

**JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DE LOS DIÁLOGOS DE PAZ
EN LA HABANA (CUBA) 2012-2016:**
*El Papel de las Víctimas en el Acuerdo para la Finalización del Conflicto Armado Interno de
Colombia*

DIANA DEL PILAR GUZMAN SANCHEZ

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN



**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS
BOGOTÁ
2017**

DEDICATORIA

“Todas esas borrascas que nos suceden son señales de que presto ha de serenar el tiempo y han de sucedernos bien las cosas, porque no es posible que el mal ni el bien sean durables, y de aquí se sigue que habiendo durado mucho el mal, el bien está ya cerca”

Miguel de Cervantes Saavedra¹

El presente trabajo de grado no ha sido utilizado en otro programa y lo es para obtener el título de Abogada de la Universidad Libre.

La investigación inserta en esta monografía es consecuencia de la misma y de las fuentes consultadas

Diana del pilar

¹ Tomado de Don Quijote de la Mancha, Capítulo VIII.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, a mis padres y a mi familia por su apoyo incondicional en la construcción de mi ser; a todas las personas que de una forma u otra han colaborado con la realización de esta investigación. Al Tolima, región de mis ancestros...

A la Universidad Libre y a sus docentes, por los valiosos aportes para mi formación profesional, quienes con sus enseñanzas fomentaron el espíritu investigativo para orientar la búsqueda de la justicia social.

ACEPTACIÓN

Valoración: _____

Calificación (A o I): _____

Jurado (o Asesor)

Jurado

Jurado

AUTORIDADES ACADEMICAS

Fundador:

General Benjamín Herrera

Presidente:

Dr. Jorge Alarcón Niño

Rector Nacional:

Dr. Francisco Dejanón Rodríguez

Censor Nacional:

Dr. Antonio J. Lizarazo O.

Secretario General:

Dr. Floro Hermes Gómez

Presidente Sede Principal:

Dr. Julio Roberto Galindo H

Rector Sede Principal:

Dr. Jesús H. Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Carlos A. Hernández D

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas:

Dr. Gloria Andrea Mahecha

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	13
CAPÍTULO II.	25
2.1 Hacia Una Caracterización de la Justicia Transicional en Colombia Frente al Proceso de Paz	25
2.1.1 Construcción de la justicia transicional dentro del marco de los diálogos entre el Estado y las Fuerzas Armadas Revolucionarias -F.A.R.C EP- (2012-2016).	25
2.1.2 Ejes de la construcción de un modelo de justicia transicional: sanción condicionada a la verdad y a la reparación.	45
2.1.4 Justicia transicional y democracia.....	79
2.1.5 El papel de las Víctimas en el caso del proceso de paz de Colombia con las F.A.R.C. EP.....	82
2.1.6 La Esfera Pública y su papel en el modelo de justicia	97
CAPITULO III.....	102
3.1 Epígrafe 1: Principios para Privilegiar las Prácticas Profesionales del Derecho	102
3.2 Epígrafe 2. Corroboración y Solución Legal Pertinente al Problema de Investigación.....	104
3.3 Actualidad del Plebiscito	109
3.3.1 Las consecuencias del plebiscito del 2 de octubre de 2016 y la implementación de los acuerdos finales.....	109
CONCLUSIONES.....	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	120

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Los últimos 30 años de intentos fallidos por lograr la paz	40
Tabla 2. Componentes teóricas – estadístico	42
Tabla 3. La norma de protección del sistema internacional de la protección de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario	64
Tabla 4. Instrumentos y entes orientados para lograr la paz	65
Tabla 5. Pautas generales obligatorias para el diseño de la justicia transicional	67
Tabla 6. Importancias de la justicia en el proceso de transición de sociedades vulneradas y en guerra interna que transitan a la democracia.....	77
Tabla 7. Sanciones aplicables para que reconozcan la verdad exhaustiva, detallada y plena en la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad	94
Tabla 8. Listado de sanciones ante la sección de primera instancia del Tribunal para la paz	96

INTRODUCCIÓN

Actualmente, en Colombia se presenta un momento histórico único que enmarca la aplicación de un nuevo esquema de justicia -justicia transicional-, tema de primera línea y polémico, que hace parte de los mecanismos legales para transformar una sociedad en conflicto interno hacia un tránsito a la paz, el cual se generó en el enfrentamiento -rebelión armada- entre el grupo denominado F.A.R.C. EP – Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo-, y Estado colombiano -Estado de Derecho-, el cual ha durado más de 50 años de manera continua en los cuales se han presentado intentos para poner punto final a la confrontación sin que haya habido acuerdo.

Es así que las partes en disputa guerrillista -enemigos- se han sentado a dialogar con el propósito de poner fin al conflicto armado a través del consenso civilizado con el ánimo de darle feliz término a través del diseño de una sociedad más inclusiva, en la que las armas deberán ser sustituidas por la política pues las transformaciones de la sociedad serán a través de instrumentos democráticos y no por medio de la violencia. De esta manera, la rebelión armada cesará su acción de derrocar las instituciones constitucionales y legales vigentes y, a su vez, el Estado colombiano no confrontará a aquella. Recuérdese que la realidad colombiana enseñó que en el lapso señalado de una intensa guerra el Estado no derrotó a la guerrilla y esta tampoco venció al Ejército Nacional, por lo que no pudo imponer con las armas el modelo de sociedad justa que pregonan. El escenario del conflicto armado colombiano no es sino una inútil confrontación armada fratricida - entre hermanos – de una misma Patria.

El presente trabajo de investigación tiene el propósito de determinar el papel de las víctimas en la construcción del modelo de justicia transicional dentro del contexto de los diálogos iniciados en el año 2012 entre el Estado y las Fuerzas Armadas Revolucionarias – F.A.R.C. EP – en La Habana (Cuba), que se prolongó hasta diciembre de 2016. Por ello, se desarrolla una metodología de tipo cualitativo, dirigida a la aplicación en la realidad factual del componente de justicia transicional, auscultando la intervención de las víctimas en el Acuerdo final del conflicto armado interno de Colombia.

El método de investigación que se utilizará es mixto, analítico - deductivo, en tanto es dialéctico por cuanto se parte del estudio de los hechos y fenómenos concretos (estudio de la negociación de paz y la justicia transicional a aplicar) para determinar una caracterización del tipo de justicia a aplicar de cara al derecho de las víctimas, de modo que se conjugue con el método práctico, que acerque el sistema normativo con la realidad social, tomando como fuente de información las revelaciones de los entrevistados, entre estos, víctimas de la violencia, operadores judiciales, funcionarios del sistema judicial colombiano, entre otros.

El problema de la Investigación consiste en determinar cuáles son las características que debe revestir la justicia transicional en Colombia con motivo del texto final de Acuerdo que se pacte en La Habana (Cuba), entre el Gobierno y el grupo de guerrillas F.A.R.C. EP, para así identificar cuáles son los ejes de la construcción de la justicia transicional y cuál es el papel de las víctimas en el diseño de este modelo de justicia que se implementará en Colombia.

La situación jurídica anterior surge de la inquietud que genera el mecanismo de justicia transicional que requiere Colombia en este momento histórico y su implementación, cuyos caracteres están en construcción. En otras palabras, genera expectativa el tipo de justicia diseñada dentro de esa negociación de paz surtida en La Habana (Cuba), a la que se llegará a través del consenso entre dos enemigos, partes ofensivas, Gobierno colombiano y F.A.R.C. EP, que se han declarado en guerra interna por más de cincuenta años cuyo núcleo es el control del poder estatal colombiano y el papel de las víctimas en ese nuevo esquema, sin dejar a un lado el propósito de lograr que el delincuente político -guerrilleros- vuelvan a la vida en sociedad en esa búsqueda de la reintegración social, cambiando las armas por la política, para, de esa manera, dar término al conflicto armado interno, así como lograr una paz estable y permanente en Colombia, la que se condiciona al respeto de los derechos fundamentales de no repetición, de seguridad, perdón y olvido para los miembros de la sociedad y de los derechos de las víctimas -“verdad, la justicia y la reparación”-.

La investigación pretende buscar, a través del mecanismo de la justicia transicional, un modelo de justicia que juzgue a los actores de delitos cometidos por delincuentes políticos, dejando la justicia ordinaria para el juzgamiento de delitos comunes. Es decir, la justicia

transicional, como su nombre lo señala, es transitoria y únicamente aplicable al llamado proceso de paz. Por esta razón, la pregunta de investigación es: ¿Qué características debe revestir la justicia transicional en Colombia frente a la actual negociación de paz entre el Gobierno de Colombia y el grupo de guerrillas F.A.R.C.-EP-?

Lo anterior indica que es necesario articular una hipótesis en el actual escenario de negociación entre el Estado y la guerrilla de las F.A.R.C EP., cuyo objetivo general es determinar el tipo de justicia transicional que requiere Colombia frente al actual proceso de paz, del cual se desprenden unos objetivos específicos y estos se contraen a: (i) establecer las características de la justicia transicional para Colombia; (ii) auscultar los tipos de sanciones punitivas que deben adoptarse frente a los responsables de crímenes atroces internacionales sin poner en riesgo la transición negociada y la reconciliación pactada, la cual puede manifestarse en diversas sanciones para quienes no cumplan con “el deber de verdad, justicia, desmovilización y reparación a las víctimas” como actores dentro de la confrontación armada. Por lo tanto, la necesidad de evidenciar el papel de las víctimas en la construcción del modelo de justicia, el cual responde al modelo constitucional colombiano, es el eje central de esta monografía.

De lo anterior se tiene que la actual investigación, así como su objetivo principal, corresponde a la línea institucional del Centro de Investigaciones Socio jurídico de la Universidad Libre, la misión y visión de la misma alma máter; de la propia dinámica institucional y de la sociedad, el derecho constitucional, internacional y humanitario, derechos humanos, políticos, económicos, sociales que trascienden a la sociedad colombiana.

La estrategia metodológica es un enfoque jurídico que pretende desarrollar un método cualitativo- analítico obteniendo así una triangulación metodológica de la investigación dirigida al estudio de los referentes teóricos dentro del contexto constitucional y legal colombiano que permita caracterizar la justicia transicional que se aplicará en Colombia una vez en firme el Acuerdo dentro del marco del proceso de paz surtido en La Habana (Cuba). La investigación será horizontal-longitudinal, encaminada a determinar la realidad del derecho y unificar las interpretaciones de las diferentes legislaciones plasmadas en el Acuerdo de paz comprendido entre el periodo del 2012-2016.

Explora el marco teórico del neo constitucionalismo, teoría inserta en la Carta Política de 1991, referente que introduce unas bases especiales para la adaptación del modelo de justicia que requiere Colombia, en tiempos de transición, dentro del cual el papel de las víctimas, como actor importante, se resalta a diferencia de otros procesos de paz acaecidos en la historia colombiana, verbi gracia, los acaecidos en el siglo XIX.

Este trabajo desarrolla tres capítulos: Capítulo Primero: Este acápite realiza el análisis y contextualización del problema de investigación y procura un acercamiento a los sujetos y objetos de derecho identificando el antecedente histórico de los intentos de negociación así como los estudios de las negociaciones realizadas en un periodo específico, estableciendo el mecanismo legal de justicia transicional; se evalúa el papel de las víctimas, eje fundamental de la situación problemática, desarrollando así la formulación metodológica, hasta un desarrollo completo. Posterior al análisis de discursos, normas y principios constitucionales, nacional e internacional sobre la materia, se realiza un diagnóstico de la propuesta del problema de investigación y, finalmente, se plantea una proyección teórica del estado de la investigación, con varios aspectos generales de la fundamentación teórica y del estado del arte, que detalla elementos de continuidad, superación y ruptura, los cual es necesario indagar para lograr una visión total de la problemática.

Capitulo Segundo: Abarca la conceptualización a la pregunta de investigación. Consta de la dinámica conceptual e histórica, las características de la justicia transicional en nuestro país frente al actual proceso de paz, entre el Estado y las F.A.R.C. EP , desarrollando un método inductivo-analítico para obtener una triangulación metodológica de la investigación dirigida al estudio de los antecedentes de los intentos de negociación del pasado, observando los discursos de verdad a través del análisis de la doctrina, la jurisprudencia, la ley y demás fuentes del derecho, de los principios internacionales, encaminado a evidenciar las aproximaciones teóricas del tema frente a una caracterización de la justicia transicional de cara al proceso de paz, al diseño de un modelo constitucional y al derecho de las víctimas, sin dejar de lado la exposición del modelo de justicia en el Acuerdo de La Habana (Cuba) en el proceso de paz que da fin al conflicto armado colombiano, dirigido a determinar la realidad del derecho en el específico

punto del papel de las víctimas en el modelo de justicia transicional diseñado, generando así una mayor información y adecuación de los mecanismos de este tipo especial de justicia.

El Capítulo Tercero: Está basado en la corroboración de la investigación tratada en esta monografía denominada La Justicia Transicional en el contexto de los diálogos de paz en La Habana (Cuba) 2012-2016, en coherencia con el papel de las víctimas en el Acuerdo suscrito para la culminación de la confrontación armada de Colombia, en el cual el marco legal cumple un papel principal en la solución de la tarea investigativa como instrumento de aplicación y el Acuerdo de paz, es lo que lleva demostrar la triangulación metodológica resultante de la respuesta a la pregunta de investigación, esto con el fin de determinar cómo se articularon los diversos elementos en la posible solución a la pregunta problema y a la consolidación de la hipótesis investigativa obteniendo una valoración de resultados a través del debate de la propuesta en diferentes escenarios sociales y la posibilidad de elaborar un artículo para revistas académicas.

CAPÍTULO I.

En el presente capítulo se realiza el análisis y contextualización del problema de investigación procurando un acercamiento a los sujetos y objetos de derechos. Así mismo, se hace un recorrido por los antecedentes históricos de la negociación del Acuerdo de Paz afín de establecer el mecanismo legal de justicia transicional en el contexto de los diálogos de paz que surgen en La Habana (Cuba) en el año 2012, determinando su aplicación de cara al derecho de las víctimas, eje fundamental de la situación problemática. De esa manera, se realiza una formulación metodológica y se identifica el conflicto teórico - jurídico de la realidad colombiana, para esbozar un análisis de los elementos jurídicos en el escenario de la justicia transicional y la formulación de principios internacionales sobre la materia, para así realizar un diagnóstico de la propuesta del problema en esta investigación.

En el presente estudio se propone determinar el papel de las víctimas en la construcción de la justicia transicional en el contexto del diálogo iniciado en el año 2012 entre el Gobierno colombiano y el grupo de guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, Ejército del Pueblo, (F.A.R.C-EP). Igualmente, bajo esa línea, se pretende realizar una caracterización del modelo de justicia transicional en Colombia frente al actual proceso de paz.

En este sentido, se hace un avance para frenar la guerra, a través del consenso de las partes en disputa, entre un pasado conflictual y belicoso y un presente de paz dentro de la democracia colombiana. Si bien es cierto existen trabajos que abordan la temática de la justicia transicional, como, por ejemplo, los trabajos de los profesores Rodrigo Uprimny & María Paula Saffon, (2006), y los pormenores de los procesos de paz en Colombia, a través de la mirada de los politólogos (Hoyos, 2007), también lo es que la “salida jurídica” de los diálogos es un tema que se hace a un lado, razón de más para auscultar lo novedoso del estudio que se aborda en esta investigación desde la perspectiva del derecho de las víctimas, actores fundamentales del ayer, del presente y del mañana. Este modelo que se adopte será ejemplo para futuros esquemas de paz, con grupos insurgentes, entre estos, el denominado Ejército de Liberación Nacional E.L.N².

²La mesa de diálogo se instaló el 7 de febrero de 2017 en Quito (Ecuador).

Esta investigación combinará un sustrato cualitativo pues se trata de determinar los referentes teóricos dentro del contexto constitucional y legal colombiano que permita caracterizar la justicia transicional que se aplicará en Colombia una vez se firme el Acuerdo de Paz dentro del marco del proceso de paz en La Habana (Cuba), iniciado en el año 2012 y con fecha de finalización en diciembre de 2016. Esto no obsta para que, a través de instrumentos cualitativos, como la entrevista focal, se aborde la perspectiva de diversos actores de la opinión pública colombiana.

Esta investigación explora el marco teórico del neo constitucionalismo adoptado en la Carta Política de 1991. Es necesario para este estudio limitar e identificar los discursos de verdad que se construyen en cada uno de los actores que dialogan -Estado y guerrilla- y se nutre de los acuerdos que han logrado en materia de la terminación del conflicto, en especial, el componente de justicia, el cual es un elemento de la consolidación de la democracia colombiana.

La justicia transicional que requiere Colombia en este momento histórico está en construcción. En otras palabras, ¿qué tipo de justicia será la diseñada dentro de esa negociación de paz que se surte en La Habana (Cuba) entre dos partes ofensivas, Gobierno colombiano y grupo de guerrillas, que durante más de cincuenta años se han enfrentado por el control del poder estatal colombiano? y ¿cuál es el papel de las víctimas en ese diseño?, son interrogantes que se imponen en este momento histórico.

Es decir, al cabo de la negociación se implementará un determinado modelo de justicia que pretenderá aplicarse a los miembros del grupo armado ilegal mencionado que pertenezcan a tal con la finalidad de que tales sujetos vuelvan a la vida en sociedad en la búsqueda de esa reintegración social, cambiando las armas por la política.

Ese modelo de justicia deberá zanjar las tensiones que pueda haber entre la justicia penal ordinaria y el derecho de las víctimas dentro del contexto de violencia mencionada. No es lo mismo negociar la paz en el siglo XXI que en el siglo pasado.

Es ese sentido, se dispuso que las herramientas de justicia transicional fueran de carácter excepcional y su finalidad lo será lograr la terminación del conflicto armado interno, así como alcanzar la paz estable en Colombia. Pero para llegar a esta se condiciona al respeto de las “garantías de no repetición” y de “seguridad” para los miembros de la sociedad colombiana. Es así como desde un diseño constitucional se garantiza “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (Gómez, 2015, Art. 66.).

La utilidad de esta investigación radica en que dentro de un contexto se puede auscultar el papel de las víctimas en la construcción del modelo de justicia, el cual responde a un diseño constitucional determinado. Esta tesis va dirigida al público en general, miembros de la sociedad colombiana, en momentos en que se aprestaba la opinión pública refrendar los acuerdos de La Habana (Cuba), el 2 de octubre de 2016, momento en el cual se estaba elaborando la presente investigación.

Se trata de una investigación jurídica en cuanto su objeto lo es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina. Y lo es porque se aborda un problema de la norma jurídica, en especial, la plasmada en el “Marco Jurídico para la Paz” dentro del contexto constitucional y del derecho internacional³. Se aborda un problema de interpretación en relación con la aplicación de la norma superior en aspectos de justicia transicional y, en especial, el papel de las víctimas en ella. Ahora, si bien es cierto que el objeto de esta investigación son normas jurídicas insertas en el ordenamiento jurídico colombiano e internacional también lo es que existe un acercamiento a la realidad social y nacional y del mundo histórico político de otros contextos de conocimiento. Se toma como referente jurídico la Carta Política de 1991; el Código Penal Colombiano -Ley 599 de 2000-; las sentencias de la Corte Constitucional C-577 de 2014, C-579 de 2013, relacionadas con “el marco jurídico para la Paz”; la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el acto legislativo 01 del 30 de julio de 2012 y el Acuerdo Final de paz, 2016.

Este trabajo, se justifica bajo una investigación metodológica, pues va encaminado a evidenciar la caracterización de la justicia transicional que se requiere en Colombia dentro del marco del actual proceso de paz, que permite responder la pregunta formulada del presente

³ Acto Legislativo que reforma el artículo 22 de la Carta Política. Acto Legislativo No. 01 de 2012.

trabajo en el que se reconoce la realidad normativa del contexto colombiano en la cual la positivización de los derechos es una cultura jurídica de antaño.

Partiendo de los datos recolectados se puede señalar lo siguiente:

- ¿Cuál es el papel de las víctimas en el diseño del modelo de justicia transicional que Colombia implementará con motivo del Acuerdo de Paz en La Habana (Cuba)?
- ¿Cuáles son los ejes de la construcción de la justicia transicional en Colombia?

Conflicto teórico - jurídico presentado entre los valores jurídicos problemáticos para el modelo de justicia transicional en la actual conversación de paz y el papel de las víctimas - derecho constitucional e internacional- (la paz, igualdad, reparación y verdad a la víctima, Democracia, mecanismos de participación en la política, acceso a la tierra, la justicia).

El valor uno que la norma protege: es el derecho constitucional e internacional humanitario, a la paz, a la justicia y el derecho a la reparación y la verdad a la víctima. Unificación de la norma interna y la internacional.

Los hechos relacionados en el deber de protección e inclusión de la víctima, información, aplicación, reparación y regulación, creación complementaria de normatividad de justicia transicional en concordancia con la normatividad interna como es la Carta Política de 1991; el Código Penal Colombiano -Ley 599 de 2000-; la posición de la Corte Constitucional, sentencias C-577 de 2014, C-579 de 2013, relacionadas con “el marco jurídico para la Paz” (Acto Legislativo 01 de 2016); la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el acto legislativo 01 del 30 de julio de 2012. De los tipos de sanciones punitivas que se requiere en la especie justicia transicional, permitirá reafirmar el papel de las víctimas en el diseño de ese tipo de justicia para así identificar el tratamiento de esa especie de justicia frente a crímenes atroces, que hace parte del sistema jurídico, correspondiente al valor dos.

Observando de una forma metodológica el tercer valor jurídico afectado que son los derechos, principios y reglas, objeto de investigación.

La identificación de la formulación metodológica del problema Socio- jurídico de investigación es el conflicto que surge entre el valor uno y el valor dos que caracteriza el resultado del valor tres.

Ahora bien, las circunstancias problemáticas: El proceso legal afectado, la justicia transicional y el papel de la víctima con ocasión del Acuerdo de Paz.

Sujetos u objetos de derechos afectados: La población, la sociedad colombiana. El Estado Colombiano. Sistema constitucional e internacional humanitario.

- El referente teórico de esta propuesta se inserta dentro del neo constitucionalismo.

Esta corriente del pensamiento es la adoptada en la Carta Política de 1991 y es el contexto de la Corte Constitucional, Corporación que ha incorporado los estándares del Sistema Regional –CIDH- al caso colombiano, a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad que permitirá crear un modelo estándar sui generis dentro del cual tomará relevancia el tratamiento que la justicia dará a los crímenes internacionales sin que se ponga en riesgo esa transición a la paz. Así, dentro de tal frente de teoría se pueden manejar variables como la justicia, en sus diversos aspectos, punitiva y de transición, atendiendo los estándares internacionales que permitan diferentes tipos de respuesta estatal. Este es el aporte epistémico, el cual rompe con la tradición de estudios que no aplican al caso práctico de la negociación con las guerrillas un modelo de justicia transicional plausible con tal tipo de actores violentos, sin que el referente teórico mencionado implique soslayar sus aportes. Se pretende ir más allá de una teorización y ejemplificación externa. Lo que se quiere es aterrizar esos conceptos generales para el caso concreto del momento histórico de negociación que vive Colombia, el cual no debe olvidar su cultura jurídica que ha estado unida al derecho.

De las lecturas y lo expuesto en el contexto de este trabajo se desprende que el neo constitucionalismo como referente teórico permite normatizar la novedad que se propone en esta investigación pues con ella se extraen rasgos de la cultura jurídica colombiana, inserta en las normas constitucionales, el tipo de justicia que se implanta como valor en el texto de la Carta

Política colombiana, que permite otros modelos de justicia, entre estos, el de la justicia transicional, para lo cual fue modificado su texto en el referido acto legislativo denominado “Marco Jurídico para la Paz” (A.L. No. 01 de 2012), reforma constitucional del año 2012. Esto dará eficacia a la propuesta desde el punto de vista sociológico más allá de una legalidad aparente, aspecto que permite su misma validez a través de los valores que se preservan.

Por ello, la presunción que se construye a partir del problema de investigación se enmarca en esa línea teórica en cuanto a que en el actual proceso de paz entre el Estado colombiano y el grupo de guerrilla de las FARC EP debe adoptarse un modelo de justicia transicional sui generis, por su especialidad, que exija un tanto de justicia punitiva frente a los responsables de crímenes internacionales sin poner en riesgo la transición negociada y la reconciliación pactada, la cual puede manifestarse en diversas sanciones para quienes no cumplan con el deber de verdad, desmovilización y reparación.

La explicación jurídica de los referentes propuestos de investigación con base en el análisis conceptual anterior, en el ejercicio de la justicia transicional dentro de los diálogos de paz en La Habana (Cuba) 2012-2016 y el papel de las víctimas en el Acuerdo para la finalización del conflicto armado interno de Colombia nos permite identificar que están relacionados los tres valores en estudio, si encontramos que el valor uno no está siendo aplicado en desconocimiento del valor dos afectando el valor tres. (Ver ilustración, triangulación metodológica).

- El presente estado del arte revisa las fuentes tomadas, consultadas disponibles que contribuyen a identificar las investigaciones que han tenido una relevancia directa con la justicia transicional y el papel de las víctimas, objeto de la investigación acorde a la doctrina, revistas, periódicos, archivos, documentos tales como los comunicados y acuerdos que se expidieron en la “Mesa de Negociación” de La Habana (Cuba).

Los estudios de Mark Chernick (2008) son pioneros frente al tema de la alternativa de una negociación de paz y la forma de enfrentar los retos de la misma frente al tipo de justicia que se requiere. En este contexto es de vital importancia el trabajo de investigación realizado por el

profesor Rafael Ballén Molina (2009), que indaga sobre los mecanismos posibles para terminar el conflicto armado interno colombiano. (p. 37.)

La autora Martha Minow (2011), establece que los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores de la guerra y es el puente para evitar dos extremos: la venganza absoluta y el perdón. Prevé que si bien es cierto es importante en ese camino transicional los juicios penales, la Comisión de la Verdad y las reparaciones se debe tener la precaución de analizar sus limitaciones. Así entre la venganza y el perdón existe un punto intermedio por explotar. Este es la justicia penal, las reparaciones y el esclarecimiento de la verdad. A través de las cuales, las víctimas pueden recobrar su dignidad y apacigua los sentimientos de venganza. La visión de esta autora permite determinar que los derechos de las víctimas son una alternativa que se ubica en un punto intermedio entre el perdón y la paz y la continuidad de la guerra. Esta propuesta le da importancia al Derecho Penal Internacional, que impone límites para el perdón total. (Citado por: Uprimny *et. al*, 2006)

David A. Crocker, por su parte, centra su estudio en la comisión de la verdad, dirigiendo su análisis a las metas de esa justicia transicional y su relación con la sociedad interna, donde se aplica, y la sociedad internacional. Indica que más allá de los juicios penales, se debe ir a otros mecanismos más amplios que impliquen la verdad. Propone ocho estándares: la verdad, la existencia de una plataforma pública para las víctimas, la asignación de responsabilidades y el castigo, el Estado de derecho, la compensación de las víctimas, la reforma institucional, el desarrollo a largo plazo, la reconciliación y la deliberación pública. Dentro de ese contexto analiza las funciones de las comisiones de la verdad para ahondar en sus debilidades y así proponer mecanismos que las supere. Para ello, le da un papel preponderante a la sociedad civil. (Citado por: Uprimny *et. al*, 2006)

Rama Mani, hace un recuento sobre el nacimiento de la justicia transicional. Ello es la introducción para su propuesta de justicia reparadora. Por ello, enlaza las políticas internacionales de seguridad, la construcción de paz, la justicia y los derechos humanos. Para la autora, es un desafío buscar la paz y la justicia al final de un conflicto armado, máxime cuando las sociedades en las que sucede tal fenómeno de la guerra son pobres y desestructuradas. Por

ello, hay que intercambiar criterios de justicia retributiva con justicia distributiva (Citado por: Uprimny *et. al*, 2006). Estos artículos son un importante referente pues marcan la tendencia en el mundo internacional.

