen operar sobre la lógica de los resultados antes que sobre la de los principios y por lo tanto son capaces de decidir entre un amplio rango de opciones.

Los operadores del derecho parecieran estar al medio, en tanto pueden escoger entre interpretaciones restrictivas y poco creativas de los instrumentos de lucha contra la impunidad o una aplicación ambiciosa de los mismos [...] Idealmente la política democrática debería proteger -como la base de su propia legitimidad- el fortalecimiento de la esfera pública y de las instituciones judiciales. Debe enfrentar la impunidad y al fortalecer el principio de la igualdad ante la Ley, debería fortalecer una cultura de equidad en los procedimientos e igualdad entre los ciudadanos, que darían una auténtica base a las instituciones democráticas y judiciales.

El proceso judicial, al enfrentarse a causas concretas de manera equitativa y respondiendo a imágenes comúnmente compartidas de la justicia, fortalecería la fe en las soluciones legales y pacíficas a los conflictos⁴⁹.

⁴⁹ Ibíd. P. 9-16.

4. CONCLUSIONES

Hay que reconocer que las consignas de verdad, justicia y reparación tiene como protagonista a las víctimas del conflicto interno colombiano, centro de preocupación a las víctimas, que dada esta situación están dejando de ser invisibles dentro de la tragedia que se vive, empero no existen propósitos claros y esto las lleva a la instrumentalización, sencillamente si interés por las víctimas realmente serio deberá entonces considerarse expandir las mencionadas consignas más allá del derecho penal.

Se hace necesario destacar la finalidad que se enmarca en el logro de la reconciliación⁵⁰, porque a pesar de que es una de las banderas dentro del proceso de justicia y paz, se encuentra casi ausente en el abanico normativo, se mencionan únicamente en el Decreto 3391 de 2006, que regula la Ley de Justicia y Paz.

Las máximas de verdad, justicia y reparación por las que propugna la justicia transicional, sobrepasan en su materialización el marco legal y se convierten en salidas políticas, más que jurídicas; a lo que el discurso legal se queda corto y termina cediendo a las presiones políticas de los sectores involucrados. Se presenta entonces aquí el paradigma del Estado de derecho, en donde la norma se flexibiliza y las instituciones se amoldan para su aplicación. La paz es el principal fin del Estado y ello procurará su estabilidad, lo que trae como consecuencia la **politización del derecho** en pro de la reconciliación nacional.

⁵⁰ VALENCIA VILLA, H. (2003) Diccionario Derechos Humanos, España. Madrid. "proceso político y social por el cual las partes contendientes de un conflicto armado o los adversarios de un régimen dictatorial hacen las paces con miras al restablecimiento o establecimiento de la democracia en la respectiva sociedad. La reconciliación siempre es una experiencia positiva para una sociedad dividida que trata de superar una guerra o una tiranía, pero no es un fin en sí misma y no puede lograrse a costa de la memoria histórica ni la justicia judicial, que constituyen los únicos medios legítimos y eficaces para reconstruir los lazos de ciudadanía y restaurar el imperio del derecho y de los derechos"

La justicia transicional en el caso Colombiano, se presenta más como una **figura de emergencia**, que de transición, pues en nuestro país no hay aún transición como tal de la guerra a la paz, pues aún no termina el conflicto armado y la Justicia Transicional se refiere es a las labores que un Estado debe implementar cuando llega al post conflicto. Por lo que la Justicia Transicional lo que hace es descubrirnos caminos de cómo lograr esas soluciones definitivas.

Teniendo en cuenta la comprensión del actual sistema gubernamental colombiano y el prolongado y complejo conflicto armado, podríamos decir que en Colombia la justicia transicional se puede entender como un “**complejo de expectativas**” desde la óptica de una justicia de emergencia a través de la cual los ciudadanos esperan se logre un acondicionamiento de la institucionalidad vulnerada por los actores armados.

Los modelos de la **justicia restaurativa** se muestran **insuficientes** ante actos atroces que atropellan la dignidad de los pueblos, su aplicabilidad a delitos comunes no satisface los pedidos frente a delitos de lesa humanidad que requieren de un tratamiento distinto como sería por ejemplo el de una comisión de la verdad, pues no está en juego simplemente la individualización y castigo del perpetuador del hecho delictivo donde consecuentemente hay una víctima, sino una nación consternada que reclama verdad, justicia y reparación. El asunto es pues mucho más complejo se traslada del orden individual al colectivo y el trasplante jurídico de la justicia restaurativa no basta para la consecución de dichos principios.

