

Las penas alternativas en los procesos de justicia transicional colombiano: impunidad o equilibrio para el logro de la paz.

Leonardo Augusto Cabana Fonseca

Directora de trabajo de grado: PhD. Angela María Buitrago

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Maestría en justicia y tutela de los derechos con énfasis en ciencias penales y criminológicas

Bogotá – Colombia

2019

Agradecimientos:

A la profesora Angela María Buitrago, por todas sus orientaciones;

A Hemilet, Sebastián y a mis Padres,
por ser parte esencial en mi proyecto de vida académico y profesional

Leonardo Augusto Cabana Fonseca

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas y Acrónimos	5
Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
Capítulo 1. Antecedentes del Problema	13
1.1. Aplicación de los marcos de justicia transicional	15
1.1.1. Justicia transicional en Alemania	21
1.1.2. Justicia transicional en Ruanda	25
1.1.3. Justicia transicional en el Salvador	28
1.1.4. Justicia transicional en Sudáfrica	31
1.1.5. Justicia transicional en Argentina	34
1.1.6. Justicia transicional en Camboya y Bosnia-Herzegovina	37
1.1.1.1 <i>El Tribunal de Camboya</i>	38
1.1.1.2 <i>Tribunal de Bosnia-Herzegovina</i>	40
1.1.7. Justicia transicional en Guatemala	42
1.1.8. Justicia transicional en Uganda	43
1.1.9. Justicia transicional en Sierra Leona	45
1.1.10. Justicia transicional en Colombia	47
Capítulo 2. Los Marcos Jurídicos de la Justicia Ordinaria y Marcos Jurídicos Transicionales	53

2.1. Marco jurídico de la justicia ordinaria	53
2.2. Marco jurídico de la justicia transicional	58
2.2.1. Justicia especial para la paz	67
Capítulo 3. Aplicación de los Marcos de Justicia Penal	72
Capítulo 4. Análisis Sobre la Aplicación de los Marcos	83
Capítulo 5. Favorabilidad en la Aplicación del Marco Transicional	96
Conclusiones	132
Bibliografía	136

Abreviaturas y Acrónimos

AUC	Autodefensas Unidas de Colombia.
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados del África Occidental.
CNMH	Centro Nacional de Memoria Histórica.
CPI	Corte Penal Internacional.
CPI	Clase Política Institucionalizada.
CV	Comisión de la Verdad.
CVR	Comisión de la Verdad y la Reconciliación.
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DH	Derechos Humanos
ECOMOG	Fuerzas Regionales del Grupo de Verificación del Alto el Fuego.
ELN	Ejército de Liberación Nacional.
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo.
FGN	Fiscalía General de la Nación.
FMLN	Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.
FRU	Frente Revolucionario Unido.
ICTJ	Centro Internacional para la Justicia Transicional.
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz.
LRA	Ejército de Resistencia del Señor.
NRA	Ejército de Resistencia Nacional
NSDAP	Partido Nacional socialista Obrero Alemán.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
SETC	Sala Especial de los Tribunales de Camboya.
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición
SS	Escuadras de Protección.
TMI	Tribunal Militar Internacional.
UPDA	Ejército Democrático Popular de Uganda.

Resumen

El derecho a la paz es la legitimación de la justicia transicional en el mundo. En Colombia ha sido concebido como un Sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición. El punto central del sistema se encuentra en el reconocimiento de los derechos de las víctimas. El Derecho a la justicia se complementa con mecanismos adicionales para que tengan como resultado una protección efectiva. El reconocimiento de la responsabilidad individual es un principio adicional y se garantiza en los casos de las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Es así que las sanciones penales en Colombia pueden ser justificadas a partir de la perspectiva de los fines de la justicia transicional. Se busca encontrar una respuesta sobre lo que realmente sucedió, quiénes son los culpables y si la sociedad está en condiciones de dar una oportunidad a los responsables para reintegrarse por medio de la reconciliación. El modelo colombiano ha encontrado argumentos de legitimación para el tratamiento especial de las penas previstas para los intervinientes en el conflicto armado. En este sentido, la adopción de un tratamiento especial en la imposición de la pena ha sido justificada por la Corte Constitucional siempre que las graves violaciones a los Derechos Humanos sean castigadas conformes a las reglas del derecho internacional y la sanción penal sea tratada junto con los mecanismos de la justicia transicional en beneficio de la paz. En consecuencia, un tratamiento especial de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado será constitucional.

Palabras claves: Justicia Transicional, sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, sanciones, penas, conflicto armado.

Abstract

The right to peace is the legitimation of transitional justice in the world. In Colombia it has been conceived as a System of truth, justice, reparation and non-repetition. The central point of the system is in the recognition of the rights of the victims. The right to justice is complemented by additional mechanisms to result in effective protection. The recognition of individual responsibility is an additional principle and is guaranteed in the cases of serious violations to Human Rights and International Humanitarian Law. Thus, criminal losses in Colombia can be justified from the perspective of transitional justice. It seeks to find an answer about what really happened, who are the guilty and if society is in a position to give opportunity to those who are responsible for reintegrate through reconciliation. The Colombian model has found in legitimation arguments for the special treatment of specific penalties for those involved in the armed conflict. In this sense, the adoption of special treatment in the imposition of the penalty has been justified by the Constitutional Court provided that the serious violations to the human rights are punished in accordance with the rules of international law and the criminal sanction be treated together with the mechanisms of transitional justice for the benefit of peace. Consequently, special treatment of crimes committed in the context of the armed conflict will be constitutional order.

Keywords: Transitional Justice, truth system, justice, reparation and non-repetition, sanctions, penalties, armed conflict.