En este contexto internacional es referente el trabajo de Andreas Forer, quien analiza la figura de la justicia transicional en su relación con la normativa internacional para traer su relación con la Ley 975 de Justicia y Paz del año 2005. Esta investigación no analiza ese proceso de negociación del Gobierno colombiano con las autodefensas, sino que se centra en la actual negociación con el grupo de guerrillas de las FARC EP. Este contexto es estudiado por parte de Kai Ambos y Christian Steiner, quienes toman como referencia este último proceso de paz con miembros de la guerrilla, estudios que se derivaron del análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional respecto del art. 66 transitorio de la Carta Magna de Colombia de 1991, introducido por el artículo 3 del A.L. No. 01 de 2012. (Ambos & Steiner, 2005).

En Colombia se destacan los estudios de Rodrigo Uprimny & María Paula Saffon (2006), Ethel Castellanos (2008), Alfredo Torres Arguelles (2015), Carlos Bernal Pulido & Gerardo Barbosa (2016). Los tres primeros identificaron las nociones básicas de la justicia transicional antes de la negociación de paz con la guerrilla anunciada en el año 2012. Los dos últimos han dado una visión de contexto en el panorama del actual proceso de paz, analizando los retos teóricos del momento. Tomando como referente esos estudios, se pretende determinar el papel de las víctimas en tal tipo de justicia dentro del marco de la democracia. Se destaca también los aportes de Farid Samir Benavides Vanegas (2013), en su obra “Justicia en épocas de transición”, quien plantea los modelos de justicia en épocas de transición siendo la justicia penal un mecanismo de ese tipo de justicia. Plantea que el modelo colombiano, refiriéndose a la negociación con los paramilitares, combina el modelo judicial nacional con la construcción de la memoria desde arriba y con amplios espacios de impunidad de los victimarios.

Del mismo modo, dentro de las investigaciones que sobre el tema existen sobre la justicia transicional, existen estudios que concretizan los marcos teóricos amplios: Así tenemos el estudio de Natalia Springer (2010). Esta investigadora media entre la propuesta de negociar la paz y hacer justicia, tomando como punto de encuentro el rol de la justicia en los tiempos de

transición, para así auscultar los conflictos que plantea la justicia transicional en la que no se puede hacer a un lado la verdad, la cual es el marco fundacional de la libertad (p. 13). La autora tomó como base de reflexión el caso de Perú, país en las que se presentó las variables de autoritarismo, corrupción y violencia que ayudaron a construir una memoria colectiva y la reconciliación. Sin embargo, deja a un lado el contexto colombiano y la dimensión jurídica del tema.

Esta última visión permite enlazar el cariz jurisprudencial y normativo de la justicia transicional de cara a los límites del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este modelo de estudio lo logra la profesora Tatiana Rincón (2010); para esta escritora, la justicia transicional relaciona “los derechos de las víctimas” con las graves vulneraciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Para ello, determina los elementos de la justicia en periodos de transición, conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos. La autora concibe las obligaciones de carácter internacional de los Estados en asuntos de Derechos Humanos en los conceptos de verdad y justicia, dando relevancia al derecho de reparación. En el estudio centra especial énfasis a la situación de la violencia sexual de género -mujeres- y desplazamiento forzado de personas para hacer una aproximación desde la visión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También aborda el deber de propiciar acuerdos humanitarios por parte de los Estados del mundo. Sin embargo, no estudia otras visiones de autores como tampoco centra estudios de casos de su país de origen, Colombia, la cual es una sociedad desordenada.

De acuerdo al anterior marco, es en el contexto nacional en donde se evidencia el aporte de este proyecto de investigación. Si bien en el plano nacional la justicia transicional es abordada por el profesor Juan Carlos Arias Duque, este autor enseña la dimensión política de la justicia transicional y su huella en Colombia, por lo que el componente del derecho no debe aislarse y mucho menos del componente de los derechos de las víctimas, por lo que no todo puede ser reducido a la relación entre política y derecho. Para este estudioso, hay que desentrañar su ethos pues existe una marcada tendencia doctrinal, en su criterio, a “confinarla en la jaula del derecho” (Arias, 2015, p. 25), lo que genera dificultades en su desarrollo. Para ello, analiza la relación entre política y derecho. Uno de los referentes de este autor, lo es el tamiz marcado por autores

que le dan fuerza al aspecto político de la justicia transicional. Estos consideran que tal no es sino aquella herramienta que permite transitar de la guerra a la paz.

Un referente importante dentro de los trabajos académicos sobre la justicia transicional lo constituye la sistematización efectuada respecto de las diferentes categorías de investigación sobre el tema, cuyo aporte fundamental fue el sentido como diferentes autores han tratado el tema y las tendencias desarrolladas a partir de las cuales se concluye que la justicia transicional se le concibe como una institución jurídica capaz de lograr efectivamente el camino hacia la paz y generar con ello la reconciliación social. (Torregrosa Jiménez, Manrique Soacha, 2015). Este el aporte de los profesores Rodolfo y Norhys Torregrosa Jiménez, quienes han determinado que a través de aquella se permite “asegurar un estándar mínimo de justicia para las víctimas del conflicto en lo que tiene que ver con la reparación”, lo que permite tener tal trabajo como referencia de cara al acuerdo final dentro del actual proceso de paz. Por ello, es importante hablar de la justicia transicional desde la mirada de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, siendo para ello importante tomar como punto de partida el trabajo realizado por el profesor Rodolfo Torregrosa Jiménez en su artículo denominado “Algunas reflexiones sobre la justicia transicional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, el cual analiza la Ley de Justicia y Paz, la cual da la entrada a la impunidad. (Torregrosa Jiménez, 2011).

La búsqueda bibliográfica referencial data a partir del año 2002, época del fracasado proceso de paz del Caguán al año 2017. Esto en atención a que en esa anualidad asumió la Presidencia Álvaro Uribe Vélez, quien implantó la política de seguridad democrática, dentro de la cual se diseñó una justicia especial para los paramilitares “*de sometimiento*”, hecho histórico que permitió los desarrollos doctrinales alrededor del tema de la justicia transicional, que permite proyectar los albores de la misma en el actual proceso de paz, el cual culminó con el Acuerdo Final para la terminación del conflicto, documento de 310 páginas de las cuales el componente de justicia es de vital importancia⁴.

⁴ El primer Acuerdo de Paz estaba compuesto de 297 páginas, dentro del cual el componente de justicia también ocupaba un lugar especial.

- Ahora bien, habiendo recopilado fragmentos informativos, de varios autores sobre el tema de análisis del objeto de investigación, es evidente, de acuerdo a lo logrado en esta investigación, las claves epistemológicas, dentro de las cuales encontramos elementos de continuidad o puntos de encuentro en cuanto a que hasta el momento abordan el análisis enfático de todos y cada uno de los antecedentes investigativos resueltos en la presente investigación, que dan lugar a concluir sobre el objeto de la investigación, mostrando puntos de cercanía informativa a nivel teórico investigativo.

- Existen aproximaciones teóricas del tema frente al contexto internacional. En esta temática se insertan las investigaciones de Martha Minow, David A. Crocker y Rana Mani. -El eje de estas investigaciones es la manera como se debe transitar del estado de guerra a la paz, o del “autoritarismo” a la sociedad democrática. Se pretende superar el pasado, el cual está invadido de vulneraciones a los derechos humanos atribuidas a los grupos en conflicto armado. Dentro de estas están las víctimas.

El rasgo común de estas tres propuestas lo es no ignorar el pasado de atrocidades. Así mismo, prevén mecanismos de justicia que implican un no olvido. Son criterios en diversas direcciones en la búsqueda de soluciones. Son investigaciones tendientes a enseñar las verdaderas necesidades en la vulneración a los derechos humanos con ocasión al conflicto.

- Las anteriores fuentes consultadas, nos permite explicar los elementos de superación o fisura epistémicas en torno al estudio que desarrolla los antecedentes investigativos de los elementos preliminares del presente trabajo, para el adecuado desenvolvimiento teniendo como principio la hermenéutica jurídica, para llegar a componer la respectiva amalgama que solucione.

- La interpretación, no se ha generado a partir de un solo punto de referencia, se observa desde un escenario diferente en el campo de la información.

○ Se complementa lo anterior en tanto se argumenta de las brechas epistémicas que permiten observar los elementos de ruptura del aporte que se ha generado con relación a esta investigación.

Es así, uno de los aciertos significativos de la investigación se dirige a encontrar la caracterización de la justicia transicional que se requiere en Colombia dentro del marco del actual proceso de paz, aspecto que resalta la relevancia e importancia de la temática abordada.

Como el título del trabajo de investigación, nuestro objetivo para el ordenamiento jurídico, que estudiamos, es saber la dimensión de si se dirige a encontrar la caracterización de la justicia transicional que se requiere en Colombia dentro del proceso de paz en curso.

La expresión jurisprudencial que encontramos excede los campos de los derechos y garantías relacionados con el “marco jurídico para la Paz” y la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Los temas se encuentran expuestos en el desarrollo del presente trabajo y parte del objetivo, así la dimensión de la investigación va más allá de si existe regulación o no, sino que también de la correcta aplicación de un modelo de justicia transicional máxime cuando con la suscripción del Tratado de Paz o Acuerdo de Paz entre las partes enfrentadas se pretende superar más de cincuenta años de violencia armada en Colombia. Sobre la perspectiva legal, es novedosa su construcción, se presentan barreras, al encontrar dificultad en la correcta interpretación e inclusión al ciudadano común a la información y acceso, aunque reside en un tema actual y general de derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pretende buscar, a través de la justicia transicional un modelo de justicia que juzgue a los actores de delitos cometidos por subversivos políticos - delincuentes políticos- por fuera del Estado del Derecho, dejando la justicia ordinaria al juzgamiento de delitos comunes. Es decir, la justicia transicional, como su nombre lo señala es transitoria y únicamente para el llamado proceso de paz.

CAPÍTULO II.

El presente capítulo se ocupa de la conceptualización a la pregunta de investigación; consta del estudio de los antecedentes de los intentos de negociación, características de la justicia transicional en Colombia de cara al actual proceso de paz, entre el Gobierno y las F.A.R.C. EP, desarrollando un método analítico, obteniendo así una triangulación metodológica de la investigación dirigida desde el punto de vista del neo constitucionalismo, el cual permitirá auscultar las variables de análisis cualitativas escogidas para el diseño de la propuesta y que permite aplicar el método arqueológico y así observar los discursos de verdad, el análisis de la doctrina, la jurisprudencia, la Ley, y demás fuentes del derecho, de los principios internacionales, pues va encaminado a evidenciar qué aproximación teórica existe frente al mecanismo constitucional-legal que transforma un conflicto interno entre la rebelión armada de las F.A.R.C. EP – Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo-, contra el Estado de Derecho frente al mecanismo de justicia transicional en Colombia de cara al proceso de paz, producto del Acuerdo de La Habana (Cuba), dirigido a determinar la realidad del derecho y el papel de las víctimas, generando así una mayor información y adecuación a una posible solución desde la perspectiva de la Teoría del neo constitucionalismo.

2.1 Hacia Una Caracterización de la Justicia Transicional en Colombia Frente al Proceso de Paz

2.1.1 Construcción de la justicia transicional dentro del marco de los diálogos entre el Estado y las Fuerzas Armadas Revolucionarias -F.A.R.C EP- (2012-2016). El Gobierno de Colombia, en septiembre de 2012, anunció el inicio de diálogos con el grupo insurgente denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias, Ejército del Pueblo- F.A.R.C. EP (El Tiempo, 2015). A partir de ese momento histórico, se han construido, por parte de cada actor en conflicto, un discurso de verdad, el cual ha sido cambiante, en el que se ha diseñado a lo largo de cuatro años de diálogo un sujeto (miembros de las F.A.R.C. EP que ingresen al trámite) respecto con el tipo de justicia a la que serán sometidos con motivo de la firma de la paz. Para los efectos de esta investigación, por discurso de verdad ha de entenderse, como lo define Michel Foucault (1999),

“el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se liga lo verdadero a los efectos políticos de poder”. (p. 54.)

En consecuencia, toda sociedad presenta un tipo de verdad manifestada a través de argumentos y ello implica efectos políticos. Es así que cada conglomerado social definirá las disertaciones que acoge como propios y hará articular como ciertos. Así mismo, respecto de los dispositivos y las instancias que permitirán diferenciar los enunciados verdaderos de los falsos como la manera de castigar a unos y otros. En el mismo sentido, definirá los mecanismos que son valorados en orden a la obtención de la verdad y el estatuto de quienes se encargan de decir qué es lo que funciona como verdadero. (Foucault, 1999, p. 53.)

Lo anterior quiere decir que la verdad es construida socialmente y, por ende, es consecuencia de las relaciones de poder. Una vez diseñada tal, se instituye como norma para ser aplicada a los individuos sea para convertirlos o para transformarlos.

Por tal motivo, los discursos de verdad en torno al tipo de justicia que se empleará en Colombia a la firma del proceso de paz han sido cambiantes y han incidido en el tratamiento otorgado por las partes en diálogo en cada momento histórico de diferentes negociaciones de paz a través del siglo XIX y XX. De ese modo, aquellos son construidos a partir de prácticas sociales, en especial, de aquellas que se enraízan en el interior de instituciones informales y, en el caso de “la justicia a aplicar a la firma de un proceso de paz”, en instituciones como el indulto y la amnistía, las cuales están relacionadas con el perdón y el borrón de cuentas. En consecuencia, cuando adquieren el estado de verdad oficial, fundan normas y saberes teóricos y prácticos que serán aplicados a los individuos para encauzar su comportamiento y las consecuencias del mismo. Es el efecto del control social.

El concepto de instituciones formales e informales es correlativo a los tipos de control social que ejercen. Siguiendo a Roberto Bergalli, se denomina control social al conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a obligar al individuo que en cualquier forma se desvía de las normas prescritas a conformarse estrictamente frente a tales. En consecuencia, todos los seres humanos están sujetos a un tipo de control social cuyo objetivo es mantener el equilibrio en

proceso de interacción social. Esto solo puede lograrse en los espacios sociales donde se reconoce cierta estructura de normas, valores e intereses. Las expectativas de la comunidad, así como ese “orden social” han sido formadas por unas pautas de quienes detentan el poder, según las voces de la teoría crítica de la criminología. Así se forma un orden conveniente a los intereses sociales que ejercen una hegemonía en la sociedad. En las sociedades primitivas, esto actúa a través de controles informales y en las sociedades industriales, por medio de los controles sociales formales, los que integran la disciplina social.

Actúan, a través de las instancias sociales (gobierno, policía, justicia, ejecución penal, procedimientos) o aquellos aparatos del Estado. Pese a ello, en la modernidad, y Colombia hace parte de tal, el sistema de control también se basa en órganos ideológicos del Estado, llamados por la sociología instancias privadas de control como, por ejemplo, la educación privada y estatal, iglesias, partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación, organismos internacionales ONG, etc., que constituyen ese control social informal. (Bergalli, 1982, p. 231-232.)

En ese contexto, la pregunta de investigación escogida en este trabajo es relevante, máxime cuando con la firma del Tratado o Acuerdo de Paz se pretende superar más de cincuenta años de violencia armada. Esta se construye de la siguiente manera: ¿Qué características debe revestir la justicia transicional en Colombia frente al actual proceso de paz entre el Gobierno Colombiano y el grupo de guerrillas F.A.R.C. EP?

En otras palabras, qué tipo de justicia será la diseñada dentro de esa negociación de paz que se surte en La Habana (Cuba) entre dos partes ofensivas, Gobierno colombiano y grupo de guerrillas, que durante más de medio siglo se han enfrentado por el control del poder estatal colombiano. Es decir, al cabo de la negociación se implementará un determinado modelo de justicia que pretenderá aplicarse a los miembros del grupo armado ilegal mencionado que pertenezcan a tal con la finalidad de que tales sujetos vuelvan a la vida en sociedad en la búsqueda de esa reintegración social, cambiando las armas por la política. Pues esta última es el verdadero tránsito de la violencia a la civilización democrática.

Ese modelo de justicia deberá zanjar las tensiones que pueda haber entre la justicia penal ordinaria y el derecho de las víctimas dentro del contexto de violencia mencionado. No es lo mismo negociar la paz en el siglo XXI que en el siglo pasado, espacio temporal novedoso que ha diseñado un nuevo tipo de actores diferentes a las partes en conflicto.

En efecto, a finales de la década de los años 90, las reglas de Joiner demarcaron un sendero para los futuros procesos de paz. No se podía negociar a espaldas de los derechos de las víctimas. La verdad comprende la forma en que el principio de justicia frente a los crímenes atroces, es decir, la definición de la manera como deben enfrentar estas ilicitudes perpetradas al interior de un conflicto armado. (Uprimny *et. al*, 2006, p. 9.)

La verdad se ha erigido como derecho subjetivo de las víctimas a conocer las circunstancias modales en las que tales atrocidades acaecieron y, al mismo tiempo, es un derecho colectivo de la sociedad a conocer los hechos históricos sobre las causas y razones en que fueron cometidos aquellos. (Uprimny *et. al*, 2006, p. 10.)

Y, según, el profesor Rodrigo Uprimny (2006), la verdad es “la condición básica para que los derechos de las víctimas sean garantizados” (p. 10.). Esto es así por cuanto se espera que solo con el conocimiento de la verdad de los crímenes atroces podrán garantizar la justicia y la reparación. Esa es la vía para delimitar responsabilidades y determinar las víctimas de los mismos.

Saber qué sucedió y nunca olvidar lo sucedido es el camino de tránsito de la guerra a la paz para que una sociedad transite hacia la reconciliación. Formal e informalmente existen diversos mecanismos para que tal derecho a la verdad quede satisfecho (Uprimny *et. al*, 2006, p. 11.). En momentos de transición afloran, por un lado, la verdad oficial, que es aquella que se logra dentro de la actuación judicial seguida en contra de los declarados victimarios de crímenes atroces, la cual es declarada por un Juez de la República y, por otro lado, está la verdad extrajudicial institucionalizada que es aquella que es reconstruida en espacios especialmente diseñados oficialmente para la reconstrucción histórica de la verdad que carecen de la fuerza judicial tales como las comisiones de la verdad. A la par, está la verdad social no institucionalizada que es

aquella realizada por instancias no oficiales que se hace por parte de los actores sociales tales como historiadores, politólogos, artistas, sociólogos, entre otros. (Uprimny *et. al*, 2006, p. 11.)

Por ende, la reconstrucción de la verdad de los crímenes atroces en el terreno de la negociación de paz diseña un camino en el que se pueden explorar alternativas para satisfacer ese derecho no solo de las víctimas sino de la misma sociedad en camino de transición. Es esa la importancia de la pregunta de investigación, la cual es relevante para Colombia dado el actual marco jurídico de las negociaciones de paz entre el Gobierno y el grupo de guerrillas denominado F.A.R.C. EP iniciadas en el año 2012.

Esa contextualización esbozada permite establecer el marco legal desde el cual se abordará el problema de investigación y que privilegia la presente investigación. De ahí que tal da el alcance y la magnitud de la investigación que se desarrolla en cuanto permitirá exponer una caracterización del modelo de justicia que se debe diseñar en el actual marco de los diálogos de paz.

Recuérdese que en el año 2010 se diseñó desde el Congreso de la República una reforma constitucional con la finalidad de crear un “marco jurídico para la paz” (Acto Legislativo No. 01 de 2012). Y así se denominó el proyecto de reforma constitucional que dio lugar al Acto Legislativo 01 de 2012; en este se diseñó un modelo de justicia constitucional en tiempos de transición. El título de la reforma constitucional lo fue: “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Es ese sentido, se dispuso que las herramientas de justicia transicional serían de carácter excepcional y su finalidad lo será proporcionar la culminación del conflicto armado interno, así como la consecución de la paz estable en Colombia. Pero para llegar a esta se condiciona al respeto de “las garantías de no repetición” y de “seguridad” para los miembros de la sociedad colombiana. Es así como desde un diseño constitucional se garantizan “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (Acto Legislativo No. 01 de 2012).

En esas condiciones, constitucionalmente se autoriza a que una ley pueda dar un tratamiento diferenciado a los actores que hayan sido parte en el conflicto, abriendo la posibilidad de que en la misma participen los agentes del Estado colombiano. Por ello, se difiere a una ley estatutaria el establecimiento de los insumos de justicia transicional de perfil judicial o extrajudicial que permitirá garantizar las obligaciones del Estado colombiano en relación con la investigación y sanción. En ambos casos, habrá, dice la Carta Constitucional, “mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la situación fáctica en cuanto al derecho a la verdad y la reparación de las víctimas”. (Acto Legislativo No. 01 de 2012).

Ordena tal reforma la creación de una Comisión de la Verdad, cuyo objeto, atribuciones y funciones se difiere a una Ley estatutaria. Esta comisión podrá “incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia de transición”, incluidos los criterios de selección. (Acto Legislativo No. 01 de 2012).

Es así que tal instrumento constitucional ordena la creación de “criterios de selección y priorización” frente los crímenes atroces dentro del marco del conflicto armado colombiano y esto permitirá la centralización de la búsqueda de la verdad “frente a la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. (Acto Legislativo No. 01 de 2012).

En ese diseño constitucional se establecen alternativas de tratamiento penal: la interrupción de la ejecución de la pena, las sanciones extrajudiciales, penas alternativas, particularidades especiales de ejecución de las penas. Así mismo, se indica la alternativa de renunciar condicionadamente a la persecución penal de todos los casos no elegidos. La gravedad y representatividad de los casos serán los criterios que regula tal ley estatutaria.

En todo caso, ese tratamiento especial diseñado constitucionalmente estaría sujeto a la observancia de requisitos “como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y la reparación integral de las víctimas, la liberación

de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”, tal como lo indica el texto del denominado “Marco Jurídico para la Paz”.

Esa reforma constitucional creó un grupo especial de individuos a quienes se les aplicará tales normas: miembros de “grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades” y tal se limitará a las personas que opten por la desmovilización colectiva en el escenario de un acuerdo de paz o los individuos que se “desmovilicen de manera individual” conforme al trámite establecido y con el aval del Gobierno Nacional. Es así como ese instrumento se excluye a los sujetos que no hayan intervenido en el conflicto armado interno “ni a algún integrante de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo”. (Acto Legislativo 01 de 2012, Art. 1. parr. 2°.).

Este es el marco constitucional y legal que permitirá contextualizar el problema de investigación el cual gira alrededor de establecer las características de la justicia transicional que debe adoptar Colombia en el actual proceso de paz. Vemos así que “la justicia transicional” no ha sido ajena al desenvolvimiento histórico del conflicto colombiano. Una lectura de la historia reciente de Colombia permite concluir que no existe solución militar a los conflictos armados en Colombia. (Chernick, 2012, p. 106.).

Los estudios del profesor Marc Chernick (2012) permiten estimar que a pesar de la superioridad militar del Gobierno Colombiano el Estado no ha podido derrotar las guerrillas. Por ello, la política para enfrentar a tales oscila entre las siguientes alternativas: (i) seguir intensificando la guerra con la finalidad de derrotar el grupo de guerrillas para así obligarlas a la mesa de negociación; (ii) proseguir una guerra fuerte legitimando las instituciones en medio de la confrontación; (iii) intentar un acuerdo negociado directo. (p. 106.)

El gobierno de Álvaro Uribe V. (2002-2010) quiso aumentar la ventaja militar frente a las guerrillas. En últimas, aplazó la posibilidad de una paz negociada. Sin embargo, la guerrilla optó por tal estrategia, recrudeciéndose en el enfrentamiento en fuerzas contrarias con un empate negativo. (Chernick, 2012, p. 107.).

El actual Gobierno Nacional le apostó a una estrategia diferente: el escenario de la negociación de paz. Esta se debe basar en la determinación de una agenda específica que incluya: (i) temas agrarios; (ii) no impunidad; (iii) la incorporación de los guerrilleros a la vida civil de manera práctica y no teórica; (iv) la necesidad de constituir una comisión de la verdad y la reconciliación en el postconflicto. (Chernick, 2012).

Todo lo anterior gira alrededor de la construcción real de un régimen incluyente y participativo a lo largo del territorio nacional. Eso dará legitimidad al Estado colombiano.

Es así, como esa agenda de negociación se considera esa especie de rendición de cuentas cuyos extremos giran en torno a la justicia punitiva en tales crímenes atroces que incluso llega a la posibilidad del perdón y el olvido. Empieza así las tensiones entre el indulto, la amnistía, el perdón, la justicia y el castigo (Chernick, 2012, p. 107.). ¿Qué tanto ha de ceder cada tema de los anteriores? Es uno de los grandes objetos de estudio, dentro del cual se enmarca la presente investigación. Para ello es menester tener como variable “la esquiua terminación del conflicto armado colombiano” en las tres últimas décadas en Colombia. (Velásquez, 2011).

En tres intentos de negociación, La Uribe (1982-1986), Caracas y Tlaxcala (1991-92) y el Caguán (1998-2002) con grupos de guerrillas se inserta en un conflicto político cuyo origen es la obtención del poder político, aunque se haya degradado los medios al utilizar el terrorismo y el narcotráfico como instrumento para lograr un fin. (Velásquez, 2011, p. 20.).

Siguiendo los estudios de Carlos Velásquez R. se tiene que en el año de 1982 las guerrillas colombianas (F.A.R.C. EP y M-19) tenían la expectativa de llegar al poder. En este periodo se hizo evidente “la falta de capacidad decisoria real sobre los problemas que pretendía resolver y el reducido margen de mediación institucional tanto dentro como fuera del aparato estatal”. (Velásquez, 2011, p. 73.).

Por su parte, en el periodo 1991-1992 la guerrilla de las F.A.R.C. asumió una actitud parecida a la arrogada en los años 80 y es así como concibieron esos diálogos a la manera de una

estrategia de guerra para llegar al poder. En ese escenario pesó la sombra de los asesinatos a miembros de la UP, episodio en el que se impuso “la impunidad política, jurídica y social” (Velásquez, 2011, p. 121.). En ese periodo, las F.A.R.C. EP llegaron más radicalizadas, lo que iba unido a su expansión territorial (Velásquez, 2011, p. 122.). Así mismo, en el periodo del Caguán, las guerrillas de la F.A.R.C. EP auscultaban ese deseo de llegar al poder razón por la que, para su estrategia, las negociaciones del periodo 1998-2002 fue un paso más para alcanzarlo (Velásquez, 2011, p. 167.). En tales periodos, las negociaciones no avanzaron al punto de establecer un marco de justicia transicional. O, en otras palabras, en los diálogos mencionados no se llegó al punto de establecer los criterios de justicia o las fórmulas para evaluar los actos cometidos en relación con el conflicto armado interno que vivió Colombia.

Las partes en diálogo han construido sus propios discursos de la verdad. Y, en ese sentido, frente a comportamientos delictivos cometidos dentro de la guerra. Así, se tiene que, en el último periodo de diálogos nombrado, la guerrilla dentro del marco de las negociaciones seguía cometiendo comportamientos que van en contra del DIH. Tal es el caso de la muerte de los indigenistas norteamericanos a manos de miembros de las F.A.R.C. EP.⁵

No obstante el repudio internacional, tal comportamiento fue utilizado como un pretexto para afirmarse como fuerza beligerante en atención a que ante la comunidad internacional hubo el compromiso de encontrar y juzgar a los responsables, los cuales no serían entregados al Estado colombiano en cuanto no reconocían su legislación y, mucho menos, se entregarían en extradición al gobierno de los Estados Unidos, por lo que la expectativa de la comunidad internacional era una variable no tenida en cuenta por tal grupo armado ilegal. De esa manera, el discurso de la verdad, justicia y la reparación quedaba en letra muerta. (Velásquez, 2011, p. 168.).

