

**LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO HERRAMIENTA PARA LA OBTENCIÓN DE LA
PAZ EN COLOMBIA**

**JUANITA CATALINA BARROS CUESTA
ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ ESPINOSA
LINA MARÍA ISAZA DÍAZ**

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MONOGRAFÍA DE GRADO
COLOMBIA
2014**

**LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO HERRAMIENTA PARA LA OBTENCIÓN DE LA
PAZ EN COLOMBIA**

Presentado por:

**JUANITA CATALINA BARROS CUESTA
ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ ESPINOSA
LINA MARÍA ISAZA DÍAZ**

Director:

RICARDO GARZÓN CÁRDENAS

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MONOGRAFÍA DE GRADO
COLOMBIA
2014**

TABLA DE CONTENIDO

1. El derecho como herramienta para la obtención de la paz

1.1 El derecho como oposición a las sociedades conflictivas

1.2 La Constitución como pacto social

1.3 La paz como fin legítimo constitucional

2. Aproximación a la justicia transicional

2.1 Genealogía de la justicia transicional

2.2 Normas rectoras de la Justicia Transicional

2.3 Experiencias y críticas de los procesos de justicia transicional en el concierto internacional

3. Críticas y planteamientos en torno a la justicia transicional en Colombia

3.1 La justicia transicional a partir de la Ley 975 de 2005

3.2 Críticas al actual proceso de paz. Discursos paralelos al conflicto

3.3 Respuesta jurídica a las críticas del proceso de paz en Colombia

RESUMEN

Colombia ha sufrido por un largo tiempo de un conflicto interno que ha permeado no solo la esfera política, sino también la cultural, la social y la económica. En diversas ocasiones se ha buscado la salida al conflicto empleando para ello distintos medios: la confrontación armada y las negociaciones o diálogo con los grupos al margen de la ley, pero al día de hoy, todos esos esfuerzos han sido inútiles y desafortunadamente la problemática perdura. En ese escenario, aparece la justicia transicional como una herramienta de tipo jurídico que busca crear las condiciones más favorables para todas esas sociedades que pretenden dejar de lado la guerra y pasar a un estado pacífico. Sin embargo, a la par de las personas que apoyan activamente este tipo de medidas, se encuentran también los detractores, en el desarrollo de este escrito, abordaremos los dos puntos de vista en concordancia con el ordenamiento jurídico colombiano.

ABSTRACT

Colombia has suffered for a long time an internal conflict that has permeated not only the political sphere but also cultural, social and economic. On several occasions we have sought the solution to the conflict using various mechanisms: the armed conflict and the negotiations or dialogue with groups outside the law, but today, all these efforts have been unsuccessful and unfortunately the problem persists. In that scenario, transitional justice appears as a legal tool that seeks to create the most favorable conditions for all those societies that look forward to put aside the war and move to a peaceful state. However, the few people who actively support such measures, opponents are also in the development of this paper, we will address the two points of view in accordance with the Colombian law.

PALABRAS CLAVE

Justicia transicional, proceso de paz, constitución, conflicto, transición.

KEY WORDS

Transitional justice, peace agreement, constitution, conflict, transition

INTRODUCCIÓN

Las sociedades conflictivas en su eterna lucha por superar los estados de guerra o de opresión en que se encuentran, han buscado aplicar herramientas jurídicas que faciliten ese tránsito de guerra o conflicto a un estado pacífico y de garantías jurídicas. En el marco de ese dilema se desarrolla el presente trabajo, tema que además se encuentra en boga teniendo en cuenta el proceso de paz que se lleva a cabo en Colombia actualmente.

El derecho y su papel en este tipo de coyunturas será parte del análisis que se realizará, aunado con el estudio de los postulados de la justicia transicional, que son mínimos que deben respetarse con el objetivo de brindar las suficientes garantías a todos los intervinientes en los procesos de paz.

El entendimiento de las dos posiciones frente a este tipo de procesos, es decir, el sometimiento a la justicia en los estados de guerra en contra posición a la justicia transicional, que evidentemente responde a otras necesidades y por ende a la flexibilización del aparato punitivo del Estado, será de vital importancia para fijar posiciones respecto del proceso de paz que actualmente busca consolidarse en nuestro país.

La forma en que se abordarán los temas responde como primera medida a un esfuerzo por enlazar diferentes conceptos con el ánimo de dar un hilo conductor y

argumentativo a la tesis apoyada, la cual apunta a emplear todas las herramientas jurídicas contenidas en nuestro ordenamiento que no solo exhortan al Estado a buscar la paz sino que le permiten usar figuras jurídicas para beneficiar ese tipo de luchas a favor de ese fin legítimo constitucional que es la paz. En ese entendido, lo primero será conocer el papel del derecho en sociedades de conflicto y cómo la consolidación de pactos sociales o constituciones refuerzan la idea, en particular en Colombia, de que buscar la paz, no es solo un derecho de todos los colombianos sino también un deber del Estado y un principio del Estado Social de Derecho.

Después de un somero estudio de esas materias, será menester abordar el tema de la justicia transicional desde una vista histórica y por supuesto doctrinal, conociendo a fondo las normas rectoras que dirigen este tipo de procesos y que buscan, como se ha dicho, crear condiciones favorables para salir de un estado conflictivo a uno de paz. Para finalizar se estudiará el último caso colombiano de un proceso de paz, una evaluación de críticas a este tipo de transiciones y finalmente se mostrarán todas aquellas herramientas con las cuales cuenta el Estado colombiano, dentro de su mismo ordenamiento para favorecer este tipo de procesos.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el papel que debe desempeñar el Derecho en la transición de una sociedad conflictiva a una pacífica, obstáculo o herramienta para la consecución de la paz?

MÉTODO UTILIZADO EN LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación se enmarca en el análisis dogmático de todos aquellos principios o directrices que informan los procesos de justicia transicional, haciendo especial ahínco en la situación colombiana y evidentemente en una investigación básica de corte jurídico para evaluar aquellas disposiciones que rigen actualmente el tema de procesos de paz llevados a cabo en el país.

El desarrollo de la investigación tendrá un carácter hermenéutico en consideración al manejo doctrinario, jurisprudencial y legal que se le ha dado a los procesos que buscan la consecución de la paz en sociedades que han sido azotadas por la guerra.

El método empleado para los propósitos, ya mencionados con esta investigación, será el teórico de tipo analítico, el cual permitirá el estudio del alcance de las herramientas que tiene el ordenamiento jurídico colombiano para la superación del conflicto, desde una vista no sólo jurídica sino complementada por la doctrinal y el método histórico, éste último enfocado al análisis de la evolución de conceptos vertebrales para el entendimiento del rol de todas aquellas medidas con que cuenta el conglomerado social para abrirle la puerta a la paz.

DISCUSIÓN/RESULTADO

Un tema tan coyuntural como es la obtención de la paz en sociedades conflictivas, debe ser estudiado a la luz de herramientas legales que permitan la salida pacífica y negociada, enmarcada en el respeto de los derechos de todos los actores del conflicto. En medio de ese escenario se desarrolla el siguiente escrito que tiene como objetivo principal mostrar como el derecho es uno de los medios idóneos para la obtención de la paz, garantizando a víctimas y victimarios una atmósfera propicia.

1. El derecho como herramienta para la obtención de la paz

El entendimiento del rol o papel del derecho desde su mismo nacimiento, sentará el tono para el desarrollo del presente trabajo, pues sobre él se erige el objetivo general. Como primera medida, se abordará la coyuntura en la cual tuvo lugar el nacimiento del derecho, de forma seguida se estudiará la Constitución Política como una materialización del derecho, para finalizar con una referencia a la paz como fin legítimo constitucional.

1.1 El derecho como oposición a las sociedades conflictivas

El derecho no puede ser concebido como un sistema de normas y de instituciones jurídicas ajenas a la realidad. De hecho, el ordenamiento jurídico y la Carta Política son los instrumentos que el hombre ha escogido desde tiempos inmemorables para vivir en comunidad, estableciendo reglas de convivencia mínimas que permitieran el respeto y garantía de los derechos de los asociados.

La historia de la humanidad se encuentra indefendiblemente ligada a la economía. El hombre desde sus inicios ha buscado la satisfacción de sus necesidades. Para ello, acudamos a una de las formas en que vivieron, el nomadismo. El hombre no se asentaba en un solo lugar a vivir, divagaba por el mundo, tomaba lo que necesitaba y buscaba otros horizontes. Con el objetivo de saciar aquellas necesidades básicas, de asegurar la subsistencia y permanencia de la raza va tomando fuerza el sedentarismo, que marca una nueva etapa en la vida del ser humano. Ésta caracterizada por la agricultura y la domesticación de animales¹.

En este punto surgen dos conceptos de vital importancia: guerra y propiedad. Con la figura del asentamiento en un lugar determinado, el hombre empieza a apropiarse de los bienes naturales y consecuentemente surge la disputa por los bienes. Bien lo señala CARNELUTTI, cuando se refiere a que la guerra depende directamente de la propiedad, ya que por medio de esta se persigue la posesión o el dominio sobre un bien ajeno². Con ese nuevo panorama se instala entre las comunidades un ambiente hostil e inseguro. Ya es conocido en este momento que cada quién quiere captar para sí lo que ha aprehendido de la naturaleza.

La guerra se convierte entonces en la protagonista. Compartimos la definición que CARNELUTTI sostiene sobre el tema, al decir que la guerra representa básicamente el desorden, y que “no es en su raíz más que este acto de arrebatarse”³, ante ese *statu quo* no puede el hombre seguir adelante con su vida. La guerra no permite la evolución, ni el desarrollo, y termina convirtiéndose en un lastre para la comunidad en general. El

¹ FEDERICO ENGELS, *El origen, la propiedad privada y el Estado*, Cali, Ed. Nuevo Horizonte, 1979, p. 26.

² FRANCESCO CARNELUTTI, *¿Cómo nace el derecho?*, Bogotá, Ed. Temis, 2010, p.13.

³ *Ibíd.*, p. 13.

hombre necesita un orden lógico para el desarrollo de sus tareas, por ello la guerra era un problema que había que solucionar en la inmediatez.

La respuesta era y es el derecho. Desde aquel momento se comprendió que el derecho era una herramienta adecuada para subyugar la guerra entre hombres. Entonces, el derecho surgió como un conjunto de normas que tenía por objetivo la regulación de las relaciones de las personas. Sin lugar a dudas, el concepto se ha ampliado de gran manera. En la actualidad, el derecho no puede ser concebido única y exclusivamente como una herramienta para evitar la guerra entre hombres, de hecho, ha trasmutado en un complejo sistema de control social.

El derecho es entonces, una construcción humana, que tiene como fin: limitar las facultades tanto de la población respecto de sus pares, como del Estado frente a los asociados. Nos adherimos a BODENHEIMER cuando señala que,

“por su propia naturaleza el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación del poder de las autoridades públicas se denomina derecho público. La función general de ambas ramas del derecho es esencialmente la misma; consisten en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder”⁴.

Como conjunto complejo de normas y de instituciones jurídicas, emitidas dentro de un marco de legitimidad y legalidad avalado por los ciudadanos que representan el poder soberano, el derecho o aquel andamiaje jurídico, espera responder a las necesidades que se presenten en la sociedad. No es el derecho la panacea para todas las enfermedades, sin embargo, es la herramienta más civilizada con la que cuenta el

⁴ Cit. Por: VLADIMIRO NARANJO MESA, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 10ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 2006, p. 4.

hombre para responder, en la medida de las posibilidades, a la realidad social y, por medio de normas o reglas mejorar las condiciones de existencia de los asociados. A pesar de eso, hay situaciones en las que las normas no logran ni en una pequeña porción responder a las altas expectativas que sobre ellas se depositan.

Bajo esta perspectiva, es imperativo señalar que la aceptación de una norma por parte de la población deviene de un acto de consenso, que puede o no ser total. Por lo general no será total, pero sí obedecerá a una alta proporción de la sociedad. Casi como un *pacto social*, en el que el poder está legitimado por el pueblo, que a su vez modela su comportamiento de conformidad con las normas. Retomando lo anteriormente dicho, cuando la norma no obedece a la realidad o termina siendo completamente superficial aparecen las disgregaciones.

Si es la legitimidad otorgada por el poder soberano la que permite condiciones de gobernabilidad, cuando ésta desaparece como cualidad de las instituciones y del ordenamiento jurídico llega el caos y el desorden. Cuando no hay consenso, por ende la separación y división de la población se hace evidente. El descontento social puede verse demostrado en varias formas, sin duda alguna, la violencia y la subversión son algunas de ellas. Sobre el particular CARONI sentencia, que “el derecho aparece inmediatamente como producto de una sociedad conflictiva”⁵.

El nexo entre derecho y violencia parece asimilable a un círculo vicioso, a decir verdad, pues con la existencia de normas lo que se busca es la estabilidad social, económica y política de una sociedad. Sin embargo, cuando de golpe éstas medidas normativas no van de acuerdo con la realidad del país, surgen grupos que se sublevan ante la legitimidad del régimen institucional. Para ellos se convierte la violencia en una forma de luchar contra las instituciones que han defraudado sus expectativas, es ahí donde la violencia llega a someter al derecho. Ya no es el derecho el que tiene la capacidad de imponer el orden.