Introducción

Desarrollar una investigación que justifique la inaplicabilidad de la justicia penal ordinaria, como justicia retributiva, frente a graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derechos Internacional Humanitario, y la viabilidad de los modelos de Justicia Transicional como componente de justicia restaurativa en Colombia, es sin duda un ejercicio académico que exige la comprensión de algunas variables que se relacionan desde hace más de 50 años y que hacen parte de la realidad nacional, en tanto, Colombia es el único país del hemisferio occidental donde aún persiste un conflicto armado de carácter político, y se presentan altos niveles de polarización política y social que han obstaculizado la reconciliación nacional. No obstante, se abriga la esperanza que con la aplicabilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición (SIVJRNR) se pueda construir la Paz, ante los elevados niveles de desconfianza que aún existe.

El presente análisis estará encaminado a plantear la naturaleza y finalidad de los dos esquemas de justicia, en los marcos del proceso penal ordinario de justicia retributiva¹, y del transicional de justicia restaurativa² que han llevado a generar en la sociedad colombiana sentimientos encontrados, pero comprensibles desde la perspectiva de las víctimas, las posiciones de los operadores judiciales, de los sectores económicos y políticos que directa e indirectamente pueden estar asociados al conflicto armado, la comunidad internacional, y los mismo victimarios (Marquez, 2007, pág. 201 y 204).

¹ La justicia Retributiva: Se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito. Es legislador quien mide el castigo que el criminal debe compensar, sobre toda a la sociedad, por lo que el infractor hizo a un miembro de la comunidad.

² La Justicia Restaurativa: Es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas.

De acuerdo con lo anterior, en el mundo ha sido una constante la necesidad de acudir a la implementación de procesos de justicia transicional, en países donde los conflictos armados llegaron a límites de violencia sistemática y generalizada con características de delitos contra la humanidad, crímenes de guerra, incluso genocida, como instrumento en la búsqueda de una solución pacífica y de tránsito hacia la Paz, garantizando que esos graves delitos no queden en la impunidad privilegiando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición; no obstante, estos derechos se han adaptado a las particularidades propias de cada País debiendo atender aspectos de carácter político, social, cultural, económico, étnico e incluso jurídico, por tanto, en relación con estos derechos dependiendo los aspectos anotados se privilegian sobre los otros en su aplicación.

Es por ello, que cada País ha adoptado los procesos de justicia transicional de acuerdo a las circunstancias propias vividas, lo que llevó a darle mayor representatividad a unos derechos más que a otros, como ocurrió en Uganda y Ruanda privilegiando la verdad y las reparaciones a través de la aplicación de modelos de justicia tradicional y la creación de comisiones de derechos humanos, o en Alemania principalmente con la aplicación de justicia retributiva a través del Tribunal *ad hoc* de *Núremberg*, o los Tribunales Híbridos o Especializados de Camboya y Bosnia Herzegovina, o los juicios de la verdad en Argentina, o comisiones de la verdad como ocurrió en Sudáfrica y Sierra Leona esta última además de implementar un componente de justicia retributiva a través del Tribunal Especial para juzgar a los máximos responsables de los crímenes, o Salvador con las comisiones de la verdad. En otras palabras, si bien los procesos de justicia transicional buscan garantizar los derechos a la verdad, la justicia y reparación, cada país los ha utilizado acorde a su contexto de violencia vivido y la intención de búsqueda de la verdad y reconciliación.

Colombia no ha sido ajena a ello, realizando un esfuerzo para mantener en un mismo nivel los componentes a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, no como colcha de retazos, sino articulando, adecuadamente lo positivo de cada experiencia internacional para adoptarla a la realidad política, social, cultural, económica y jurídica. No obstante, en Colombia, aún no se ve un desarrollo estructurado de una teoría formal o general sobre la integralidad de los procesos de justicia transicional a través del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición (SIVJRNR). En consecuencia, surge un primer planteamiento hipotético el cual se ve reflejado en la ausencia de un desarrollo de una teoría formal o general sobre su aplicación.

Asimismo, los marcos de justicia transicional generan una preocupación al interior de las sociedades, por la gravedad y representatividad de los hechos criminales que los afectaron, por tanto, se esperaría dentro de un componente tradicional de justicia retributiva el castigo ejemplar y el esperado para una retribución por el grave daño causado.

De hecho en Colombia, se tuvo en cuenta la tensión y el momento político imperante para negociar un acuerdo de desmovilización y desarme con las AUC y el Gobierno Nacional donde lo que se estaba negociando era precisamente la administración de justicia y no un acuerdo político, en tanto que, las penas que se establecieron no correspondían de ninguna manera con las establecidas en el ordenamiento jurídico Colombiano, conllevando a que se esté hablando de una negociación donde sucumbe el aparato de justicia y se da preminencia al accionar del ejecutivo, generando un desbalance o desequilibrio del sistema a favor de éste.

De esta forma, en los países donde la justicia transicional se ha implementado los resultados obtenidos han conllevado en algunos casos como en Alemania a imponer penas extremas como la muerte y la reorganización del aparato jurídico y político institucional. Para el caso colombiano se

ha implementado un modelo retributivo en el cual las penas se han establecido dentro de un límite de ocho años de reclusión, así mismo, se han establecido procesos restaurativos simbólicos como erigir monumentos y crear centros de memoria histórica, igualmente, se han implementado una reparación de carácter económico por vía administrativa y de carácter retributivo mediante la asignación de predios o de inmuebles a las víctimas, no obstante, de lo anterior surge una segunda hipótesis la cual se puede esgrimir en tanto que, ni el proceso intramural ni la reparación material han contribuido con la administración de justicia, en consecuencia este tipo de justicia transicional en Colombia ha generado impunidad.