Luego vino la Política de la Seguridad Democrática en los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez y la incidencia de lo internacional. La guerra extrema entre las partes, así como la influencia de los asuntos internacionales influyó para la conformación de un escenario complejo

⁵ Hecho sucedido el 25 de febrero de 1999, cuando las F.A.R.C. EP retuvieron a tres indigenistas -Terence Freitas, Ingrid Washina y Laheenae Gay- de origen nativo americano que se encontraban asesorando a la comunidad U'wa.

en las circunstancias de la posible culminación del conflicto armado. El fracaso de los diálogos del Caguán condujo a la “desesperanza” y al temor por los avances ofensivos y defensivos de las F.A.R.C. EP (Velásquez, 2011, p. 169.). La ilusión de la derrota a estas se originó en los logros de tal política, la cual no logró la pacificación del país. En ese momento histórico, se ocultó la existencia de una confrontación armada interna, lo que produjo un discurso que se construyó con la finalidad desde el estamento colombiano como discurso de la verdad, de corte guerrillista.

Esos esfuerzos para poner fin al conflicto armado son monitoreados y apoyados por una misión oficial y multilateral de paz que significa un apoyo internacional a un eventual proceso de paz en Colombia (Violante, 2008, p. 72.). Ese interés de la comunidad internacional en la guerra es una manifestación de la globalización. Las nuevas guerras son expresión de la globalización en tanto se basan en “políticas de identidades” que abarcan varios ámbitos que va desde lo local y mundial, lo nacional y lo transnacional.

Esta situación generó la construcción de un lenguaje global de la guerra que genera ciertos discursos del discurso de la guerra en la que cada parte tiene su propia organización de la verdad. Los argumentos de la internalización de la paz y de la guerra en Colombia durante los gobiernos de Andrés Pastrana Arango y Álvaro Uribe Vélez tuvieron como finalidad lograr su legitimidad política y afianzar su capacidad militar, que condujo a la superación de su relativo aislamiento internacional y comenzaron a diseñar más sistemáticamente diversas estrategias de internacionalización militar y política. (Borda, 2012)

Una consecuencia de esa tendencia lo ha sido la persecución penal de crímenes internacionales, estrategia de la que se abrió un consenso entre la tradición nacional y el aspecto internacional lo que ha permitido valorar el aporte de los desarrollos doctrinarios internos, en especial, de la jurisprudencia colombiana, a través de los conceptos de actos de ferocidad y barbarie. (Aponte 2011, p. 7.).

Estos desarrollos van dando camino a la estandarización de criterios para el tratamiento de ciertas tensiones internas, de la manera en que lo evidenció la Corte Interamericana de cara a la Ley de Justicia y Paz (Quinche, 2009, p. 15.). Tales determinarán una ruta a seguir para todo proceso de transición como el que quiere iniciar el Gobierno Nacional en los actuales diálogos de

paz (Quinche, 2009, p. 18.). Más allá de los asesinatos, de los destierros internos y externos, las violaciones, las torturas, o el estado de excepción, que es la cara visible de la guerra, se imponen unas dinámicas que no visibiliza la cara oculta de la violencia. Es en ese terreno en la que se construyen subjetividades, relaciones sociales, formas de poder político, institucionales, sistemas o roles”. (Múnera & De NanteuilMatthieu, 2014, p. 32.).

Es tal el “rasgo oscuro de la violencia”, la cual es caracterizada a partir de la de su perfil instrumental y es “definida como una técnica coactiva destinada a imponer la dominación sobre los otros, mediante la obtención forzada de la obediencia”. Esta crítica es la forma en que Hannah Arendt contrarresta la fuerza del movimiento estudiantil del 68 y la nueva izquierda a la violencia como instrumento de revolución. Es decir, la violencia puede destruir el poder y es absolutamente incapaz de crearlo. Detrás de este argumento estaba la intención de tal autora de crear la idea de un poder político cuyo fundamento lo era la construcción concentrada de un sentido colectivo y no en la imposición de un mandato por la fuerza. (Múnera & De Nanteuil Matthieu, 2014, p. 32.).

Un claro ejemplo de la construcción de esos discursos los ofrece Roger Bartra. Este autor ofrece una visión antropológica que busca la defensa del alter religioso, étnicas o nacionales que se están el peligro. Este no es otro que la manifestación del relativismo antropológico y el núcleo de su pensamiento se centra en establecer si tal justifica los escalofriantes actos de terror acaecidos el 11 sept. de 2001 en Nueva York y del 11 de marzo de 2004 en Madrid (España). Así mismo, se pregunta hasta qué límite se puede aceptar y respetar expresiones religiosas o políticas extrañas. Ese relativismo de Bartra concibe como respetables todas las expresiones culturales, lo que ha diseñado el camino para insertar la tolerancia en la cultura moderna. Sin embargo, puede llegar a dar por legítimos ciertos actos de terror y crueldad que vulneran contra la vida en democracia. Ello no desconoce el fundamentalismo en la modernidad que ha “agudizado por la globalización de las culturas y el trágico desarraigo de las expresiones artísticas”. (Bartra, 2013, p. 91.).

Este autor estima que la actualidad política del mundo no puede entenderse sin atender aquellas redes imaginarias de poder, las cuales permitirán comprender la realidad de la política

contemporánea y estas hacen posible la comprensión de las nuevas formas que sustentan y diseñan “la legitimidad de los Estados postmodernos” y con “tradicción democrática”. Esas redes elaboran ciertos “mitos polares” entre la “normalidad y la marginalidad”, es decir, de “identidad” y diferencias. Para Bartra la construcción de redes contribuye a la creación de zonas marginales. En estas caben las nociones de “terroristas, sectas religiosas, enfermos mentales, desclasados, indígenas, déspotas, musulmanes, minorías sexuales, guerrilleros, emigrantes ilegales exóticos, mafias de narcotraficantes y toda clase de seres anormales y liminales que amenazan con su presencia-real e imaginaria- la estabilidad de la cultura política hegemónica”. De esa manera, se construye los “peligrosos enemigos” a los que hay que enfrentar por parte de los “superhéroes de la normalidad democrática occidental y los representantes de la mayoría silenciosa deben prepararse para combatir el mal”. (Bartra, 2013).

En el presente siglo, según Bartra (2013), se encuentran ampliadas esas redes imaginarias del terror político y esto indica un canje en la organización del poder en el mundo. Ha influenciado en esto las redes informáticas que han materializado un “escenario omnipresente”, una confrontación, a la manera de guerra, entre la “civilización democrática avanzada” y el “imperio maligno de otredades amenazantes, primitivas y fanáticas”. Esto da legitimidad y cohesión. La política y la cultura participan en ese proceso. Allí se observa “la contraposición combativa entre la cultura occidental y la periferia de alteridades”. Es decir, aquella que nace en la imposición de un valor a partir de tesis relativas.

Bartra admite la conflictividad al interior de la sociedad. Para el autor, la civilización moderna permite que las fuerzas se rebelen contra la propia cultura. Allí se ofrecen las condiciones para erosionar las raíces de la sociedad. El tercer mundo es proclive a tal. Y es allí en donde surgen los argumentos relativistas para justificar tal tipo de conflictos. Bartra reconoce la diversidad como expresiones culturales, artísticas e intelectuales que insertan valores respetables y válidos. Lo que el autor propone es el rechazo a normas morales o estéticas de contenido universal para valorar las expresiones culturales de otras sociedades, con lo que se opone a un poder hegemónico explotador.

Es así como subsiste en el siglo XXI un choque de civilizaciones con el mundo occidental. Existen otras maneras de alteridades y estas forman la expansión de las clases de legitimidad posdemocráticas. A este fenómeno lo denomina “redes imaginarias del poder político”. Esta situación social ha dado elementos para estudios que pretenden determinar “las causas sociales del profundo descontento que impulsa a los guerrilleros y terroristas” a rebelarse en contra del status quo, siendo difícil advertir el carácter de esa “red imaginaria de poder”. Un principio de auscultación a tal problemática lo constituye la dinámica de mirar la historia para así encontrar una tradición de tales redes en “toda clase de supervivencias culturales procedentes de tiempos remotos”. Solo mirando esa evolución histórica se pueden establecer las causas de esas plurales alteridades que están presentes en las formas actuales de poder político. Valores del pasado construyen “redes imaginarias de poder político”. Estas están aglutinadas, en “un conjunto de vasos comunicantes que neutraliza las contradicciones y la intensidad de los conflictos sociales” y, con ello, estimula la cohesión en torno al poder establecido. (Bartra, 2013, p. 24-25.).

En este contexto, según Bartra (2013), en época de la globalización, se deberán estudiar “herejes, anormales, lunáticos, narcotraficantes, guerrilleros, bandas rebeldes, que operan a nuestro lado y son nuestros vecinos” (p. 25.). No hay que ir a regiones insospechadas sino mirar el corazón de las sociedades occidentales. Es allí donde se convierte al otro en monstruo a destruir y una guerra por librar. Bartra (2013) pone como ejemplo la guerra generada a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York con el derribamiento de las torres gemelas. Allí surgió la idea de acabar con una plaga de terroristas. Surge esa guerra entre el poder hegemónico y el otro enemigo del régimen.

Colombia, ofrece en su historia constitucional elementos para afirmar la teoría de Bartra. Los textos constitucionales evidencian la existencia de esas redes imaginarias de poder. Dentro del texto constitucional se extrae que ha habido un enemigo al cual se le da un tratamiento preferencial con la finalidad de poder negociar la guerra y la paz. Tal es el caso de los llamados de los delincuentes políticos dentro de un conflicto armado interno de más de medio siglo que ha reproducido la confrontación armada como uno de los rasgos de la conflictividad de la sociedad colombiana.

Los estudios del profesor Valencia Villa (1998) comprueban tal realidad. Y en las cartas políticas colombianas se ha respetado la tradición de establecer un espacio para el otro a través de la figura penal del delito político. Una especie de guerras fratricidas, llamadas “patria boba” o “patria vieja”, en las que patriotas se baten en guerras civiles pues la separación geográfica acentuó las diferencias socioeconómicas de las nuevas naciones (Atehortúa, 2010). Hoy subsisten grupos guerrilleros -F.A.R.C. EP, E.L.N.- que disputan al Estado colombiano el poder para imponer lo que ellos piensan es mejor que el actual.

Las redes imaginarias colombianas del terror político han dado pie para la perduración de un conflicto armado que llevan a las partes a la negociación de la paz. Uno de estos grupos lo es las F.A.R.C. EP, cuyo poder ilegal dio origen a una “república fariana” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014). Este actor es el otro con el que se debe dialogar en búsqueda de la paz. La carta política colombiana de 1991 diseñó un escenario posible de paz, lo cual ha sido un legado de su tradición de buscar la paz con el diálogo, con lo que se evidencia la innegable relación entre guerra y política. (Vargas, 2010, p. 37.).

En pleno siglo XXI, y con un Estado Social de Derecho, y una Carta Política pluralista, instaurada en Colombia en 1991, en un Estado democrático se inserta una paradoja. Este fenómeno es estudiado por Chantal Mouffe (1999), quien dentro de la llamada paradoja liberal considera que “el no haber dilucidado la naturaleza de la democracia moderna”, ausculta la manera apropiada para puntualizar un nuevo tipo de democracia establecida en Occidente en los dos últimos siglos. Reconoce que se la ha dado muchos nombres: “democracia moderna, democracia representativa, democracia parlamentaria, democracia pluralista, democracia constitucional, democracia liberal”. Opina que los términos “poder”, “ley” y “conocimiento” son ambiguos. Por ello, hay un vacío de poder.

Colombia está bajo un “ropaje” del neo constitucionalismo, corriente que pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir luego de la Segunda Guerra Mundial y especialmente desde los años setenta, en cuyos textos no se limita a consagrar la tradicional separación de poderes y determinación de competencias sino la consagración de normas de contenido material que condicionan la actuación del Estado colombiano (Carbonell,

2007, p. 10.). Sin embargo, a pesar de esos espacios sigue un vacío que tensiona la democracia liberal. Mouffe (1999), va más allá de evidenciar ese vacío. Diferencia dos aspectos: (i) “la democracia como forma de gobierno afincada en el principio de soberanía del pueblo”. Y (ii) el “marco simbólico en el que se ejerce”. A la par del “viejo principio de soberanía del pueblo” se construyó un discurso liberal en el que es núcleo expresiones como “libertad individual” y “derechos humanos”, los cuales son valores que pueden entrar en tensión con valores de la tradición democrática (igualdad y soberanía popular). Por ello, hay que sincronizar tales valores. Así, “el imperio de la ley y la defensa de los derechos humanos” no debe ser contradictoria frente a la igualdad. La confrontación de estos valores ha producido las luchas enconadas por el predominio del modelo a regir. A partir de tales se han construido discursos que han dado como resultado su uso instrumental. Un ejemplo de esa confrontación es América Latina. En la región coexisten diferentes visiones del mundo, motivado por los cambios democráticos en países como Argentina, Brasil, Ecuador y Venezuela desde el año 2000. (Estrada, 2014).

En el caso de oriente, se encuentran las identidades múltiples de oriente medio, dentro de las cuales las naciones de ese mundo crecieron bajo el influjo de dos identidades, la involuntaria de nacimiento y la obligatoria del Estado. Occidente les trasladó una nueva clase de identidad: “la cohesión escogida libremente y la lealtad a asociaciones voluntarias, que se combinan para formar lo que actualmente se conoce como sociedad civil” (Lewis, 2000, p. 5.) Y a la vez esa puja entre las dos visiones del mundo, dentro del predominio de las identidades, se fue robusteciendo el auge global de la violencia religiosa, la cual ha creado una cultura que denota apoyo de la comunidad y una red organizativa para llevar a cabo actos de terror. (Juergensmeyer, 2001).

Según Mouffe, una democracia verdadera ha de dibujar, una línea divisoria entre “ellos” y “nosotros”, o sea entre los que se encuentran dentro como los que están fuera del “demos”. Esta es la condición para el disfrute de las bondades de la democracia. En esa lógica, se tiene que en la realidad práctica puede existir una tensión con la liberal fincada en el respeto de los derechos humanos, puede terminar vulnerando algunos derechos existentes, por lo que vienen los límites del poder soberano. Esa paradoja es la causa en el régimen liberal democrático que haya habido constantes pugnas, las cuales han generado las transformaciones históricas y políticas. Por ello,

se da vía a las negociaciones pragmáticas entre fuerzas políticas. Un ejemplo lo es la aparición de fórmulas contingentes de estabilización del conflicto cuando, entran en conflicto la libertad con la igualdad. En el evento en que desaparece “la idea de alternativa a la configuración existente del poder”, lo que se extingue es la posibilidad de “una forma legítima de expresión de las resistencias que se alzan contra las relaciones de poder dominantes”. Con ello se afirma el statu quo. Sin embargo, las posiciones encontradas pueden tener un estado de irreconciliación y esto genera un permanente conflicto entre el Estado y las guerrillas, en una especie de mezcla de la lucha por la vida y el dolor por la muerte. (Guzmán; Fals & Umaña, 2010, p. 57.).

Por ello, el concepto de Mouffe es pertinente en el debate actual frente al momento que vive Colombia pues el diálogo, más allá del consenso formal, ha de establecer las diferencias de la confrontación para advertir un modelo de democracia en la que pervivan ambas visiones del mundo. Estas en Colombia, han construido un lenguaje propio. Es el lenguaje del conflicto. Muchas veces, los estudios sobre el tema cuestionaron: ¿Por qué no somos capaces de ver la guerra civil que el mundo entero si ve en Colombia?, lo que ha constituido un juego de palabras. Guerra civil, conflicto armado interno, confrontación, luchas fratricidas, es la expresión de un lenguaje de violencias acumuladas. En todo caso, las consecuencias son igual de graves llámese como se le quieran llamar. (Posada, 2001).

Por ello, mirando los últimos 30 años de intentos fallidos por lograr la paz, se determina que ha habido un péndulo en la solución militar y la negociada. En el siguiente grafico se condensa las lecciones de esta última. (García, 2010, p. 265).

Tabla 1. Los últimos 30 años de intentos fallidos por lograr la paz

Belisario Betancourt C. 1982-1986	Virgilio Barco Vargas 1986-1990	Cesar Gaviria Trujillo 1990-1994	Ernesto Samper Pizano 1994-1998	Andrés Pastrana Arango 1998-2002	Álvaro Uribe Vélez 2002-2010
No hubo condiciones mínimas de respaldo institucional.	Se institucionalizó como política de Estado (se creó la consejería para la Paz).	Continuó con el modelo del gobierno anterior. Se logró la negociación	La ausencia de legitimidad política implicó que no se avanzara hacia una	Aun cuando encaminó su gobierno en la búsqueda de una negociación	Se privilegió la salida militar al conflicto armado.

Las fuerzas armadas se opusieron.	Hubo respaldo político y la fuerza pública apoyo la iniciativa.	con grupos tales como el EPL, PRT y el Quintín Lame y el M-19.	negociación. Sin embargo, se logró la inclusión de la sociedad civil al crear el Consejo Nacional de Paz.	de paz, no construyó una política específica. Entregó una zona de despeje. La guerrilla no negoció (farc) sino que prefirió la solución militar empeñada en un triunfo.	Hubo acercamiento con el ELN en Cuba y Venezuela pero no prosperaron
Las guerrillas se fortalecieron militar y políticamente.	El Movimiento M-19 inició un acuerdo de paz.	Hubo respaldo institucional con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.			
Hubo acuerdos de cese al fuego sin posibilidad de verificarse en la práctica.	Se implementó un modelo para ser utilizado en otros intentos posteriores de negociación. Se garantizó “la participación en política de los miembros de la guerrilla del M-19”. Hubo incumplimiento del Estado colombiano en sus compromisos	A la par, hubo una solución militar frente a grupos que no se acogieron al proceso de paz			

Fuente: García D., Mauricio. (2010). *Colombia: Conflicto armado, procesos de negociación y retos para la paz*. En: *Colombia: Escenarios posibles de Guerra y Paz*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Este diseño estatal en la búsqueda de la paz debe establecer las fronteras de lo negociable, punto en lo que no hay consenso en Colombia y que genera tensión no solo entre las partes confrontadas sino entre los sectores de la sociedad civil. Dentro de lo que es negociable, pasan temas de reformas sociales y políticas, la democratización y, por supuesto, el modelo de justicia que permita realizar ese tránsito entre la guerra y la paz, dentro de lo cual se debe advertir el privilegio de los derechos de las víctimas y variables como la comisión de ilícitos relacionados con el narcotráfico y crímenes internacionales. De ahí la relevancia de la determinación del modelo de justicia en tiempos de transición.

Un diagnóstico realizado entre los diferentes autores determina que el análisis frente al tratamiento del modelo de justicia en tiempos de negociación con las guerrillas colombiana ha sido dejado a un lado. Proliferan las observaciones desde el punto de vista de la politología sin

abordar en el núcleo de la situación problemática sobre qué elementos debe contener el modelo de justicia transicional en Colombia dentro de un proceso de negociación con la rebelión armada.

Los estudios se condensan en dos ejes:

Tabla 2. Componentes teóricas – estadístico

Componente teórico (cualitativo)	Elemento estadístico (cuantitativo)
<p>Acercamientos a los ejes teóricos entre la relación de la guerra y la política.</p> <p>Se aborda temas como beneficios jurídicos, reforma política, el problema de concretos de delitos como el narcotráfico.</p> <ul style="list-style-type: none"> – El papel de la sociedad civil. – Reparación de las víctimas – Acompañamiento internacional – El papel de las fuerzas armadas – Enfoque a un nuevo modelo – Olvidar agendas de pasado – Justicia y memoria 	<p>Vulneraciones a los derechos humanos</p> <p>Estadística sobre “la industria de la guerra” y el narcotráfico</p>

La tabla anterior, concluye que los acercamientos teóricos se han dado frente a la propuesta de temas generales de diálogo que debería abarcar una negociación, enfocándose en lo concreto en la problemática del narcotráfico. En el punto de vista cuantitativo, las propuestas abordadas dan cuenta de una economía que depende de la guerra. Sin embargo, ninguno de los dos enfoques diseña en concreto una caracterización de lo que debe ser una justicia en tiempos de transición.

La dimensión jurídica que se aborda para el planteamiento del problema de investigación y su solución permite relacionar el método Foucaultiano (arqueológico) con las bases neo-constitucionales que se encuentran en el actual diseño constitucional colombiano que determinan desde las normas de la Carta Política colombiana de 1991 el modelo de justicia constitucional que requiere una negociación como la emprendida con las F.A.R.C. EP.

Así, se tiene que un recuento de las cartas políticas colombianas da las bases de un modelo de justicia transicional en el que se reconoce una calidad especial del otro, del contrario, a través de la figura del delincuente político.

Ese rasgo ha permanecido inserto en las cartas políticas. Es el rezago de un modelo de derecho natural racionalista y secularizado que se desarrolla en el pensamiento europeo tras el quiebre de la unidad religiosa: esta idea es la plataforma para la instauración de un derecho natural ajeno a la voluntad humana y a la de Dios. “Es un orden normativo que forma parte de las cosas naturales”. Es así, como el viejo derecho natural, a la manera de orden objetivo de valores, muta a una teoría subjetiva de derechos naturales, uno de los cuales es la libertad. Este derecho humano, junto a otros, existen jurídicamente por el derecho positivo y es por ello en países como España y Colombia se les reconoce como derechos fundamentales definidos como derechos constitucionales. En esta investigación se acoge el concepto de Luis Prieto Sanchis en el sentido de que los derechos fundamentales son derechos constitucionales y resisten el capricho de cualquiera que ejerza el poder constituido. (Prieto, 1990, p. 33.).

Esta tendencia, que se incrusta en el neoconstitucionalismo, permite articular la búsqueda arqueológica de una perspectiva histórica al punto que “la declaración de derechos” es una cuestión materialmente constitucional inserta en el texto que ordena y regula el funcionamiento de los poderes públicos. Esta es la condición del espectro de protección vigorosa de libertades que limitan el poder político (Prieto, 1990). Ese el núcleo de la declaración francesa de derechos, así como de la carta constitucional de las colonias americanas. Es por ello que los derechos fundamentales adquieren su máxima dimensión en la medida en que se fundan “en un poder constituyente atribuido al pueblo” que implica el sometimiento a la Constitución de todos los órganos estatales.

Es así, como mirada la historia constitucional colombiana, se encuentra que el poder constituyente ha diferenciado un tiempo de guerra y uno de paz y ha dado en las normas de los textos constitucionales la posibilidad de negociar la paz, a través de la instauración de figuras tales como la amnistía, el indulto y el delito político, espacios reservados para aquél que coge las armas en contra del régimen constitucional y legal colombiano. Estas figuras indican, desde el

texto constitucional, el modelo de una justicia especial para esta clase de actores del conflicto, estableciendo un privilegio a la hora de negociar la paz.

Derivase de lo anterior que si los derechos constitucionales es una obligación estatal, como se evidencia a lo largo de la historia constitucional colombiana, ello lo es porque dentro de su núcleo existe una esencia de valores (libertad, dignidad, igualdad) siendo su constitucionalización una cualidad de su existencia como obligación del Estado. Ello quiere decir que todos los poderes del Estado se encuentran limitados y sometidos bajo el imperio de los derechos.

Esta idea es la que justifica que, frente al derecho constitucional de la paz, todos los poderes públicos deben ceder, máxime cuando su búsqueda es la condición necesaria para el encuentro de una convivencia pacífica entre los colombianos. Esta premisa determina que no es discrecional de sus destinatarios la aceptación y el cumplimiento de los derechos constitucionales. Por eso, las cartas políticas estatuyen obligaciones y derechos para exigir el cumplimiento de ese deber ser. De ahí las sanciones y procedimientos en la búsqueda de la ejecución de las normas (Petev, 1996). Ello no es otra cosa que la normatividad del derecho, que implica su obligatoriedad.

Así cuando se inserta la paz como un derecho constitucional, se está normativizando la obligatoriedad de los poderes públicos en su búsqueda. Por ello, el ejecutivo debe liderar esa búsqueda de la paz a lo cual los demás poderes públicos dentro del principio de armonía deben colaborar. El legislativo deberá, en ese cometido, diseñar el andamiaje político para así materializar esa voluntad soberana y la rama judicial deberá atender un diseño de justicia que preserve esa búsqueda con el sacrificio de ciertos valores. Encontrar un modelo de justicia acorde a tal situación es una tarea del discurso del encuentro de la paz a través de las negociaciones con grupos que han ofrecido resistencia. Es indispensable pensar en un diseño constitucional que enmarque esa búsqueda de la paz, la cual tiene que estar conectada a la búsqueda de una justicia. Por ello, la dimensión jurídica con la que se aborda el problema de investigación pasa por el tamiz del neo-constitucionalismo en atención a que históricamente las bases constitucionales de la justicia en tiempo de guerra y paz se insertan en las normas de los

textos constitucionales colombianos, los cuales según el método arqueológicos han diseñado un discurso y canales de vasos comunicantes para determinar cuál es el tratamiento del enemigo público, el cual tiene ciertas prerrogativas a la hora de negociar la paz, privilegio que se fundamenta en las normas constitucionales concebidas como valores y principios lo que da a la constitución su carácter material.

Es la manifestación de la acepción de “constitución viva” o material en el sentido de que permite armonizar un texto constitucional con los poderes reales y efectivos de poder. Por ello, para los efectos de esta investigación se denota con el término “constitución” cuatro acepciones: (i) un ordenamiento político liberal; (ii) conjunto de normas jurídicas que caracterizan un ordenamiento; (iii) documento normativo y (iv) cuerpo normativo con caracteres formales que contienen un peculiar régimen político. Todo en ello engloba la idea de que la constitución es una acepción que denota un conjunto de normas fundamentales que caracterizan cualquier ordenamiento jurídico. (Carbonell, 2007).

El diseño constitucional colombiano permite articular un modelo de justicia especial para cuando se negocie la paz. Habrá que determinar cuáles son esos ejes del modelo de justicia a implementar dentro del tránsito de la guerra a la paz.

2.1.2 Ejes de la construcción de un modelo de justicia transicional: sanción condicionada a la verdad y a la reparación. Determinar qué es la justicia ha sido uno de los problemas de fundamentación filosófica a lo largo de la historia. La definición de esta encierra una teoría axiológica a su alrededor. Por ello habría que estudiarse los valores que fundamentan el derecho y los fines que se persiguen desde una perspectiva crítica, todo con la finalidad de ser considerado un derecho justo. Esto indica que para ello se ha de tener en cuenta los valores del derecho existentes en la sociedad como los que se pretenden idealizar. Determinar qué es la justicia hace parte de la filosofía del derecho. (Fernández, 1984)

Para Rawls (2001), “la justicia es la principal virtud de los institutos sociales, así como la verdad lo es de los esquemas de pensamiento”. La justicia, es relativa en cuando a que la determinación de qué es lo justo cambia según el contexto histórico. En este aspecto hay

disensos sobre el contenido de la justicia. Una vez hay consenso en ello, la convivencia pacífica se asegura. El neo constitucionalismo tiene una idea de la justicia. Esta se inserta en la idea de un Estado liberal democrático que delinea la consecución de una sociedad más libre e igualitaria, en la que la legalidad debe estar imbuida de justicia. (p. 27.).

Rawls (2001) considera que la justicia debe insertarse dentro de una sociedad entendida como “sistema equitativo de cooperación”. La meta de tal concepción es la de proporcionar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas. Solo así se puede entender, según tal autor, las demandas de libertad e igualdad. Para llegar a esa meta se tiene que estudiar la cultura política de tal tipo de sociedad y la democracia para auscultar dentro de las normas constitucionales y legales el encuentro del rasgo común sobre la idea de una justicia. (p. 28.).

Rawls (2001), considera que las ideas básicas de una sociedad son las siguientes: (i) sociedad como un sistema de cooperación; (ii) ciudadanos “libres e iguales”; (iii) sociedad ordenada. Estas son las cualidades de una sociedad democrática. (p. 29.).