⁵ PIO CARONI, *La soledad del historiador del derecho*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 81.

Cuando la violencia, en forma organizada, escala y es capaz de desafiar a las instituciones, al derecho, al Estado, es menester encontrar canales de comunicación entre las partes en conflicto. La inconformidad que se ve reflejada en un grupo, no deviene de la nada. Es labor del Estado por medio de sus representantes, de sus poderes públicos, reivindicar las instituciones y la credibilidad sobre el ordenamiento jurídico con normas que obedezcan a la realidad del país, que impartan directrices para generar cambios reales en las esferas más allá de lo formal, es decir, que se consiga un mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y políticas para los detractores del *statu quo*.

El derecho, como herramienta civilizada, para la superación de diferentes crisis, tiene la obligación de estar a la vanguardia, de mejorar su estructura las veces que sea necesario para responder eficientemente con los desafíos que le presenta la actualidad, que surgen del diario vivir. Un ordenamiento jurídico debe evolucionar a la par con la sociedad, evitando así su inoperancia, un sistema jurídico rígido raya en lo absurdo cuando hay retos que enfrentar y las herramientas legales son limitadas o inexistentes para superarlos.

Las producciones normativas dependen del entorno en que nazcan a la vida jurídica, dependen de lo pretendan solucionar, en esa medida el derecho es el resultado de una construcción continua. Sobre el particular, se ha referido CARONI, para quien el principio de historicidad engloba el derecho, así:

“primero, certeza de que el derecho no está nunca inmóvil; segundo, el hecho de que el tiempo y el espacio son parte esencial de la positivización del derecho y vivifican la historia; en tercer lugar, la innegable dependencia del derecho, tanto el histórico como el vigente, de muchos factores sociales sin los cuales el origen, la evolución y la extinción de las instituciones jurídicas resultarían un arcano impenetrable”⁶.

⁶ PIO CARONI, ob., cit., pp. 72 - 73.

Sin lugar a dudas, los procesos sociales, políticos y económicos repercuten de una u otra forma en la producción normativa, pues se espera, que esas normas y reglas cumplan el papel de mitigar reacciones de descontento que puedan derivar en acciones violentas o represivas.

Para concluir, vale la pena traer a colación una afirmación de CARONI, “el derecho, generalmente, no precede, ni se anticipa, sino que sigue a la evolución social”⁷. Veremos cómo se materializa esa aseveración con el surgimiento de la Constitución, como cuerpo normativo situación que obedeció a la necesidad de proteger y garantizar los derechos de los asociados.

1.2 La Constitución como pacto social

La constitución nace como la carta de navegación de un Estado, con objetivos claros: limitación a los poderes públicos y reconocimiento de derechos y prerrogativas a favor de los administrados. PLATÓN con *El Político* abordaba la idea de un gobierno que actuase de conformidad con las normas, para evitar que degenerara en un gobierno de tipo autoritario⁸. De la misma forma, ARISTÓTELES en su obra *La Política*, hizo referencia a la separación de poderes, en ese momento catalogadas como magistraturas⁹. Empezaba de esa forma a esculpirse lo que sería, hasta tiempos de la revolución francesa, una de las conquistas más grandes a nivel jurídico de la humanidad, esto es, la carta política.

Esta conquista se dio después de importantes cambios en la esfera política, económica y en las clases sociales. Hacemos especial referencia a la Edad Media, que se caracterizó por el dominio y propagación de la religión a todos los niveles organizacionales, la iglesia en esos momentos adoptó reglas que repercutían en el diario vivir de las personas¹⁰. En lo económico, el feudalismo había mantenido por la

⁷ Ibídem, p. 83.

⁸ PLATÓN, *El político*, Antonio González Laso (trad.), Madrid, Ed. Instituto de estudios políticos, 1955, p. XXXI (31).

⁹ ARISTÓTELES, *La política*, 4ª ed., Barcelona, E. Iberia, 1967, pp. 48, 227.

¹⁰ VLADIMIRO NARANJO MESA, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 10a. Ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 332.

mayor parte de la edad media un dominio total, sin embargo, es de la mano del mercantilismo y de la naciente burguesía que las cosas en lo político y en lo económico comenzarían a cambiar¹¹.

La constitución como cuerpo normativo, capaz de limitar los poderes estatales y de garantizar a los ciudadanos sus derechos, tuvo un importantísimo precedente con el pacto social de ROUSSEAU dentro de su teoría conocida como pacto social. Aunque fue hasta 1787 que se materializó la idea con la Constitución Nacional de Filadelfia en Estados Unidos. Anteriormente, se hizo también alusión a la revolución francesa, teniendo en cuenta que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la disposición 16 se hace una afirmación que marcaría un parámetro para la consolidación del constitucionalismo, *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”*.

La norma de normas según NINO, debe ser entendida como “... un evento, que constituye el origen de una convención social (es decir la regularización de prácticas, conductas y actitudes) y si se la ve como un proceso, ella es una práctica social continua”¹². Con esta definición, queda claro, que la constitución debe ser ese texto legal que nos permita discernir cuáles son los fines y propósitos que persigue una sociedad, pues son ellos mismos los que previamente los han determinado.

La Constitución Política es realmente un consenso colectivo, y es, de ordinario un mecanismo para que las fuerzas políticas se expresen sin caer en la guerra. No han sido pocas las veces que se le ha concebido como una puerta para alcanzar la paz. ¿Cómo? Por medio de la inclusión, pues la Constitución ha sido y debe seguir siendo para todos, sin duda, es un instrumento que permite la coexistencia en un determinado territorio, dictando unas normas o reglas mínimas para la convivencia, metas y fines que debe cumplir el Estado.

¹¹ CHARLES HOWARD MCLCWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 Cit. Por: Vladimiro Naranjo, ob. Cit., p. 333.

¹² CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª imp., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 47.

NINO, dentro de su desarrollo argumentativo, hace una referencia a MCCORMICK, señalando que la Constitución de un país se reputa legítima y relevante cuando “constituye su convención fundamental, que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos”¹³. La Constitución es entendida nuevamente como un elemento unificador.

En este punto es necesario hacer especial énfasis, pues en la Constitución se encuentran consagradas aquellas directrices necesarias para dirigir los destinos de toda una nación, y aunque ésta tiene vocación de permanencia, esto no implica que debe permanecer inmutable a las problemáticas o desafíos que se presenten en un Estado, pues como herramienta jurídica debe ofrecer salidas y no convertirse en obstáculo para la consecución de fines comunes.

La necesidad de que la Constitución responda a los llamados incesantes de un pueblo que demanda un marco jurídico para la paz, es concebir la Carta Política como un acuerdo proactivo, y no como un texto obsoleto que garantice única y exclusivamente de manera formal los derechos en ella contenidos. Sobre el particular, es preciso seguir de cerca la clasificación que realiza LOEWENSTEIN sobre los tipos de Constitución¹⁴.

El autor considera que la esencia de una constitución, su ontología admite una tridivisión según se ajuste a la sociedad en la que el acuerdo existe: (i) *normativa*, en esta se regulan constitucionalmente procesos de tipo político y social lo que trae consigo una mayor legitimidad, eficacia y aceptación por parte del pueblo; (ii) *nominal*, aquí encontramos una Constitución que no es eficaz, aun cuando puede contener un amplio catálogo de derechos y mecanismos jurídicos para garantizarlos, sin embargo no hay una fuerza vinculante efectiva, entonces se da el incumplimiento

¹³ Cit., por: CARLOS SANTIAGO NINO, ob., cit., p. 47. McCormick. “Constitutionalism and democracy”, en *Aktuelle problema der demokratia*.

¹⁴ KARL LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 148-231.

de lo consagrado en la carta superior y; (iii) *semántica*, es una Constitución aparente, tiene por fin favorecer a cierto grupo y no al conglomerado social. En ella confluye la eficacia propia de una Constitución normativa, que va generando ese sentido de legitimidad¹⁵.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, la Constitución Política de 1991 debe responder a una constitución de tipo normativo-ontológica, esto debido a que los principios, derechos y fines que orientan y repercuten en la actividad del Estado deben estar apoyados por el pueblo, por la sociedad. Los procesos de tipo político y social, como el que nos ocupa, deben estar en esa misma medida acogidos por la Norma de normas y deben evidentemente tener el respaldo popular. La Constitución como cuerpo normativo, como resultado de un consenso, debe proveer los espacios y herramientas para la solución de los altercados y conflictos que surjan de la vida en sociedad, he ahí la razón de la existencia del derecho.

La Constitución Política de 1991 es quizá una de las cartas políticas con el catálogo de derechos más amplio que jamás se haya visto. Aunado a ello, un listado de deberes, de fines y de mecanismos de eficacia directa para garantizar la realización de los derechos que están en la Carta, todo ello apuntando a un objetivo, que la Constitución no se convierta en un documento vacío, si no en una verdadera herramienta a favor de los asociados.

Es menester entonces, abordar someramente los aspectos más importantes que trae consigo la Constitución de 1991, para pasar a continuación al estudio de la paz como un fin legítimo constitucional.

15 Para el tratadista alemán, existen 5 tipos de Constitución: a) originaria, es decir, que su contenido es innovador, nunca antes conocidas; b) derivada, este es el caso contrario a las originarias, pues siguen postulados ya conocidos, consagrados en constituciones pasadas; c) ideológica o programática, como su nombre lo indica, las ideologías son parte fundamental de esta clase de constituciones, por medio del articulado constitucional se pretende dar validez y proteger la ideología que patrocina el Estado; d) utilitaria, esta es una mera herramienta para la organización del Estado, la ideología pierde importancia en este rubro y; e) ontológica, en esta subclasificación, la importancia radica en la esencia de cada Estado, en los principios que lo dirigen, en los objetivos que persigue y la posición de la sociedad para acogerlos. En: KARL LOEWENSTEIN, ob., cit.

Dentro del preámbulo de la Constitución Política, se abordan temas de mayúscula importancia: el reconocimiento del poder soberano, y cómo éste recae sobre el pueblo, con el propósito de mantener la unidad nacional y de asegurar a todos los asociados “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

La obtención de todos esos propósitos deberá darse dentro de un marco caracterizado por la legalidad y la participación de los administrados. De igual manera, no pueden pasar desapercibidos los principios que orientan la actividad estatal y que se encuentran consagrados en el Título I de la Carta Constitucional. Se adopta como organización política el Estado Social de Derecho, que pregona, la sujeción a las normas en todas las actuaciones estatales y el apoyo o colaboración que debe existir entre los asociados¹⁶. Finalmente, vale la pena resaltar que dentro de los principios fundamentales se encuentra la dignidad humana, que permeó la totalidad de la Carta con la intención de que el derecho sirva para el hombre, y no el hombre para el derecho.

Dentro del articulado superior, se establece la supremacía de las disposiciones constitucionales, artículo 4, *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Ello con el objetivo de cumplir con las directrices que fueron ya señaladas en el preámbulo y que repercuten en el resto de las disposiciones constitucionales. En el artículo 95 se consagraron los deberes y responsabilidades que recaen sobre toda la unidad nacional.

Para finalizar, es importante mencionar que la Constitución de 1991 no solo cuenta con un amplio catálogo de derechos y deberes sino también con mecanismos que permiten asegurar el goce de tales prerrogativas. El mecanismo por antonomasia es el de la tutela, consignado en el artículo 86, para la protección de derechos

¹⁶ LUIS CARLOS SÁCHICA y JAIME VIDAL PERDOMO, *Aproximación Crítica a la Constitución de 1991*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 21.

fundamentales, por ende, sumamente ágil. El único más rápido es el de *habeas corpus* cuyo término máximo para ser resuelto es de 36 horas. Sumados a estos y en pro de derechos colectivos están las acciones de grupo y colectivas. En cabeza de la población, se encuentra también la acción de cumplimiento, con ella se pretende exigir a una autoridad renuente, que ejecute una orden previa, es decir, que acate una ley o una orden impuesta por medio de un acto administrativo.

Con esta corta referencia a algunos de los aspectos más relevantes de la Constitución de 1991 es pertinente, pasar al estudio de la paz, no sólo a la luz de la Carta Política, sino también de la jurisprudencia nacional.

1.3 La paz como fin legítimo constitucional

Dentro de la Constitución Política de 1991, la paz se encuentra consagrada en distintas acepciones. Todas ellas, interpretadas de forma sistemática muestran a la paz como un verdadero pilar de nuestro texto constitucional. Inicialmente, la paz se encuentra contemplada en el preámbulo, como uno de los fines constitucionales, sumada a la vida, convivencia, trabajo, justicia, igualdad, entre otros tantos importantes pilares del Estado Social de Derecho Colombiano.

En el artículo 2º de la Constitución, en el cual se establecen los fines esenciales del Estado, se encuentra consagrada la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” sobre el particular se ha pronunciado el Tribunal Constitucional,

“La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional, por ello se ha reconocido que “la paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”¹⁷, por lo cual ocupa un lugar central en el ordenamiento constitucional”¹⁸.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-102 de 1993. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A esto se añade la disposición 22, que consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Un derecho en cabeza de todos y cada uno de los integrantes de la población colombiana. Un deber, no solo de la población sino también del Estado, que por medio de sus instituciones velará por hacer efectivo el derecho a la paz nacional. Dentro de las medidas que son tomadas por la misma Carta Política, se encuentra en el artículo 67 inciso 2o, que por medio de la educación debe formarse al colombiano en el respeto a esta importante norma rectora del ordenamiento jurídico, este último aunado al respeto por la democracia.