Estas hipótesis son las que justifican el análisis que se aborda en el presente trabajo, en tanto se plantea que en marcos de conflictos armados, una de las salidas para la superación de éste, es la aplicación de esquemas de justicia transicional como instrumento para la consolidación de la paz, es la propuesta más viable y políticamente aceptable para superar la victimización y degradación de la confrontación entre Estado y actores armados.

Tras los planteamientos hipotéticos, la monografía se desarrolla mediante la aplicación del método deductivo el cual se sustenta a partir de la formulación de premisas generales a premisas particulares, siendo aplicable para este tipo de trabajo en la medida que se deduce a partir de los planteamientos hipotéticos ya mencionados diversos aspectos relacionados con el contenido necesario para sustentar las afirmaciones propuestas, en otras palabras, ésta metodología posee una alta carga demostrativa y que en cada capítulo se va agregando argumentos necesarios que van a permitir sustentar el presente trabajo.

Por lo expuesto, el trabajo se estructura de la siguiente manera: El primer capítulo presentará una revisión de las experiencias comparadas que han aplicado modelos de justicia transicional en el mundo, cada uno atendiendo las particularidades del conflicto vivido, que prevén

mecanismos de justicia formal, tradicional, búsqueda de verdad, reparaciones integrales, y comisiones, para explicar brevemente su naturaleza, fines, y objetivos, sin dejar de lado los dos modelos de Justicia Transicional que se aplican en Colombia, que también se exponen y que hacen parte de los 34 acuerdos de paz que se han suscrito en el mundo desde 1989. El segundo capítulo mostrará los aspectos normativos y jurisprudenciales generados para afrontar desde la perspectiva del procesos penal ordinario y el transicional la judicialización de la violencia extrema ocurrida durante y con ocasión del conflicto armado, que lleva a abordar en el tercer capítulo la implementación de los marcos de justicia transicional en Colombia como necesarios para la superación del conflicto, para lo cual se toma como punto de partida la aplicación de los modelos de Justicia Transicional vigentes en Colombia. El cuarto capítulo abordará los fines de la pena en los procesos de justicia transicional y en el penal de la justicia ordinaria, donde se analizan las penas alternativas en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, para finalmente en el quinto capítulo aproximar una conclusión al planteamiento hipotético.

De esta forma, se pretende transmitir un conocimiento, partiendo de la realidad que ha dejado el conflicto armado interno, para que los operadores judiciales, la academia, la sociedad y las mismas víctimas puedan comprender por qué se puede acudir a estos mecanismos de investigación, juzgamiento y sanción como garantía de justicia frente a graves violaciones a los Derechos Humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario que por la vía ordinaria no obtuvo una respuesta de justicia, generando niveles elevados de impunidad; además explicar cómo en el marco de un sistema de Justicia Transicional las penas alternativas son necesarias en contextos de transición para cerrar conflictos, con unas exigencias previas valoradas de verdad plena, reconocimiento de responsabilidad, reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos, y una reparación integral.

Capítulo 1. Antecedentes del Problema

En el presente capítulo se abordan las principales experiencias en materia de Justicia Transicional tomando como punto de partida el Tribunal de Nuremberg y a partir de allí generar un desglose de los diferentes modelos transicionales en el mundo, para finalmente demostrar como estas experiencias fueron integradas a los procesos transicionales colombianos.

En el siglo XX sucedieron los mayores crímenes contra la humanidad: dictaduras y guerras, pero también se presentaron las transformaciones más importantes en el campo político, económico, tecnológico y científico. Todo ello, llevó a cuestionar sobre la manera como se deben juzgar los crímenes contra la humanidad, cuál sería la forma más correcta de establecer la paz y seguridad duradera en las situaciones de postconflicto. Es así como surge el concepto de Justicia Transicional.

Hoy en día su significado se ha extendido a diversos mecanismos y medidas tendientes a unir la fase de transición a la de persecución de justicia, más allá de una concepción simplemente punitiva o judicial, buscando prevenir que las atrocidades emanadas del conflicto se repitan. Algunos de los mecanismos y medidas se pueden enunciar en los siguientes términos:

- Acciones penales a través de tribunales nacionales e internacionales.
- Búsqueda de la verdad, a través de comisiones de la verdad.
- Reparación de las víctimas a través de la implementación de medidas de rehabilitación, restitución e indemnización.

- Reformas institucionales (principalmente de la justicia, policiales y militares) y la destitución de los perpetradores.
- Tareas de conmemoración como centros de memoria histórica, museos y lugares de recordación.

Como quedó expuesta en la primera hipótesis, los procesos de justicia transicional son complejos y únicos por las transformaciones que se deben dar con posterioridad a las situaciones particulares del conflicto violento vivido. Razón por la cual en la mayoría de los casos se hace necesario el establecimiento de diferentes medidas para que el pasado pueda ser superado en búsqueda de la paz y la reconciliación.

En todos los procesos de justicia transicional, pueden surgir tensiones entre las medidas tomadas con los requerimientos y necesidades de la sociedad, particularmente entre justicia y paz, castigo y reconciliación, justicia retributiva y justicia restaurativa. En este contexto se dimensiona el tipo de conflicto, la forma de finalizarlo, la caracterización de los crímenes cometidos, los actores involucrados, la estabilidad del País, la estructura del orden social, así como los recursos disponibles, entre otros elementos.