En el caso de Colombia, la solidaridad es un valor instituido en el preámbulo de la Carta Política de 1991. Se instituye la libertad y la igualdad como derechos fundamentales. Sin embargo, Colombia no es una sociedad ordenada. Existe muchos conflictos sociales que indicarían que la libertad y la igualdad quedan solo formalmente faltando materialización en la práctica para que tales sean efectivos. Esto hace que Colombia carezca de una concepción pública de la justicia en términos de las sociedades organizadas. Para Rawls (2001), aquella implica la constitución de la sociedad en la que cada cual acepta y sabe que todos los demás aceptan la misma concepción de sus principios (p. 33.). Estos se erigen en la justicia como equidad, en la que proliferan individuos libres e iguales.

En sociedades como la colombiana esa libertad e igualdad ha sido simbólica. La estructura de la Carta Política de 1886 que rigió hasta 1991 hizo imposible la materialización de los cometidos sustanciales de libertad e igualdad. El nuevo diseño de la Carta Política de 1991 pretendió llenar tales vacíos. Sin embargo, la violencia ha seguido como variable en Colombia.

Esto implica que la concepción de justicia de Colombia debe pasar por el tamiz de la superación de la desigualdad e inequidad que ha dado origen a las denominadas causas sociales de la violencia, tal como la Comisión de Expertos ha determinado en Colombia. (Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas, 2015).

Sin embargo, extrapolando la idea de Rawls podemos establecer un diseño de la justicia que ha sido plasmada en los textos constitucionales y en las declaraciones de derechos suscritos por el Estado colombiano. Para ello no hay que olvidar las comunidades que subsisten al interior de la sociedad colombiana, una de las cuales le ha declarado la guerra al mismo a través de un conflicto armado interno.

En Colombia el profesor Oscar Mejía Quintana (1996) ha indicado que en el “planteamiento de la Teoría de la Justicia existe una serie de problemas y vacíos a los cuales no se encontraba en capacidad de dar respuesta”. Por ello, Rawls tuvo que hacer modificaciones al punto que dio un papel a la filosofía política en las actuales sociedades liberales y la importancia de la estabilidad en tal tipo de sociedades (Citado por: Osorio, 2010). De ahí que haya indicado que en aquellas es trascendente el estudio del pluralismo, aspecto que define a la sociedad como un escenario en el que conviven una gran cantidad de doctrinas omni comprensivas del mundo. Estas pretenden crear una serie de micro-sociedades donde imperan ciertos tipos de reglas que pueden resultar para algunos alternativos a la sociedad en su conjunto.

Los grupos armados ilegales denominados grupos de guerrillas tienen una concepción del mundo y de la sociedad al punto que disputan el control del poder, creando una serie de micropoderes en la sociedad para imponer un gobierno y régimen diferente. El consenso, se impondría, como una forma de matizar esos diferentes matices de las visiones de la sociedad.

Así el artículo 230, de la Carta Política colombiana prescribe el derecho constitucional al acceso a la administración de justicia como derecho fundamental. Así mismo, en el modelo constitucional colombiano prevalece el rol de las víctimas acorde con los movimientos internacionales. A la vez se tiene que para el delito político se le otorga amnistía e indulto.

Para el año 2011 se presentó al órgano legislativo el proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se adiciona un nuevo artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia y se modifica el artículo 122 constitucional” con “el fin de darle coherencia a los diferentes instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política”. Nótese que, en criterio de la autora de la tesis, en la Carta Política de 1991 pervivieron instrumentos de justicia transicional, y solo hasta el año 2012 la palabra justicia transicional se inscribió en su texto. La reforma reconoció el estatus del delito político en Colombia y por sustracción de materia, la del delincuente político, el que, según la tradición colombiana es aquel miembro de la guerrilla. El objetivo de ese modelo de justicia instaurado fue la búsqueda de la paz.

El Proyecto de acto legislativo introduce en la Carta Política, los (Acto Legislativo No. 1 de 2012 modelos de “*priorización y selección*”, dentro del marco de una justicia transicional, para respaldar la no persecución penal. Por ello, propuso “*mecanismos colectivos y no judiciales*” para alcanzar una efectiva investigación y sanción. También se prevé la participación política de los integrantes de tal agrupación con la restricción del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el derecho a la Verdad, Justicia y “reparación de las víctimas”.

De esa forma, se introdujo el transitorio art. 66. Allí se insertaron como variables del contexto colombiano los siguientes elementos:

(i) el diseño de la justicia transicional, como un aspecto de excepción cuyo propósito de abrir la puerta a la culminación del conflicto armado interno y la obtención de la paz. (ii) La creación de una Ley Estatutaria para dar vía libre al tratamiento diferenciado frente a otra clase de infracciones. Esta ley debe establecer los mecanismos de justicia transicional oficiales-judicial- o extrajudicial que consientan preservar los deberes estatales de investigación y sanción. (iii) Se crea la Comisión de la Verdad. Esta podrá formular recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional. También se prevé: (i) que el Fiscal General de la Nación puede establecer criterios de priorización para el ejercer la acción penal. (ii) El Congreso puede establecer los criterios de selección “que permitan centrar los

esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. (iii) se determinan condiciones para el “tratamiento penal especial”, entre estas “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”. (Constitución Política de Colombia, s.f., Art. 446.)

Tales son los instrumentos de aplicación de la justicia transicional para grupos al margen de la ley que hayan tenido actuado dentro del conflicto armado interno con la condición de haber participado en las hostilidades. Estos deben tener dos condiciones: (i) desmovilizarse de manera colectiva en una negociación de paz o (ii) quienes lo hagan de manera individual lo deben hacer conforme con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional. (Constitución Política de Colombia, s.f.). Hay una exclusión: “los grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo”. (Constitución Política de Colombia, s.f.)

Esta reforma constitucional autorizó al Gobierno Nacional para que tramite ante el Legislativo el primer proyecto de Ley “que autorice la aplicación de los instrumentos penales establecidos en el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo”; para ello, el Congreso tendrá cuatro (4) años con la finalidad de proferir todas las leyes que regulen tal materia. (Constitución Política de Colombia, s.f.).

Debe precisarse que el art. 67 de la reforma constitucional estableció un marco especial. Una Ley estatutaria reglamentará cuáles son los ilícitos considerados conexos al delito político, aspecto relevante para materializar la posibilidad de la participación en política de los ex guerrilleros. También establecer la prohibición de considerar conexos al delito político aquellos que adquieran el cariz de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática. El resultado de tal excepción es su “no participación en política ni ser elegidos los que hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos. De ahí que es un reto hacer la paz con los instrumentos del contexto colombiano”. Es menester determinar el modelo de justicia

transicional que requiere Colombia en este momento histórico. Por ello, la pertinencia de la investigación de esta tesis.

Es importante el contexto teórico expuesto que marca la tendencia en el mundo internacional. Sin embargo, hay que buscar el punto de equilibrio en atención a que el conflicto armado en Colombia lleva más de 50 años y ha sido identificado como atroz por parte de expertos que consideran que los grupos guerrilleros en Colombia han perdido todo norte de lucha política (Pécaut, 2008), aspecto del que se disiente pues por más atrocidades que realicen en la práctica tal grupo armado ilegal, se tendrá que hacerle frente con el modelo de justicia que se requiere.

Aun cuando el aporte de estos autores es pertinente al tomar de presente el aspecto político de la justicia transicional, la autora de este estudio considera que la base de la justicia transicional no es solo política, sino que hay un componente de valores entre ellos la justicia a través del derecho, en el contexto colombiano, plagado de conflicto social.

Por tal razón, para entender esa propuesta se hace necesario los estudios sobre los aspectos históricos y sociológicos del caso colombiano. En ello, es pertinente poner de presente las investigaciones que pretenden poner en evidencia la importancia de encontrar la verdad y una forma para hallarla y esta no otra que la historia que abarca las guerras de los siglos XIX y XX (Ibarra s.f., citado por: Defensoría del Pueblo Colombia, 2015). El estudio concluye que es la distribución de las divisas, las que genera desacuerdos en cómo se ha de reparar a las víctimas. Este estudio deja a un lado el análisis de las cifras, tarea que es realizada por los estudios de sociología frente al conflicto.

Tal es la temática de la investigación sociológica realizada por Milcíades Vizcaino Gutiérrez y Gina Paola Vizcaíno Gutiérrez, quienes analizan el permanente estado de guerra y la capacidad adaptadora de la sociedad colombiana. Para eso proponen que el Estado colombiano se ha transformado en su concepción y en sus funciones actuales respecto al conflicto armado interno por lo cual ha configurado un escenario de ambivalencias en el que surgen las normas de justicia y paz que han profundizado su anomia crónica que requiere de una radical

transformación para recuperar su poder político que responda a los requerimientos de la sociedad (Defensoría del Pueblo Colombia, 2015). Este estudio introduce la tendencia de la doctrina para contextualizar el caso colombiano.

Uno de estos trabajos lo constituye, la visión de la construcción de la justicia transicional desde la perspectiva del Estado de Derecho. Esta perspectiva aborda las diferentes estrategias que el Estado colombiano ha diseñado para el encuentro de la paz y la reconciliación nacional que fluctúan entre procesos represivos de los grupos armados ilegales y las políticas de arrepentimiento pacífico. Ello va desde la sanción penal a la concesión de amnistías e indultos. Este aspecto es novedoso y explora el escenario judicial. Ese contexto lo fue la “Ley de Justicia y Paz” -Ley 975 de 2005-, dejando de lado los actores especiales de miembros de guerrilla. (Baldosea, Defensoría del Pueblo 2015).

Este viraje se encuentra en los estudios de Abelardo de la Espriella, quien propone una fórmula jurídica al proceso de negociación con las FARC. Este autor explora salidas jurídicas al conflicto armado que aflige a Colombia con lo cual aporta los aspectos legales y supra legales dentro del marco de la negociación con el grupo armado ilegal F.A.R.C. EP, iniciado en el año 2012. Este autor niega la participación política de tales en política, desconociendo la naturaleza de una negociación de paz. (De la Espriella, 2015).

Esta última visión entraña la insoslayable visión del contexto internacional con sus estándares. Es así como el autor Juan Pablo Hinestroza determinó que existe una relación intrínseca e interdependiente entre tres conceptos (verdad, justicia y reparación), definiéndolos y aplicándolos a la realidad colombiana y su relación con otros derechos fundamentales. Para ello, se basa en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Hinestroza, 2011).

Las adaptaciones al caso colombiano complementan las fundamentaciones teóricas. Tal es el caso de Jorge Iván Cuervo (2011), este autor determina los estándares de reparación a nivel del sistema regional -Corte Interamericana de Derechos Humanos-. Así se explora la obligación del Estado para proteger y respetar los derechos, lo cual busca restablecer la dignidad de las víctimas, con la preservación de los lazos de solidaridad (p. 453.). Según el autor, estos

estándares de reparación integral a las violaciones de los derechos humanos establecidos por la Corte Interamericana deben ser referentes al proceso de justicia transicional en Colombia.

Estos estudios se difundieron, en especial, a raíz de la negociación con grupos paramilitares. Fue así como se empezaron a extrapolar modelos internacionales (Cuervo, 2011). Se trajeron como ejemplos los de Sierra Leona, Camboya, Uganda del Norte, tratando de identificar modelos adoptados en la “Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005”.

Uno de estos trabajos lo realizó Andreas Forer (2012), quien enfoca su estudio de justicia transicional al caso colombiano, dentro los distintos procesos penales, entre estos la Ley de Justicia y paz y la posibilidad de modular los derechos de las víctimas.

Tales estudios, abrieron el camino para la presentación académica de la justicia transicional aplicable en Colombia. Este es el caso de la autora Ethel Castellanos Morales (2008) que propone una alternativa desde la justicia dentro del marco de una salida negociada al conflicto armado interno. El aporte de este estudio lo es el hecho de advertir que el caso colombiano es diferente de otros modelos de justicia transicional de la región.

Y es, precisamente, dentro de este enfoque que se inserta la presente investigación en cuanto plantea una alternativa práctica en un hecho real y no hipotética: la negociación de paz con grupos de la guerrilla. Esta es la novedad pues sin desconocer la naturaleza política de la negociación se aborda aspectos jurídicos tales como el derecho de las víctimas dentro del concreto caso de los diálogos que se desarrollan en La Habana (Cuba).

En el contexto de estos últimos, se destaca el estudio de la justicia transicional en el caso colombiano, y sus interacciones con diversos sistemas de conocimiento. Tal es el caso del estudio de la profesora Magdalena Correa Henao (2016), quien realiza un balance sobre esa especie de justicia en Colombia, advirtiendo preliminarmente la ganancia de la participación de todos los actores dentro de ella. En ese mismo trabajo académico se estudia los estándares internacionales en materia de derechos a la justicia en la justicia transicional. (Fajardo, 2016, p. 175).

De ahí que la pregunta de investigación, al indagar sobre: ¿Qué características debe revestir la justicia transicional en Colombia frente al actual proceso de paz? resulta de actualidad, y es pertinente, pues se impone como objeto de estudio establecer la caracterización de ese modelo de justicia transicional en el contexto de la negociación en la mesa de diálogo de La Habana (Cuba).

El referente teórico de esta propuesta se inserta dentro del neo constitucionalismo. Esta corriente del pensamiento es la adoptada en la Carta Política de 1991 y es el referente de la Corte Constitucional, corporación que ha incorporado los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caso colombiano, a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad que permitirá crear un modelo estándar sui generis dentro del cual tomará relevancia el tratamiento que la justicia dará a los crímenes internacionales sin que se ponga en riesgo esa transición a la paz. Así, dentro de tal frente de teoría se pueden manejar variables como la justicia, en sus diversos aspectos, punitiva y de transición, atendiendo los estándares internacionales que permita diferentes tipos de respuesta estatal. Este es el aporte epistémico, el cual rompe con la tradición de estudios que no aplican al caso práctico de la negociación con las guerrillas un modelo de justicia transicional plausible con tal tipo de actores violentos, sin que el referente teórico mencionado implique soslayar sus aportes. Se pretende ir más allá de una teorización y ejemplificación externa. Lo que se quiere es aterrizar esos conceptos generales para el caso concreto del momento histórico de negociación que vive Colombia, el cual no debe olvidar su cultura jurídica que ha estado unida al derecho.

El neo constitucionalismo como referente teórico permite normatizar la novedad que se propone en esta investigación pues con ella se extrae rasgos de la cultura jurídica colombiana, inserta en las normas constitucionales, el tipo de justicia que se implanta como valor en el texto de la Carta Política colombiana, que permite otros modelos de justicia, entre estos, el de la justicia transicional, para lo cual fue modificado su texto en el referido Acto Legislativo denominado marco jurídico para la paz del año 2012. Esto dará eficacia a la propuesta desde el punto de vista sociológico más allá de una legalidad aparente, aspecto que permite su misma validez a través de los valores que se preservan.

2.1.3 El papel protagónico de las víctimas en el contexto constitucional colombiano. La Carta Política de 1991, recogió una tendencia mundial sobre el tratamiento de las víctimas según la cual la víctima o perjudicado por un ilícito penal tiene derecho a la reparación, verdad y justicia. Esta posición del constituyente primario colombiano ratifica la influencia del contexto internacional en la fundamentación de derechos.

Nació así una protección constitucional a la víctima que va más allá de la reparación en dinero pues cuando se sufre las consecuencias de un delito se otorga el derecho subjetivo de exigir a las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislativo para obtener el goce efectivo para preservar su integridad a través de esta garantía.

En el derecho internacional se considera que la sola reparación monetaria es insuficiente para dar dignidad a las víctimas frente a las infracciones de sus derechos ocasionados por la comisión de delitos. De esta manera, se tiene una concepción amplia de sus derechos al punto que va más allá del aspecto de reparación económica.

Es en este aspecto en el cual se enlazan los conceptos de dignidad, la que está enfocada a la búsqueda de la verdad y para ello se prevén mecanismos de participación al interior de los procesos penales cuando se abre el camino procesal para participar en las determinaciones que se tomen en su interior. Como consecuencia de ello, se materializa la tutela judicial al punto que el goce de sus derechos se garantiza en la viva realidad y, por tanto, las autoridades deben orientar su accionar hacia el restablecimiento de sus derechos cuando han sido violados por la comisión de infracciones penales. Nótese que la mencionada frase de cajón: verdad, justicia y reparación tiene un componente material más allá que esa fórmula fría. Es cierto, la verdad es un discurso de poder.

En los estudios de Michel Foucault, se ha dicho sobre la verdad, a la manera de construcción social de conocimiento. En esas condiciones el autor señala que las prácticas sociales engendran dominios de saber que no solo dan origen a objetos, conceptos y técnicas, sino que dan la vía para la creación de nuevos y novedosos sujetos de conocimiento. Es así como

Foucault entraña la historia de la verdad, dentro de la cual se va formando la verdad del hombre, una vez a la manera de individuo anormal a través de ciertas prácticas de control y vigilancia. Allí nació un sujeto de conocimiento. En el campo del derecho penal este no es otro que el infractor de la ley penal. Se observa, cómo en torno a ese sujeto de conocimiento –delincuente– se ha construido otros sujetos de conocimiento que vienen a disputar protagonismo en el proceso penal. (Foucault, 1999).

Tal es el caso de las víctimas de esos infractores. Recordemos cómo Foucault en sus estudios determinó que más allá de las reglas del lenguaje existe toda una red de juegos que constituyen preguntas y respuestas alrededor de determinado tema, en el que se sintetizan las relaciones de dominación de una sociedad. Es el juego estratégico del poder. Para el caso del derecho de las víctimas encontramos cómo esa estrategia ha prevalecido para imponerse dentro del proceso penal al punto que estos les quitan protagonismo a los derechos de los autores de la Ley penal. En estos no basta la imposición de una pena, sino que hay deberes más allá de la reparación económica frente a las víctimas de sus acciones. Es allí, frente al tema de investigación, donde se observa un aporte más. El discurso de las víctimas es el resultado de una nueva forma de reelaboración de la teoría del sujeto en el que el conocimiento y la verdad se entrelazan para formar un nuevo saber que se construyó históricamente a través de un nuevo sujeto de conocimiento de las prácticas sociales que originaron a nivel mundial un movimiento en pro de los derechos de las personas víctimas o perjudicadas de un delito.

Es en las prácticas jurídicas, o judiciales, siguiendo a Foucault, en donde se observa el surgimiento de nuevas formas de subjetividades, con lo que se comprueba su hipótesis sobre la verdad, la interna y la externa, a partir de las cuales, según tal autor, se forman otros tipos de subjetividades, dominios de saber.

Para Foucault las practicas judiciales, son formas empleadas por la sociedad occidental para definir ciertos tipos de subjetividades y formas de saber y, por tanto, definen una relación entre el hombre y la verdad.

En efecto, existen dentro del derecho penal las denominadas formas jurídicas que determinan la verdad dentro del proceso penal. La práctica penal, determina cierta clase de verdad pues la indagación penal no solo contiene ciertas consecuencias para el infractor sino enfrenta una obligación para el mismo frente a la víctima del delito.

Este tratamiento penal al delincuente fue paralelo a la manera en que las sociedades capitalistas, según Foucault, crearon ciertas clases de controles políticos y sociales. La forma en que se ha de definir la verdad de lo acontecido frente a las victima hace parte de esos controles. Es así como existe una conjugación de la verdad judicial y la verdad extra judicial. Este tipo de verdad debe ser satisfecho según el tipo de sociedad. En el concreto caso de los crímenes atroces al punto que puede privilegiarse la que se construye a través de los procesados como la que se establecen en las denominadas Comisiones de la Verdad, la cual sería una verdad extrajudicial. Dentro de este tipo de verdades, también existe una verdad no institucionalizada, reconstruida a nivel social por profesionales tales como historiadores, autores literatos, sociólogos, politólogos, abogados, entre otros profesionales. (Uprimny, Rodrigo & Saffon, 2006, p. 9.).

Se tiene entonces, que existen tendencias doctrinales en las que se propone la combinación de tales modelos de verdad. Así como en el proceso penal ordinario se busca la verdad, en los procesos transicionales adquiere vital importancia. La razón es que en estos contextos las sociedades buscan asar de un pasado violento, a través del paso de la guerra a la paz. Establecer la tranquilidad y el orden va conectada con la búsqueda de la verdad frente a la masiva vulneración de derechos de las víctimas.

Este escenario ha sido descrito por el profesor Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon (2006), estos autores han considerado que:

La comisión de cualquier crimen atroz implica el surgimiento del derecho a la víctima saber las condiciones de tiempo, modo y lugar y las razones por las cuales dicho crimen fue perpetrado. Además, todas aquellas circunstancias en las que la comisión masiva y sistemática de crímenes atroces ha tenido lugar hacen surgir no solo el derecho individual de las víctimas a saber, sino también aquél de la sociedad en general a saber y recordar. Por ello, la discusión sobre el tratamiento de la verdad no es de manera alguna irrelevante en un contexto como la actual coyuntura colombiana, a pesar de que resulte difícil tildar al proceso de negociaciones de paz en curso como un proceso transicional que traerá como resultado la finalización de la guerra y la construcción de la paz. (p. 13).

Realizado un recuento histórico, siguiendo a los autores mencionados, se tiene que ha habido un trasegar que tiende a la combinación de métodos para encontrar la verdad. Un primer periodo tuvo lugar, en la Primera Guerra Mundial frente a las atrocidades cometidas. Hubo en el mismo un mínimo de verdad. Periodistas e historiadores contaron la verdad sin respaldo de la institucionalidad.

Frente a los crímenes atroces hubo un movimiento que tendió a aplicar la justicia a los responsables y fue así como en el Tratado de Versalles (1919) se exigió el juzgamiento internacional del Kaiser alemán y el juzgamiento de los demás responsables a través del Tribunal militares de los países aliados. El resultado de ello fue el juzgamiento de casos responsables y la aplicación de penas muy benévolas. Este periodo se le identifica como un mínimo de verdad. (Uprimny, *et al.*, 2006)

En época de la Segunda Guerra Mundial, se gestó un segundo momento para la justicia transicional, y este se enmarca dentro de la formación de los tribunales de Núremberg y Tokio que fueron instaurados por los Estados vencedores en contra de los victimarios de crímenes de guerra, aquellos vencidos por los países aliados. Una combinación entre la verdad establecida en los Tribunales instituidos y la que se construyó a través del relato de cronistas históricos y literatos. Como uno hubo negociación se impuso la justicia de los vencedores, en la que el aspecto punitivo predominó. Ejemplo de ello fueron los procesos seguidos en los Tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia, los cuales fueron ad hoc, con lo que, en ese proceso transicional de

la guerra a la paz, se privilegió la verdad judicial conjugada con verdades sociales no institucionalizadas materializadas a través de obras literarias. (Uprimny, *et al.*, 2006)

Otro momento de la periodización sugerida por Uprimny y Saffón (2006) lo constituyen los procesos transicionales de la región latinoamericana, de los años setenta y ochenta. Este periodo coincide con las amnistías otorgadas a los regímenes dictatoriales. Se crearon específicamente comisiones para la reconstrucción de la verdad, las cuales tenían facultades de investigación mas no la facultad de imponer penas. La constante en la región, respecto de los dictadores latinoamericanos, fue la entrega voluntaria del poder, lo cual condicionó esa búsqueda de la verdad. Por ello, se impuso el criterio de las amnistías absolutas y nada de verdad.

Sudáfrica y sus transiciones también ofrecen un punto especial para la periodización de la justicia transicional. En especial, cuando se puso fin al apartheid en los años 90 en los que cobraron protagonismo las comisiones de la verdad “como las herramientas más idóneas para lograr la reconstrucción de la verdad de los crímenes atroces perpetrados con anterioridad al régimen de transición” (Uprimny, *et al.*, 2006, p. 39). Durante esta etapa se pudo observar las bondades de las comisiones de la verdad, las cuales le quitaron protagonismo al proceso penal, el cual presentaba obstáculos para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos. Tales institutos se constituyeron en el medio más idóneo para encontrar la verdad más completa de esa serie de atrocidades que la antecedieron.

Para Uprimny y Saffon (2006) existe un cuarto periodo y este es el de la complementariedad. Para los autores es el momento actual, en la que las tres formas de reconstrucción de la verdad antes dicha confluyen para buscar una complementación., en la que los mecanismos judiciales y extrajudiciales se entremezclan. Y es que se ha revalorizado la verdad judicial en cuanto no se puede dejar sin castigo a los autores de crímenes atroces.

Una de las críticas más enconadas frente a las comisiones de la verdad ha sido el hecho de que la falta de castigo y ello dificulta la satisfacción de los derechos a la reparación y a la verdad, garantizados por “una investigación, un juicio y una condena judicial”. (Uprimny, *et al.*, 2006, p. 21.)

La complementariedad reciproca en criterio de los autores citados se impone. Es decir, se deberá propender por una verdad extrajudicial institucionalizada como de la verdad judicial. Es insuficiente aquella que se da a través de los relatos de historiadores, sociólogos, politólogos periodistas y autores literarios, los cuales pueden complementar los relatos judiciales de la violencia.

La verdad judicial se encamina a hallar un responsable e imponer una sanción punitiva. Por ello, las Comisiones de la verdad pudieran complementarlo en la medida en que su finalidad lo es esclarecer las circunstancias en las que sucedieron los hechos y las razones de la ocurrencia de los crímenes atroces. Se afirma que la debilidad de la verdad judicial deriva del carácter fragmentario de cada uno de los casos que se investiga impidiendo de esta manera una reconstrucción de contexto de las atrocidades cometidas. También se observa que la verdad judicial presenta otras limitaciones como (i) su carácter unilateral al otorgarle relevancia a lo que guarda relación con la significancia jurídica. (ii) La insensibilidad de los procesos judiciales frente a los derechos de las víctimas, las cuales se acercan al proceso en calidad de parte civil. (iii) los costos y dificultades que implica la reconstrucción de la verdad al interior de un proceso judicial. (Uprimny, *et al.*, 2006)

Por el contrario, las comisiones de la verdad realizan un relato global y holístico de tales acontecimientos fácticos de perpetración de crímenes atroces. En cuanto a la verdad producida en tales, se tiene que es el producto de diversas perspectivas por lo que el punto de vista jurídico es una de estas. En cuanto a la sensibilidad de las comisiones de la verdad se tiene que decir que tales instituciones son creadas en pro de las víctimas quienes tienen derecho a que se les reivindique la dignidad cercenada con ocasión de los crímenes atroces. Y en cuanto a los costos, las comisiones de la verdad funcionan con mucho menos presupuesto que las instituciones jurídicas y sus burocracias. (Uprimny, *et al.*, 2006)

A pesar de esas ventajas, se les reconoce a las comisiones de la verdad las siguientes debilidades: (i) su fuerza de convicción en la medida que no tienen fuerza de cumplimiento a diferencia de una sentencia judicial. (ii) La laxitud en las pruebas puede construir una verdad poco convincente y en detrimento de los derechos de los victimarios. (iii) La verdad reconstruida

puede ser parcial puede no contener todos los puntos de vistas de las personas involucradas. (iv) Este tipo de construcción de la verdad no tiene la seguridad jurídica de una sentencia y por lo mismo es sujeto de revisión periódica. (iv) Las comisiones de la verdad no tienen poderes coercitivos. (v) Las reconstrucciones que se realizan es de carácter privado con el propósito de ofrecer protección a las víctimas. (v) Puede convertirse en una verdad inocua que a nadie le importe. (Uprimny, *et al.*, 2006)

Las debilidades y fortalezas de uno y otro sistema pueden dar la construcción de una opción intermedia: la complementariedad. Así, la búsqueda de la verdad debe hacer confluír tres formas de reconstrucción, tal como lo plantean estos autores: judicial, extrajudicial y social. Esta articulación permitirá una aproximación a ese derecho fundamental de encontrar la verdad en los pasados atroces de las sociedades como la colombiana.