Como se mencionó antes, la paz es fin, derecho y deber constitucional. Así se encuentra catalogado en el artículo 95 Superior, que en su numeral 6º, señala que es deber de la persona y del ciudadano, “propender al logro y mantenimiento de la paz”. Siendo fin para el Estado, y en esa medida un propósito en el cual enfile sus actuaciones, es también para el ciudadano un deber buscar por los medios más idóneos la consecución de la paz. Sin lugar a dudas, la paz resulta ser en nuestra Carta Constitucional una piedra angular para la construcción de la sociedad, para el progreso y la evolución del conglomerado social y de las instituciones estatales.

La consecución de la paz, con características de estable y duradera, ha sido motivo de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. El Tribunal no ha sido ajeno, a los intentos, hasta ahora infructuosos, en los que se ha buscado la paz y reconciliación nacional. De hecho, ha reconocido que la acción del Estado está encaminada al “respeto y promoción de los derechos humanos”¹⁹. Sin embargo, y como se verá más adelante, esa búsqueda por la paz no significa en forma alguna, la vulneración de derechos de los actores del conflicto, llámense víctimas, victimarios o sociedad en general. Debe tratarse de una paz consensuada y conforme a leyes y principios propios de una transición.

La vista que ha aportado la Corte a esta problemática, gravita entorno a la solución del conflicto o a la morigeración de sus efectos:

¹⁹ *Ibídem*.

“El principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. En este sentido, se ha reconocido que en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado “es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución”²⁰.

La morigeración de los efectos de la guerra, apunta al respeto por el Derecho Humanitario, y es que aun en tiempos de guerra, deben existir normas que permitan el respeto por la vida y la humanización del conflicto. Sin dejar de lado esa posibilidad, existe también la de una pacífica resolución del estado de guerra, solución que debe enmarcarse en el ordenamiento jurídico colombiano y por supuesto en aquellos tratados internacionales que versen sobre derechos humanos y que pretendan garantizar a los actores del conflicto sus prerrogativas.

Por medio del artículo 93 de la Carta Constitucional, se establece en Colombia el Bloque de Constitucionalidad:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Resulta pertinente esta referencia al Bloque de Constitucionalidad, teniendo en cuenta que son varios los instrumentos internacionales que tienen dentro de su articulado el derecho a la paz, del que es titular toda la humanidad. En este sentido se ha pronunciado la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS en su Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz adoptada mediante la resolución 39/11, de 12 de

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

noviembre de 1984 que proclama para todos los pueblos del planeta el derecho sagrado a la paz. Las Naciones Unidas, realizan en la mencionada resolución, una muy sensata reflexión acerca de la necesidad de la paz para el progreso de los países.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dentro de su preámbulo, señala que la *“libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*. No puede esperarse en un territorio con guerra o en conflicto el respeto por los derechos de toda la familia humana, mucho menos podrá hablarse de dignidad, son esos los móviles para definir a la paz como base para el ejercicio de derechos y prerrogativas en el marco de la dignidad humana.

Por medio de la Resolución 67/173 del 20 de diciembre de 2012, la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS se adopta, *“La promoción de la paz como requisito fundamental para el pleno disfrute de todos los derechos humanos por todas las personas”* reafirmando lo anteriormente mencionado, y haciendo especial ahínco en que la paz es un propósito de todos. Las garantías reconocidas a los colombianos por medio de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad, no pueden quedar en letra muerta. Es deber del Estado, por medio de sus autoridades y de la población en general, hacer lo que esté a su alcance para asegurar el goce de estos derechos y convertir en realidad los principios, derechos y valores consagrados en la Constitución Política.

Los procesos que tienen como objetivo la transición de un estado de guerra o de conflicto a un estado pacífico deben estar sostenidos en un derecho que propenda por las prerrogativas de todos los actores del conflicto, y en este punto vale la pena cuestionarse sobre la viabilidad de mantener la guerra, aun cuando la lucha armada no ha proporcionado una victoria militar. El detrimento que ocasiona vivir en estado de guerra fue anticipado por CARNELUTTI, sin paz no hay progreso.

2. Aproximación a la justicia transicional

Anteriormente nos referíamos al derecho como una herramienta creada en contraposición a las acciones conflictivas y que este ha establecido a la paz como derecho, deber y fin constitucional. Reconociendo que vivimos en una sociedad cambiante, en ciertas ocasiones las medidas jurídicas adoptadas por un Estado son insuficientes respecto a las necesidades de determinado momento, por lo tanto dentro del marco legal nace la concepción de la justicia transicional como una forma pacífica y negociada para lograr un fin común entre los actores del conflicto. Permitiendo esto que se presenten las condiciones más favorables para llevar una sociedad inestable y dictatorial hacia la estabilidad y la democracia o para transformar una sociedad violenta en una sociedad pacífica.

2.1 Genealogía de la justicia transicional

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que se pretende una transformación de tal envergadura y que ésta incluye acciones políticas, económicas, sociales y culturales, debe ser apoyada y construida por las víctimas, los victimarios, la ciudadanía y el Estado, algo que estimula la controversia y el rechazo de algunos sectores de la sociedad frente a los procesos de este tipo.

Autores como TEITEL reconocen tres fases que ilustran el desarrollo histórico de la justicia transicional, La posguerra, la “tercera ola” de transiciones y el Estado estable²¹. Sin embargo hay que reconocer la existencia de un intento de aplicación de la justicia transicional hacia el año 1918. La finalización de la primera guerra mundial da como vencedores a la triple entente que mediante tratados impone una serie de medidas tendientes a castigar las acciones de la triple alianza y una gran cantidad de dinero para compensar a las víctimas²². Las exigencias exorbitantes e imposibles de

²¹ RUTI G. TEITEL. *Transitional Justice Genealogy*” Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, 2003, Cambridge, 2003, p. 3.

²² Se firman tres tratados, el tratado de Versalles (1919) que pone fin al conflicto entre la triple entente y Alemania de manera oficial; el tratado de Saint-Germain-En-Laye que hizo una reforma del imperio austriaco, cediendo tierras a aliados o bien separando poblaciones y otorgándoles independencia. Este tratado también prohibió a Austria relacionarse o buscar alianzas de cualquier naturaleza con Alemania; y el tratado de Triaron, mediante el cual se separa el imperio Astro-Húngaro y se ceden territorios a aliados y a naciones independientes. En: OBSERVATORIO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ. *Justicia*

cumplir principalmente para Alemania, solo generó desconfianza y llevó al gobierno alemán a pronunciarse frente a ello dejando claro que el tratado de Versalles debía ser entendido como una paz impuesta y no una paz concertada.

Las particularidades de este proceso impidieron que se cumpliera la función del mismo y por el contrario aportó a la inestabilidad en Europa paralizando la cooperación entre países europeos, promoviendo la discriminación y aislamiento de toda una región y generando disputas que en el futuro se concretaron en la segunda guerra mundial. Sobre el tema, el HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM en su enciclopedia del holocausto indica que “el Tratado de Versalles representaba una de las plataformas que le dio a los partidos de extrema derecha de Alemania, incluso el Partido Nazi de Hitler, una enorme credibilidad ante la mayoría de los votantes a comienzos de la década de 1920 y 1930.

Las promesas de rearme, el reclamo del territorio alemán, particularmente en el este, la remilitarización de la región del Rin y la recuperación de la prominencia entre las potencias europeas y mundiales después de una derrota y una paz tan humillantes alimentaron el sentimiento ultranacionalista y contribuyeron a que el promedio de los votantes a menudo pasara por alto los principios más radicales de la ideología nazi permitiendo el establecimiento de este régimen”²³.

El período de la postguerra se enfoca en dar vuelta a todos los procesos fallidos en el primer intento de justicia transicional de la primera guerra mundial, encauzándose en cambiar aquellos aspectos problemáticos que, aunque buscaban la paz, terminaron generando división, resentimiento y más violencia²⁴.

El primer punto en el cual se hizo énfasis fue el paso de un sistema punitivo nacional a un sistema punitivo internacional. Los juicios realizados luego de la primera guerra mundial no cumplieron su objetivo de detener la violencia, por el contrario el

Transicional y Construcción de Paz. Cuadernos Paz a la Carta. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo lozano, Bogotá, Vol. 4, 2013, p, 16.

²³ UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Enciclopedia del holocausto. <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007797>.

²⁴ RUTI G. TEITEL, ob., cit., p. 4.

juzgamiento de alemanes por alemanes dio lugar a la impunidad y a un periodo aún más sanguinario.

Por lo tanto en este período se afianzó la idea de un derecho internacional, imparcial, justo y razonable que contase con todos los elementos necesarios para juzgar cierto tipo de conductas creadas frente a la necesidad de juzgar los horrores cometidos en la segunda guerra mundial en contraposición a un derecho interno dedicado a juzgar las faltas de sus propios ciudadanos, con antecedentes de impunidad y sin contar con la existencia de ciertas faltas o conductas.

Debido a este posicionamiento según MINOW, del derecho internacional sobre el ordenamiento interno²⁵, nacen tribunales especiales encargados de juzgar y castigar las conductas lesivas cometidas en la segunda guerra mundial. Pero esto no fue lo único que cambió, contando con tribunales especializados y dejando de lado el derecho interno por el derecho internacional, se replanteó la forma de determinar las responsabilidades.

Según TEITEL, “la impresionante innovación en aquel tiempo fue el giro hacia el Derecho Penal Internacional y la extensión de su aplicabilidad más allá del Estado, es decir, al individuo”²⁶. Ya no se cometería el error de juzgar a toda una nación e imponerle castigos encaminados al desprecio mundial, por el contrario, se empiezan a juzgar los principales mandos del tercer Reich por todas sus acciones en contra del derecho internacional.

Una de las principales críticas que generó el juzgamiento de mandos principales fue su poca capacidad de disuasión. Sin embargo y aunque en apariencia, culpar a toda la nación alemana por los hechos atroces que resultaron en la segunda guerra mundial tiene mayor capacidad de disuasión, esto no funcionó del todo en la primera guerra

²⁵ MARTHA MINOW “*Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?*” En: Martha Minow, Rama Mani, David A. Crocker. *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del hombre, 2011, p. 92

²⁶ RUTI G. TEITEL, ob., cit., p. 4.

mundial y por el contrario generó un sentimiento de resentimiento que contribuyó, como se mencionó antes, al establecimiento del tercer Reich²⁷.

En conclusión, esta primera etapa de la evolución de la justicia transicional se orientó a engrandecer el derecho internacional como la respuesta a las críticas del pasado. Tribunales especializados se encargaron de llevar procesos penales de importancia como Núremberg y Tokio y más allá de las críticas realizadas por positivistas legales, estos sirvieron como modelo para otros tipos de juzgamientos y resultó un fascinante objeto de estudio para los doctrinarios que teorizaron a partir de estos.

La “tercera ola” de transiciones se desarrolló en un período de inestabilidades y cambios políticos y sociales generados por la situación de la postguerra fría y el derrocamiento de la unión soviética y la democratización y liberalización de los años 80 y 90. Muchas de estas transiciones se dieron principalmente en América Latina y esto marcó una separación entre las formas de pensamiento en torno al derecho punitivo.

Los procesos en esta época no se pueden separar del contexto político. Las dictaduras derrocadas y sus crímenes principalmente cometidos por miembros del gobierno y de las fuerzas militares en contra de los detractores como objetivos políticos y militares son diferentes a los crímenes de la segunda guerra mundial, especialmente por la motivación. Sin embargo en este periodo se puede observar la adopción de presupuestos creados en la primera fase histórica de la justicia transicional²⁸.

En esta época el derecho internacional se aprecia como una guía que orientará las nuevas normas nacionales encaminadas a un Estado consistente e imparcial. No se adopta la necesidad de juicios internacionales, por el contrario, se privilegian los juicios nacionales y se exploraron nuevos métodos para encontrar la reconciliación distintos a juzgar y sancionar²⁹.

²⁷ OBSERVATORIO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ. *Justicia Transicional y Construcción de Paz. Cuadernos Paz a la Carta*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo lozano, Bogotá, Vol. 4, 2013, p, 17.

²⁸ RUTI G. TEITEL, ob., cit., p. 4.

²⁹ CARLOS SANTIAGO NINO, "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina". The Yale Law Journal, Vol.100, 1991, p. 2619.

Las democracias en nacimiento promovían los juicios nacionales ya que consideraban que estos no debían consistir solo en juzgamientos criminales, también deberían buscar formas alternativas de investigar, responsabilizar y sancionar. Se pretendía dejar de lado la justicia retributiva y meramente sancionatoria de los procesos posguerra mundial y encontrar un equilibrio entre responsabilizar y reconciliar para construir un nuevo Estado ideal.