En punto a lo anterior, las justicias transicionales tuvieron como escenario contemporáneo el periodo comprendido entre las décadas de los 80 y 90, la salida de la violencia, particularmente en América Latina, Centro América, África, Ruanda y Yugoslavia, en donde se buscó soluciones al procesamiento de los responsables de crímenes internacionales, el respeto de los derechos de las víctimas y de manera concomitante la construcción de las bases para la consolidación de las instituciones democráticas, que hacen parte de los 34 acuerdos de paz que se han suscrito en el mundo desde 1989 (Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, 2018, pág. 15), dentro de los cuales se encuentra Colombia.

No obstante, por su importancia no se puede dejar de lado la experiencia alemana, al lidiar con un pasado de violencia excesiva con ocasión de la segunda guerra mundial, y que ha sido referente para los países que están experimentando o han vivido conflictos violentos o gobiernos represivos.

1.1. Aplicación de los marcos de justicia transicional

A través de la experiencia comparada de aplicación de procesos de justicia transicional en el mundo, cada país cuenta con particularidades que los diferencian atendiendo la naturaleza del conflicto y las dinámicas que han tenido los procesos de paz allí desarrollados; hoy los escenarios legales tanto internacional como nacional, son relevantes para negociar la transición, muy diferentes a como lo era la época de los procesos políticos que precedieron a las experiencias más emblemáticas de justicia transicional: Chile, Argentina y Sudáfrica. Existiendo un fuerte consenso en que las amnistías generales y los indultos van en contra de los deberes que tienen los Estados de investigar, procesar y castigar las graves violaciones a los Derechos Humanos, los cuales no garantizan a los individuos a quienes se les concede la inmunidad frente a posteriores persecuciones penales (Lyons & Reed, 2010, pág. 16).

Tradicionalmente las formas de justicia en épocas de transición se han referido exclusivamente a los casos en los cuales se hace uso de los sistemas de justicia penal para juzgar a las personas responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario. El sistema penal y el derecho penal son así investidos de la carga simbólica de hacer frente al pasado y de marcar el comienzo de la transición. El modelo de

Núremberg es el epítome de este tipo de concepción, pues con él se simboliza el final de la guerra y el comienzo de la paz en el mundo Occidental³.(Teitel, 2003, p. 3).

Frente a los problemas que se han presentado para la investigación y enjuiciamiento de los perpetradores de graves crímenes, por los riesgos que representa para la estabilidad democrática o para la sostenibilidad de la paz, han surgido otros modelos de transición que apuntan al descubrimiento de la verdad como parte de un proceso de reconciliación, y cuyo modelo paradigmático son las Comisiones de la Verdad; o la reconstrucción democrática de la memoria, como parte de un proceso de reivindicación de quienes han sido víctimas de la violencia autoritaria. La justicia en épocas de transición asume diversas configuraciones y no se limita al campo restrictivo de la justicia penal.

La implementación de la justicia en periodos de transición puede ser concebida para efectos analíticos en cuatro periodos: i) Prevalencia de políticas de perdón y olvido, ii) Prevalencia de políticas de justicia penal nacional e internacional, iii) Prevalencia de Comisiones de la Verdad con miras a un proceso de reconciliación y iv) Prevalencia de justicia penal internacional y transnacional, sobre la base del ejercicio de la jurisdicción universal, con presencia de mecanismos de búsqueda no judicial de la verdad y de re-construcción democrática de la memoria.

Algunas de las particularidades que han presentado se reflejan, en el caso del modelo de perdón y olvido por una clara ausencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de otros países, puesto que se suponía que los Estados eran soberanos absolutos, dentro de sus territorios y por tanto, cualquier crítica de otro Estado se consideraba intromisión indebida en los asuntos internos. Este periodo de perdón y olvido coincide con la hegemonía del modelo de

³ Se hace referencia al mundo occidental en tanto que en efecto Europa Occidental y América del Norte mostraron un gran desarrollo y la no proliferación de actos hostiles ni interno ni transnacionales a diferencia de lo sucedido en Oriente Medio y África donde en el primer caso se generó la proliferación de grupos radicales y en el segundo caso los modelos poscoloniales redundaron en la creación de dictaduras y en contradicción el surgimiento de múltiples actores armados. Para el caso particular de América Latina 20 años después del cese de la segunda guerra mundial se genera una proliferación de grupos armados de corte nacionalista representados como guerrillas insurgentes. (N.A.)

Westfalia.⁴ Aunque hoy en día se dan políticas de perdón y olvido en algunos países, estas no pasan desapercibidas y son fuertemente criticadas por los organismos de derechos humanos multilaterales y por otros Estados. (Lefranc, 2005, p. 175).

El segundo modelo, dado por la prevalencia de la justicia penal, es una respuesta a los abusos cometidos con el pretexto de la soberanía absoluta de los Estados. Frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, especialmente el genocidio en contra del pueblo judío, se crea el Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg, con el fin de juzgar a los más importantes criminales de guerra del régimen Nazi. Se trata de un modelo basado en la retribución penal, para garantizar, de alguna forma, el derecho a la paz, y generar sensibilidad sobre la tolerancia hacia graves crímenes que atentan contra la humanidad.⁵ y en la idea de que la justicia penal internacional tendría un efecto preventivo importante. Esta experiencia generó uno de los primeros debates importantes en el campo de la justicia en épocas de transición, el debate acerca del balance entre la justicia y el respeto al Estado de Derecho y al principio de legalidad (*rule of law*). Los crímenes por los cuales fueron juzgados los criminales de guerra nazi no tenían una definición precisa en el derecho internacional⁶ y debido a la legalidad de excepción establecida por Hitler, los actos cometidos no lo fueron en violación de la legalidad Nazi (Radbruch, 1962). La definición de los crímenes fue adoptada por los aliados en la Carta del TMI del 6 de octubre de 1945 (art. 6),

⁴ Al respecto Bernd (2007, p. 105) Este modelo surge de la Paz de Westfalia que se dio después de la Guerra de los 30 años en 1648. La paz de Westfalia se presentó como una forma de terminar la guerra religiosa que se dio en territorio alemán entre España, los Países Bajos (acabaron con una guerra que había durado 80 años), Francia, Suecia, Dinamarca y el Sacro Imperio Romano Germánico. El resultado de la firma de los dos tratados de Paz (Osnabrück - 15 de mayo - y Münster - 24 de octubre-) fue el reconocimiento como sujetos de derechos y obligaciones a los Estados - nación.