Sobre la verdad hay que precisar lo siguiente: en esta investigación se acoge el criterio en el sentido de que la verdad corresponde con un hecho. En ese sentido, dentro de un proceso de paz como el que ocurre actualmente en Colombia tiene que presuponer que un enunciado descriptivo es verdadero solo y si se corresponde con un hecho. Esto quiere decir que un enunciado verdadero describe un hecho que ocurre y en el caso del pasado violento colombiano, un hecho sobre el pasado, un hecho que ocurrió. En ese sentido, un enunciado falso dará cuenta de un hecho que ocurrió o no sucedió.

En la construcción de la verdad no hay que olvidar que Colombia está inserta en una tradición en la que los procesos judiciales pretenden establecer si determinados hechos han ocurrido o no y las pruebas sirven para resolver tal situación. Por ello, es muy fuerte el arraigo a la tradición. Factores culturales y técnicos - jurídicos influyen a que la verdad del sistema jurídico colombiano esté unido al proceso judicial.

De ahí que ese concepto de verdad de los hechos en el proceso tiene dos problemas: (i) surge la idea de una verdad judicial o procesal especial y la idea que se tienen de la verdad fuera del proceso. (ii) La relación prueba – verdad implica establecer el sitio de esta última frente a los hechos en la teoría del proceso. Esta última situación va arraigada a la concepción de que el

proceso no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos (Uprimny, *et al.*, 2006). Esta corresponde a la concepción tendiente a identificar el proceso como un escenario que resuelve controversias y no para producir decisiones verdaderas. Por ello, se afianza la idea de que la única verdad posible es la que está establecida dentro del proceso pues fuera de esta no hay otra verdad que interese al Estado.

Hay que advertir que, en esa tradición, en la que está Colombia, se da una trascendencia a la Teoría de la Prueba y a la Teoría del Proceso en General. Para la primera la función de la prueba sería la de establecer la verdad de los hechos. Para la segunda, la función del proceso no consiste exclusivamente en determinar la verdad de los hechos. Surge así esa contradicción pues la prueba indica una verdad, de la que el proceso no está interesado.

Esto indica que existe una necesidad de combinar esa búsqueda de la verdad procesal judicial y la de la Comisión de la Verdad, así como a construirla socialmente. Las tres versiones conducirán al establecimiento de lo que fue verdadero. Eso impedirá la negación de la verdad. Esta debe ser imparcial y ajena a los intereses parcializados de las partes en conflicto que negocian la paz.

No hay que olvidar que existe una posición que niega ese encuentro de la real verdad. Es la tendencia del escepticismo filosófico radical que “excluye la cognoscibilidad de la realidad”. Taruffo (2002), sobre el punto, refiere que son múltiples las posiciones teóricas que niegan la posibilidad de un conocimiento aceptable de la realidad. Esta doctrina no ha sido ajena al ámbito jurídico. El fundamento de estas es la imposibilidad de llegar a la verdad por cuanto aquella se fundamenta en la intuición, en reacciones individuales o en valoraciones irreductiblemente subjetivas (Uprimny, *et al.*, 2006). Esa posibilidad también ha sido explorada por parte de la sociología del conocimiento.

Desde esta última perspectiva se tiene que decir que a nivel del contexto existen procedimientos de construcción de la realidad, así como condicionamientos sociales que enseñan que no es posible la formación objetiva del conocimiento de la realidad. Esto es innegable. Taruffo (2002) se opone a esta tesis en cuanto tal percepción incurre en un error de método o se

basan en premisas filosóficas discutibles que no son abordadas en su estudio bajo el pretexto de que no es tema de la determinación judicial de los hechos.

Este reconocimiento implica que la verdad judicial para ser verdaderamente real tiene que nutrirse de otras instancias de verdad que las dan las Comisiones de la Verdad como las formas de reconstrucción de las mismas a nivel social, en atención a que la verdad es socialmente construida sea dentro del ámbito judicial o no. Su determinación judicial, social o extraprocesal tiene que ver con la concepción de justicia, por lo que es innegable la relación entre verdad y justicia.

Es en esas condiciones la verdad se entrelaza con la justicia. En efecto, la noción de esta como derecho se vincula con la verdad, la sanción y reparación en eventos de vulneraciones a los derechos humanos. La justicia como derecho tiene su fuente de origen no solo en tratados internacionales y en la interpretación de los órganos competentes para tal fin. Pero a la vez tiene rastros de softlaw (derecho blando). Esto le da un carácter mixto (Uprimny, *et al.*, 2006). Este último da unos parámetros mínimos jurídicos que los Estados deben tener en cuenta a la hora de negociar una paz. Esta posición debe aceptar la idea de que aquél es fuente del derecho internacional pues los acuerdos que se realicen en ese ámbito son herramientas para su desarrollo futuro de esta área del derecho mediante la construcción de una “opiniojuris”, tal como se acepta en este trabajo de investigación. (Castellanos, 2008, p. 28)

Previamente se ha de advertir que esta concepción implica que el softlaw será el soporte de la creación normativa tan propia de sociedades como la colombiana que le han rendido culto a la norma jurídica. Y en el ámbito internacional los Estados tendrán que actuar de acuerdo a tal opinio juris vinculados a tratados multilaterales.

Si bien en un comienzo muchas de esas normas del soft law no tienen dientes o fuerza vinculantes, es necesario advertir que abren un camino allanado para crear presiones que pueden influenciar en la conducta de los Estados del mundo. En todo caso ese softlaw está relacionado con el hard law (derecho duro) al punto que el primero como fuente nace de esas fuentes reconocidas del derecho internacional.

Un recorrido tangencial por las fuentes clásicas y aquellas del softlaw para indicar que se han construido unos mínimos que los Estados deben respetar en relación a la idea de justicia y al derecho de las víctimas. La primera implica para los Estados: investigar, perseguir y castigar y reparar. (Castellanos, 2008). El segundo hace referencia a los derechos subjetivos por proteger,

En cuanto al derecho de justicia se tiene lo siguiente, siguiendo a la profesora Ethel Castellanos (2008): Sus fuentes clásicas han sido la ONU, el DPI, el DIH, y el SIDH. Es decir, sus fuentes son Tratados o intérpretes autorizados por estos. De ahí que apuntan a establecer las siguientes obligaciones: (i) “sanción a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos”, con lo que se impone límites a las amnistías e indultos; (ii) Investigar; (iii) garantía a las víctimas un “recurso judicial efectivo”; (iv) respeto en todos los procesos judiciales las reglas propias del debido proceso e (iv) imposición de penas adecuadas a los responsables. La obligación de sancionar significa “el esclarecimiento de la verdad” para las víctimas, sus familiares y la sociedad entera. Con ello se impone límites para la concesión de perdones absolutos y, por supuesto, la reparación del daño. También se incluyen dentro de las obligaciones de los Estados la prohibición de la permanencia de perpetradores de violaciones de derechos humanos en cuerpos armados u otras posiciones de autoridad. La responsabilidad internacional de los Estados nace del incumplimiento de esta obligación de evitar la impunidad. Así, las amnistías absolutas podrían ocasionar en una responsabilidad internacional de manera personal. (p. 32.)

En el grafico siguiente se podrá observar la norma de protección del sistema internacional de la protección de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario:

Tabla 3. La norma de protección del sistema internacional de la protección de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario

Fuentes del sistema Internacional de Protección de derechos Humanos	Derecho Penal Internacional	Derecho Internacional Humanitario
<p>Pacto Internacional de Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.</p> <p>Aporte: concretar y especificar el contenido de los derechos humanos, señalar el límite de su ejercicio y establecer los mecanismos de protección frente a sus eventuales violaciones.</p> <p>Colombia lo aprobó a través de la ley 74 de 1968, ratificado el 1969 de octubre de 1969.</p> <p>El artículo 2 establece el principio de efectividad. Implica la necesidad de establecer en la legislación mecanismos para efectivizar los derechos consagrados. “El acceso a la justicia y el debido proceso son derechos fundamentales”.</p> <p>El art. 14 establece la no discriminación para acceder a la administración de justicia.</p>	<p>Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.</p> <p>Aporte: Por primera vez “en la historia una corte Internacional permanente tendrá jurisdicción sobre los crímenes cometidos no solo durante los conflictos armados internacionales sino también durante los conflictos armados internos”.</p> <p>Esta jurisdicción no afecta la competencia de los Estados partes de entablar diligencias judiciales contra los crímenes de guerra en los respectivos tribunales nacionales.</p> <p>Los crímenes de guerra incluyen las violaciones graves de la Convención de Ginebra y las violaciones a las leyes y las costumbres de la guerra.</p>	<p>Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1977.</p> <p>Aporte: dispone de normas internacionales que limiten los efectos de la guerra sobre las personas y los bienes que protejan a algunos grupos de personas especialmente vulnerables.</p> <p>Las fuentes principales son el art. 3° común a los IV Convenios de Ginebra -1949- y el Protocolo II de 1977, adicional a tales convenios. Este artículo insta a las partes implicadas en un conflicto interno a respetar algunos principios fundamentales del comportamiento humanitario.</p>

Fuente: Elaboración Propia.

Por su parte, el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos, instituido con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, tiene instrumentos y entes orientados para lograr la paz:

Tabla 4. Instrumentos y entes orientados para lograr la paz

Instrumentos	Entes - funciones	Argumentos sobre el derecho a la verdad
<p>La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Conv. Americana sobre derechos humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales (protocolo de san salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, la convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994)</p>	<p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).</p> <p>Funciones:</p> <p>CIDH: promueve el respeto y defensa de los derechos humanos y tiene funciones “cuasi-judiciales”.</p> <p>Corte IDH: función judicial y consultiva.</p>	<p>La Corte Interamericana de derechos humanos considera que la dimensión individual del derecho a la verdad tiene una virtualidad reparatoria, la que nace del deber del Estado de investigar los hechos relacionados con vulneraciones de derechos humanos y juzgar a los responsables de las mismas.</p> <p>El derecho a la verdad implica el uso de un recurso judicial efectivo y la protección a derechos fundamentales tales como vida, dignidad, intimidad familiar y personal.</p> <p>El derecho de la sociedad a saber la verdad.</p>

Fuente: Elaboración Propia.

En la región, y en occidente, no es posible desligar la búsqueda de la verdad con la sanción producto de la responsabilidad penal. Por ello, propenden por hacer compatible las alternativas de los institutos de amnistías e indultos a favor de los individuos que se han tomado armas contra el régimen constitucional y legal vigentes, radicando en este la obligación de “esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014)

Respecto de la amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adujo que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. (CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001).

En estos apartes, es indudable la conexión entre verdad y justicia. Estos elementos dependen de la posibilidad que las víctimas puedan ser escuchadas por lo que leyes de prescripción, de amnistías pueden involucrar la vulneración de derechos determinados por la convención.

De ahí la conexión entre el acceso a la justicia como derecho de las víctimas y la democracia. Por ello, la impunidad atenta contra las bases de estas. Tal fenómeno es entendido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. (CIDH. Caso Ivcher Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001)

Lo anterior por cuanto existe una obligación del Estado de enfrentar la criminalidad por la totalidad de los medios legales a su alcance ya que tal fenómeno lesiona los derechos de las víctimas. Es un deber de los Estados materializar el derecho de las víctimas a través de recursos efectivos judiciales mediante los cuales se ponen en conocimiento de la autoridad de las vulneraciones a los derechos humanos dentro de un término razonable por parte de un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido. (Castellanos, 2008)

Esa posibilidad en el Sistema interamericano apareja la posibilidad del derecho a la reparación, que debe ser integral que tiene como finalidad tomar las medidas para evitar y erradicar las consecuencias de las violaciones.

Surge de lo anterior que el derecho a la justicia tiene una íntima relación con las fuentes formales del derecho internacional, sin que se descarte que existen otras fuentes informales que se derivan de los consensos internacionales publicados en informes y declaraciones de órganos de sistemas de protección de los derechos humanos, tratados internacionales, doctrina y jurisprudencia del derecho internacional público. (Castellanos, 2008).

Es así como autores nacionales han determinado que de esas fuentes se formulan unas pautas generales obligatorias para el diseño de la justicia transicional. Estas son:

Tabla 5. Pautas generales obligatorias para el diseño de la justicia transicional

Pautas	Materia
Incremento de los deberes de los Estados frente a la protección de los derechos humanos.	DIDH
Imposición de la “responsabilidad penal individual por la realización de graves violaciones a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario”.	CPI
Aumento y respaldo de los instrumentos	DIDH

internacionales de protección y deberes internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.	
Ampliación de la barrera de protección a nivel internacional en asuntos de derechos humanos de tiempos de paz a periodos de guerra y viceversa.	Derecho internacional antiterrorista.

Fuente: Elaboración Propia. Se toma como fuente la normativa de cada una de estos contextos normativos.

Estas cuatro normatividades han diseñado a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad el fortalecimiento interno dentro del marco de protección a la persona humana a través de: (i) la materialización del principio de jurisdicción universal; y (ii) la inclusión de “estándares internacionales de derechos humanos al derecho interno” (Castellanos, 2008). De lo anterior, se tiene que el derecho a la justicia tiene tanto fuentes formales como informales en su formación, o en otras palabras, es pasible de tanto el derecho duro como blando. Esto ha permitido que autores como Ethel Castellanos encuentren tanto en las fuentes formales como en otras manifestaciones que no tienen el rótulo de clásicas, cuya simbiosis determina la relación entre verdad, sanción y reparación. Los Estados como personas jurídicas tienen obligaciones y estas hacen parte del criterio de justicia.

En efecto, siguiendo a la autora mencionada se tiene que, según Luis Joinet, en su obra denominada “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos”, anexo al “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos”, los Estados tienen cuatro obligaciones que deberán ser tenidos en cuenta como referentes en tiempos de transición: (i) “La satisfacción al derecho a la justicia”; (ii) “la satisfacción al derecho a la verdad”; (iii) “la satisfacción al derecho a la reparación de las víctimas y (iv) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición”. Estos han sido aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se determinan las directrices en materia de verdad, justicia y reparación. (Castellanos, 2008)

En estos principios se evidencia la relación entre el concepto de justicia con los de verdad y el de víctimas. Los tres primeros principios enlazan esa relación: (i) principio uno, del “derecho inalienable a la verdad”; (ii) principio dos, “el deber de recordar”; (iii) principio tres, “el derecho de las víctimas a saber”. Estos se conectan “con el principio 8, de los Principios y directrices” básicas “sobre el derecho a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones” de Bassiouni del año 2000. En las definiciones de justicia se tiene que el papel de la víctima es fundamental, no solo considerada individualmente sino de manera colectiva. (Castellanos, 2008).

Estos dos ámbitos determinan que el derecho a la verdad pueda ser reivindicado por intermedio de procesos judiciales y/o comisiones judiciales o extrajudiciales de investigación. Esto indica que la reparación del daño tiene un ámbito individual como colectivo. En lo que tiene que ver con la primera, se tiene que una víctima tiene derecho cuando le son violados sus derechos humanos como el DIH a la reparación que se manifiesta en la restitución, la “indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición”. (Castellanos, 2008).

De acuerdo a la autora Castellanos (2008) el derecho a la justicia involucra varios componentes: Investigar los hechos ocurridos con seriedad y diligencia; dar sanción a los infractores de graves vulneraciones a los derechos humanos; imponer penas adecuadas a los responsables; garantizar a las víctimas un recurso efectivo para tramitar la investigación de los hechos, la sanción de los responsables y la reparación integral, restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; respeto en todas las causas judiciales las reglas propias del debido proceso. Esta concepción de justicia implica la construcción social de la verdad. Es el relato de lo que pasó con la identificación de sus protagonistas: víctimas y victimarios. Y la sanción se impone como deber al Estado para sancionar los comportamientos violatorios de los derechos humanos y el DIH para con ello eliminar la impunidad. Así el Estado “debe investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de las atrocidades”; de ahí se impone límites a las amnistías. (Castellanos, 2008)

Las reglas de Bassiouni han determinado unos criterios específicos para las víctimas. Les han dado instrumentos de reclamación. Así, a través de un recurso efectivo judicial, se puede obligar al Estado a las siguientes obligaciones: (i) dar a conocer, por medios oficiales y privados, todas las acciones pertinentes contra las violaciones de los derechos humanos y el DIH; acoger, en todo proceso que afecte al derecho de las víctimas las medidas para evitar que sean incomodadas y esto hace alusión a los derechos de protección a su intimidad y la garantía de seguridad para su núcleo familiar. Según lo advertido, ello incluye “los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendentes al logro de reparaciones colectivas y de garantizar el acceso a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales” (Castellanos, 2008). Tanto la dimensión individual como colectiva del derecho de reparación implica obligaciones de los Estados encaminadas para restaurar, indemnizar, o reparar los derechos individuales o colectivos directamente a quienes parezcan afectados (Castellanos, 2008). Por ello, es importante establecer el concepto de víctima.

Colombia ha elaborado un concepto de víctima dentro del cual involucra al sujeto activo del delito. A diferencia de las normas internacionales se vincula su concepto a la idea de infracción y lesión a un bien jurídico de protección constitucional. Las normas internacionales establecen una serie de obligaciones y los canales procedimentales para hacer efectivo los derechos de las víctimas. En este ámbito ya su noción no se conecta con la idea de una conducta punible sino con la vulneración a los derechos humanos.

Un referente normativo lo es el Estatuto de la Corte Penal Internacional -art. 75-, el cual establece “*principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes*”. La definición que las normas internacionales han dado de víctima tiene en cuenta la conexión entre la violación y los efectos que la misma tiene en las personas o en un grupo de estas. Así se tiene que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reunida en el 56° de sesiones de la misma adaptó la siguiente definición:

“Se considerará víctima a la persona que, individualmente o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales,

sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Se podrá considerar también “víctimas” a los miembros de la familia directa, así como a las personas que al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos”. (Patiño, 2006, p. 189.)

Los derechos de las víctimas se engloban en el concepto de reparación. Este pende del principio de derecho internacional en virtud del cual los Estados se encuentran obligados a dar cumplimiento, convenciones de buena fe que implican una garantía del goce de los derechos que incorporan y absteniéndose de vulnerarlos.

Ese restablecimiento implica derechos a “la verdad, la justicia y la reparación”. La verdad es un principio inalienable que se concibe desde dos perspectivas: la individual y la colectiva. En el primero, significa el reconocimiento respecto de las personas que padecieron las violaciones, sus familiares y allegados de saber qué ocurrió. En el segundo ámbito se ha llamado el derecho a saber pues los pueblos tienen derecho a conocer su historia y de conocer las causas por las cuales se presentaron las graves violaciones a los derechos humanos y el contexto fáctico en las que las mismas se dieron. (Patiño, 2006, p. 175.)

El derecho a la justicia tiene como finalidad la erradicación de la impunidad. Por ello, la sociedad y el individuo pueden exigir al Estado el juzgamiento y debido proceso frente a los hechos que causan la violación de los derechos humanos, cuyo objetivo es la imposición de una sanción.

La reparación se refiere a las medidas que tiene por finalidad erradicar los efectos generados con la violación a los derechos de las víctimas. Para ello, es necesario demostrar el daño, sea material e inmaterial. Entre las varias formas de reparación están: (i) la restitución, la cual consiste en un mecanismo que tiene como propósito devolver a la víctima a la situación que ostentaba con anterioridad a la violación de sus derechos convencionales; (ii) la compensación, tiene como objetivo el restablecimiento de los perjuicios ocasionados a la víctima que resulten evaluables económicamente y se materializa por medio de la indemnización; (iii) la rehabilitación, es la prestación de atención médica, jurídica, psicológica y social a las víctimas

directa, a los familiares, y demás personas afectadas por la vulneración de derechos humanos y (iv) “las medidas de satisfacción” y “garantías de no de repetición, las cuales son de una serie de medidas que pretenden garantizar que no se vuelvan a repetir las violaciones de derechos humanos, las cuales tienen el carácter preventivo”. (Patiño, 2006).

Se tiene, entonces, que el concepto de víctima es central dentro de la noción de justicia. Una síntesis de lo expuesto indica que el derecho a la justicia, dentro del sistema interamericano de derechos humanos, aplicable al caso colombiano, comporta el deber de investigar con seriedad y diligencia los hechos ocurridos; castigar a los infractores de graves violaciones de los derechos humanos; imponer penas adecuadas a los responsables; garantizar a las víctimas una acción judicial efectivo para tramitar la investigación de los hechos, la sanción de los responsables y la reparación integral (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición); respetar en el proceso judicial el debido proceso para los victimarios y las víctimas. (Castellanos, 2008)

Es evidente que del análisis anterior surge la necesidad de ponderar y equilibrar el derecho a la verdad, la sanción y la reparación, por lo que los derechos de las víctimas es el punto de equilibrio en la búsqueda de la justicia en tiempos de transición, la cual debe girar en torno a la idea de la democracia y de la paz, principios insertos en la Carta Política colombiana.

Democracia y paz son dos principios insertos en el preámbulo de la Constitución Política. Democracia entendida como forma de organización de gobierno. La paz es un valor que tiende a preservarse a través de diferentes instrumentos que se insertan en tal norma fundamental. Por ello, en el año 2012 se diseñó “el marco jurídico para la paz”, que constituyó el Acto Legislativo No. 01 del año 2012. En este, se diseñó la estrategia para emprender diálogos de paz con grupos armados ilegales.

Por ello, existe una relación entre democracia y paz. En esta interacción ocupa un sitio importante el delito político, figura que combina aspectos políticos y jurídicos. Esta figura delictiva implica en su concepción tres fines: (i) permite que, a los sancionados por los delitos de rebelión, sedición y asonada, les sea concedida una amnistía o les sea concedido un indulto. (ii)

Impide que las conductas que se consideren delito político sean extraditadas. (iii) Da la oportunidad que los condenados por estos ilícitos participen en política, especialmente para que accedan a cargos públicos y ejercer el derecho de sufragio pasivo. (C.C. Sentencia C-577 de 2014)

Se ve como la relación entre democracia y paz, tiene que tales postulados tienen desarrollo en la Carta Política. Así se tiene que el artículo 150, numeral 17, permite el otorgamiento de amnistías e indultos a los delincuentes políticos. Así mismo, el art-. 35 prohíbe la extradición de nacionales por delitos políticos. Y, además, existen una serie de artículos que permiten la participación política en el aspecto de poder acceder a cargos públicos y ejercer el derecho de sufragio en el sentido de ser elegidos, a diferencia de condenados por otra clase de conductas punibles. En ese sentido, pueden aspirar a ser elegidos miembros del Congreso de la República, según el artículo 179, numeral primero, Presidente de la República y Vicepresidente –art. 197, inciso segundo, Magistrados de las altas cortes y diputados de las diferentes asambleas de los Departamentos. (C.C. Sentencia C-577 de 2014)

Téngase presente que esas normas deben estar en conexión con la preceptiva internacional y, en ese sentido, por virtud de la doctrina del bloque de constitucionalidad se han consagrados límites respecto de las concesiones de amnistías e indultos y frente a la prohibición de extradición. De estas prerrogativas suscita gran debate el hecho de la participación política de los ex guerrilleros.

El Estado colombiano es definido constitucionalmente como de marco democrático. Así lo prevé el preámbulo de la Carta Política. Esta norma orienta otros contenidos democráticos como la elección de miembros del poder legislativo –art-171 y 176-; Presidente de la República –art. 190-; Vicepresidente –art. 202-, entre otros, normas que están en consonancia, según el bloque de constitucionalidad con desarrollos de la preceptiva internacional. Esta prevé, por ejemplo, tales fundamentos: el art. 23 de la Convención de Estados Americanos da la oportunidad a los Estados partes, de los que hace integración Colombia, la posibilidad de que diseñen su propio modelo de democracia y desde luego la forma en que se materialice la participación en política.

Este deber ser, se puede observar en el caso Yatama contra Nicaragua (2005)⁶. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce el principio democrático en su artículo 25. Sin embargo, en virtud de tal principio era previsible cómo se operaría en contextos de transición. De ahí que la fórmula delito político se compenetra para dar vía a la inclusión en el pacto social de aquél extraño y en que en un momento histórico tomó las armas en contra del régimen constitucional y legal vigente. Ese es el sentido de la tradición colombiana. Por ende, la participación política de actores armados que se adecúan a la conducta punible que configuran el delito político, pues este es una excepción al régimen de inhabilidades.

Por ello, si bien es cierto que el artículo 122 de la Carta Política debe leerse en clave sistemática, es decir, que aquellas condenas mencionadas en tal son todos menos las que se refieran a la rebelión, sedición y asonada también lo es que “el marco jurídico para la paz” estableció en el artículo 67 la posibilidad de la participación política de grupos armados que se desmovilice en el escenario de los insumos de justicia transicional.

Se tiene entonces que, si un grupo armado ilegal toma las armas en contra del Régimen constitucional y legal vigente, ello significa que tienen sus integrantes una calidad especial que lo da la tradición colombiana. Por ello aquél ha debido diseñar unas medidas dentro de la justicia transicional que se estructuró para atender este tipo de situaciones. Esto porque la situación de estos grupos armados ilegales es diferente en atención a que le han planteado una guerra al Estado colombiano que pretende la toma del poder. En esas condiciones, esa posibilidad de participar en política de tales actores armados combatientes es una prerrogativa de carácter constitucional y legal que se erige como una tradición al punto que ningún proceso de paz se diseña sin tener en cuenta esta posibilidad. Esa tradición se mantiene aún en cambios constitucionales. Así lo previó la Corte Constitucional colombiana al determinar que no es otra cosa que contextualizar ese tránsito de las armas a la política de grupos denominados guerrillas. Así se previó, el precepto transitorio involucra tres distintos contenidos normativos:

“Primero que se permita la participación en política de quienes tomaron parte en el conflicto armado que ha tenido lugar en el Estado colombiano. Segundo, consiste en

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia, 23 de junio de 2005.

que aquellas conductas que sean consideradas delitos conexos al delito político por parte de la ley estatutaria para los exclusivos efectos de permitir la participación en política no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o constituir genocidio, cuando éstos se hubieren cometido en forma sistemática. Y tercero la restricción de no participar en política quienes hayan sido seleccionados y condenados por dichos delitos”. (C.C. Sentencia C-577 de 2014)

Quiere decir lo anterior que la participación política de los ex miembros de las guerrillas que se desmovilicen y negocien la paz está garantizada al punto que de haber condenas por los delitos políticos esto no generará ninguna restricción o inhabilidad. Vale la pena aclarar que el establecimiento de este aspecto no significa la renuncia del Estado a perseguir la infracción penal y restablecer los derechos humanos vulnerados. Mucho menos significa la renuncia del Estado a investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones que se hayan realizado en el contexto del conflicto armado interno. Es más, cumplida la condena penal, entraría a operar esa alternativa de participación política.

Desde esa perspectiva existe una relación entre justicia en tiempos de transición. La idea de saldar compromisos con la sociedad implica que, si bien es cierto que se hacen restricciones a la hora de negociar la paz, esto implica que el deber de impartir justicia debe ceder ante la demanda de participación política. Para gozar de esta posibilidad, a tenor del artículo 66 transitorio del acto legislativo se tiene que cumplir unos requisitos previos. Estos son: la garantía de la protección del derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la no repetición. Puede crearse mecanismos extra judiciales y judiciales para el esclarecimiento de la verdad que permitan el deber del Estado de Investigación y juzgamiento. Por lo tanto, la democracia va unida a la idea de justicia.