La justicia restaurativa se convirtió en la solución pretendida por estos Estados buscando una manera efectiva de encontrar la verdad y la justicia mediante comisiones de la verdad y se promovió como paso obligatorio para encontrar la paz, el perdón³⁰. Así, en esta fase se observan indultos, amnistías y leyes de punto final en aras de conseguir un fin supremo y con fundamentos morales y políticos más no legales. Estas acciones en algunos casos generaron repudio ya que se consideraba que las víctimas no se tenían completamente en cuenta para la toma de estas decisiones y se gestaba un ánimo de impunidad frente a los graves delitos de las dictaduras.

Estas decisiones no fueron bien recibidas globalmente así que este modelo de solución que daba preferencia a la paz y reconciliación sobre la justicia se limitó a actuar en países con condiciones específicas, especialmente en Argentina.

Hasta este momento, la justicia transicional es vista como mecanismo extraño que se aplica en ciertos momentos excepcionales, pero la modernización vislumbra un nuevo panorama mundial en el cual la justicia transicional se normaliza, siendo necesitada y utilizada por diversos Estados y en escenarios de conflicto cambiante.

El ejemplo más dicente sobre este cambio fue el nacimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) resultado de la evolución de los tribunales especiales y excepcionales como el de Núremberg, Yugoslavia y Tokio. Un órgano permanente encargado de investigar y juzgar a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Así inicia la fase llamada por TEITEL “Estado estable” en la cual las

³⁰ CARLOS SANTIAGO NINO, *Radical Evil on Trial*, Londres, Yale University Press, 1998, p.132.

características del mundo impiden la observación de la justicia transicional como un hecho extraordinario³¹.

La inclusión de parámetros de justicia transicional en las constituciones así como la creación del tribunal permanente le da naturalidad a este fenómeno y permite que se establezcan medidas globales a aplicar en caso de necesitarse. Por lo tanto en casos específicos y extraordinarios se cuenta con un sustento legal que facilita los mismos.

Para esta nueva etapa se buscó aprender de los errores pasados, por lo tanto se adoptan las medidas tendientes a hacer más efectivas las investigaciones mediante las comisiones de la verdad, los ordenamientos jurídicos empiezan a adoptar las normas internacionales y se comprometen mediante la firma de protocolos y tratados a la construcción de la paz mundial y se sigue dando prevalencia a los juicios nacionales sin descartar el uso de instancias internacionales. Pero también se cambian diversas medidas que resultaban lesivas para estos tipos de procesos. Por un lado no se descarta el juzgamiento del Estado, para esto existe un órgano específico que investiga, juzga y sanciona, se limitan las medidas de indultos, amnistías y leyes de punto final y se establece que en aras de la dinámica de la justicia transicional, los Estados tienen que ceder en sus juicios y pretensiones punitivas de una manera racional y sin dejar de lado la obligación de investigar, juzgar y sancionar³².

2.2 Normas rectoras de la Justicia Transicional

A través de la evolución del concepto de justicia transicional, distintas normas han sido creadas o modificadas para este fin y se han afianzado conceptos particulares que se han convertido en pilares de este tipo de procesos. Por un lado, las cartas de establecimiento de los tribunales especiales y sus consecuencias al ser formulados por las naciones unidas, las modificaciones a la convenio de ginebra, el establecimiento de ciertos fines de la justicia transicional como el perdón y la reconciliación y por otro lado los principios de Joinet que han servido como pilares

³¹ Ruti G. Teitel, ob., cit., p. 22.

³² Cit. Por: RUTI G. TEITEL. *Transitional Justice Genealogy*" Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, 2003, Cambridge, 2003, p. 25.

de la justicia transicional y han sido reconocidos como elementos esenciales dentro de esta.

En la primera fase histórica de la justicia transicional de la que ya se discutió anteriormente, nace el tribunal de Núremberg como algo especial, temporal y para un asunto específico, en este caso, el juzgamiento de los altos mandos militares del tercer Reich por los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en la Segunda Guerra Mundial. La creación de este tribunal se completó mediante la expedición de la *Carta de Londres* en el año 1945 mediante la cual se establecieron las formas y procedimientos que se llevarían a cabo y lo más importante, las siete directrices llamadas “principios de Núremberg”³³, que determinaron qué se podía entender como crimen de guerra, crimen en contra de la paz y crimen contra la humanidad.

La importancia de estos principios para la historia ha sido mayúscula, ya que es la primera ocasión en la que se establece qué constituye cada delito internacional y aunque infinidad de críticos³⁴, atacaron estos principios aplicados a Núremberg, estos mismos fueron utilizados en la Carta sobre el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente³⁵, en el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991³⁶, y el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda³⁷.

³³ Sobre el particular se puede consultar: ICRC, *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, 1950, <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/390?OpenDocument>.

³⁴ Otto Stahmer como abogado en el juicio principal criticó la creación del tribunal así como los cargos formulados a los acusados, por otra parte el juez William O. Douglas escribió: “nadie puede ser condenado por violar una ley ex post facto ... pienso que en los procesos de Núremberg se aplicaron a los acusados este tipo de ley. Todos eran culpables de múltiples asesinatos, y merecían la pena de muerte según las leyes usuales; pero no se los acuso con el derecho nacional vigente...” En: WILLIAM O. DOUGLAS, *An Almanac of Liberty*, New York, 1954, p.96.

³⁵ Puede consultarse en: “*The Tokyo War Crimes Trials*” <http://cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html>.

³⁶ Sobre el particular se puede consultar: CICR, *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*, 1993.

³⁷ Sobre el particular se puede consultar: CICR, *Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda*, 1994.

Es de especial importancia resaltar el contenido del VI principio ya que éste establece los crímenes castigables por las leyes internacionales, siendo estos los crímenes contra la paz, que versan sobre violación a acuerdos, amenazas o actos de guerra y la conspiración para los mismos; Los crímenes de guerra que incluyen, la violación de las Convenciones de Ginebra, los asesinatos, la esclavitud el trato inhumano de civiles (fundamento de la última actualización de la Convención de Ginebra y el nacimiento del cuarto protocolo relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra); y los crímenes contra la humanidad que comprenden los asesinatos, exterminios, persecuciones raciales, políticas y religiosas y la esclavitud.

Con el paso del tiempo, gracias a la formulación de estos principios por las Naciones Unidas se materializaron en el Estatuto de Roma, en varias constituciones alrededor del mundo y en diversas resoluciones, protocolos y tratados adoptados por la mayoría de los países del mundo como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del año 1948 y la actualización de la convención de ginebra en 1949.

Aunque los preceptos legales son muy importantes dentro de los procesos de justicia transicional, la segunda fase de la evolución histórica de este periodo dejó como enseñanza que la búsqueda de la paz no se puede limitar al juzgamiento de los responsables de crímenes estipulados en la ley, por lo tanto los conceptos de perdón y reconciliación hacen parte esencial de la justicia transicional como fin último de estos procesos acompañando a la paz.

El perdón siempre ha sido concebido como un acto moral que se ha separado de la ley, pero en estos procesos en los cuales se pretende ponerle fin a la inestabilidad política o acabar con el conflicto es necesario hacer uso de este recurso moral para llegar al fin común. Autores como RIVAS PALÁ consideran que es importante recordar la imperfección del ser humano y con ello reconocer que todas las personas merecen

el perdón³⁸. Sin embargo este mismo autor plantea que tipo de perdón es tolerable, un perdón incondicional o un perdón condicionado.

El perdón incondicional impone la necesidad de buscar medidas distintas al castigo de los responsables. Estas medidas pueden ser leyes de punto final, leyes de amnistía e indultos. Pero, la historia de la justicia transicional vislumbra que este tipo de medidas pueden resultar en impunidad y generar inconformidad entre la ciudadanía, por lo tanto hay que recurrir a el perdón condicionado, encontrar un balance entre el castigo y el perdón y por sobre todo evitar el olvido.

Finalmente, el perdón es un acto personal que tiene un fuerte impacto en un proceso de justicia transicional, sin ese perdón, la solución posible sería la violencia y como recalca MINOW esto puede llevar a que las personas “se conviertan en aquello que odian”³⁹. Y así como el perdón es indispensable, la reconciliación es el siguiente paso. Varios autores⁴⁰ consideran que luego de conseguir el perdón, se puede empezar a reconciliar a la sociedad con sus victimarios y viceversa y a restaurar el tejido social dañado por los tiempos de guerra.

HERRERA JARAMILLO considera que adicional al perdón, para lograr la reconciliación se requieren proyectos de cambios claros por parte de victimarios y gobernantes, esto es para que no se repitan las falencias del pasado y que se vuelvan a generar brotes violentos y se requiere ceder en algunos ámbitos relacionados con el juzgamiento y la sanción con el fin de mostrar la voluntad de negociación y reconciliación⁴¹.

Además de esto es importante que la sociedad se despoje del sentimiento de impunidad y que se trabaje mancomunadamente por la paz y por ello se han

³⁸ PEDRO RIVAS PALÁ, “Perdón y justicia transicional. Las dificultades de las sociedades liberales contemporáneas para articular un discurso coherente acerca del perdón”, En: Anales de la catedra Francisco Suárez, Granada, Vol. 45, 2011, p.5.

³⁹ MARTHA MINOW “Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo? En: MARTHA MINOW, RAMA MANI, DAVID A. CROCKER. *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del hombre, 2011, p. 87.

⁴⁰ sobre lo anterior desarrollan autores como: PEDRO RIVAS PALÁ, RODRIGO UPRIMMY YEPES Y CARLOS JOSÉ HERRERA JARAMILLO.

⁴¹ CARLOS JOSÉ HERRERA JARAMILLO, “Reconciliación y justicia transicional: Opciones de justicia, verdad, reparación y perdón”, Papel Político, Vol. 18, Bogotá, 2005, p. 85.

desarrollado ciertos preceptos que buscan acabar con la impunidad, aportar a la memoria histórica y compensar el daño causado y lo más importante generar una expectativa de paz estable y duradera. En el año 1997 LOUIS JOINET se encargó de presentar un informe sobre impunidad para las naciones unidas⁴². Este informe contenía una serie de directrices que se debían atender para lograr una paz estable y duradera y acabar con la impunidad en los procesos de justicia transicional. Estas directrices con el paso del tiempo se han convertido en obligaciones estatales y su desconocimiento puede viciar de ilegalidad un proceso transicional, especialmente al estar consignados en instrumentos internacionales como la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 con el Primer Protocolo Adicional, entre otros. Al hablar de estas directrices nos referimos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Hablar de verdad implica reconocer y no olvidar. Reconocer o determinar las víctimas y victimarios, adjudicar las responsabilidades sobre crímenes y violaciones de derechos humanos y conocer la motivación de los victimarios para cometer los delitos. Adicionalmente el deber de no olvidar impone la necesidad de conocer los hechos, estudiarlos y recordarlos para no cometer errores del pasado y para mantener vivo el recuerdo de las víctimas. Uprimmy ha resaltado dos dimensiones de la verdad, una personal y una colectiva y asevera que ambas deben estar presentes en los procesos de justicia transicional⁴³. La personal está relacionada con la individualización de la responsabilidad de los infractores y la verdad que buscan las víctimas en caso de desapariciones. Por otro lado la verdad colectiva se ocupa de que la comunidad conozca los acontecimientos, los reconozca, los analice y aprenda de ellos para la construcción de una paz estable y duradera.

La justicia, siguiente directriz propuesta por Joinet, se refiere a la justicia que gira en torno a las obligaciones estatales de investigar las violaciones de derechos humanos,

⁴² LOUIS JOINET, *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*. Informe final, Organización de las Naciones Unidas, 1997.

⁴³ RODRIGO UPRIMMY YEPES, MARÍA PAULA SAFFON SANÍN. CATALINA BOTERO MARINO. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006, p. 67

juzgar a los responsables y sancionar a los causantes de las violaciones. La obligación de investigar implica encontrar recursos efectivos para esclarecer todas las graves violaciones de derechos humanos y esto significa usar los órganos investigativos de manera pronta e imparcial y buscar mecanismos como las comisiones de la verdad para esclarecer aún más en dado caso que la versión oficial no ofrezca las garantías o no cumpla con los objetivos propuestos.

La obligación de juzgar ha sido ampliamente discutida ya que no se puede pretender la misma dinámica de juicio en una época normal a un juicio en transición. Esto no implica que no se deba establecer las responsabilidades, implica que en aras de hacer más dinámico y efectivo el proceso, se requiere flexibilizar las dinámicas del juzgamiento para no tener que acudir a la jurisdicción con todos los casos.

Adicionalmente dentro de esta obligación se incluye el derecho de contar con un juicio justo, atento de las normas del debido proceso y con el respeto debido a los victimarios y a las víctimas lo que implican juicios imparciales y sin ningún tipo de error que afecte a alguna de las partes.

La obligación de sancionar ha admitido también la posibilidad de flexibilizar las sanciones, siempre y cuando estas cumplan con requisitos específicos, ya que no pueden ser penas irrisorias, no pueden significar amnistías o indultos en aras de proteger a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y tampoco pueden ser penas muy extendidas ya que en estos casos se debe buscar la flexibilización del derecho como mecanismo para buscar la paz.

Contando con la verdad y la justicia es necesario implementar medidas de reparación y estas deben cumplir, no solo con indemnización, que implica tasar en dinero los daños y perjuicios sino se requiere una reparación integral que incluya de ser posible una restitución del estado de las víctimas, rehabilitación medica incluyendo apoyo psicológico y medidas de satisfacción que pueden variar enfocadas a recuperar la memoria histórica de la sociedad.