⁵ NACIONES UNIDAS. COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Examen histórico de la evolución en materia de agresión. 2002, p. 18 y ss.

⁶ No obstante lo señalado, se reconoce que desde el tratado de Versalles se procuró generar acciones penales contundentes en contra de los derrotados (Alemania), lo que puede generar una lectura de: Aplicación de justicia diferencial, elaborada por el grupo de países vencedores, con el fin de evitar que Alemania tuviese algún tipo de estrategia o de salida que amenazare los intereses de toda Europa. En el fondo no hay negociación entre vencedores-vencido y el Tratado es impuesto, entregándose a los alemanes el 7 de mayo, para que la delegación alemana planteara sus "críticas y observaciones. García, Victor Hugo. Versalles o el Dilema de la Paz. En: TIEMPO Y ESPACIO /7-8/ 1997-8 Depto. Historia, Geografía y Cs. Sociales Universidad del Bío-Bío Chillan – Chile, p. 171.

con violación al principio de legalidad de los delitos y de las penas⁷ (Bassiouni, 1999). Además, se cometía una violación al principio del juez natural, pues se trataba de la creación de un tribunal *ad-hoc*, constituido con posterioridad a los hechos (Bassiouni, 2002; Bassiouni, 1999; Bassiouni, 1999a). Con el mensaje de estar aplicando una justicia retroactiva o que se trataba de una justicia de vencedores, al tiempo que se intentaba prevenir la comisión de actos similares en el futuro. Los aliados creyeron solucionar estos problemas tratando los crímenes de lesa humanidad como una extensión de la jurisdicción sobre los crímenes de guerra, por ello en la Carta se establecen dentro de la jurisdicción del tribunal los crímenes de guerra y el crimen de agresión, así como los crímenes de lesa humanidad que hubiesen sido cometidos dentro del marco de la guerra, esto es, con posterioridad a 1939 (Bassiouni, 1999). Pese a ello, lo cierto es que la creación del TMI y los juicios que se llevaron a cabo en el marco de su competencia, en las zonas ocupadas por las potencias aliadas vulneran diversos principios del derecho penal liberal, introduciendo de ese modo la discusión acerca de la relación entre la justicia y la legalidad en situaciones difíciles, no obstante, el principio de legalidad se reconocía desde la convención de Ginebra de 1929 donde se establece que el legislador debe establecer todos los recursos a su alcance a fin de dar cumplimiento a la normatividad vigente, teniendo en cuenta el derecho al debido proceso.⁸

Con posterioridad a los juicios de Núremberg, la justicia internacional entró en un periodo de inactividad que sólo fue alterado con la creación de la Corte Penal Internacional en 1998. No

⁷ En adición, desde los acuerdos de Potsdam se tenía visualizado que el problema de justicia no sólo se circunscribía al aspecto penal, sino que además, preveía la reparación a las potencias victoriosas, dentro de las cuales se encontraba la indemnización por los daños y las pérdidas causadas por la guerra, fueron reguladas por los aliados en los acuerdos de Potsdam en 1945. En ellos se decidió que las reclamaciones de reparación no se satisfarían mediante el pago de dinero, sino con el desmantelamiento de la industria e infraestructura alemanas. El territorio de reparación se dividió: la Unión Soviética y Polonia fueron compensadas con la toma de la zona de ocupación Soviética, mientras que las potencias occidentales y todos los demás estados beneficiarios fueron indemnizados con la zona occidental (...) los fondos alemanes depositados en el extranjero fueron confiscados y aprovechados, de los cuales la Unión Soviética tomó la fortuna del «este» y las potencias occidentales, la del «oeste». Adicionalmente, la flota marina mercante alemana y sus reservas de oro también las del extranjero fueron confiscadas (...) La Unión Soviética, a causa de los daños sufridos en la guerra, puso en primer lugar la reconstrucción de su propio país y la destrucción del potencial bélico alemán. ROMEIKE, S. (2016). *Caso de estudio No. 1 La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*. Núremberg: Academia Internacional de los Principios de Núremberg, p. 28 y ss.

⁸ NACIONES UNIDAS. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Capítulo V. El principio de legalidad y el debido proceso legal, p. 341 y ss.

obstante, como se señalará más adelante los tribunales ad hoc de Ruanda y Yugoslavia operaron al margen de la CPI. Pero en las zonas ocupadas y en países como Alemania e Israel hubo procesos nacionales en contra de los nazis, lo que hacía pensar que la justicia nacional iba a ser el modelo dominante del futuro. El fracaso de los enjuiciamientos en Argentina, Chile, Uruguay mostró que las alternativas no estaban dentro de un marco exclusivamente penal y que era necesario buscar modelos alternativos que garantizaran justicia y democracia y justicia y paz (Arthur, 2009, p. 334).