La firma y adhesión de Colombia a tratados y convenios internacionales en derechos humanos, a los cuales hay que acudir a través del bloque de constitucionalidad dentro del marco jurídico necesario en procesos de negociación y reinserción a la civilidad, determinan la presencia del fenómeno de **la globalización de la justicia** en Colombia.

La presión e incidencia de los organismos y comunidad internacional sobre el gobierno nacional en la toma de decisiones que conlleven a soluciones del conflicto armado refleja también el fenómeno de la **globalización de la politización del derecho**.

Colombia se haya en la paradoja de poseer un sistema democrático “**estable e ilegítimo**”, pues la crisis de la democracia y la legitimidad de las instituciones del poder público en Colombia, en un país considerado con la democracia más estable en Latinoamérica, es una contradicción a la que se enfrenta la Justicia Transicional a la hora de propugnar por el cumplimiento de las máximas de verdad, justicia y reparación. Los procesos de parapolítica han colocado en entredicho la legitimidad de la institucionalidad colombiana (manipulación de las instituciones democráticas por parte de los grupos armados al margen de la Ley) y con ello ponen sobre el tapete un juicio moral de imposibilidad de decisión legítima para estas instituciones a la hora de decidir acerca de la suerte de víctimas y victimarios.

La tarea del **derecho penal** de satisfacer los pedidos de justicia **se desvirtúa** ante las lógicas de procesos de paz, en los que los perdones e indultos posibilitan la concesión de amplios beneficios en pro de la paz y no del procesamiento de victimarios (la lógica del derecho penal no obedece a pactos de paz).

La **aplicabilidad** de la justicia transicional **se enfrenta ante un “dilema técnico jurídico”** por varias razones: la independencia de la rama judicial se encuentra hoy en entredicho ante la constante intervención del ejecutivo en sus decisiones implícita o explícitamente; la insuficiencia del aparato acusador y jurisdiccional para llevar a cabo la enorme tarea investigar, juzgar y castigar las innumerables violaciones a los derechos humanos y la inconformidad con el actual y exiguo marco jurídico por parte de las víctimas que regula 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.

La reconstrucción de la memoria histórica en presencia del conflicto armado imposibilita aún la idea total del perdón, por lo que la Justicia Transicional en Colombia debe enmarcarse en la necesidad trascendental de re-definir la verdad histórica y rescatar la memoria de las víctimas, correspondiéndose con la demandada de verdad por la sociedad colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO POVEDA PERDOMO, DERECHO PENAL PARA EL AMIGO, Editorial Ibáñez, 2005.

BECCARIA, César. De los delitos y de las penas. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid. pág. 72. “el derecho de castigar nace del sacrificio de "una parte de (de la libertad de cada uno) para gozar de la restante con seguridad y tranquilidad y “la agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de castigar”. 1969.

CEBALLOS, Marcela. El Papel de las Comisiones Extrajudiciales de Investigación y de las Comisiones de Verdad en los Procesos de Paz -*Aspectos teóricos y experiencia internacional*.- República de Colombia Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Justicia y Seguridad, Grupo de Gobierno y Asuntos Internos; 2002, p. 3.

Congreso de la República, Ley 418 de 1997.

Congreso de la República, Ley 975 de 2005.

Congreso de la República, Ley 718 de 2002.

Congreso de la República, Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas. Ley 1448 de 2011.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-370 de 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional ha proferido las siguientes sentencias sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz: sentencias C-127 de 2006, C-319 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006, C-080 de 2007.

Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-188 de 2007.

Corte Constitucional Sentencia C-370 de 2006 de la contiene un resumen de los argumentos de las organizaciones que se oponían a la Ley de justicia y paz, y que presentaron la primera acción de inconstitucionalidad en su contra.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (27 de abril de 2011). Proceso 34547 - Segunda instancia. Magistrado ponente: María del rosario González Lemos.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (21 de abril de 2008). Proceso No 29240. Magistrado ponente Javier Zapata Ortiz.

FOUCAULT, Michel (1988). Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión. Trad. Aurelio Garzón del Camino. 24ª edición. Siglo XXI editores, México. pág. 281

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Bogotá: Editorial Temis. 2008.

PICKFORD, Luis. "Transitional justice", en The encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity, vol 3, Nueva York: acmillan Reference, 2004, p. 1045 (traducción del inglés por Jhon Zuluaga).

SGNU. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 3 de agosto de 2004, in. doc S/2004/616.

VALENCIA VILLA,H. Diccionario Derechos Humanos, España. Madrid. 2003.