Y finalmente, las medidas que garantizan la no repetición cumplen un papel muy importante ya que estas deben procurar la disolución de los grupos armados o criminales con la garantía de que no se volverán a reagrupar, la aplicación de medidas disciplinarias, administrativas o penales para funcionarios que no hagan parte directa de grupos armados pero que hayan favorecido o participado de alguna manera en las violaciones de derechos humanos y hacer una revisión de las medidas o normas que sean lesivas a los derechos humanos.

2.3 Experiencias y críticas de los procesos de justicia transicional en el concierto internacional

En el transcurso de este trabajo se ha venido recalcando la evolución que ha tenido el concepto de justicia transicional, evolución que se ha visto marcada por las victorias y fracasos de procesos en todo el mundo. Cada experiencia cuenta con condiciones específicas dependiendo del tipo de guerra, las características del país o países en conflicto y los actores involucrados.

Así infinidad de experiencias fallidas y exitosas han sido consignadas en textos y han sido estudiadas para lograr determinar cuál es la mejor manera de llevar a cabo una negociación de paz dentro de un marco de transición. Aunque este trabajo no pretende abarcar la infinidad de estudios sobre cada uno de los intentos de aplicar la justicia transicional, es importante revisar algunas de las experiencias más significativas en sus aspectos positivos así como en sus críticas.

Para ello existen procesos emblemáticos como la experiencia sudafricana, el recientemente exitoso proceso de Nepal, el acuerdo de paz de Irlanda del Norte, y la experiencia guatemalteca. Distintos continentes, distintas culturas y distintos tipos de conflictos que pueden dar luces acerca de la manera más adecuada de llevar a cabo un exitoso proceso para la consecución de la paz.

Paz en Sudáfrica

Sudáfrica representa tal vez el caso más emblemático sobre el éxito de un proceso de paz. Un conflicto de aproximadamente 42 años que inició su camino por la justicia transicional con la liberación de NELSON MANDELA en 1990 cuando se propuso una negociación entre el gobierno sudafricano que en ese momento optaba por la segregación y el Congreso Nacional Africano, donde se agrupaban los partidarios de Mandela y excluidos por el gobierno debido a motivos raciales.

Estas negociaciones permitieron que se estableciera una comisión de verdad y justicia para juzgar los crímenes cometidos en el apartheid, un gran paso para lograr la reconciliación nacional⁴⁴. La tarea de esta comisión no se limitó a investigar, también estableció la definición de víctima y se dedicó a realizar propuestas sobre la forma de repararlas. Estas reparaciones contemplaban: indemnizaciones a corto plazo y asistencia para la restitución de las tierras; acciones colectivas a largo plazo como el reconocimiento, el fortalecimiento de la participación política y la construcción de la memoria histórica.

El gobierno, comprometido con el cambio, adoptó las políticas establecidas por la comisión de verdad y justicia asumiendo la responsabilidad en actos públicos sobre los hechos cometidos en el apartheid, respondiendo por las indemnizaciones y por las restituciones de tierra. El Estado no dejó de cumplir sus obligaciones de juzgar y sancionar, se enfocó en perseguir a los responsables de las graves violaciones a derechos humanos es decir, aquellos encargados de desapariciones, violaciones, tortura y desplazamiento forzado⁴⁵.

El logro más grande de este proceso fue su alcance pacificador ya que logró la anhelada reconciliación que se puede comprobar en la situación de igualdad (por lo menos racial) en toda Sudáfrica, sin embargo, el proceso no ha sido completamente efectivo al implementar la reparación integral. Las indemnizaciones tardan mucho en

⁴⁴ PRISCILLA HAYNER. "Five Illustrative Truth Commissions. South Africa" En: *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, New York/London, Routledge, 2004, P. 41-45.

⁴⁵ ESTELA VALVERDE; MICHAEL HUMPHREY. "Human Rights Politics and Injustice: Transitional Justice in Argentina and South Africa" En: *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, P. 83-105.

llegar a sus beneficiarios y son montos limitados y simbólicos a comparación del daño causado⁴⁶. Así mismo, la participación directa de las víctimas fue muy reducida ya que las discusiones y decisiones siempre se daban entre el gobierno y los representantes del “Khulumani Support Group”⁴⁷, que lastimosamente no agrupaba a un conjunto representativo de víctimas.

La experiencia nepalí

Otro proceso que se ha convertido en un emblema de la justicia transicional es aquel que derivó del conflicto nepalí que se desarrolló entre el año 1996 hasta el año 2006 en el cual la insurgencia maoísta y el gobierno nepalí decidió negociar para buscar la paz. Para los años siguientes, el Estado ya contaba con un plan de ayuda a las víctimas del conflicto y una comisión de la verdad, que al igual que Sudáfrica, no solo se encargó de esclarecer los crímenes sino también de proponer medidas de reconciliación y llevó a cabo los principales actos para la construcción de la memoria histórica⁴⁸.

Este proceso aún está en el período de implementación pero se puede resaltar que se ha llevado a cabo una transformación en el ideario social, se ha cumplido a cabalidad los propósitos de la comisión de la verdad en cuanto el tejido social y la memoria historia se han venido afianzando con el tiempo. Sin embargo, los errores que se pueden remarcar hacen alusión a la falta de preparación de las normas relativas a reparaciones, proyectos de posconflicto, definición de víctimas y formas alternativas de juzgamiento⁴⁹. Esto puede generar en un futuro grandes problemas relacionados con la impunidad y con la desconfianza de la ciudadanía.

⁴⁶ VICENÇ FISAS. “Procesos de paz comparados” En: *Quaderns de Construcció de Pau*, Vol. 14, 2010, p.9

⁴⁷ Al 2014 El Grupo de Apoyo Khulumani es una organización basada en membresía con alrededor de 85.000 víctimas y sobrevivientes de violaciones de derechos humanos cometidas o relacionadas con el apartheid en Sudáfrica. Iniciado por sobrevivientes que testificaron en la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Sitio oficial del Khulumani Support Group, “About us” <http://www.khulumani.net/khulumani/about-us.html>.

⁴⁸ INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Navigating Amnesty and Reconciliation in Nepal's Truth and Reconciliation Commission Bill*, ICTJ Briefing, 2011.

⁴⁹ Véase: INTERNATIONAL CENTRE FOR TRANSITIONAL JUSTICE, “*Selecting Commissioners for Nepal's Truth and Reconciliation Commission (2011)*” “*Disappearances in Nepal (2008)*” “*Nepali Voices. Perceptions of Truth, Justice, Reconciliation, Reparations and the Transition in Nepal, Kathmandu/Nepal (2008)*”.

El Acuerdo de Belfast

El conflicto de Irlanda del Norte fue altamente sangriento y aunque se calcula que duró 30 años, sus antecedentes se remontan a siglos atrás. Hacia el año de 1998 el grupo terrorista *Irish Republican Army* (IRA), las fuerzas leales del Ulster y las fuerzas de seguridad irlandesas y del Reino Unido firmaron el acuerdo de Belfast luego de la muerte de más de 36.000 personas en medio de atentados y asaltos⁵⁰.

Este conflicto cuenta con algunas particularidades que son importantes a la hora de analizar el proceso y es que fue una lucha interétnica entre republicanos irlandeses y unionistas norirlandeses, que tenía componentes religiosos, sociales y económicos y que además incluía una tercera fuerza que apoyaba a los unionistas. El Reino Unido y su gran capacidad propendían por la unión de Irlanda del norte y por esto apoyaba a los unionistas protestantes con armas y ejército para lograrlo⁵¹.

La firma del acuerdo de Belfast estableció entre otros, la unión entre condados católicos y protestantes, la finalización de las acciones hostiles de manera bilateral, el desarme progresivo, la participación en política de los integrantes del IRA, el juzgamiento de máximos responsables con el respeto al derecho de defensa y el trabajo conjunto para la construcción de una sociedad pacífica y estable.

Los mayores logros de este proceso corresponden al desmantelamiento del IRA, el triunfo democrático que terminó confirmando los deseos de permanecer en la unión y un proceso de posconflicto prometedor. Este proceso tuvo en cuenta a todos los ciudadanos de Irlanda del Norte sin importar raza, credo o estatus social. Eso jugó a favor debido al gran apoyo de la sociedad a la campaña por la paz.

Este proceso fue muy ambicioso, fueron 74 puntos establecidos para el logro de la paz y sin embargo estos no llegaron a cumplirse a cabalidad. McWILLIAMS y FEARON han indicado que la falta de voluntad política fue la causa por la cual no se pudieron

⁵⁰ NUBIA ARBIZU. *Irlanda del Norte: Historia de un conflicto*, Navarra, 2011, p.17.

⁵¹ *Ibíd*em, p. 32.

cumplir los 74 puntos del acuerdo en su totalidad⁵². Adicionalmente no hubo el suficiente acompañamiento a las facciones insurgentes que tenían, más allá de los intereses políticos, una ideología marcada. Esto generó que un grupo de disidentes de los grupos participantes en la negociación se aliaran y construyeran un nuevo grupo revolucionario que ha venido amenazando la estabilidad norirlandesa y acabando con la confianza de la sociedad en los puntos acordados.

Guatemala y su proceso de paz

El caso de Guatemala es uno de los más representativos en Latinoamérica ya que significó la finalización de un conflicto de 26 años y es reconocido a nivel mundial por la alta voluntad política que se evidenció en el desarrollo del proceso.

Guatemala estaba siendo dirigido por un gobierno autoritario y contaba con una guerrilla insurgente llamada Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala. La lucha estatal en contra de esta guerrilla llevó al país a un estancamiento en el cual la precaria situación económica y por lo tanto la pésima calidad de vida incitó a las dos partes a plantear una solución pacífica. Así en 1996 el gobierno y la guerrilla se reúnen para firmar un acuerdo de paz que generara un cambio notorio a la situación del Estado⁵³.

Una de las medidas que se implementó fue la creación de una comisión de esclarecimiento histórico, enfocada en investigar y recopilar la información referente a las violaciones de derechos humanos así como en proponer soluciones e ideas para mejorar el proceso⁵⁴. Así, el Estado y la sociedad civil crearon una política de reparación para las víctimas y dentro de esta definieron también los requisitos para ser víctima y para recibir todos los beneficios de una reparación integral.

⁵² MONICA MCWILLIAMS y KATE FEARON. "Problemas de la implementación" En: CLEM MCCARTNEY (Ed), Haciendo Balance: El proceso de paz de Irlanda del Norte. Conciliation Resources, Londres, 1999, p. 51.

⁵³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *La vida no tiene precio: Acciones y omisiones de resarcimiento en Guatemala*, 2007 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6055.pdf?view=1>.

⁵⁴ ANA MARÍA VARÓN GÓMEZ, "Reparaciones en Guatemala: Efectos de Una Comisión de la Verdad No Reconocida por el Estado", En: Asian Journal of Latin American Studies Vol. 24 No. 4, 2011, p. 21-47.

Adicionalmente, el estado también dio a conocer otro grupo de leyes enfocadas en reparación y reconciliación, siempre contando con el apoyo de la sociedad.

Este proceso como ya se ha recalcado antes, ha contado con un alto grado de participación social, víctimas, Estado, victimarios y sociedad civil trabajan en conjunto para desarrollar políticas y crear entidades que permitan recuperar el tejido social acabado por la guerra y adicionalmente se da el reconocimiento debido a actores sociales históricamente discriminados como las mujeres y los indígenas⁵⁵.

Sin dudarlo, el logro más grande de este proceso consistió en generar confianza y contar con una gran voluntad política, permitiendo que cada uno de los compromisos pactados se empezaran a hacer realidad, sin embargo, para un país diezmado económicamente y con profundos problemas sociales es difícil llevar a buen término este tipo de procesos ya que se presentan problemas al momento de la reparación o al momento de implementar ciertos planes o programas para la inclusión. Si no se encuentran maneras de cumplir con todos los compromisos acordados, el apoyo social puede disminuir.

Luego del estudio de estos procesos representativos podemos concluir que para lograr una paz estable y duradera, no basta con llegar a una negociación o un acuerdo de paz. Son muchas las condiciones que se deben cumplir para que el esfuerzo realizado sea fructífero, desde la voluntad política hasta los recursos estatales son indispensables para construir una sociedad libre de conflicto.

También podemos concluir que el éxito de estos procesos depende de una correcta planeación, la flexibilización de las pretensiones de las partes y el apoyo popular. Estas tres condiciones son indispensables para obtener un resultado positivo. Negociar no es lo único que significa un proceso de este tipo, la negociación es solo el comienzo de un largo camino para la consecución de una paz estable y duradera.

⁵⁵ EMILY ROSSER. *"Depoliticised Speech and Sexed Visibility: Women, Gender and Sexual Violence in the 1999 Guatemalan Comisión para el Esclarecimiento Histórico Report"*, En: The International Journal of Transitional Justice, Vol. 1, 2007, p. 391-410.