Un tercer modelo se caracteriza por la exclusión de la justicia penal y su reemplazo por la opción de mecanismos de construcción colectiva de la verdad. El caso paradigmático de este modelo es la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Suráfrica, en donde se creó una comisión de la verdad que tenía como función escuchar a los responsables de las graves violaciones y determinar, según el caso, si la persona merecía ser juzgada penalmente. En el caso sudafricano se privilegió la verdad y la reconciliación por encima de la justicia penal, dando así lugar a un debate entre estos dos modelos de intervención en caso de transición. Sin embargo, las investigaciones recientes plantean serias dudas acerca del potencial reconciliador de la Comisión de la Verdad y, en su lugar, la critican por ser un factor generador de impunidad (Gibson, 2004, p. 215).

Un cuarto modelo surge después de las críticas hechas al modelo de comisiones de la verdad y se caracteriza por el hecho de la existencia de un marco de derecho internacional que hace obligatorio el enjuiciamiento de los crímenes de derecho penal internacional, y que impide que los Estados desarrollen políticas de perdón y olvido. Por tanto, se hace una combinación entre justicia penal y construcción de la memoria a través de comisiones de la verdad y de la reconciliación. En algunos países, en particular en África, el tema de la justicia penal es

complementado con sistemas autóctonos de justicia o con mecanismos vernáculos de construcción de la memoria (Milton, 2007; Naidu, 2004; Bell, 2008).

El periodo actual se caracteriza por la mezcla de modelos. El caso colombiano que se adelanta con los grupos paramilitares, es particular, en tanto combina un modelo judicial nacional, con construcción de la memoria desde arriba y con espacios de impunidad para los victimarios. En adición la implementación de la figura de la extradición y castigo en los Estados Unidos de los líderes de los grupos paramilitares bajo cargos de narcotráfico afectó la búsqueda de la verdad y la sanción penal por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Colombia. Este modelo en donde no hay transición ni justicia, hacen que no pueda ser utilizado como una buena práctica a seguir. Otros modelos, como el de Timor y Sierra Leona, utilizan tribunales mixtos, pero los resultados en materia de sanción de los victimarios o en términos de reparación a las víctimas no son alentadores (Benavides. 2010, p. 21)

En consecuencia, para profundizar en lo planteado se presentarán algunos de los modelos de Justicia Transicional que se diseñaron para los casos de Alemania, Uganda, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Argentina, Sudáfrica, Honduras, Salvador, Guatemala y Colombia donde se pretendió incorporar medidas de justicia transicional, en contextos de conflictos armados internacional para el caso Alemán e interno para los demás. No obstante, se abordará en extenso con el proceso llevado a cabo en Alemania dada su relevancia en el contexto y referente mundial una vez finalizada la segunda guerra mundial, en materia de justicia transicional.

Todas estas experiencias al ser analizadas en su conjunto hacen ver la necesidad imperante de que en Colombia se debe construir no solamente desde el conocimiento empírico sino desde una teoría formal o general de Justicia Transicional para restablecer la confianza en la sociedad, de las Instituciones del Estado configurando con ello un verdadero equilibrio entre Justicia y Paz.

1.1.1. Justicia transicional en Alemania

La segunda guerra mundial finalizó en Europa el 8 de mayo de 1945 con el sometimiento de las Fuerzas armadas del régimen nazi. Al mismo tiempo que culmina la dictadura nazi tras doce años en el poder. Los países aliados en su momento, Estados Unidos de Norteamérica, La Unión Soviética, Gran Bretaña y Francia tomaron el poder del Gobierno. (Romeike. 2016, p. 8)

La guerra alemana extendió la violencia a casi toda Europa, produciendo la muerte de más 40 millones de personas. Con la implementación del régimen del terror persiguiendo a enemigos sociales y políticos a quienes habían estigmatizados como asociales, criminales y gitanos, al igual que a los homosexuales, personas con discapacidades físicas, psicológicas, pacientes psiquiátricos y en particular los que fueran llevados a los campos de concentración en especial los judíos, quienes fueron esclavizados y torturados, posteriormente asesinados en campos de exterminio.

Durante el transcurso de la II Guerra Mundial y cuando ya era evidente que los países aliados iban a ganar la guerra contra Alemania, Italia y Japón, se desarrollaron reuniones en la ciudad de Londres como consecuencia de las cuales se aprobó la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 por medio de la cual se estableció el Tribunal de Núremberg. Se trata del primer tribunal transnacional, junto con el de Tokio, se ocupó del enjuiciamiento de los criminales más importantes de la II Guerra Mundial. Existe consenso respecto al hecho de que se trataba de un tribunal que estableció una justicia de vencedores y que en el proceso de alcanzar la sanción de los responsables de muchos de los crímenes cometidos durante la guerra vulneró algunos principios del Estado de Derecho, como son el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el

principio del juez natural, que prohíbe la creación de tribunales penales ad-hoc (Li, 2003; Bassiouni, 2002; Bassiouni, 1999), así como la imposibilidad de juzgamiento de quienes cometieron actos de guerra desmedidos contra la población civil no combatiente tal como lo referencia el caso japonés frente a los innumerables bombardeos, las quemaduras de poblados enteros, los embargos económicos y el tratamiento de inferiores con el objeto de presionarlos para ingresarlos a la segunda guerra, proceso que culmina con el lanzamiento de dos artefactos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki, con lo que finaliza la segunda guerra mundial.