La justicia, según la tradición que tiene Colombia, está vinculada con la idea de verdad, sanción y reparación. Cada una implica la otra, así que esas condiciones no son alternativas. Las tres deben confluir dentro de cualquier esquema que diseñe una justicia transicional que pretenda diseñar el modelo de ese valor en los pasos de la violencia a la paz. Esta última implica, una posición diferente a los factores que han generado violencia, máxime cuando Colombia es una sociedad conflictual. Solo así se pueden erradicar esos factores que han generado

estructuralmente el nacimiento de una violencia que se ha transformado en guerra por más de 50 años. Un paso importante es la identificación de un *estatus quo* lleno de injusticias. (Castellanos, 2008)

Es indiscutible que la paz como derecho implica la inclusión del otro, del diferente; es crear espacios de diálogos tendientes con la finalidad de llegar a una convivencia pacífica, la cual es uno de los fines del derecho. Este, entendido como ordenamiento jurídico debe primar dentro de la forma de regir la sociedad en la que debe darse cabida al pluralismo dentro de la libertad de expresión y asociación en el que el sufragio universal se erige como derecho de todos, incluso del disidente. (Castellanos, 2008)

Democracia, justicia y paz son valores que existen dentro del diseño constitucional colombiano de 1991. La democracia es la garantía para legitimar el poder. Y dentro del marco del conflicto colombiano si existe hace más de 50 años un conflicto armado interno dentro del cual hay grupos armados que han tomado la violencia bélica para cambiar el régimen constitucional y legal vigente, es necesario una participación política de estos últimos para cuando se firme la paz en atención a que democracia significa no uso de la fuerza. Sin embargo, so pretexto de la paz no se puede hacer borrón total sobre la violencia generada en tal estado de guerra. Surge necesaria la relación entre paz, democracia y derechos humanos, valores que se preservan con la justicia. Por ende, la población que ha sido víctima de continuas vulneraciones a los derechos humanos debe dotarse de herramientas para que su participación en la toma de decisiones de esa nueva sociedad que se pretende construir. Ello implica, una participación de las víctimas en el modelo de justicia. Si estos conjuntos de personas ven menguado su participación en esos espacios mencionados, habrá una decepción que implicará el uso de la fuerza o de su propia mano para hacer esa justicia que el Estado no está en capacidad de suministrar a través de los conceptos de verdad, sanción y reparación. Por ello, teóricamente es necesario sentar las bases de cómo entender la justicia en periodos de transición.

Para ello, preliminarmente se ha de tener en cuenta los elementos de la justicia. Esta no es solo sanción. Dentro del marco del respeto de un Estado de derecho aquel no sería el fin dentro del marco de esa transición, dentro del cual se debe reconocer al otro, en la que la sociedad civil

tiene una especial función dentro de la búsqueda de la verdad, siendo esta su objetivo. Y esto implica formas de participación que solo la democracia ofrece. Con ello se preserva la memoria, que incluya la reconstrucción del tejido social con la satisfacción individual y colectiva de la reconciliación. Esta implica el conocimiento de los hechos para que se entienda que se perdona. (Castellanos, 2008).

Siguiendo a la investigadora Ethel Castellanos (2008) se tiene que la justicia se descompone en factores de verdad, sanción y reparación. Ello se condensa en la siguiente Tabla, que señala los mínimos de cada componente:

Tabla 6. Importancias de la justicia en el proceso de transición de sociedades vulneradas y en guerra interna que transitan a la democracia

Generalidades	Derecho a la verdad	Sanción	Reparación
Evitar extremos: justiciabilidad total o impunidad absoluta.	Deber del Estado investigar con seriedad y diligencia.	El Estado tiene el deber de sancionar a los responsables, pero este no es absoluto.	El Estado debe ser garante ante la eventualidad de que los victimarios no respondan.
Las obligaciones en el derecho a la justicia son obligaciones medio y no de resultados.	La verdad tiene una dimensión colectiva e individual.	Las sanciones no solo pueden ser penales. También pueden ser civiles y administrativas.	Derecho de igualdad para las víctimas en la reparación.
Verdad, sanción y reparación no son alternativas y reemplazables.	La verdad puede tener dos grandes finalidades: una reparatoria y una judicial. Son complementarias.	El Estado debe ponderar la necesidad política de otorgar amnistías o rebajas de pena.	Analizar el proceso de restitución y hacer distinciones en la dimensión individual y colectiva de las reparaciones.
Existe estricto control sobre el incumplimiento de las obligaciones del Estado.	Puede acudir a los procesos judiciales como extrajudiciales.	Las amnistías deben estar condicionadas a la búsqueda de la verdad y a la reparación cuando se trate de delitos muy graves.	La dimensión colectiva debe abarcar la reparación de la sociedad como la reparación del grupo humano directamente afectado.
Es inadmisibles sacrificar derechos a fin de obtener la paz y la democracia-. La paz y la democracia no se pueden obtener a partir de su propia negación.	Los hallazgos deben hacerse públicos, cuando estos conciernen a todos.	Las amnistías absolutas e incondicionales son inadmisibles. Cuando se imponga la sanción hay que tener en cuenta aspectos tales	
	Se da importancia a las comisiones de la verdad para la reconstrucción de la verdad.		

<p>Se aplica el principio de proporcionalidad: las restricciones a los derechos involucrados solo son legítimas si constituyen un medio adecuado y necesario para lograr propósitos indiscutiblemente importantes en una sociedad democrática.</p>	<p>El Estado debe impulsar procesos de preservación de la memoria y de reconstrucción histórica a todo nivel.</p>	<p>como: posición de mando, grado de participación en el conflicto, gravedad del delito, interés y móviles de su participación en el conflicto, edad.</p> <p>La sanción penal debe prever un mínimo de pena que se cumpla en establecimiento carcelario o similar.</p> <p>Las sanciones no penales deben ser garantizadas.</p> <p>La justicia restaurativa opera en ciertas circunstancias. Pueden haber sanciones morales: para eso debe haber un proceso de toma de conciencia.</p> <p>Hay que tener presente que el perdón indiscriminado no es suficiente.</p> <p>Se debe fortalecer el poder judicial.</p>	<p>En la reparación se deben tener en cuenta aspectos interdisciplinarios. La garantía de no repetición está conectada con la verdad y la sanción.</p> <p>Las disculpas generales sin conciencia no tienen ningún valor.</p> <p>Existen diversas clases de medidas reparatorias: permitir que las víctimas y sus familiares cuenten su historia, construir monumentos, investigar hechos y difundir sus hallazgos, adelantar procesos legales serios, entre otros.</p>
--	---	---	--

Fuente: Autoría Propia. Se tomó fuente los estudios de Ethel Castellanos (2008).

La tabla anterior, evidencia lo importancia de la justicia en el proceso de transición de sociedades vulneradas y en guerra interna que transitan a la democracia. Una aproximación a tal concepto permitiría que este tipo de justicia aplicada a los procesos de negociación es una vía que conecta la democracia y la justicia.

2.1.4 Justicia transicional y democracia. Un Estado democrático da la vía para la inclusión de los miembros de la sociedad. El Secretario General de la Organización de Naciones Unidas ha determinado que el término justicia transicional hace referencia a un “un conjunto de procedimientos y “mecanismos asociados con los intentos de una sociedad” “por dar término a una larga historia de abusos a gran escala, en aras de garantizar la responsabilidad, servir a la justicia y alcanzar la reconciliación”. (Bernal, 2016, p. 27)

Es decir, las sociedades buscan a través de estos mecanismos superar un pasado violento con la finalidad de restablecer la legitimidad del Estado que se ha perdido por esa violencia a gran escala con la finalidad de restablecer esa ausencia de orden que ha permitido la deslegitimación del mismo. Para ello, se utilizará una redimensión del marco constitucional de un Estado Social de Derecho.

Existen autores como Jon Elster que consideran que el origen de la misma data de tiempo atrás en plena Atenas del siglo a.c. (Bernal, 2016). La justicia transicional conecta el pasado y futuro de una sociedad. El ayer, o sea la violencia sistemática y el mañana dentro de una sociedad que necesita transitar a un nuevo orden en el que la paz pretende sustituir ese pasado para así construir un nuevo orden para evitar que esas atrocidades no vuelvan a repetirse. Esa construcción de la paz se inserta dentro de un sistema democrático, proceso en el que la reconciliación entre los miembros de la sociedad es una finalidad al punto que dentro de este las víctimas ocupan un rol central.

Sea cual fuere la posición teórica que se tenga, la búsqueda de la verdad y la restauración del dolor de las víctimas son fines legítimos. Dentro del contexto colombiano la justicia transicional hace alusión a “aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”. (Uprimny, *et al.*, 2006, p. 115.).

Esto implica que en esa transición se determinan procesos en los cuales es previsible la negociación política entre bandos encontrados, que tienen una forma diferente de organización del poder y de la misma sociedad y es por ello que la culminación de tales implicarán acuerdos

para las dos partes en negociación que satisfagan la expectativa de cada uno de ellos. Sin embargo, el derecho internacional pone unos límites a ese marco a fin de impedir que haya impunidad respecto de crímenes de guerra y de lesa humanidad. (Uprimny, *et al.*, 2006).

La expresión justicia transicional tiene varias facetas. Una de estas es el cambio del orden de las cosas cuya meta final es la construcción de la Paz a través del sistema democrático. En esta, se incluyen no solo ese paso de dictaduras a la democracia sino las transformaciones de los conflictos armados sean nacionales internos o internacionales, en los que han sucedido vulneraciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Por ello, desde esa perspectiva, a la justicia transicional se le ve como una forma de erradicar la impunidad y, por esa vía, se busca, sancionar y condenar a los responsables de violaciones a los derechos humanos en la que se puede acudir a herramientas alternativas de resolución de conflictos, proceso dentro del cual las víctimas juegan un papel esencial. (Torres, 2015).

Atendiendo, el reporte de la Secretaría General de la Justicia Transicional -Secretary General, Justice Transitional Reporte- se tiene que tal tipo de justicia es un deber de responsabilidad y equidad que busca la protección de los derechos de los seres humanos, propende por la prevención y el castigo de esos abusos. (Citado por: Torres, 2015, p. 7.)

La perspectiva de la justicia transicional con enfoque a las víctimas impone la erradicación de la impunidad, siendo esencial la memoria de las víctimas y su dolor. (Pabón, s.f.).

Este tipo de justicia no escapa al consenso. La comunidad internacional ha consensuado que el fin de aquella es la paz, la construcción de un régimen democrático. Por ende, el cese de hostilidades en las partes enfrentadas es fundamental y la búsqueda de reformas que permitan la inclusión de esos sectores excluidos. Estos son con los que se debe diseñar la búsqueda de esas alternativas para alcanzar dichos objetivos.

Es evidente que en ese punto habrá tensión. Las partes en conflicto tenderán a imponer su criterio. El Estado le compete cumplir las obligaciones contenidos en los instrumentos internacionales para garantizar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Sin embargo,

en los diálogos de paz se negocia con incentivos, el cese de la violencia razón por la que se ofrecen a los grupos armados en conflicto instrumentos tales como las amnistías y los indultos y la exención de pena para estos. Este es el aspecto central de la justicia transicional, el buscar un punto intermedio.

Colombia permite las amnistías y los indultos, según disposiciones de la Carta Política. En la carta magna colombiana se encuentran otras normas que otorgan derechos a los delincuentes políticos:

- Art. 232: “Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se requiere: “...No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por **delitos políticos** o culposos”. Quiere decir que un delincuente político puede ser Magistrado de alta corte siempre y cuando no haya sido condenado por delitos comunes. Con mayor razón si sus conductas han sido amnistiadas e indultadas. (Sánchez, 2006).
- Art. 179, en relación con las “causales elegibilidad al Congreso”, que da el derecho al delincuente político el derecho a ser Senador o Representante a la Cámara.
- Art. 197, sobre “causales de inelegibilidad para la Presidencia”.
- Art. 150, otorga los derechos a (i) la alternativa de un **indulto** o (ii) de una **amnistía**: El Congreso de la República, según art. 150, de la Constitución, puede otorgar a los delincuentes políticos indultos o amnistías generales, “por graves motivos de conveniencia pública”. (Sánchez, 2006)

Es evidente que en la mesa de diálogo habrán tensiones dentro de un marco general democrático y, por tanto, de cara a los principios del Estado de derecho que ayuden a instaurar las condiciones sociales y políticas que conduzcan a la reconciliación, a la paz, a la estabilidad, a la protección de los derechos humanos de todas las personas, en especial, a las víctimas de ese pasado. Por tanto, los mecanismos de justicia transicional son los siguientes:

- Mecanismos de responsabilidad, que buscan que los infractores de vulneraciones de derechos humanos y delitos conexos al conflicto rindan cuentas por sus conductas. La conjugación de estos implica las explicaciones de las acciones violentas y la emisión de juicios de responsabilidad. Se combinan mecanismos extrajudiciales y judiciales. (Bernal, Carlos & Babosa, 2016, p. 39).
- Mecanismos de transición política: Estos no se centran en el esclarecimiento de los hechos violentos y la rendición de cuentas. Se pretenden crear condiciones institucionales de inclusión. (Bernal, Carlos & Babosa, 2016, p. 39.)

A manera de conclusión, Colombia tiene un marco flexible de cara a la justicia transicional tal como se preparó el escenario con motivo de la reforma a la Carta Política de 1991 del año 2012. Dentro de este marco, ocupan un papel primordial víctimas y victimarios, que buscan crear un marco del nuevo contrato social (Cataño, 2016). Dentro de este los derechos de las víctimas son de especial entidad al punto que el diseño de justicia debe tomarlos en cuenta.

2.1.5 El papel de las Víctimas en el caso del proceso de paz de Colombia con las F.A.R.C. EP. A través de la reforma constitucional adoptada en el año 2012, a raíz de la introducción del criterio de justicia constitucional se creó un “Marco Jurídico para la Paz”, introducido por el acto legislativo 01 de 2012, por medio del cual se generó la alternativa de establecer unos criterios de imputación diferentes a los que operan en la justicia ordinaria, desemejantes a los decantados en los fallos de la jurisprudencia colombiana. (Suárez D., Helena & Velasco, s.f.).

Ello implica flexibilidad y, a la vez, la inclusión de los derechos de las víctimas. Estas constituyen un actor de relevancia dentro de los modelos de justicia no solo ordinaria sino de transición. Así lo prevén no solo las normas internacionales sino el ciudadano común. (Vega, comunicación personal, 10 de marzo de 2016).

Conforme este criterio, según las entrevistas realizadas, se tiene que este proceso de paz es diferente a la negociación con las A.U.C. (Téllez & Sánchez, comunicación personal, 15 de marzo de 2016). Prácticamente, en esta ocasión no hay sometimiento de un grupo armado ilegal sino una negociación bilateral.

En la negociación con la guerrilla el esquema es diferente y se facilita la existencia de la figura del delito político, pues constitucionalmente se admite la figura de la amnistía y del indulto a diferencia con los paramilitares que negociaron su entrega, en la Ley de Justicia y Paz, en el año 2005. (Sánchez, comunicación personal, 25 de mayo de 2016).

No obstante, la existencia de estas figuras, no se puede soslayar los derechos de las víctimas en el ámbito del conflicto armado interno que ha vivido Colombia en atención a que existen obligaciones contraídas por el Estado colombiano.

Saber qué pasó y la búsqueda de la forma de reparar las vulneraciones a los derechos humanos en un pasado de conflicto, es un objetivo en el imaginario de las víctimas de la violencia.

Este diseño constitucional permitirá que los cinco pasos para blindar el acuerdo final entre las partes, Gobierno colombiano y guerrillas de las F.A.R.C. EP, se adopten, el cual previamente tiene que prever el cese al juego y el mecanismo de refrendación a través del plebiscito. Este mecanismo aun cuando no es necesario en atención a las funciones que otorga la Carta Política de 1991 al Presidente de la República en cuanto a la política de paz que debe instaurar como primer mandatario de los colombianos, según las facultades otorgadas por la Carta Política de 1991, fue asumido por el Presidente Juan Manuel Santos Calderón, con lo que permite otorgar un apoyo de refrendación popular al Acuerdo de paz con las F.A.R.C. EP.

Así, se previeron los siguientes pasos:

- a. Modificación al acto legislativo que se tramita en el Legislativo: se debió prever por parte del Estado que el Acuerdo Final es un acuerdo especial en los términos del DIH, en específico con relación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.
- b. El acuerdo final será un acuerdo especial de acuerdo al artículo tercero común.
- c. El gobierno presentaría una ley ordinaria para aprobar el acuerdo final como un acuerdo especial.

- d. Cuando se apruebe el acuerdo final como acuerdo especial, el Gobierno colombiano presentará un acto legislativo, como artículo transitorio, en el que se incorpora aquél al bloque de constitucionalidad y allí se incluye la jurisdicción Especial para la Paz.
- e. Cuando se apruebe el acuerdo final, el Primer mandatario de la Nación hará una manifestación unilateral a nombre del Estado colombiano ante el secretario de la ONU para solicitar que este le dé el aval al acuerdo final y así implementar lo ordenado en la resolución 2261 del Consejo de Seguridad que crea la misión de verificación. anexando el acuerdo a dicha resolución para que sea obligatorio su cumplimiento.

Sin embargo, los resultados de los comicios del 2 de octubre de 2016, deja en suspenso el avance de tales pasos, pues al ganar el NO se tuvo que rediseñar el Acuerdo de Paz firmado el 26 de septiembre de 2016⁷, tendiente a lograr modificaciones de puntos neurálgicos sin renunciar a los elementos que lo protegen a nivel internacional.

Es de advertir, que el blindaje está en consonancia con la normativa internacional. Por ello, cuando el 23 de junio de 2016 se firmó el acuerdo del cese al fuego bilateral, se cerró un capítulo de guerra y violencia que dejó millones de víctimas. Solo faltaba, entonces, que los colombianos legitimaran el mismo en las urnas aprobando con un sí. ¿Sin embargo, qué pasaría si no se apoya el documento final por parte del pueblo colombiano? Era un escenario que no se tenía claro una vez se conoció el triunfo de los que votaron no a la pregunta del plebiscito. Los resultados muestran una opinión pública dividida: 50.2 votaron por el NO. 49.7 apoyaron el SI, división que indica la polarización del país y de la opinión pública.

Antes del plebiscito del 2 de octubre de 2016 se preveía los siguientes escenarios: Este cese duraría seis meses. Habría 23 zonas veredales transitorias de normalización que no son otros que espacios pequeños del territorio nacional cuyo objetivo es garantizar que el cese al fuego se pueda monitorear y crear las condiciones para que los combatientes de las F.A.R.C EP dejen las armas; preparar al combatiente para su reinserción a la vida civil. Este cese bilateral sería

⁷ Cfr. La pregunta formulada en el plebiscito fue la siguiente: ¿Apoya usted el acuerdo final para terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera?''.

supervisado por la Organización de las Naciones Unidas. Para llegar a este crucial punto, tuvo que consensuarse la situación de las víctimas dentro del acuerdo. En efecto, desde el anuncio de los diálogos en La Habana (Cuba) cada parte ha construido un modelo de verdad, el cual tiene argumentos frente a los cuales cada una tuvo que ceder. El principal punto de encuentro fue el reconocimiento de unas causas objetivas de la violencia colombiana, en el que se reconoce que la sociedad colombiana es conflictual: hay una cadena de conflictos por la satisfacción de los mínimos de vida: educación, salud, acceso al trabajo, acceso a la tierra. Por ello, a diferencia de las negociaciones con grupos armados de autodefensas, la agenda de diálogos fue más allá de la entrega de las armas: Recuérdese, que el actual Gobierno Nacional le apostó a una estrategia diferente: el escenario de la negociación de paz, debía vislumbrar la determinación de una agenda específica que incluya: (i) temas agrarios; (ii) no impunidad; (iii) la incorporación de los guerrilleros a la vida civil de manera práctica y no teórica; (iv) la necesidad de constituir una comisión de la verdad y la reconciliación en el postconflicto.

Todo lo anterior gira alrededor de la construcción real de un régimen incluyente y participativo a lo largo del territorio nacional. Eso dará legitimidad al Estado colombiano. Observar, que en esa agenda de negociación se ha de considerado que esa especie de rendición de cuentas cuyos extremos giran en torno a la justicia punitiva en tales crímenes atroces que incluso llega a la posibilidad del perdón y el olvido. Empieza así a ser centro de negociación las tensiones entre el indulto, la amnistía, el perdón, la justicia y el castigo, así como los derechos de las víctimas. ¿Qué tanto ha de ceder estos derechos frente a la búsqueda de la paz? No hay que olvidar que el encuentro de la verdad como la reparación del daño es un presupuesto del Acuerdo final.

Así, se observa que el dilema de las víctimas en el proceso de paz no es de poca monta. Es indiscutible que luchar contra la impunidad absoluta es tarea imposible, pues este cometido ha de ceder. En lo que tiene que ver con el papel de las víctimas, se tiene que el 23 de septiembre de 2015 se firmó un acuerdo en los siguientes términos:

- Se prevé una reforma agraria rural integral. Así mismo la participación política y la apertura democrática para la construcción de la paz.

- En este aspecto, existe un reconocimiento a que el conflicto armado interno que vive en Colombia tiene causas objetivas ligadas a la exclusión de un grupo de ciudadanos colombianos.
- Se establece una fórmula de justicia que busca satisfacer el derecho de las víctimas. La satisfacción de los derechos de las víctimas configura el presupuesto necesario para la construcción de paz. Por lo tanto, se creó un “sistema integral de Verdad, Justicia, reparación y no repetición”. Por ello, se creará una “Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, en el cual la reparación de las víctimas es fundamental”.
- Se creó “una jurisdicción especial para la paz. Contará con salas especiales de justicia y con un Tribunal para la paz”. Tiene como objetivo “terminar con la impunidad, obtener la verdad, contribuir a la reparación de las víctimas, y juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto, garantizando la no repetición”.
- Y es en el componente de justicia, en el que se inserta la posibilidad de que el Estado colombiano otorgue las más grandes amnistías posibles, aspecto que está en consonancia con la normativa internacional pues así lo prevé los convenios de Ginebra. Esta amplitud no va en contra de las obligaciones que el Estado colombiano ha firmado en el concierto internacional. Sencillamente obedece a la estructura constitucional colombiana, dentro del marco de la Carta Política de 1991 en la que existen figuras como la amnistía e indulto frente a los delitos políticos y conexos.
- Se exceptúan del tratamiento de las amnistías “los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra. Entre estos, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la jurisdicción especial para la paz”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

- La competencia de la jurisdicción para la paz se estableció: “conocerán respecto de todas las personas que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno. Esto incluye a los miembros de las Farc (guerrilleros) y agentes del Estado por los delitos cometidos en este contexto y en razón del conflicto, en especial, respecto de los casos más graves y representativos”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).
- La nueva jurisdicción Especial para la Paz contempla dos tipos de procedimiento: uno “para quienes reconocen verdad y responsabilidad”. El otro, para los que no lo hacen o lo hacen tardíamente. A los primeros, se les dictará una sentencia que se fundará en las conductas reconocidas después de haber sido constatadas de “la Fiscalía General de la Nación, las sanciones impuestas por otros órganos del Estado, las sentencias judiciales existentes, así como la información que provean las organizaciones de víctimas y derechos humanos. Los segundos enfrentarán un juicio en ese Tribunal”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).
- Los derechos de las víctimas está ligado al sistema de justicia implementado. De esa manera, se tiene que las sanciones impuestas en desarrollo de esos procesos tienen como finalidad última satisfacer los derechos de las víctimas. Esto implica una relación entre la verdad, la justicia y la consecución de la paz. En tal sentido, la búsqueda de la paz en la justicia transicional va de la mano de la búsqueda de la reparación de los derechos de la víctima. Por ello, la sanción cumplirá una función restaurativa y reparadora del daño causado.
- Quienes hagan reconocimiento de su responsabilidad por los delitos de competencia de ese sistema especial de justicia, se le impondrá una sanción que tendrá elementos de restricción de libertades y derechos “que garantice el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de las mismas mediante la realización de trabajos, obras y actividades” y busca proteger los derechos de las víctimas.
- Téngase presente que se despoja ese sentido retributivo de la sanción penal. En especial, el entendimiento de que la única sanción para que sea estimada sea la de privación de la libertad. En esa línea, la sanción es vista desde un contenido abierto pues permite cumplirla a través de otros trabajos sin que ello implique una libertad total pues hay restricción de derechos. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

- Punitivamente se prevén sanciones privativas de la libertad de cinco años mínimo de duración y “un máximo de restricción efectiva de la libertad de 8 años”, en situaciones especiales. Aquellos que participaron directa o indirectamente en las hostilidades que hagan un reconocimiento tardío de su responsabilidad ante el Tribunal especial serán sancionadas con penas entre cinco y ocho años en condiciones ordinarias. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

La pena alternativa solo se da siempre y cuando la persona que lo solicite contribuya a su resocialización, a través del trabajo, del estudio o capacitación durante el lapso que dure privado de la libertad. Quienes no reconozcan su responsabilidad frente a los delitos con ocasión del conflicto y resulten culpables serán condenados a la pena de prisión hasta de 20 años en condiciones ordinarias.

- Se estableció que el derecho a “acceder a cualquier tratamiento especial dentro de la jurisdicción Especial para la Paz es necesario aportar la verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Como las F.A.R.C. EP es un ejército de combatientes se prevé que “la participación de sus miembros a este sistema integral estará sujeta a la dejación de las armas, que deberá comenzar a más tardar a los 60 días luego de la firma del Acuerdo final”.

Este acuerdo previo, es el prolegómeno del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradero.

Este documento fue firmado el 26 de septiembre de 2016 -el cual sufrió modificaciones como consecuencia del triunfo del no en el plebiscito del 2 de octubre de 2016-. En tal texto quedó consignado que conforme el diseño constitucional colombiano se establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento conforme al artículo 22 de la Carta Política. El mismo se dirige “a los derechos fundamentales de las minorías, es decir, mujeres, miembros de los grupos sociales vulnerables como lo son pueblos indígenas, las niñas, niños y

adolescentes, las comunidades afro descendientes y otros grupos étnicamente diferenciados, los derechos fundamentales de campesinos y campesinas, los derechos de las personas en condición de discapacidad y de los desplazados por razones del conflicto, los derechos de las personas adultas y de la población LGTBI”. (Acuerdo Final, 2016).

- Este marco de protección se enlaza con el criterio de justicia “en prospectiva”. Es decir, establece derechos fundamentales esenciales de “las nuevas y futuras generaciones” como son “el derecho a una tierra preservada, el derecho a la preservación de la especie humana, el derecho a conocer sus orígenes y su identidad, el derecho a la exención de responsabilidades por las acciones cometidas por las generaciones precedentes, el derecho a la preservación de la libertad de opción, y otros derechos, sin perjuicio de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. (Acuerdo Final, 2016).

Es importante determinar que el punto No. 5 contiene el acuerdo sobre el tema de las víctimas. Desde el Encuentro Exploratorio de 2012, se acordó que el desagravio de las víctimas debería estar en el núcleo de todo consenso de voluntades. Por tanto, se creó “el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de los graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros”. (Acuerdo Final, 2016).

Este sistema está integrado por “la comisión para el Esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción especial para la Paz, las medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición”. (Acuerdo Final 2016),

Además de los principios atrás señalados, se tiene que tales constituyen el núcleo central para determinar los acuerdos sobre: (i) “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”; (ii) Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos. El papel de las víctimas en el acuerdo de paz pues bajo su radio de acción se crearon las siguientes instituciones: “la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de la Personas dadas por desaparecidas por el contexto y en razón del conflicto; la jurisdicción Especial para la paz y las medidas específicas de reparación. Todos estos se articulan dentro de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”. (Mesa de Conversaciones, s.f.)

Este protagonismo se evidenció en cuanto a que en momentos en que se discutió el punto V del Acuerdo sobre víctimas se instaló la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas que señaló las causas del conflicto, con lo que se comprueba la naturaleza conflictual de la sociedad colombiana, lo cual es un insumo importante para “la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición”. Complementa esta medida la disposición para la descontaminación de los territorios de minas antipersonales y artefacto explosivos.