3. Planteamientos en torno a la justicia transicional en Colombia

En concordancia con lo antes expuesto, es pertinente, evaluar el proceso más reciente de justicia transicional que ha enfrentado el Estado colombiano teniendo en cuenta los presupuestos que fueron estudiados en el capítulo segundo, esto es, verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

3.1 Contextualización del conflicto colombiano

A continuación nos ocuparemos del proceso que se suscitó con ocasión de la Ley 975 de 2005, denominada como la “*Ley de Justicia y Paz*”, ley que fue antecedida por algunas otras, como la Ley 418 de 1997, que buscó implementar escenarios para lograr la culminación del conflicto armado mediante la negociación y el acuerdo entre el gobierno nacional y los grupos alzados en armas.

Cabe recordar como a principios de los noventa tuvieron lugar negociaciones con: el Partido Revolucionario de Trabajadores de Colombia – PRT (1991), el Movimiento Armado Quintín Lame – MAQL (1991), la Corriente de Renovación Socialista – CRS (1989-1991), el Ejército Popular de Liberación – EPL (1990-1991) y el Movimiento 19 de Abril - M-19 (1990), procesos que,

“Consiguieron desmovilizar a tales grupos y que estos cambiaran las tomas terroristas y los asesinatos, por las urnas y los debates democráticos. A pesar de lo que sin duda fue un gran avance para la pacificación del país, hay que reconocer que los grandes ausentes fueron las víctimas, sus derechos y la justicia, asuntos accesorios y prácticamente irrelevantes”⁵⁶.

⁵⁶ RAFAEL GUARÍN, *Los derechos de las víctimas limite a la paz*, Bogotá, Revista Nueva Época, No. 39, 2012, p. 111.

Luego de las fracasadas negociaciones con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, proceso conocido como “el Caguán”⁵⁷, llevado a cabo en el período presidencial de ANDRÉS PASTRANA (1998 - 2002) y terminado su mandato, aparecería en las elecciones presidenciales de 2002, quien habría sido gobernador del departamento de Antioquia, Senador de la República y el presidente de Colombia durante los siguientes ocho años: ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

Elegido como presidente ÁLVARO URIBE funda como condición para iniciar las negociaciones, el cese al fuego por parte de los violentos y en octubre de 2002 por medio de la iglesia católica, las Autodefensas (AUC) manifiestan su deseo de acogerse a un proceso de paz. Para el mes de diciembre las AUC declaran oficialmente el cese a las hostilidades. A mediados de diciembre se inician labores por parte de la Comisión Exploratoria y miembros de la iglesia Católica, quienes aconsejan al gobierno adelantar las negociaciones al verificar el cese de hostilidades por parte de las AUC. Se firmaría entonces, el 15 de junio de 2003 el denominado “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia”, las AUC se comprometen a desmovilizar al total de sus miembros antes del 31 de diciembre de 2005. Entre tanto, el gobierno se compromete a adelantar los programas y acciones que se requieran para reincorporar a los desmovilizados a la sociedad civil. Con la desmovilización del bloque Cacique Nutibara el 25 de noviembre de 2003, inicia la desarticulación y desarme de 37 bloques y frentes de autodefensas que se encontraban por todo el territorio nacional⁵⁸. Desmovilizaciones que se prolongarían hasta el 11 de abril de 2006. Según los datos actuales del Sistema de Información para la Reintegración (SIR)

⁵⁷ Para mayor información acerca del proceso de paz con las FARC entre 1998 y 2002 consulte: CAMILO LEGUIZAMO, *Reflexiones sobre el proceso de paz del gobierno de Andrés Pastrana y las FARC-EP (1998-2002)*, Archivos de Economía, Departamento Nacional de Planeación. Recuperado el 12 de agosto de 2002, En: https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos_Economia/204.PDF

⁵⁸ Mayor información sobre los datos de la desmovilización de los grupos paramilitares véase La página Web de la Escuela de Cultura de Paz. (s.f). Recuperado el 08 de abril de 2014, de <http://escolapau.uab.cat/img/programas/desarme/mapa/colombia.pdf>.

se desmovilizaron colectivamente 31.696 personas, y 18.025 armas⁵⁹ pertenecientes a las AUC.

Fue entonces en el primer período presidencial de Uribe en que se expidió la Ley 975 de 2005, ésta propuso una serie de tentadoras soluciones jurídicas para la reinserción civil de los integrantes de los grupos al margen de la ley marcando así una nueva etapa de negociaciones. Estos grupos habían doblado el número de hombres entre 1996 y 2000, para este último año había más de 20.000 guerrilleros y 9.000 paramilitares cifra que aumentaría considerablemente respecto a estos últimos ya que se desmovilizarían bajo la Ley que nos ocupa alrededor de 31.000 hombres⁶⁰. Sin embargo, esta última cifra hoy día se conoce como artificial ya que los informes de inteligencia de la época aseguraban poco más de 10.000 hombres en las filas paramilitares⁶¹.

Sería en el contexto descrito, que la Ley de Justicia y Paz implementaría una serie de directrices destinadas a la búsqueda de la reconciliación y el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto. Otorgando un tratamiento especial a quienes se acojan a ella. De igual manera, reguló un proceso penal paralelo al ordinario, para los delitos cometidos por personas pertenecientes a grupos armados ilegales. El desmovilizado que se acoja a dicho proceso gozaría de unos beneficios punitivos sobre los delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto y a lo largo de su permanencia en el grupo subversivo. Con esta condición, se dejan fuera del amparo de la Ley 975 de 2005 los delitos cometidos antes de pertenecer al grupo armado o que habiéndose cometido durante la permanencia en el grupo, éstos no se relacionen con los cometidos como consecuencia de la actividad delictiva de la organización.

⁵⁹ Para ampliar la información respecto a las cifras de desmovilizados en Colombia véase La página Web de la Agencia Colombiana para la Reintegración. (s.f). Recuperado el 10 de abril de 2014, de <http://www.reintegracion.gov.co>.

⁶⁰ Cifras tomadas de la página Web de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensoría sobre el Desplazamiento Forzado por la Violencia en Colombia*. (s.f). Recuperado el 10 de abril de 2014, de http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_6.pdf.

⁶¹ Declaraciones Freddy Rendón Herrera “el Alemán” en: SEMANA. (2011, marzo). *“Miembros de las AUC sumaban 15.000 o 16.000, al final se desmovilizaron 31.000”: ‘El Alemán’*. Recuperado el 05 de Abril de 2014, del sitio Web de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/miembros-auc-sumaban-15000-16000-final-desmovilizaron-31000-el-aleman/236468-3>.

La pena alternativa fue considerada como uno de los beneficios para delitos que no permiten amnistía ni indulto⁶². Este beneficio estaba sujeto a un período de prueba posterior que pretendía la verificación del comportamiento del condenado, so pena de que sean revocados los beneficios concedidos por el proceso de Justicia y Paz, obligándolo a cumplir con la totalidad de la condena impuesta en la sentencia⁶³. La pena alternativa se estableció de 5 a 8 años de prisión. Sanción que no fue de pacífico recibo en algunos sectores de la opinión pública, pero es de señalar que la paz negociada se enmarca en un proceso político donde quienes intervienen como partes adquieren la calidad de actores políticos y por ello deben ceder en sus expectativas. Es por esto, que el Estado se ve obligado a implementar un escenario acogedor para los alzados en armas así,

“los beneficios que con la Ley de Justicia y Paz se obtienen son superiores a los que pueden resultar con la imposición efectiva de la pena principal, pues el desmonte efectivo del aparato delincencial es una contraprestación mucho más importante y benéfica para la garantía de los derechos humanos en Colombia que la imposición de penas altas en casos individuales”⁶⁴.

Los beneficios para los desmovilizados deben enmarcarse dentro de los parámetros constitucionales, respetando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, principios que por primera vez se mencionan en el marco de una negociación con un grupo armado en Colombia.

Empero a ocho años de la implementación de la Ley de Justicia y Paz, las reprochas e inconformidades con el proceso de desmovilización de los paramilitares no se han hecho esperar. Hoy día se habla de un proceso artificioso, en el que la mencionada ley

⁶² Alternatividad establecida en el artículo 3 de la Ley 975 de 2005, la cual la concibe como: “un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, remplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”.

⁶³ Para mayor información acerca del seguimiento a la pena alternativa, consúltese el Artículo 8 del decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005.

⁶⁴ DIEGO ANDRÉS GONZALES MEDINA, JORGE FERNANDO PERDOMO, CIELO MARIÑO ROJAS. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2009, p. 97.

no logró el objetivo de justicia, ni el de paz. Y es que es difícil hablar de paz, cuando en el proceso de negociación no intervienen todos los actores del conflicto, para el caso en particular las FARC y el ELN. En vigencia de la ley 975 de 2005 se han desmovilizado de forma colectiva 190 miembros de las FARC y 3.619 individualmente⁶⁵, estimándose aproximadamente en la actualidad no más de 8.000 hombres pertenecientes a este grupo armado.

En cuanto a la justicia, las críticas se centran en la falta de celeridad con la que han transcurrido los procesos penales que se adelantan en contra de los 4.237 postulados a la Ley de Justicia y Paz, frente a estos últimos, se han proferido 14 sentencias de primera instancia y 9 de segunda instancia cifras que generan una percepción de impunidad en la sociedad. La inoperancia judicial, también se ha visto reflejada en los más de 395.546 delitos confesados, de los cuales 12.869 han sido compulsados a la justicia ordinaria por tener relación con el paramilitarismo pero no estar acogidos por la Ley 975, de éstos no hay hasta el momento condena alguna.

Otro de los fuertes cuestionamientos al proceso en mención tiene que ver con el derecho a la verdad de las víctimas. Por medio de la subunidad de exhumaciones de la Fiscalía General, se han encontrado 4.809 cadáveres en 3.929 fosas exhumadas, con lo cual se ha contribuido al esclarecimiento de la verdad⁶⁶. Sin embargo, las versiones libres que han rendido los desmovilizados se revisten de ocultamiento de las estructuras del poder político y económico. De igual manera, la cuestionable decisión de extraditar importantes jefes paramilitares en el gobierno de Uribe, aduciendo que continuaban con actividades ilícitas, restó credibilidad al proceso y confianza a las víctimas.

Todos esos malestares, además de la inseguridad jurídica que se generó durante, y después de la aplicación de un modelo de justicia transicional en Colombia, han

⁶⁵ Datos tomados de La página Web de la Agencia Colombiana para la Reintegración. (s.f). Recuperado el 10 de abril de 2014, de <http://www.reintegracion.gov.co>.

⁶⁶ Las Estadísticas actuales del proceso con las AUC se encuentran en La página Web de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz. (Diciembre, 2012). Recuperado el 20 de mayo de 2014, de <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>.

permeado al actual proceso de paz, creando incertidumbre, especulación y nuevas críticas a estas negociaciones, tema del que nos ocuparemos a continuación.

3.2 Críticas al actual proceso de paz

Contextualizado el conflicto colombiano a la luz de la Ley 975 de 2005, Y revisada ésta ley como el precedente en la aplicación de un modelo de justicia de transición en Colombia además del referente más próximo de los diálogos de paz entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que se adelantan desde el año 2012 en la Habana. Procederemos a estudiar este nuevo acercamiento para la terminación negociada del conflicto más largo de América Latina y algunas de las tesis que presentan los críticos del proceso de paz que lidera el presidente Santos.

Las nuevas negociaciones de paz, plantean un nuevo escenario para la aplicación de la justicia transicional lo que ha desencadenado críticas y reprochas de algunos sectores de la opinión pública e incluso el país se ha fragmentado con ocasión de estos diálogos, como se pudo evidenciar en las elecciones presidenciales de 2014, donde el debate sobre la paz fue el protagonista. Las críticas tienen que ver con factores jurídicos y políticos, aunque parte del escepticismo en la población se debe a la desconfianza en unas negociaciones que se habían intentado en el pasado y que fracasaron, principalmente por la falta de una voluntad de paz real por parte de los subversivos, quienes utilizaron las treguas para aumentar su capacidad militar y reforzarse para retomar la violencia como fue el caso de los diálogos del Caguán.

Las críticas predominantes tienen que ver con el que es quizá, el principal y más complejo desafío que enfrentan los procesos de justicia transicional, esto es, el que tiene que ver con el tópico de la justicia ya que, como lo señala SILVA:

“Varios problemas políticos rodona el proceso de paz, en particular referidos a los términos dentro de los cuales podría pactarse un acuerdo de desmovilización con las FARC y, en segundo término, a las consecuencias o

secuelas de un tal acuerdo. El primero de dichos problemas, tal vez el más protuberante de ellos, está referido a la no sanción, sanción simbólica o “impunidad” de las acciones acometidas por el grupo alzado en armas. Es decir a la no realización del principio de “justicia”⁶⁷.

Quienes aducen que el proceso de paz sería un generador de impunidad conciben a la justicia mayoritariamente en sentido retributivo. Es decir, la justicia se logra cuando el delincuente es sometido a un castigo, éste es, la pena⁶⁸. Dentro de este tipo de justicia que tiene influjo del idealismo alemán, el delito es calificado como una ofensa cometida por el delincuente en contra del Estado, ocupando la víctima, su familia y la comunidad un papel residual, dejando a un lado posibles soluciones más benéficas para resarcir los daños o la implementación de medidas de satisfacción.