El juicio de Núremberg igualmente fue criticado por la forma en que eran escogidos los jueces y los propios procesados, lo que produjo una politización indebida de la justicia. Tanto el Tribunal de Tokio, como el de Núremberg y los juicios de las zonas ocupadas no tuvieron en cuenta los crímenes cometidos por los aliados. Lo mismo hizo con los italianos responsables de graves crímenes pero con la intención de contar con un aliado en la guerra fría que ya hacía su aparición. Sin embargo, el Tribunal de Núremberg sí sentó un precedente en la sanción de los individuos responsables de graves crímenes, y por ello en la sentencia de octubre de 1946 señaló que “los individuos pueden ser sancionados por las violaciones del derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres (sic), no por entidades abstractas, y sólo sancionando a los individuos que cometen tales crímenes pueden ser reforzadas las previsiones del derecho internacional”. (Benavides. 2010, p. 31)

El Tribunal Internacional de Núremberg tenía como propósito principal la sanción y la retribución. Con las funciones de retribución, se querían alcanzar los objetivos de educación del pueblo alemán y la construcción de un Estado democrático y respetuoso del imperio de la ley. Pero al lado de ello, el gobierno de los Estados Unidos promovió juicios locales y un proceso de limpieza de las instituciones estatales conocido como desnazificación, al cual se negaron a tomar

parte personas seriamente comprometidas con el régimen anterior como Carl Schmitt y Martin Heidegger. Sin embargo, pese al fracaso tanto de los juicios de las zonas ocupadas como de los procesos posteriormente iniciados por el nuevo Estado alemán, lo cierto es que el objetivo final de paz y de democracia dentro de un Estado respetuoso de la ley y de los derechos fue alcanzado, lo que ha llevado a David Cohen a señalar los efectos paradójicos de la justicia en épocas de transición y a resaltar la importancia de determinar claramente qué se entiende por justicia así como los objetivos de corto y de largo plazo de la transición (Cohen, 2008).

Es así como el 20 de noviembre de 1945, comenzaron en Núremberg ante el TMI (conformado por jueces y fiscales de las cuatro potencias vencedoras) los procesos contra los que habían sido los principales criminales de la guerra, por cuanto no sería posible juzgar a todos los responsables, la finalidad era juzgar a los identificados como principales responsables, hacer públicos los crímenes más graves y hacer justicia de forma simbólica. Presentarlos como los principales representantes del régimen nazi. Razón por la cual fueron seleccionados 24 acusados escogidos de forma que representaran a las instituciones del gobierno del Reich, los jefes del cuerpo político del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP), el servicio de inteligencia de las Escuadras de Protección (SS), la Gestapo, el Estado Mayor y el alto mando de la *Wehrmacht*.

Las sentencias se publicaron el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946, fueron declaradas organizaciones criminales la Gestapo, las SS, y el NSDAP. Tres de los acusados fueron declarados no culpables (Hans Fritzsche, Franz Von Papen y Hjalmar Schacht), cuatro recibieron condenas de entre diez y veinte años (Albert Speer, Baldur Von Schirach, Konstantin Von Neurath y Karl Donitz), tres fueron condenados a cadena perpetua (Walther Funk, Rudolf Hess y Erich Raeder). Los otros 12 fueron condenados a pena de muerte (Martin Bormann, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hermann Göring, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Joachim von

Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Arthur Seyß-Inquart, y Julius Streicher), siendo ejecutados el 15 de octubre de 1946. (Romeike. 2016, p. 12)

De forma paralela a los tribunales aliados, los propios tribunales alemanes iniciaron investigaciones por los crímenes de los nazis, con una competencia limitada para juzgar crímenes de alemanes contra alemanes y de apátridas aplicando las disposiciones penales ordinarias. En esta primera fase la cantidad de procesos abiertos aumentó rápidamente y alcanzó su punto más alto en 1948. A finales de la década de 1949, los tribunales alemanes habían sentenciado a 4667 personas por los crímenes del nazismo, una cantidad similar a las juzgadas por las potencias vencedoras occidentales. Sin embargo, solo había unas pocas acusaciones por delitos más graves.

Asimismo, en Alemania se adoptaron otras medidas diferentes a la sanción penal, como la desnazificación de la sociedad alemana cuando los aliados iniciaron el retiro de las personas responsables de los cargos públicos, todos los que habían tenido posiciones clave debía hacer pública su participación en organizaciones nazis, lo que conllevó a congelar sus ingresos y bienes, y según la clasificación dada de cercanía con el régimen se imponían penas que iban desde multas, pérdida de los derechos civiles, prohibición de trabajar y hasta diez años en campos de trabajos forzados. (Romeike. 2016, pp. 22 - 28)

Finalmente, las reclamaciones de reparación de los aliados, la indemnización por los daños y las pérdidas causadas por la guerra fueron reguladas por los aliados en los acuerdos de Potsdam en 1945. Las reclamaciones de reparación no se cumplirían mediante el pago de dinero, sino con el desmantelamiento de la industria e infraestructura alemanas. (Romeike. 2016, pp. 28-44)

Por otra parte, el territorio también fue utilizado como estrategia de reparación: la Unión Soviética y Polonia fueron compensados con la toma de la zona de ocupación soviética, mientras

que las potencias occidentales fueron indemnizados con la zona occidental alemana dando origen a la división alemana y el inicio de la guerra fría. Los fondos alemanes depositados en el extranjero fueron confiscados de la misma manera por los países aliados, igualmente se crearon monumentos, museos, exposiciones y centros de documentación para la investigación y conmemoración de los crímenes del nazismo y sus víctimas.

Determinar si el proceso adelantado en Alemania con la superación del nazismo se puede considerar exitoso, como en otros casos de aplicación de justicia transicional, no tendría una respuesta única, estos procesos de justicia como ha quedado planteado desde las hipótesis dependen de unos criterios políticos, morales y normativos, así como las concepciones particulares de justicia, verdad y reparación, lo cierto es que la finalidad de los aliados, en el sentido que Alemania no tuviera que volver a la guerra, ha sido alcanzado, el decretar el inicio de una democracia sentó las bases institucionales para una democracia futura. La justicia no pudo ser nada más que simbólica durante la superación del pasado. Esto se debía al hecho de que por el tipo y las dimensiones de los crímenes no se pudiera llevar a cabo una reparación integral y que la sanción penal estuviera limitada. El reconocimiento tardío de muchos perseguidos por el nazismo hizo que muchas víctimas nunca recibieran una reparación.