En ese discurso se hace los siguientes reconocimientos:

- a. Las diversas causas del conflicto
- b. Los millones de colombianos y colombianas víctimas de la guerra.
- c. La afectación de las minorías por esa guerra (comunidades campesinas, indígenas, afrocolombianos, negras, palanqueras, raizales y partidos políticos, movimientos sociales, gremios económicos, entre otros).

Los antecedentes de ese papel protagónico lo constituyen el consenso acerca de la idea de que el desagravio de las víctimas debería ser el punto nuclear de los acuerdos finales y que la agenda para la terminación del conflicto debe tener previsto un tema sobre las víctimas, como quedó establecido en el Acuerdo General del 26 de agosto de 2012, ratificado en el texto del 26 de septiembre de 2016 y en el Acuerdo Final fechado 24 de noviembre de la misma anualidad, el cual se refrendó por el Congreso de la República.

Por esa razón, la declaración de principios antes reseñada refleja ese compromiso de las partes de la negociación con las víctimas para así asegurar “la efectiva satisfacción integral de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”. Cumpliendo ese compromiso, se examinará a continuación de qué manera efectivamente se realiza tal cometido, tomando como fuente el Acuerdo Final de Paz del año 2016.

- **“Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición”:**

El punto central es la siguiente premisa: la identificación de las víctimas “como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido, del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos, y graves infracciones al derecho internacional humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades”. (Acuerdo Final 2016). De ahí que uno de los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la paz se tiene el reparar “el daño causado y restaurarse cuando sea posible”.

La finalización de la confrontación se establece alrededor de los derechos de las víctimas. Por ello, ese momento es una ocasión para satisfacer los derechos a las víctimas. Esa terminación de las hostilidades brinda la oportunidad para que las víctimas expresen sin miedo, reciban el reconocimiento que les correspondan y así todos los responsables por vulneraciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el adecuado reconocimiento y, por tanto, “la oportunidad para aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”. (Acuerdo Final de Paz, 2016)

De esa manera, existe el objetivo de la construcción de un discurso para que la verdad sea el núcleo central con base en la justicia., tal como se prevé en el Acuerdo Final:

- a. Para garantizar ese “propósito y avanzar en la lucha contra la impunidad, el Sistema Integral combina mecanismos judiciales que permitan la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho infracciones al derecho internacional humanitario”, en los términos advertidos y estos se consignan en la jurisdicción Especial para la Paz, con la expansión de herramientas extrajudiciales que complementan el esclarecimiento de la verdad de lo acaecido, el encuentro de los desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros. (Mesa de Conversaciones, s.f.).
- b. Se previó que, por fuera de la Jurisdicción Especial para la Paz, hay instancias judiciales tales como una la “Unidad de Investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales, incluyendo las organizaciones que se señalen como las sucesoras del paramilitarismo, y sus redes de apoyo”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).
- c. El sistema integral “tiene un enfoque diferencial y de género que se ajusta a las características particulares de la victimización teniendo en cuenta las particularidades de cada territorio y población”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).
- d. Sobre el aspecto punitivo del Acuerdo de Paz se tienen los siguientes puntos, debatidos en La Habana, con lo que se garantizaría una justicia para los miembros de la güerilla. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Previamente se estableció que el componente de justicia se aplicará dos procedimientos:

- (i) “Procedimiento en caso de reconocimiento de la verdad y de responsabilidad”.
- (ii) “Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad”.
(Oficina del Alto Comisionado para la Paz, s.f.)

La problemática de las víctimas no es ajena a dicho componente: con el propósito de atender los derechos de las víctimas a la justicia, el elemento justicia estará conformado por los siguientes órganos:

- a. “Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”.
- b. “El Tribunal para la Paz”
- c. “Sala de Amnistía e indulto”
- d. “Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los anteriores o en otros supuestos no previstos”.
- e. “Unidad de Investigación y Acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad”.

En cuanto a las sanciones, se dispuso lo siguiente: su finalidad especial lo es “satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de la verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No repetición” a través de manifestaciones individuales o colectivas. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Se establecen mínimos: “para quienes admitan la verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto de infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años”. Comprenden limitaciones efectivas de libertades y derechos como, por ejemplo: “libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución y, además, deberán garantizar la no repetición”. La restricción efectiva y movimiento.

La limitación impone “los mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente su cumplimiento y certificar si se cumplió”. (Mesa de Conversaciones, s.f.). En caso de que se admita la verdad y responsabilidad ante la Sala, las limitaciones de los anteriores derechos y libertades serán menores que cuando se reconozca la verdad y la responsabilidad ante el Tribunal o en el evento del no reconocimiento. Asimismo, las penas alternativas para ilícitos muy graves que se imponen a quienes reconozcan la verdad y

responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Hay un sistema de gradualidad: para sanciones menores a los cinco años, a quienes no hayan tenido una participación directa en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. El mínimo de sanción es de dos años y el máximo de cinco años.

Además, las sanciones ordinarias que se impondrían cuando no exista reconocimiento a la verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin dejar de lado el hecho de obtener redenciones en la privación de libertad. Para ello el condenado debe comprometerse a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo de privación de la libertad. En todo caso, se tiene prevista una privación efectiva de libertad no será menor de 15 años ni superior de 20 años en el caso de conductas graves. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Hay otra clase de sanciones: las llamadas “sanciones alternativas y ordinarias” que incurran privaciones efectivas de libertad como cárcel o prisión/o cualquier medida de aseguramiento.

El listado de sanciones es el siguiente:

Tabla 7. Sanciones aplicables para que reconozcan la “verdad exhaustiva, detallada y plena en la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad”.

“En zonas rurales
Participación/ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados.
Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva

Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios.
Participación/Ejecución de programas de Desarrollo rural
Participación/Ejecución de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello
Participación/Ejecución de programas de eliminación de mejora de electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.
Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso ilícito
Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.
Participación/Ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito”.

“En zonas urbanas
Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructura en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructura de municipios.
Participación/ejecución de programas de Desarrollo urbano
Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.
Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos.
Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municipios sin explotar.
Participación/Ejecución de programas de limpieza y erradicación de Minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados”.

Fuente: Elaboración Propia. Fuente: Acuerdo Fina de Paz 2016.

- **Sanciones aplicables a quienes reconozcan Verdad y responsabilidad por primera vez en el proceso contradictorio ante la sección de primera instancia del Tribunal para la Paz, antes de darse sentencia.** (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Las sanciones a aplicar a quienes “reconozcan verdad y responsabilidades por primera vez en el proceso contradictorio ante la Sección de enjuiciamiento, antes de sentencia, tendría una

función esencialmente retributiva de pena privativa de libertad de 5 a 8 años de prisión”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Los criterios de graduación son “la gravedad de los delitos y el grado de su reconocimiento de verdad, de responsabilidades y de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”. Para acceder a los beneficios de la pena alternativa se tiene previsto que el destinatario haga compromiso de contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y también a promover actividades encaminadas a la no repetición. Cumplida la sanción alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, se le debe conceder la libertad. En ningún evento, se aplicará subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la sanción alternativa. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

- **Sanciones que se aplican a quienes no reconozcan la verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio ante la sección de primera instancia del Tribunal para la Paz y resulten declarados culpables por éste. (Mesa de Conversaciones, s.f.).**

Tabla 8. Listado de sanciones ante la sección de primera instancia del Tribunal para la paz

“Son las funciones previstos en el código penal sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de la libertad siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación, o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad. La privación efectiva no será inferior a 15 años ni superior a 20 años en caso de graves infracciones o violaciones a derechos humanos”.
“Aplicación de subrogados penales o beneficios adicionales siempre y cuando el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez liberado”.
“Cumplida la sanción impuesta en la sentencia se le concederá libertad que será a prueba en caso de haberse comprometido a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez liberado y ello haya sido causa de disfrute de reducción en la duración de la pena

impuesta. El periodo de libertad a prueba se extinguirá dándose por cumplida la pena una vez acreditada la realización de la actividad-promoción de la no repetición del daño causado y en todo caso al cumplirse el tiempo de condena impuesta por el Tribunal para la paz”.

Fuente: Elaboración Propia. Fuente: Acuerdo de Paz 2016.

En fin, la sanción penal es prevista y las penas alternativas también, mixtura que centra la protección de los derechos de las víctimas como objeto de debate no solo en los acuerdos sino en la esfera pública.

2.1.6 La Esfera Pública y su papel en el modelo de justicia: Las víctimas como punto de encuentro. Se tiene que un cometido del Estado colombiano es dar los espacios para la construcción de la una Razón Pública, en la búsqueda de la paz: es decir, la justicia debe contener un aspecto de la política que debe mirar su aplicación en ese escenario, razón por la que se deben conjugar principios y libertades garantizadas en la Carta Política que se enmarquen en el bien general, de tal manera que garantice a los integrantes de la sociedad los mismos⁸.

Esto legitimará el acuerdo firmado del 26 de septiembre de 2016 y el Acuerdo final del 24 de noviembre de la misma anualidad y el proceso de paz que se quiere implementar. Es decir, hay que tender canales de comunicación entre la Razón Pública con “las razones no públicas”. El elemento para lograr esto es la esfera pública que resalta el rol de la sociedad civil y de la opinión pública política en el diseño de un espacio político-público “como una estructura de comunicación que a través de la base que para ella representa la sociedad civil queda enraizada en el mundo de la vida” que no es otra cosa que el “espacio público”. Los problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte, se deben debatir allí. (Habermas, 2000, p. 439).

En los elementos teóricos de la esfera pública, se encuentran autores como Arendt, Habermas y Mouffe. Es importante la relación entre aquella y la ciudadanía, dentro de la cual se

⁸ Rawls diseñó principios sustantivos para la estructuración básica y las orientaciones de indagación. Aquellos, hacen alusión a la “igualdad social, la reciprocidad económica, valores del bien común y las condiciones para que se desarrollen los mismos”. Los segundos, son “libertad y publicidad” de los principios o sea la posibilidad de “discusión pública razonada de las cuestiones políticas”.

destaca el acercamiento a lo público a través del proceso democrático y comunicativo. Esto es lo que se debe tener presente para entender la división que muestra los resultados del plebiscito, que encuentra un punto en consenso: la protección del derecho de las víctimas -entre los partidarios del SI y el NO existe un consenso: el derecho de las víctimas).

Arendt considera la política como una semejanza, que nace entre los hombres y, por ello, “la esfera pública es un espacio público” –político donde ocurren los acontecimientos entre los seres humanos y en ese contexto se da la libertad-. (Citado por: Navarro, 2010)

Allí impera la palabra y la acción asocia lo público con lo diverso para formar un “**nosotros**” en las que todos tienen que ser vistos y ser oídos (Citado por: Navarro, 2010)⁹. Es el encuentro de unos y otros en el mundo de la vida como lo dice Habermas (2000). Es la única manera de llegar a encuentros.

Esa deliberación no puede debilitarse por más guerras, crisis, convulsiones, enemistad entre los sujetos. Debe, en consecuencia, implementarse como forma de zanjar diferencias. Chantal Mouffe propone “la reinterpretación de la política”, como método que ayude a ello. Por eso, reformula la esfera pública de la política, para no eliminar las pasiones ni relegarlas a la esfera privada. Hay que hablar claro y de frente. Con eso se respeta el pluralismo. (Habermas, 2000)¹⁰

Esa es la razón para no hablar de un enemigo (**antagonismo**) sino de un adversario (**agonismo**), estrategia en la que no hay enemigos. Es esto lo que propongo pues ya hay un consenso: la protección de los derechos de las víctimas en aras de la paz. De la relación bélica hay que avanzar a la relación política. Por eso la importancia de la esfera pública. Habermas, designa a esta como el foro de las sociedades modernas donde se realiza la participación política a través del habla. “Es el espacio donde los ciudadanos deliberan sobre sus problemas comunes, por lo tanto, un espacio institucionalizado de interacción discursiva” (Habermas, 2000). Es

⁹ Arendt considera que la esfera pública y el espacio público no solo genera poder sino legitima el mismo y las relaciones de poder.

¹⁰ Para Mouffe define lo político a través del antagonismo, el cual está inserto en la sociedad humana, manifestada de muchas maneras, como por ej. la lucha armada.

distinto del Estado. Es un espacio para **discutir** y **deliberar**. Por tanto, la **esfera pública** es relevante de cara a la interpretación que se debe dar a los resultados del plebiscito en el que hay consensos: el rol de las víctimas.

Es necesario “el entrecruzamiento de opiniones con influencia de los medios de comunicación” que pueden manejar en favor de ciertos conglomerados, quienes detentan el poder ignorando ciertos sectores (Habermas, 1997). Se pide equilibrio por ello.

Por su parte, Nancy Fraser, advierte que no hay que eludir las formas en que la desigualdad social afecta a “las esferas públicas formalmente inclusivas” pero que a veces excluye. Por tal razón, se deben dar espacios discursivos para evidenciar diferencias.

En tal sentido, se realizó la entrevista de públicos y contra-públicos, lo que permitió a los entrevistados determinar el rol de las víctimas en esta negociación en la que hay mínimos de consenso. La combinación de esto es relevante en la adopción de decisiones sobre los puntos a tratar en La Habana (Cuba), entre los cuales se debe aproximar la vigencia de esa categoría jurídico penal Delito Político, el cual conjuga aspectos **políticos y jurídicos**, que lleva consigo un elemento de justicia, dentro de un contexto a debatir sin hacer a un lado la antigua fórmula de la exención de pena para los hechos punibles cometidos en combate. (Sánchez, 2016).

Lo anterior garantiza que los consensos institucionales que constituyen “razón pública” sean responsables de cara a los diferentes públicos, sean fuertes o débiles, y a las obligaciones del Estado en relación con el derecho de las víctimas. Se expone en este interregno un foro público integrados por la esfera pública que parte del estudio de campo creado con el propósito de nutrir la razón pública respecto del rol de las víctimas en la actual negociación de paz: el consenso fue mayoritario en cuanto la manera de proteger su derecho a la verdad, justicia y reparación.

Esto permitió la relación del derecho de las víctimas en el modelo de justicia transicional que se implemente. En efecto, las víctimas constituyen la razón de ser del sistema para el público en general no importa el nivel de escolaridad. Por ello, se les considera la razón de ser de los 0

diálogos que se surtieron en La Habana; se debe hacer una ponderación entre los derechos de estas con los objetivos de la justicia. Aquellos son la verdad, la justicia y la reparación, con la aplicación de mecanismos judiciales y extrajudiciales. Desconociendo las víctimas no puede haber paz. Además, tampoco se puede ignorar los deberes del Estado al aplicar cualquier grado de justicia en los acuerdos de paz. Para satisfacer estos derechos, expertos y no expertos aconsejan la combinación de mecanismos para encontrar la verdad y así proteger los derechos de las víctimas. (Herrera & Sánchez, comunicado personal, 10 de abril de 2016)

Del mismo modo, no hay que olvidar que la sanción penal hace parte de la tradición colombiana y, por ello, es inescindible a los acuerdos en los términos vistos en el documento firmado el 26 de septiembre de 2016¹¹ y en el Acuerdo Final.

En uno y otro caso, el papel de las víctimas es fundamental para encontrar la verdad histórica y procesal dentro del modelo de justicia que se implemente¹². Por ello, se impone un modelo de justicia que combine la punición frente a crímenes atroces sin poner en riesgo la paz negociada y la reconciliación pactada y esto se manifiesta en diversos tipos de sanción.

El Primer mandatario se encuentra habilitado para Negociar la Paz, según los artículos 22 y 84, numeral 4 de la Carta Política y esto fue lo que hizo a lo largo de cuatro años. Se firmó un acuerdo, el cual no fue refrendado por el pueblo pero se impone el consenso para lograr preservar los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación dentro del modelo de justicia transicional en la que la sanción punitiva, así sea mínima, se preserve¹³. Este es el sentido del Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016.

En esta negociación hubo una lógica diferente, en la que se respetó los derechos de las víctimas: una de estas diferencias lo fue que se le dio a conocer a la comunidad y se le quiso refrendar por el pueblo. Sin embargo, el pueblo colombiano dijo NO. Habría que esperar el consenso, dentro del cual hay un acuerdo: el derecho y rol protagónico de las víctimas y la

¹¹ Entrevistas a grupos de diferente formación intelectual: sin bachillerato, formación profesional y ex juez de la República (A.T., SCSC, CDCH).

¹² Entrevista a estudiante universitario, Álvaro Manuel Sánchez Lozano y Magistrado Auxiliar de alta Corporación.

¹³ Entrevista a R.G.G. Entrevista a I.Y.S. Víctimas de la violencia.

posibilidad de sanciones punitivas para las graves violaciones al DIH y al derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este fue el norte del documento del 24 de noviembre de 2016, el cual fue refrendado por el Congreso, preservándose el componente democrático.

CAPITULO III.

En este orden de ideas, el presente capítulo busca establecer la corroboración de la hipótesis de investigación establecida y al alcance de los resultados de la investigación en pro de establecer un aporte a las prácticas actuales del derecho en función de dar mitigación o solución a las problemáticas determinantes a lo largo de todo el trabajo; así se establecen fundamentos jurídicos y metodológicos que permiten continuar con la investigación y el análisis del tema propuesto, pero, además, contribuir con nuevas perspectivas en el desarrollo de la actividad profesional de los juristas en formación y en ejercicio de la profesión.

3.1 Epígrafe 1: Principios para Privilegiar las Prácticas Profesionales del Derecho

En todo este tiempo, la Constitución Política de 1991, vincula principios que gobiernan el Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, disposiciones transitorias y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Humanitario, Derecho Penal Internacional.

Preámbulo de la Carta Política: “en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes 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, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente...”. La democracia: mecanismo de participación política.

- **La paz.** La paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.
- **La Equidad.** Es la justicia, dentro del marco de dar a cada uno lo que le corresponde, proliferan individuos libres e iguales
- **El orden público.** Conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica.

- **Los principios generales del derecho.** Que dan pauta para la hermenéutica de las normas jurídicas. Son criterios holísticos que aun cuando no estén consignados por escrito, demarcan la aplicación de la ley.
- **Estado Social de Derecho.** Es importante que las prácticas profesionales del derecho tengan implícito el valor de la construcción y el aseguramiento de la función del Estado Social de derecho; lo anterior implica tener siempre presente que es labor y compromiso del Estado asegurar y velar por los derechos fundamentales de sus habitantes, esto en contraposición a la idea del Estado Liberal que estima una pérdida de garantías y libertades de las personas respecto a una sobrevaloración de los intereses económicos; de esta manera, las prácticas éticas del profesional del derecho deben estimar siempre un actuar que procure fortalecer un Estado democrático que reconozca los derechos individuales y colectivos, donde gobiernen las leyes y no los individuos y donde exista una vida que procure respetar los principios de igualdad, libertad y fraternidad.
- **La protección y promoción de los derechos humanos,** conforme a la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. Los Estados tienen cuatro deberes-obligaciones que tienen que aplicar en los procesos de transición: “la satisfacción al derecho a la justicia; la satisfacción al derecho a la verdad; la satisfacción al derecho a la reparación de las víctimas y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición”.

Estos han sido aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y constituyen un conjunto de parámetros en relación con la verdad, justicia y reparación. Estatuto de la Corte Penal Internacional: concebida como principios aplicables a la reparación, incluidas “la **restitución, la indemnización y la rehabilitación**” que ha de concederse a las víctimas o a sus descendientes.

- **Constitucionalismo.** Los profesionales del derecho deben estimar siempre que todas sus actuaciones estén derivadas del principio que reconoce que la autoridad del Estado está fundamentada en la ley superior o fundamental, donde se generen procesos de normatividad, legislación y jurisprudencia orientados a un uso racional del poder, que redunde en la

garantía de las libertades y el reconocimiento de la dignidad de las personas titulares de derechos. A su vez las prácticas del derecho deben, por tanto, asumir una responsabilidad y un respeto supremo por la constitución y buscar que se respeten al máximo los mecanismos otorgados por esta para el desarrollo del derecho.

Además de los principios atrás señalados, se tiene que tales constituyen el núcleo central para determinar respeto y garantía de los derechos humanos.

3.2 Epígrafe 2. Corroboración y Solución Legal Pertinente al Problema de Investigación

Para la correcta identificación de los principales elementos que conforman nuestro tema de estudio, y su posterior análisis con el fin de dar una crítica jurídica fundamentada, se debe delimitar la estructura y el fundamento inherente al objeto de estudio al fin de determinar una real solución a la problemática tratada.

La estrategia metodológica de la investigación es un enfoque paradigmático (cualitativo) que dispuso una aproximación normativa a las circunstancias sociales del objeto de investigación. Hay que reconocer la realidad normativa del contexto colombiano en el que la positivización de los derechos es una cultura jurídica de antaño. El reconocimiento de esta realidad permite combinar las fuentes primarias y secundarias de la historia con las fuentes formales del derecho, lo que ayudó a realizar un estudio que no olvida ni la norma ni el contexto social, es decir, el caso concreto de la negociación de paz en La Habana (Cuba).

El enfoque disciplinar jurídico, en lo que tiene que ver con la metodología utilizada en el marco teórico propuesto en los acápites anteriores de este trabajo corresponden al objetivo general de la misma y, en términos generales, consistió en sintetizar documentalmente el aspecto conceptual considerado como importante en cada uno de los temas que se seleccionaron como ideas fuerza del núcleo del problema que pertenecen a la tendencia neo-constitucionalista, sin perder de vista los aportes de las escuelas de pensamiento positivista y de sociología del conocimiento, “marxismo ortodoxo, marxismo heterodoxo, tradición hermenéutica, Teoría

Crítica, constructivismo social, democracia deliberativa, democracia radical” (Sánchez Triana, 2016), las cuales comparten la idea de que el conocimiento es una construcción social.

El tipo de investigación utilizado en el presente trabajo es de orden analítico- sistemático, se tomó como base de esta propuesta metodológica la tendencia que se evidencia en algunas investigaciones que pretenden combinar las categorías de las ciencias histórico -sociales con las categorías hermenéuticas y críticas. Ello permite afirmar que el concepto de justicia transicional es una construcción social que se ha plasmado en una norma constitucional, como manifestación de un lenguaje con matices de dominación. (Habermas, 1997, Conocimiento e interés, p. 33.)

El diseño del presente trabajo es el estudio de la norma jurídica, las fuentes de investigación que se tienen en cuenta son los textos jurídicos tales como, decisiones nacionales de altas cortes y tribunales internacionales sobre la materia con la finalidad de tomar como unidad de análisis cualitativo los estándares sobre justicia transicional. Leyes, artículos jurídicos, tesis, y documentos que puedan darnos una adecuada información sobre nuestro tema de estudio.

Recolección de datos de las fuentes primarias: Se obtuvo de la aplicación de entrevistas, documentos originales tales como el Acuerdo final de diálogo; de las fuentes secundarias: se recopiló información que proviene de interpretaciones ya elaboradas por parte de teóricos, historiadores, monografías, investigaciones, manuales, finalmente de las fuentes terciarias: se auscultarán las fuentes que se citan en los textos secundarios consultados.

La técnica de recolección de información de fuentes bibliográficas se basó en libros, revistas, periódicos, archivos y otros documentos tales como los comunicados y acuerdos que se expidieron en la Mesa de Negociación de La Habana (Cuba). Pero no solo se quedó en el plano documental del análisis de contenido de las teorías, doctrinas, normatividad, legislación nacional e internacional, Cartas Políticas pues se elaboraron entrevistas a víctimas, operadores judiciales, investigadores de temas sociales. El instrumento es un cuestionario elaborado, muy corto y concreto, para el tipo de entrevistado, según su perfil.

Se aplicó un cuestionario a cierta población de expertos para diseñar una estrategia de acercamiento a lo que los teóricos entienden por justicia transicional. Se utilizaron las categorías de “auto-centralidad”, para ver la relación de concepto con otras formas de justicia; “conexión dinámica” para determinar la relación del término con otras áreas del pensamiento; y de “interpretación o significado” con la finalidad de determinar si el público en general comprende su significado. Se entrevistaron expertos, no expertos y ciudadanos del común. La herramienta permitió la utilización de una técnica de entrevistas a profundidad, lo que ocasionó la selección de las personas entrevistadas, en la que la temática se definió previo a la entrevista respecto de temas y subtemas a abordar de cara a los objetivos de esta investigación.

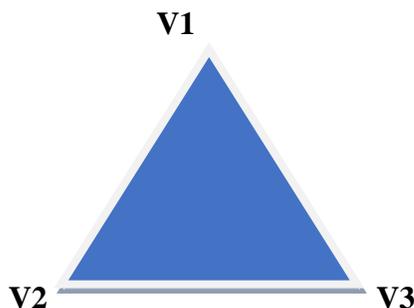
Universo de la observación: Sujetos: en atención a la realidad que se pretende analizar, la cual ya está construida. Esa experiencia que viven las víctimas del conflicto.

En cuanto a la población beneficiaria de esta investigación es el Estado Colombiano.

Valoración General:

- Observación. Análisis documental, Explorativa pues se busca hacer una caracterización de la justicia transicional dentro del contexto del actual proceso de paz, de tal manera que tenderá a determinar las relaciones entre el derecho de las víctimas con ese tipo de justicia.
- Según la naturaleza de la fuente de observación es directa.
- Recorte temporal de la investigación: para el periodo 2012 – 2016.
- Recorte espacial de la investigación: El presente trabajo se desarrolló en el ámbito interno en la legislación colombiana e internacional.
- Caracterización comparativa: Caso crítico, revelador.
- Legislación: La Carta Política de 1991; Ley 599 de 2000-; Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencias C-577 de 2014, C-579 de 2013, relacionados con el marco jurídico para la Paz; la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el acto legislativo 01 del 30 de julio de 2012.
- Ubicación. Nacional e Internacional. Colombia.

TRIANGULACIÓN METODOLOGICA DE LA INVESTIGACIÓN



Fuente: Elaboración Propia

Exposición de los valores objeto de estudio

VALOR Número 1. La norma protege. Derecho a la paz, a la justicia y a la reparación y la verdad a la víctima. (Derecho Constitucional e Internacional).

HECHOS. - VALOR Número 2. Hechos: el deber de protección e inclusión la víctima, aplicación de mecanismo de justicia transicional con ocasión del acuerdo final de paz.

VALOR QUE LA NORMA PROTEJE Número 3. Valor jurídico afectado, los derechos principios y reglas. La Carta Política de 1991; Ley 599 de 2000. Acto legislativo 01 del 30 de julio de 2012. Acuerdo Final 2016. CIDH

Se construyó a partir de la construcción de la justicia transicional dentro del marco de los diálogos iniciados en el año 2012 entre Colombia y la guerrilla de las F.A.R.C. EP y el actual proceso de paz entre el Estado y el grupo de guerrilla de las F.A.R.C. EP en el que debe adoptarse un modelo de justicia transicional sui generis, por su especialidad, que exija un tanto de justicia punitiva frente a los responsables de crímenes internacionales sin poner en riesgo la transición negociada y la reconciliación pactada, la cual puede manifestarse en diversas sanciones para quienes no cumplan con el deber de verdad, desmovilización y reparación.

Esta corriente del pensamiento adoptada en la Carta Política de 1991 y en el contexto de la Corte Constitucional, Corporación que ha incorporado los estándares de la CIDH al caso colombiano, a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad, permitirá crear un modelo estándar sui generis dentro del cual tomará relevancia el tratamiento que la justicia dará a los crímenes internacionales sin que se ponga en riesgo esa transición a la paz.

El anterior es el marco del neo constitucionalismo, inserto en la Carta Política de 1991, aspecto que da unas bases especiales para la adaptación del modelo de justicia que requiere Colombia, dentro del cual el papel de las víctimas es una variable importante.

Como referente teórico permite normatizar la novedad que se propone en esta investigación pues con ella se extrae rasgos de la cultura jurídica colombiana, inserta en las normas constitucionales, el tipo de justicia que se implanta como valor en el texto de la Carta Política colombiana, que permite otros modelos de justicia, entre estos, el de la justicia transicional, para lo cual fue modificado su texto en el referido acto legislativo denominado “marco jurídico para la paz” del año 2012.