En cuanto a los fines de la pena, en la justicia retributiva estos se encuadran dentro de la prevención general y especial en sentido negativo. Así explica ROXIN la teoría de la retribución, simplificando su comprensión a partir del principio del Talión, (ojo por ojo, diente por diente) donde,

“La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, si no en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social (lat. *Absolutas*=desvinculado)⁶⁹.

⁶⁷ GERMAN SILVA, *¿La décima es la vencida? El Nuevo Proceso de Paz con las FARC*, Revista Nueva Época, No. 39, Bogotá, 2012, p. 77.

⁶⁸ JUAN J. BUSTOS Y HERNÁN HORMAZABAL explican el aporte de Hegel al retribucionismo de la pena así: “La pena es la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho. Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa. De esta manera, según cual sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado”. En: JUAN BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, Ed. Trotta, 1997, p. 45.

⁶⁹ ROXIN CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, Ed. Civitas S.A, 1997, p.81.

Dentro de la justicia retributiva, propia de la corriente clásica del derecho penal, se considera materializada la justicia con la imposición de penas elevadas que se puedan equiparar al perjuicio cometido con la comisión del delito “La pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”⁷⁰. Lo que es quizá inaplicable en medio de un proceso de justicia transicional, debido a que al negociar con los grupos alzados en armas implícitamente se le concede un estatus político y juzgar sus conductas criminales con las normas preexistentes, donde las penas son bastante elevadas, por la tendencia de la última década de atacar la criminalidad aumentando exponencialmente las penas, hará que la negociación no sea fructífera, pues nadie cedería en sus pretensiones sabiendo que va a pasar el resto de su vida en prisión.

Es importante señalar que si bien la posición de los críticos del proceso de paz no está sentada completamente dentro de los postulados de la justicia retributiva o restaurativa, puesto que ni siquiera los procesos de justicia transicional que se han llevado a cabo en el mundo han empleado solamente un tipo de justicia, sino por el contrario ha buscado un equilibrio entre una y otra, quienes aluden a la impunidad dentro de los procesos, soportan sus argumentos principalmente desde postulados retribucionistas.

Otro de los puntos de relevancia crítica tiene que ver con el modelo de justicia transicional que se pretende adoptar. Mediante el Acto Legislativo 01 de 2012 conocido como el marco jurídico para la paz, se adicionó el artículo transitorio 66 a la Constitución, que permite la aplicación de la justicia transicional en el evento de que las negociaciones de la Habana se materialicen en un acuerdo de paz. El mencionado artículo implementa medidas propias de la justicia de transición como son: la creación de criterios de selección y priorización, la renuncia condicionada de la persecución penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y penas alternativas.

⁷⁰ Ibídem, p. 82.

Un grupo de ciudadanos compartiendo el argumento del Procurador General de la Nación, quien entre otras cosas disiente de los postulados del Fiscal General en cuanto a su posición sobre el tipo de justicia penal a aplicar a quienes llegarán a una eventual desmovilización⁷¹, presentaron acción de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 01 de 2012, aduciendo que el artículo primero al facultar al legislador para definir los criterios sobre los cuales se seleccionaran las violaciones de derechos humanos, que serán objeto de investigación y juzgamientos, además de centrar la persecución penal en los máximos responsables, se están desconociendo los tratados de los derechos humanos ratificados por Colombia, atentando contra el pilar esencial de la Constitución que consagra el deber del Estado de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos, lo que vulnera la identidad de la Carta Política presentándose así la figura de la sustitución de la Constitución.

En cuanto a lo que tiene que ver con la sustitución de la Constitución, teoría desarrollada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-551 de 2003 y que desde entonces se ha venido perfilando en reiterada jurisprudencia llegando a la realización de un juicio⁷², una serie de pasos y verificaciones para determinar si mediante el poder de reforma se están modificando o suprimiendo principios y valores que puedan transformar la Constitución en otra. La sentencia C-579 de 2013 que resolvió la acción de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo de 2012 esboza la teoría de sustitución de la siguiente manera:

“La sustitución consiste en el reemplazo de la Constitución o de alguno de sus ejes definitorios por un modelo constitucional diferente, en ejercicio del poder de reforma. En este sentido, en la Sentencia C-1200 de 2003, la Corte indicó que la sustitución implica un cambio de tal magnitud y trascendencia material, que conduce a transformar la “forma de organización política” en una diferente. Precisó que para poder establecer “el perfil básico” de la

⁷¹ En el 2013 se presentaron algunas disputas entre el Procurador General Alejandro Ordoñez y el Fiscal General Eduardo Montealegre, por sus posiciones frente al marco jurídico para la paz http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/procurador_y_fiscal_aun_mas_lejos_frente_al_tema_de_la_paz/procurador_y_fiscal_aun_mas_lejos_frente_al_tema_de_la_paz.asp.

⁷² Algunas de las Sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre la sustitución de la Constitución son: C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010.

Constitución, es necesario identificar sus principios esenciales o definitorios”⁷³.

Acorde con lo anterior, es preciso señalar que la Constitución Política no hace referencias a los límites materiales que puedan surgir de una reforma constitucional. Lo que sí es claro, es el tipo de análisis que debe ejercer el Tribunal Constitucional, esto es, de forma y no de fondo como lo señala la Carta Política de manera expresa en su artículo 241 numeral 1°. Celoso sobre este tema debe ser el poder soberano, ya que es su facultad, la modificación de la Norma de normas.

Por último frente a los planteamientos sobre la obligación que tiene el Estado de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de derechos humanos conforme a la normatividad internacional⁷⁴, y quienes hacen una interpretación exegética de lo que allí se contiene, encontramos que su posición parte del llamado maximalismo jurídico. Considerando entonces que deben juzgarse todos y cada uno de los delitos cometidos, lo que es bastante cuestionable si revisamos algunas de las experiencias internacionales, y sin siquiera hacerlo con tan solo una mirada a nuestro sistema judicial y evidenciar la congestión que éste presenta podemos afirmar que en la actualidad el Estado se halla en una imposibilidad material para lograr investigar, juzgar y sancionar todas las conductas criminales y esto sin tener en cuenta el costo que ello implicaría.

Sumado a lo anterior se presenta una vicisitud más, ésta tiene que ver con la colisión entre dos preceptos o principios que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos estos son: el derecho a la paz y el deber del Estado de sancionar a todos los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. De darle preferencia a este último como pretenden los críticos, mayoritariamente distantes de

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁴ La obligación surge del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, consignada en la Declaración Americana de los Derechos Humanos art. 17 y 24, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 1-1, 2, 8 y 25, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1049, Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129; Convenio IV, art. 146; primer Protocolo Adicional, art. 85, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Art. 17 y 53, Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas Art. 14 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Art. 2,4,6 y 12.

la justicia restaurativa, se estarían sacrificando los derechos de las víctimas a una verdad material. Remplazándola por una verdad procesal, y todo por la búsqueda de un utópico, demostrando con esto, que no se aprendió de los errores del pasado.

3.3 Respuesta jurídica a los desafíos de un proceso de paz en Colombia

De conformidad con lo anteriormente sostenido, es menester destacar cuáles son las reglas constitucionales y algunos de los mecanismos jurídicos con que se cuenta actualmente en nuestro ordenamiento para un posible escenario de transición. En cuanto a las reglas constitucionales, se hará referencia a la cláusula general de competencia y a la refrendación de los actos tendientes a la implantación de un proceso de justicia transicional. Finalmente, dentro de los mecanismos se abordarán: el principio de oportunidad, en oposición al principio oficioso y la justicia restaurativa como contraposición a la retributiva.

En el ordenamiento jurídico de la Republica de Colombia quien tiene el poder de legislar evocando la democracia representativa es el Congreso de la Republica, es esta institución la encargada de la producción de leyes. Claramente lo establece el artículo 150 de la Constitución Política así:

“Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”⁷⁵.

La cláusula general de competencia normativa es exclusiva del Congreso lo que le permite regular a discrecionalidad diversos temas, sin que sea necesaria la aprobación de otro órgano del Estado para que el Congreso dirija la vida legislativa del país, pues es a este al que se le ha atribuido la potestad genérica para el desarrollo de la Constitución, como lo ha señalado la Corte en reiterada jurisprudencia,

⁷⁵ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Constitución Política Colombiana. 1991.

“las funciones del Congreso que se especifican en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas sino simplemente enumerativas y que a este órgano le corresponde la responsabilidad de dictar reglas en todas aquellas materias no confiadas a otras esferas estatales. El Congreso sí puede entrar a regular materias que no le han sido específicamente atribuidas por la Constitución”⁷⁶.

La libertad de configuración y el margen de discrecionalidad que se le atribuye al legislador en la cláusula general de competencia legitiman a este para expedir normas de contenido procesal, para configurar los términos, etapas y en general los lineamientos para dirimir los conflictos sociales, estableciendo las pautas sobre las que se soporta el principio de legalidad.

En un posible escenario de negociación para la consecución de la paz, mediante la adecuación de normas, se busca la superación de un conflicto y la reinserción de ciudadanos levantados en armas, consiguiendo que el proceso no sea un fin en sí mismo sino por el contrario una herramienta para el logro de los fines del Estado. Es por ello que la CORTE CONSTITUCIONAL ha sostenido que: *“el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica de los asociados”⁷⁷*. Es el legislador a quien se le concede el derecho de desarrollar la Constitución puesto que al momento de su formación el constituyente no puede prever todas las situaciones que se puedan presentar a futuro⁷⁸. La evolución de la sociedad, integra nuevos desafíos para la carta política y como los temas que se suscitan deben ser acogidos y regulados esto se lleva a cabo mediante la ley.

Sin duda alguna, la paz es catalogada por el constituyente como fin del Estado señalándola en el preámbulo de la Constitución, además de darle el carácter de derecho fundamental, esto imprime una obligación y compromete al legislativo a

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-473 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

utilizar su facultad, es decir, que mediante la producción de normas materialice el espíritu de la Carta Política y permita efectivamente la consecución de la paz.

Todos los esfuerzos llevados a cabo por los poderes públicos, deberán ser apoyados y refrendados de ser necesario por el poder soberano, es decir, el pueblo. Sobre la soberanía popular hay que recordar, que se encuentra regulada constitucionalmente en el artículo 3°, según el cual, el poder reside exclusivamente en el pueblo. Este principio de tan importante envergadura, encuentra su nacimiento formal en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo tercero, “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”. Gracias a esta concepción, se han desarrollado otros conceptos que han permitido de a poco, formalizar y garantizar aún más la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural del país al que pertenecen.

El principio de participación se convierte en un mecanismo que hace vívido el poder soberano que reside en el pueblo y que se encuentra en el preámbulo y en los principios que fundan el Estado. La participación ciudadana es realmente una noción que proliferó por todo el texto constitucional. Como lo menciona YOUNES, en la sociedad contemporánea se persigue por parte del ciudadano la participación activa y no pasiva en los temas que lo afectan directamente⁷⁹. En Colombia, la misma Carta Constitucional se ha encargado de garantizar el protagonismo de los ciudadanos, del pueblo en las decisiones que los afectan directamente.

El referendo es un mecanismo que permite la participación directa de los ciudadanos para decidir sobre si se aprueba o desaprueba un proyecto de norma, para que ésta ingrese al ordenamiento jurídico nacional o si por el contrario, considera que hay una norma que debe ser derogada. En el caso colombiano ésta herramienta jurídica puede ser empleada para poner en manos del poder soberano el futuro de la Nación, para

⁷⁹ DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho constitucional colombiano*, 10ª ed., Bogotá, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 82.

hacer de él un nuevo pacto social, una actualización de la Constitución, en el que la prioridad sea la inclusión y la paz.

Así como se contemplan esas reglas constitucionales que en cierto momento podrían coadyuvar a la obtención de la paz, es pertinente mencionar un par de mecanismos que se encuentran dentro de nuestro ordenamiento y que podrían servir como alternativa jurídica en algún momento del proceso para la operación y justificación de las medidas adoptadas, esto es, el principio de oportunidad y la justicia restaurativa.

Como en toda negociación, quienes participan en ella buscan satisfacer sus pretensiones, empero para lograr un acuerdo deberán las partes ceder y generar un escenario acogedor y propicio para lograr llegar a un punto beneficioso para las dos partes. Es por ello que el Estado en medio de un proceso de paz deberá,

“...crear escenarios políticos y jurídicos atractivos para que los miembros de los grupos armados al margen de la ley tomen la decisión de dejar las armas y, atendiendo los requerimientos del derecho internacional, sometan al poder punitivo del Estado siempre con responsabilidades y obligaciones frente a las víctimas de los hechos punibles por ellos cometidos.”⁸⁰.

Uno de estos espacios que se hacen llamativos para los subversivos se encuentra en el Acto Legislativo 01 de 2012 en su inciso 4° donde se faculta al Fiscal General de la Nación para determinar los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, lo que se traduce en la posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad, consagrado en el artículo 250 de la Constitución política⁸¹. El principio de oportunidad puede precisarse como una potestad en cabeza del funcionario en quien reside la acción penal para abstenerse de continuar con la acción, sin importar que

⁸⁰ DIEGO ANDRÉS GONZALES MEDINA, JORGE FERNANDO PERDOMO, CIELO MARIÑO ROJAS. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2009, p. 78.

⁸¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 250 la Fiscalía General de la Nación está obligada adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito, no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal salvo los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

existan situaciones fácticas que comprometan su responsabilidad en el delito. La discrecionalidad que tiene el funcionario puede reglarse cuando la ley establezca las causales por las que procederá el principio de oportunidad⁸².

Es mediante esta figura que puede ejecutarse la política criminal del Estado, ayudando en la descongestión del sistema. Teniendo en cuenta el sinnúmero de delitos cometidos por las FARC proporcional a esto de todas formas los recursos para la persecución serán reducidos y al realizar una investigación indiscriminada puede llegar a desviar la acción penal y generar impunidad. Por el contrario mediante criterios de priorización de casos puede hacerse más efectivo el resarcimiento de los derechos de las víctimas. Todo esto claro, con el respeto de los estándares internacionales y las condiciones establecidas en el marco jurídico.

Acorde con lo anterior, la necesidad de implementar la justicia restaurativa es fundamental para la consecución de la paz mediante mecanismos transicionales. En oposición a justicia retributiva, predominante en los primeros intentos de justicia transicional en el mundo y preferida por los críticos del proceso de paz colombiano, se vislumbra en el panorama la justicia restaurativa para mejorar la situación de las víctimas, los victimarios y para lograr contribuir a la reconstrucción del tejido social. Las Naciones Unidas definen la justicia restaurativa como “Una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades”⁸³.

Este tipo de justicia penal requiere una intervención integral a fin de que se ayude a las víctimas a tener condiciones iguales o similares a las que tenían antes de la situación de conflicto. De desearlo, aquéllos que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, deben tener la posibilidad de participar de lleno en la respuesta. El rol del Gobierno consiste en preservar el justo orden público;

⁸² MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ PEÑA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía, 2004, p.28.

⁸³ CONSEJO DE EUROPA. Recomendación No. RR (99) 19 del Comité de Ministros de Estados miembro Relacionado con la Mediación de Asuntos Penales, 1999.

la comunidad debe construir y mantener una justa paz. Y esto gracias al protagonismo que adquieren las víctimas, permitiéndoles su participación y la de sus familias e incluso el de los victimarios para resolución del conflicto que nace luego de la comisión del delito.

Este tipo de justicia reparadora posee una visión más amplia del delito, no circunscribiéndolo únicamente al deber de castigar a quien lo comete por trasgredir la norma de conducta, sino que evalúa las consecuencias de este y busca principalmente contrarrestar los daños causados por consecuencia de este. Sus resultados no son medidos en la intensidad del castigo que se impone al infractor, por el contrario se miden en su eficacia por retribuir a la víctima lo que perdió con el delito, buscando aproximarla a su condición antes de la ocurrencia del daño. Es por todo esto, que consideramos este tipo de justicia la indicada para desarrollar un proceso de transición, pues es más próxima a esos postulados que estudiamos anteriormente, esto es, verdad, justicia, reparación y no repetición. Esta forma de justicia se perfila hacia el respeto de los derechos humanos, y permite ampliar la cohesión en la sociedad coadyuvando al fomento de la cultura de paz que requieren los pueblos.

CONCLUSIONES

El derecho desde su nacimiento, se convirtió en la herramienta civilizada por excelencia. Por medio de ese instrumento, el hombre decidió dejar la violencia y la guerra a un lado, y generar normas y reglas que permitieran la vida en sociedad y la protección de los derechos propios y ajenos. Todo ello en pro del progreso de la humanidad.

La evolución de las ideas y el mercantilismo, trajo consigo la inquietud de un mundo libre, libertad en todos los campos: político, económico y social. Pero esa libertad debía reconocerse por medio de un texto que fuera aceptado por todos, que fuera el resultado de un consenso, que fuera un verdadero pacto social. Con la esperanza de limitar el poder y de garantizar a los asociados sus derechos y prerrogativas nace el texto constitucional como lo conocemos en la actualidad compuesto por: una parte dogmática y una orgánica.

La paz, es contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como un fin constitucional, como un derecho de todos los asociados, como un deber de los ciudadanos y de las autoridades, indiscutiblemente buscar la paz es un deber de todos, es un fin legítimo constitucional. No solo hace parte de nuestro ordenamiento por medio del articulado constitucional, sino también por el Bloque de Constitucionalidad. Resoluciones de las Naciones Unidas señalan a la paz de ser un derecho sagrado de toda la humanidad, vale la pena buscar alternativas que permitan su conquista y aseguren la estabilidad política, social y económica.

La justicia transicional tal y como la conocemos, es consecuencia de una evolución histórica, una serie de experimentos de acierto y error que se han adaptado a las necesidades de cada época y han permitido el desarrollo de normatividad y doctrina tendiente a mejorar respecto a los errores del pasado, para obtener aciertos en la búsqueda de una paz estable y sostenible en el futuro.

Para que la sociedad se despoje del sentimiento de impunidad y de desconfianza frente a estos procesos, es importante contar con una planeación acorde con la

normatividad existente sobre el tema. Cumplir con los presupuestos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición asegura un avance en la reconstrucción de la confianza ciudadana y aporta a que para éstos sea más fácil ubicarse en un espacio de perdón y reconciliación.

Ningún modelo de justicia transicional es igual. Las condiciones que determinan el tipo de negociación que se lleve a cabo en un marco transicional varían desde el tipo de guerra hasta los actores involucrados. Por ello hay que incluir a la sociedad civil, a las víctimas, a los victimarios y al gobierno en la creación de estos esquemas y no limitarse a copiar experiencias exitosas.

Colombia es un Estado que ha sufrido a lo largo de su vida republicana el flagelo de la violencia, con la evolución del derecho se encuentra en sus postulados un mecanismo para dar por terminado el conflicto, sin embargo estas teorías se van perfeccionando a medida que son aplicadas. Así lo pudimos comprobar con la implementación de un modelo de justicia transicional, que se efectuó por primera vez con la denominada ley de justicia y paz. Fue así, que se aproximó a la consecución de paz, logrando la desmovilización de un actor del conflicto. Sin embargo fueron múltiples los errores cometidos, de los cuales se han hecho reflexiones que asegurarán que en la actualidad con la aparición de un nuevo escenario, finalmente se obtenga la tan anhelada paz.

Aunque este nuevo proceso ha sido objeto de críticas, soportadas doctrinal y jurisprudencialmente. Estas posiciones ayudan al perfeccionamiento de los mecanismos que existen para dar fin al conflicto. Es así, como cada una de las concepciones de los escépticos que se abordaron, son valiosas, puesto que aportan a la construcción de una justicia transicional cada vez más sólida y que garantice el respeto y el logro de los derechos humanos.

Finalmente, es con el estudio de este tipo de herramientas que ofrece el derecho, colocándolas al servicio del hombre, además del trabajo colectivo desde el núcleo esencial de la sociedad, con la adopción de una cultura de respeto y reconciliación que se construye una paz estable y duradera.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *La vida no tiene precio: Acciones y omisiones de resarcimiento en Guatemala*, 2007 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6055.pdf?view=1>.
2. ARBIZU, NUBIA. *Irlanda del Norte: Historia de un conflicto*, Navarra, 2011.
3. ARISTÓTELES. *La política*, 4ª ed., Barcelona, E. Iberia, 1967.
4. BUSTOS, JUAN; HORMAZÁBAL, HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, Ed. Trotta, 1997.
5. CARNELUTTI, FRANCESCO. *¿Cómo nace el derecho?*, Bogotá, Ed. Temis, 2010
NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 10ª edición, Bogotá, Ed. Temis.
6. CARONI, PIO. *La soledad del historiador del derecho*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
7. CICR. *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*, 1993.
8. CICR. *Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda*, 1994.
9. CLAUS, ROXIN. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Madrid, Ed. Civitas S.A, 1997.
10. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política Colombiana. 1991.
11. CONSEJO DE EUROPA. Recomendación No. RR (99) 19 del Comité de Ministros de Estados miembro Relacionado con la Mediación de Asuntos Penales, 1999.
12. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
14. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-473 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-102 de 1993. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.
19. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensoría sobre el Desplazamiento Forzado por la Violencia en Colombia.* (s.f). En: http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_6.pdf
20. DOUGLAS, WILLIAM O. *And Almanac of Liberty*, New York, 1954.
21. ENGELS, FEDERICO. *El origen, la propiedad privada y el Estado*, Cali, Ed. Nuevo Horizonte, 1979.
22. FISAS, VICENÇ. “Procesos de paz comparados” En: *Quaderns de Construcció de Pau*, Vol. 14, 2010.
23. GONZALES MEDINA· DIEGO ANDRÉS; PERDOMO, JORGE FERNANDO; MARIÑO ROJAS, CIELO. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2009.
24. GUARÍN, RAFAEL. *Los derechos de las victimas limite a la paz*, Bogotá, Revista Nueva Época, No. 39, 2012.
25. HAYNER, PRISCILLA. “Five Illustrative Truth Commissions. South Africa” En: *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, New York/London, Routledge, 2004.
26. HERRERA JARAMILLO, CARLOS JOSÉ. “Reconciliación y justicia transicional: Opciones de justicia, verdad, reparación y perdón”, *Papel Político*, Vol. 18, Bogotá, 2005.
27. INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Navigating Amnesty and Reconciliation in Nepal’s Truth and Reconciliation Commission Bill*, ICTJ Briefing, 2011.
28. INTERNATIONAL CENTRE FOR TRANSITIONAL JUSTICE. “Selecting Commissioners for Nepal’s Truth and Reconciliation Commission (2011)” “Disappearances in Nepal (2008)” “Nepali Voices. Perceptions of Truth, Justice, Reconciliation, Reparations and the Transition in Nepal, Kathmandu/Nepal (2008).

29. JOINET, LOUIS. *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final*, Organización de las Naciones Unidas, 1997.
30. LEGUIZAMO, CAMILO. *Reflexiones sobre el proceso de paz del gobierno de Andrés Pastrana y las FARC-EP (1998-2002)*, Archivos de Economía, Departamento Nacional de Planeación., En: https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/DEE/Archivos_Economia/204.PDF.
31. LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.
32. MCLCWAIN, CHARLES HOWARD. *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
33. MCWILLIAMS, MONICA; FEARON, KATE. "Problemas de la implementación" En: Clem McCartney (Ed), *Haciendo Balance: El proceso de paz de Irlanda del Norte*. Conciliation Resources, Londres, 1999.
34. MINOW, MARTHA. "Memoria y odio: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?" En: Martha Minow, Rama Mani, David A. Crocker. *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del hombre, 2011.
35. NINO, CARLOS SANTIAGO. "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina". *The Yale Law Journal*, Vol.100, 1991.
36. NINO, CARLOS SANTIAGO. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª imp., Buenos Aires, Astrea, 2005.
37. NINO, CARLOS SANTIAGO. *Radical Evil on Trial*, Londres, Yale University Press, 1998.
38. OBSERVATORIO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ. *Justicia Transicional y Construcción de Paz. Cuadernos Paz a la Carta*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo lozano, Bogotá, Vol. 4, 2013.
39. PLATÓN. *El político*, Antonio González Laso (trad.), Madrid, Ed. Instituto de estudios políticos, 1955.
40. REVISTA SEMANA. Declaraciones Freddy Rendón Herrera "el Alemán" (2011, marzo). "Miembros de las AUC sumaban 15.000 o 16.000, al final se desmovilizaron 31.000": 'El Alemán'. Recuperado el 05 de Abril de 2014, del

sitio Web de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/miembros-auc-sumaban-15000-16000-final-desmovilizaron-31000-el-aleman/236468-3>

41. RIVAS PALÁ, PEDRO. "Perdón y justicia transicional. Las dificultades de las sociedades liberales contemporáneas para articular un discurso coherente acerca del perdón", En: *Anales de la catedra Francisco Suárez*, Granada, Vol. 45, 2011.
42. RODRÍGUEZ PEÑA, MARÍA VICTORIA. *El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía, 2004.
43. ROSSER, EMILY. "*Depoliticised Speech and Sexed Visibility: Women, Gender and Sexual Violence in the 1999 Guatemalan Comisión para el Esclarecimiento Histórico Report*", En: *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007.
44. SÁCHICA, LUIS CARLOS; VIDAL PERDOMO, JAIME. *Aproximación Crítica a la Constitución de 1991*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991.
45. SILVA, GERMAN. *¿La décima es la vencida? El Nuevo Proceso de Paz con las FARC*, En: *Revista Nueva Época*, Ed. Universidad Libre. No. 39, Bogotá, 2012.
46. TEITEL, RUTI G. *Transitional Justice Genealogy*" *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003, Cambridge, 2003.
47. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Enciclopedia del holocausto. <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007797>.
48. UPRIMMY YEPES, RODRIGO; SAFFON SANÍN, MARÍA PAULA; BOTERO MARINO, CATALINA. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006.
49. VALVERDE, ESTELA; HUMPHREY, MICHAEL. "*Human Rights Politics and Injustice: Transitional Justice in Argentina and South Africa*" En: *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008.
50. VARÓN GÓMEZ, ANA MARÍA. "*Reparaciones en Guatemala: Efectos de Una Comisión de la Verdad No Reconocida por el Estado*", En: *Asian Journal of Latin American Studies* Vol. 24 No. 4, 2011.

51. YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho constitucional colombiano*, 10^a ed., Bogotá, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2009.