Esto dará eficacia a la propuesta desde el punto de vista sociológico más allá de una legalidad aparente, aspecto que permite su misma validez a través de los valores que se preservan.

Es a través de la justicia transicional que se crea un modelo de justicia que juzgue a los actores de delitos cometidos por subversivos políticos por fuera del Estado del Derecho, dejando la justicia ordinaria al juzgamiento de delitos comunes. Es decir, la justicia transicional, como su nombre lo señala, es transitoria y únicamente para el llamado proceso de paz. Este sistema, en el caso colombiano, le da un papel protagónico a las Víctimas, para que estas puedan perdonar a través de los mecanismos judiciales y extrajudiciales que se instauren para así sanar heridas. (Moncayo, 2016).

3.3 Actualidad del Plebiscito

3.3.1 Las consecuencias del plebiscito del 2 de octubre de 2016 y la implementación de los acuerdos finales.

Como consecuencia de la derrota del SI en el plebiscito del 2 de octubre de 2016, se hicieron ajustes que condujeron a la suscripción del “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”¹⁴. El nuevo texto expedido el 24 de noviembre de 2016 aclaró que no obstante la victoria del no, la decisión final del pueblo colombiano no significó un bandazo al derecho a la paz ni a los derechos fundamentales (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016). Del mismo modo, se consideró que la Corte Constitucional determinó la ruta a emprender en el evento de darse el No como alternativa mayoritaria en la jornada plebiscitaria en cuanto el Señor Presidente de la República tiene competencia para preservar e imponer el orden público.

De igual manera, el derecho de las víctimas no sufrió mengua. Se advierte que el nuevo Acuerdo Final se concentró en los derechos fundamentales de las mujeres, los grupos sociales vulnerables como son los pueblos indígenas, las niñas, niños y adolescentes, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicamente diferenciados; también a los derechos fundamentales de los campesinos y campesinas. No descuida los derechos esenciales de las personas en condición de discapacidad y de los desplazados por razones de conflicto, de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores y de la población LGBTI, conservando el núcleo del texto sometido a plebiscito el 2 de octubre de 2016. (El Tiempo, 2016)

Se erigió como razón de ser del Acuerdo, lo siguiente:

“...la justicia prospectiva en tanto reconoce derechos fundamentales esenciales para las nuevas y futuras generaciones como son el derecho a una tierra conservada, el derecho a la preservación de la especie humana, el derecho a conocer sus orígenes y su identidad, el derecho a conocer la verdad sobre hechos acontecidos antes de su

¹⁴ La fecha de clausura de los diálogos fue el 24 de agosto de 2016.

nacimiento, el derecho a la exención de responsabilidades por las acciones cometidas por las generaciones precedentes, el derecho a la preservación de la libertad de opción, y otros derechos, sin perjuicio de los derechos de las víctimas de cualquier edad o generación a la verdad, la justicia y la reparación”. (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016).

El nuevo acuerdo concilió algunas recomendaciones de los voceros del No. En términos concretos, se hicieron modificaciones en los siguientes aspectos:

- Precisiones para la expropiación de tierras de tal manera que la figura del Fondo de Tierras no amenazara los derechos de los propietarios. Se determinó el debido proceso para el propietario. Así la expropiación por utilidad social o inexploración de la tierra se hará de conformidad con las leyes vigentes y respetando derechos fundamentales.

Se precisó la garantía de la propiedad privada, determinando que la economía del campo fuera global y holística: tanto para pequeños propietarios como medianos y grandes productores de lo agrícola.

El Fondo contará con tres millones de hectáreas para empezar, el cual beneficiará a los afectados del conflicto armado y no solo al campesino sin acceso a la tierra o con tierra insuficiente. Se adoptó el concepto de Desarrollo Integral del Campo que conjuga las diferentes modalidades de producción. Es decir, “la agricultura familiar, la agroindustria, turismo, agricultura comercial de escala”.

Las autoridades vigentes serán las que manejarán las zonas de reserva campesina y no será monopolio de la guerrilla, previstas para el desarrollo del campo, la protección ambiental y la seguridad alimentaria.

- En el tema de la elegibilidad política de los excombatientes, se determinó que serían elegidos así fueran autores de crímenes de lesa humanidad, respecto de los máximos responsables. Se precisó que estos no ocuparan las 16 curules dispuestas en el Acuerdo del

26 de septiembre de 2016 que se otorgaron en la Cámara de Representantes en las zonas que padecieron el conflicto. En cuanto a la financiación se determinará que solo hasta el 2026 recibirán esa ayuda la cual no será superior a la que recibieron los partidos y grupos políticos previo al acuerdo.

- Se le da participación a la justicia ordinaria: se especificó que la totalidad de los integrantes de la Jurisdicción Especial para la Paz serán colombianos. Se permite la colaboración de los amicus-curiae extranjeros a la manera de expertos consultores en algunos casos. La jurisdicción será temporal: 10 años para investigar y cinco para juzgar, términos que pueden ser prorrogables.
- Se incluyó a la justicia ordinaria: participarán la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura.
- Se consagra la acción constitucional de tutela contra “las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz”, que hayan vulnerado los derechos fundamentales. Este mecanismo procederá cuando se observe una vía de hecho o por la afectación del derecho fundamental en el evento en que sea consecuencia directa y se deduzca de la parte resolutive de la decisión y previamente todos los recursos con que cuente la nueva jurisdicción. La acción se deberá interponer ante el mismo Tribunal para la Paz. Si el afectado no encuentra solución a la afectación demostrada y sigue en su tesis de vulneración, la procedencia del recurso será decidido por una sala de decisión conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. Para la selección de la tutela requiere el voto favorable de los cuatro integrantes, caso en el cual la revisión pasa a manos exclusivas de la Sala Plena de la Corte, que puede tumbar la decisión de la Justicia de Paz y ordenar el nuevo fallo.

La Corte Suprema de Justicia es considerada como el órgano de cierre para la revisión de casos de civiles. Se prevé que los conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la nueva Jurisdicción serán resueltos por una Sala Incidental, integrada por tres magistrados de la judicatura y tres magistrados de la misma.

- El Tribunal para la Paz conserva la función de decidir sobre las extradiciones de miembros de las F.A.R.C EP y los integrantes de su familia.
- Las F.A.R.C EP deben hacer entrega de bienes y activos que no hayan inventariado una vez finalice el proceso de dejación de armas y serán sometidos a la extinción de dominio y la pérdida de la pena alternativa en caso de que alguien pretenda esconderlos. Existe compromiso de resarcimiento material de las víctimas y, en especial, a la reparación integral.

Ya en cuanto al derecho de las víctimas el centro cardinal de la Jurisdicción Especial para la Paz, se establecen los principios básicos del nuevo acuerdo y estos son:

- El deber jurídico de los Estados de atender los derechos de las víctimas y la de prevenir los hechos de violencia.
- “El componente de justicia del sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición” se denomina Justicia Especial para la Paz. Esta nace de la autonomía del Estado colombiano para “integrar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales” derivados de la Carta de las Naciones Unidas en aspectos tales como la soberanía y la libre autodeterminación de los pueblos.
- Uno de los parámetros para orientar el desenvolvimiento del nuevo esquema de justicia es la aplicación de un diseño de justicia restaurativa que de manera prioritaria busca “la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto”.
- La justicia restaurativa atenderá, en ese sentido, principalmente las necesidades y la dignidad de las víctimas, la cual es aplicada con “un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.
- La puesta en marcha del esquema de justicia se concentrará en la atención de las necesidades de las víctimas, mujeres, niñas y niños, personas que sufren sin causa justificada los estragos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las

reparaciones deben responder a los lineamientos de Naciones Unidas, los que propenden en que todo acuerdo de paz debe adoptar “un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres y la importancia de su participación activa y equitativa en el componente de justicia del sistema”.

Así mismo, con la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 se aprobaron las disposiciones en relación con las figuras de la amnistía, del indulto y procedimientos especiales, las cuales son consideradas como medidas especiales del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición”, las cuales giran en torno en la protección de los derechos y necesidades de las víctimas. (Ley 1820 de 2016)

De esa manera, confluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales en torno a la protección de los derechos de las víctimas en la búsqueda de la verdad.

El 13 de marzo de 2017 el Congreso de la República aprobó el acto legislativo que crea la jurisdicción Especial de Paz, estando pendiente la conciliación entre Senado y Cámara. Recuérdese que la misma es el instrumento y sistema de juzgamiento acordado para los ex combatientes que se acojan al proceso de paz frente a delitos internacionales -de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra-, sean estos guerrilleros o militares, quien será investigados y juzgados por ese órgano.

Como novedad se determinó que una ley estatutaria que se tramitará próximamente reglamentará la Justicia Especial de Paz y allí de determinará en qué casos el narcotráfico se investigará por la justicia ordinaria y en cuáles por la jurisdicción especial. Se fijó como restricción a la libertad el lapso de 2 años -para quienes no hayan tenido una participación determinante- hasta 20 años para quienes no reconozcan su participación en delitos graves y sean vencidos en juicio.

Se incluyó un capítulo especial para los agentes del Estado, en el que se incluyó ciertos requisitos para que los comandantes sean juzgados por delitos cometidos por los subordinados a su cargo y se hizo una diferenciación entre el trato a los uniformados miembros de la Fuerza

Militares y otros civiles que pertenecen al Estado. De igual manera, se prevé la no extradición de los miembros de las F.A.R.C. EP por comportamientos acaecidos antes de la firma del Acuerdo que da finalización al conflicto y que se acojan a esa especial justicia. También se creó la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, cuyo objetivo es la de contribuir al esclarecimiento de las vulneraciones e infracciones cometidas en el periodo de conflicto armado interno y ofrecer una explicación a la sociedad.

CONCLUSIONES

La historia reciente de Colombia permite concluir que no existe solución militar a los conflictos armados que se establecieron en su territorio en los últimos 50 años. Ya la rebelión armada cesa su acción de derrocar el Estado de Derecho y éste, a su vez, desistió de derrotar la subversión, hasta convencerse que de lo que trató fue de una inútil confrontación armada fratricida - entre hermanos – de una misma Patria, cuyas víctimas fueron los miembros de la sociedad civil.

Actualmente, Colombia vive un momento histórico único en cuanto a la aplicación de la justicia transicional, tema de primera línea y polémico, mecanismo legal que transforma un conflicto interno entre la rebelión armada de la F.A.R.C. EP – Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo-, contra el Estado de Derecho.

La Justicia transicional es un modelo de justicia que juzga a los actores de delitos cometidos por delincuentes políticos, quienes actuaron por fuera del Estado del Derecho, dejando la justicia ordinaria al juzgamiento de delitos comunes. Es decir, la justicia transitoria es únicamente para el llamado proceso de paz.

La aplicación de la justicia transicional, como mecanismo legal que transforma un conflicto interno entre la rebelión armada de la F.A.R.C. EP – Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo-, contra el Estado de Derecho, es un instrumento que tiene sus bases en la Carta Política de 1991, que permite otros modelos de justicia. Las bases de estas alternativas se construyeron en el Acto Legislativo No. 01 de 2012.

El papel de la víctima en el Acuerdo para la culminar el conflicto armado interno de Colombia se destaca por su importancia. Por primera vez tiene un papel preponderante en la sociedad colombiana, como consecuencia de tal rol en la Constitución Política y se nutre de los lineamientos diseñados por la Organización de Estados Americanos en la Resolución Pacífica del Conflicto Armado en Colombia.

Los estudios sobre el conflicto se condensan en dos ejes: el componente teórico y el componente estadístico, que establece la relación entre guerra y política, y analiza el otorgamiento de beneficios, los parámetros de reconciliación, reparación, verdad, justicia, olvido y memoria. Los anteriores, confluyen en el cierto de que las víctimas pueden recobrar su dignidad y apaciguar los sentimientos de venganza, buscando un punto de equilibrio entre sus derechos y el perdón y la paz, para evitar la continuidad de la guerra.

La víctima o perjudicado por un delito “tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátense de delitos consumados o tentados; además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. (Corte Constitucional”. Sentencia C-899 de 2003)

En un Acuerdo de Paz se ha de mirar no solo alternativas judiciales sino extrajudiciales. Entre estas la denominada Comisión de la Verdad que busca explicar a la sociedad ese pasado de violencia.

Lo anterior porque entre la venganza y el perdón existe un punto intermedio por explotar y este es el esclarecimiento de la verdad. La sanción se impone como deber al Estado para sancionar las ilicitudes vulneradoras de los derechos humanos y el DIH para con ello eliminar la impunidad. Sin embargo, el valor justicia debe ceder frente a la verdad de tal manera que se puede flexibilizar temporalmente las sanciones restrictiva de la libertad para otorgar la posibilidad de que los victimarios digan la verdad y reparen a las víctimas.

El tipo de justicia transicional que requiere Colombia frente al actual proceso de paz debe ser especial frente al contexto social colombiano que ha vivido más de 50 años de conflicto armado de tal modo que singularice esa realidad en la que se pondere el valor justicia (punitiva) en relación a los responsables de crímenes internacionales sin poner en riesgo la transición negociada (de la guerra a la paz), la que se puede manifestar en diversas sanciones para quienes no cumplan con el deber de verdad, desmovilización y reparación.

Las características de la justicia transicional para Colombia debe tener los siguientes ejes: (i) las sanciones deben ser condicionadas a la verdad y a la reparación; (ii) permitir un papel protagónico de las víctimas, lo cual está autorizado por el contexto constitucional colombiano pues nuestra Carta Política establece como principio que las víctimas de un ilícito pueden aspirar a la reparación, la verdad y justicia, con lo que se ratifica la influencia del contexto internacional en la fundamentación de estos derechos (Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional y el DIH).

La justicia transicional colombiana debe garantizar la satisfacción del derecho a la justicia, así como la satisfacción del derecho a la verdad, la reparación a las víctimas y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

La justicia transicional es un conjunto de procedimientos, mecanismos y ensayos de una sociedad para dar término a una fase de violencia con la finalidad de garantizar las responsabilidades, promover la justicia y lograr la reconciliación. Por eso, en Colombia se debe diseñar una justicia transicional con enfoque a víctimas, características que permitirá disminuir la impunidad dentro de la cual es importante el consenso (entre víctima, victimario y Estado).

En los Acuerdos de Paz se respetó el papel protagónico de las víctimas al punto que se creó el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición”, aspecto que es compatible con el respeto de derechos fundamentales.

Los tipos de sanciones punitivas que se adoptan en los Acuerdos de Paz frente a los responsables de crímenes atroces internacionales no ponen en riesgo la transición negociada y la reconciliación pactada.

En cuanto a las sanciones, se dispuso lo siguiente: su finalidad especial lo es “satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de la verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No repetición” mediante manifestaciones individuales o colectivas. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Se establecen mínimos: para quienes acepten la verdad y su compromiso ante la “Sala de Reconocimiento”, respecto de delitos muy graves, serán acreedores por lo menos a un mínimo de 5 a 8 años, frente al cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción. Comprenden restricciones efectivas de libertades y derechos como, por ejemplo: libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución y, además, deberán garantizar la no repetición. La restricción efectiva y movimiento.

La restricción impone “los mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente su cumplimiento y certificar si se cumplió”. (Mesa de Conversaciones, s.f.). Para cuando haya aceptación de la verdad así como de la responsabilidad ante la Sala, “las restricciones de los anteriores derechos y libertades serán menores que en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante el Tribunal o en el caso de no reconocimiento”. Asimismo, “las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se imponen a quienes reconozcan la verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años”. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Hay un sistema de gradualidad: hay manera de graduar sanciones menores a los cinco años para las personas que no hayan participado de manera determinante en las conductas más graves, aun interviniendo en ellas. La sanción mínima es de dos años y la máxima es de cinco años.

Además, las sanciones ordinarias se imponen cuando no se reconozca la verdad y la misma responsabilidad; en ese evento, tendrán las funciones de las normas penales. También se prevé la rebaja de la privación de libertad. Para ello el condenado debe comprometerse a “contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo de privación de la libertad”. Se prevé que la privación efectiva de libertad no puede ser menor de 15 años ni superior de 20 años para conductas graves. (Mesa de Conversaciones, s.f.).

Hay otra clase de sanciones: las llamadas “sanciones alternativas y ordinarias” que implica la restricción del derecho de libertad u otra medida de aseguramiento, con lo que se garantiza un mínimo de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ambos, K. & Steiner, C. (Coords.). (2015). *Justicia de Transición y Constitución II*. Bogotá: Editorial Temos, Cedpal, Konrad AdenauerStiftung.
- Aponte C., Alejandro. (2011). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, FonradAdenauerStiftung.
- Arias D., Juan C. (2015). *La dimensión política de la justicia transicional y su huella en Colombia. justicia transicional*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Atehortua C., Adolfo L. (2010). *1810, Ni Revolución ni nación*. Medellín: La Carreta EU.
- Ballén M., Rafael. (2009). *¿Cómo terminar nuestra Guerra?. Revista Diálogos de Saberes*. Bogotá.
- Bartra, Roger. (2013). *Territorios del terror y la otredad*. 1ª Ed. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Benavides V., Farid S. (2013). *Justicia en épocas de transición. Conceptos, Modelos, debates y experiencias*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Bernal P., Carlos. (2016). *La aporía de la Justicia Transicional y el Dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz*. En: *Justicia Transicional: Retos Teóricos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal P., Carlos & Babosa C., Gerardo. (2016). *Justicia Transicional: verdad y responsabilidad y Justicia Transicional: Retos teóricos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bernal P., Carlos. (2007). *Refutación y Defensa del neo-constitucionalismo*. En: *Teoría del neo constitucionalismo*. Buenos Aires: Editorial Trotta.
- Blergalli, Roberto. (1982). *Crítica a la Criminología. Hacia una Teoría crítica del control social en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 1982.
- Borda G., Sandra. (2012). *La Internalización de la paz y de la guerra en Colombia durante los gobiernos de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe tuvieron como fina lograr su legitimidad política y afianzar su capacidad militar*. Bogotá: Uniandes, 2012.
- Chaparro, María Claudia. *Comunicación persona, 26 de diciembre de 2016*. Bogotá.
- Cataño, Gonzalo. (2016). *Justicia Transicional: Una visión sociológica*. En: *Justicia Transicional: retos teóricos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel. (2007). *El neo constitucionalismo en su laberinto*. En: *Teoría del neo constitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Castellanos M., Ethel. (2008). *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derechos y Ciencias Política.
- Chernick, Marc. (2008). *Acuerdo Posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano: Seis décadas de violencia*. Veinticinco años de procesos de paz. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Correa H., Magdalena. *Justicia Transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales*. En: Bernal, C.; Barbosa, G. & Ciro, A. (2016) *Justicia Transicional: el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuervo R., Jorge I. (2011). *Los estándares de reparación de la Corte Interamericana: ¿Un estándar muy alto para la realidad colombiana?.* 1ª Ed. En: Cátedra UNESCO,

Reorientación de las Políticas Públicas sobre Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional.

De la Espriella, A. (2015). *La salida jurídica del proceso de negociación con las FARC, reinserción, alternatividad penal, participación en política y garantía de no repetición*. Bogotá: Publicaciones de la Espriella Lawyers Enterprise.

Fajardo A., Luis A. *Estándares Internacionales en materia de Justicia Transicionales aplicables en Colombia*. En: Bernal, C.; Barbosa, G. & Ciro, A. (2016) *Justicia Transicional: el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fernández, Eusebio. (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.

Forer, Andreas. (2012). *Justicia Transicional*. Universidad del SINU. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Foucault, Michel. (1999). *Conversaciones con Michael Foucault. Estrategias de poder*. Varela, J. & Álvarez, F. *Obras Esenciales*. Vol. II. Buenos Aires: Paidós Básica.

García D., Mauricio. (2010). *Colombia: Conflicto armado, procesos de negociación y retos para la paz*. En: *Colombia: Escenarios posibles de Guerra y Paz*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Gómez S., F. (2015). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Editorial Leyer.

Guzmán C., German; Fals B., Orlando & Umaña L., Eduardo. (2010). *La Violencia en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Editorial Punto de Lectura.

Guzmán Téllez, José Alfredo. *Comunicación persona, 20 de septiembre de 2016*. Bogotá.

- Habermas, Jürgen. (2000). *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- Habermas, Jürgen. (1997). *Historia y crítica de la opinión pública*. 5ª Ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A., GG Mass Media.
- Habermas, Jürgen. (1997). *Conocimiento e interés*. 3ª Ed. Valencia: Universidad de Valencia.
- Herrera, Lina. & Sánchez, Paula. Comunicado personal, 10 de abril de 2016. Bogotá: Juez de la República y estudiantes de derecho.
- Hinestrosa, Juan P. (2011). *Justicia y Verdad como formas de reparación*. Cátedra UNESCO, Reorientación de las políticas públicas sobre desplazamiento forzado y justicia transicional. 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos G., Diana. (2007). Cuando callan los fusiles: impacto de la paz negociada en Colombia y en centro-américa. *Análisis Político*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultas de Ciencia Política.
- Juergensmeyer, Mark. (2001). *Terrorismo Religioso. El auge global de la violencia religiosa*. 1ª Ed. Madrid: Siglo Veintiuno editores.
- Lewis, Bernard. (2000). *Las identidades múltiples de Oriente Medio*. 1ª Ed. Madrid: Siglo veintiuno editores.
- Moncayo Rincón, Gustavo. *Comunicación personal, 7 de octubre de 2016*. Bogotá.
- Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós, 1999.

- Múnera R., Leopoldo & De NanteuilMatthieu. (2014). *La vulnerabilidad del mundo, Democracias y violencia en la globalización*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Navarro D., Luis R. (2010). *Entre esferas públicas y ciudadanía. Las Teorías de Arendt, Habermas y Mouffe aplicadas a la comunicación para el cambio social*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Pabón A., Juan A. (s.f.). *Memoria y justicia transicional: Crítica a la ley de justicia y paz en Colombia*. Editorial Academia Española.
- Patiño G., María. (2006) El Derecho de la víctima a obtener reparación especial consideración a la Ley 975 del 2005. En: *Colombia Pensamiento Jurídico*. Bogotá: Unibiblos Universidad Nacional de Colombia.
- Petev, Valentín. (1996). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pécaut, Daniel. (2008). *Las Farc una guerrilla sin fin o sin fines*. Bogotá: Editorial Norma.
- Posada G., Eduardo. (2001). *¿Guerra Civil? El Lenguaje del conflicto en Colombia*. 1ª Ed. Bogotá: Alfaomega, Ideas para la Paz.
- Prieto S., Luis P. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.
- Quinche R., Manuel F. (2009). *Los estándares de la corte interamericana y la ley de justicia y paz*. 1ª Ed. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rawls, John. (2001). *La Justicia como equidad. Una reformulación*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Rincón, Tatiana. (2010). *Verdad, Justicia y reparación: La justicia de la justicia en tiempos de transición*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Sánchez T., María M. (2009). *La vigencia del delito político en Colombia: Interpretación a partir de 1997, influencia del DIH y su incidencia en un proceso de paz*. Bogotá: Universidad Nacional.

Sánchez T., María. *Comunicación personal el 25 de mayo de 2016*. Bogotá.

Sánchez Lozano, Álvaro Manuel. *Comunicación persona, 25 de mayo de 2016*. Bogotá.

Sánchez Campos, Paula Cecilia. *Comunicación persona, 25 de mayo de 2016*. Bogotá.

Suárez D., Helena & Velasco C., Ernesto. Máximos responsables. En: Bernal P., Carlos & Babosa C., Gerardo. (2016). *Justicia Transicional: verdad y responsabilidad y Justicia Transicional: Retos teóricos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Sánchez Triana, María Martina. *La vigencia del delito político colombiano: interpretación a partir de 1997, influencia del DIH y su vigencia en un proceso de paz*. Bogotá: Universidad Nacional 2016.

Springer, Natalia. (2010). *¿Negociar la paz o hacer justicia?* Bogotá: Editorial Aguilar.

Torres A., Alfredo. (2015). *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

Téllez, José & Sánchez, Sara. *Comunicación personal, 15 de marzo de 2016*. Bogotá.

Torregrosa Jiménez, Rodolfo. Algunas Reflexiones sobre la Justicia Transicional en Colombia desde el Derecho de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Revista Diálogos de Saberes, No. 35, julio-diciembre 2011.

Torregrosa Jiménez, Rodolfo, Torregrosa Jiménez Norhys y Manrique Soacha César. Las tendencias de investigación en el campo de la justicia transicional en Colombia. Bogotá: Revista Republicana No. 18, enero a junio de 2015.

Triana Anibal. *Comunicación personal, 25 de mayo de 2016*. Bogotá.

Uprimny, Rodrigo & Saffon. (2006). Verdad Judicial y verdades extrajudiciales: La búsqueda de una complementariedad dinámica. En: Revista Pensamiento Jurídico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. (nov-dic).

Velásquez R., Carlos A. (2011). *La esquivia terminación del conflicto armado en Colombia*. Medellín: La Carreta Editores E.U.

Valencia V., Hernando. (1998). *Cartas de Batalla*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Vargas V., Alejo. (2010). *Colombia: escenarios posibles de Guerra y paz*. Bogotá: Universidad Nacional.

Vega T., Francy. *Comunicación personal, 10 de marzo de 2016*. Bogotá. Ciudadano.

Violante, Caterina. (2008). *El papel de la organización de Estados Americanos en la Resolución Pacífica del conflicto armado en Colombia (2004-2006)*. 1ª Ed. Bogotá: Uniandes-Ceso, Departamento de Ciencias Políticas.

Normatividad

Congreso de la República. *Ley 1820 de 2016*. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. Bogotá.

Congreso de la República. *Acto Legislativo 01 de 2012*. “Por medio de la cual se establece instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 48.508 de 31 de julio de 2012.

Congreso de la República. *Ley 975 de 2005*. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. En: Diario Oficial 45980 de julio 25 de 2005.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. *Sentencia C-577 de 2014*. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Páginas Web

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Extraíble en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Guerrilla y población civil: Trayectoria de las Farc 1949-2013*. Extraíble en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-poblacion-civil.pdf>

Constitución Política de Colombia. (s.f.). *Constitución Política de Colombia*. Extraíble en:

<http://www.constitucioncolombia.com/disposiciones-transitorias/capitulo-8/articulo-446>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *II. Principios y normas orientados a superar los conflictos armados y sus consecuencias sobre la población civil*. Extraíble en:

<http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe2.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1994). *A-60: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*. Adoptada por Belén do Pará, Brasil. Extraíble en:

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos7.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001*. (Fondos). Extraíble en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001*. (Reparaciones y costas). Extraíble en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf

El Tiempo. (2016). *Lea el último comunicado conjunto entre el Gobierno y las Farc*. Extraíble en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/ultimo-comunicado-conjunto-entre-gobierno-colombiano-y-farc-93-52234>

Defensoría del Pueblo Colombia. (2015). *Justicia Transicional: Voces y oportunidades para los niños, niñas y adolescentes en la construcción der la paz en Colombia*. Bogotá. Extraíble en:

http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformeCompleto_Justiciatransicional.pdf

Mesa de Conversaciones. (s.f.). *Comunicado conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz. La Habana, 23 de septiembre de 2015*. Extraíble en:

<https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-60-sobre-el-acuerdo-de-creaci%C3%B3n-de-una-jurisdicci%C3%B3n-especial-para-la>

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (s.f.). *ABC Jurisdicción Especial para la Paz*.

Extraíble en:

<http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html>

Osorio G., Sergio N. (2010). John Rawls: Una teoría de justicia social su pretensión de validez para una sociedad como la nuestra. *Revista Relaciones Internacionales, estrategia y seguridad*. Vol. 5. (1). Bogotá. Extraíble en:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008#17