A pesar de todas las carencias el proceso transicional alemán es reconocido internacionalmente de haber tenido éxito en sus esfuerzos de superación del pasado, en que los crímenes del nazismo fueron hechos públicos, se hizo responsable de los crímenes y adoptó medidas de reparación como compensaciones e indemnizaciones.

1.1.2. Justicia transicional en Ruanda

Entre 1961 y 1994 el Gobierno del país estuvo a cargo de los Hutus, los cuales cometieron un genocidio contra la población Tutsi. Se estima que en un periodo aproximado de tres meses se exterminó al 15 % de la población, que para ese momento era de casi siete millones de personas. En 1994 se estableció el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para perseguir a los máximos responsables del genocidio que cerró sus puertas en diciembre de 2015, dejando a los demás perpetradores bajo la responsabilidad de cortes nacionales (Saffon & Viviana, 2018, pág. 158).

Como resultado de discusiones sobre la manera de conocer los casos de genocidio que no conocería el Tribunal Penal Internacional, en 2001 se estableció un mecanismo informal y comunitario de resolución de conflictos denominado Gacaca, como parte de la política general de justicia transicional, con el objetivo de buscar una solución al hecho de que miles de implicados en el genocidio seguían sin ser juzgados y con el fin de lograr una reconciliación desde las bases sociales. A través de este sistema, los nuevos Tribunales "Gacaca" combinaban el derecho penal moderno con procedimientos comunitarios tradicionales. Desde el inicio de su funcionamiento en 2005, un total de 12.000 tribunales comunitarios han realizado más de 1,2 millones de juicios en todo el país. Sin embargo, aunque los Tribunales "Gacaca" lograsen resolver el cuello de botella en el plano jurídico, cuentan con limitadas garantías procesales. La controversia de la situación radica en que, por un lado, han alcanzado una aceptación mayoritaria de los juicios rápidos con participación popular, una reducción de la población carcelaria, una mejor comprensión de lo que ocurrió hace 20 años o una mayor relajación de las tensiones étnicas. Pero, por otro lado, en ocasiones se ha tenido constancia de una amplia gama de violaciones al derecho a un juicio justo. Este mecanismo puede imponer penas de prisión; aunque tiene como finalidad restaurar la armonía

social, su enfoque es retributivo. Los participantes de Gacaca perciben la participación comunitaria como el medio adecuado para alcanzar otros objetivos como verdad, reparación y reconciliación.

El involucramiento de la comunidad en los juicios es alto (muchos ruandeses asistieron personalmente a las audiencias y aportaron evidencia para los juicios). El sistema de Gacaca ha recibido críticas de todo tipo. Algunas se relacionan con los derechos individuales de los inculcados; por no seguir las reglas del derecho liberal, los juicios pueden vulnerar el debido proceso. “Otras críticas se relacionan con la interferencia del Estado en un sistema que debería ser comunitario, con la posibilidad de generar un sentimiento colectivo de culpa por parte de la etnia Hutu (mayoritariamente causante del genocidio), y con el hecho de llevarse a cabo en un contexto donde las diferencias étnicas todavía estaban latentes, dejando a la comunidad la selección de jueces, la investigación, prueba y determinación de inocencia o culpabilidad” (Saffon & Viviana, 2018, págs. 258, 259).

Una noticia del periódico El País de España (2015) que hace referencia al genocidio de Ruanda publicó lo siguiente:

“Junto al TPIR y los Gacaca, al menos 10.000 personas han sido juzgadas por delitos relativos al genocidio en las cortes nacionales. En el extranjero, y con ocasión de la jurisdicción universal ha habido juicios contra presuntos genocidas ruandeses en Bélgica, Alemania, Suiza, Canadá, Noruega, Finlandia, Holanda y Suecia y Francia” (Ferrer, 2015)⁹.

Encontrando dentro de los casos más representativos el antiguo primer ministro Jean Kambanda, el exjefe del Estado Mayor del Ejército, Agustín Bizimungu, y el exministro de Defensa, Théoneste Basogora. Este último organizó una organización paramilitar Hutu

⁹ El tribunal internacional ha sentenciado a 61 mandos militares, políticos y religiosos por el asesinato de 800.000 personas.

(*Interahamwe*), los exministros Edouard Karemera (Interior) y Callixte Nzabonimana (Juventud), el capitán y antiguo número dos de los servicios secretos Ildéphonse Nizeyimana y el expresidente del Movimiento Republicano Nacional para el Desarrollo y la Democracia Matthieu Ndirumpatse por su responsabilidad en el Genocidio de 1994, condenados a cadena perpetua (Human Rights Watch, 2011).

De acuerdo a lo expuesto, la forma adoptada en Ruanda para garantizar un mínimo de justicia corresponde a su contexto cultural y tradicional en el cual la Gacaca fue el epicentro de justicia retributiva, no obstante, el juzgamiento de los líderes correspondió a la implementación de un mecanismo formal de justicia en cabeza del Tribunal *ad hoc*.

1.1.3. Justicia transicional en el Salvador

El Salvador, entre 1980 y 1992, padeció una de las guerras civiles más cruentas y atroces de América Latina. Los bandos enfrentados fueron, por un lado, el sector gubernamental y progubernamental integrado por la Fuerza Armada, los Cuerpos de Seguridad Pública, las organizaciones paramilitares y los grupos clandestinos o escuadrones de la muerte. Por el otro lado, las cinco organizaciones revolucionarias armadas que conformaron el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), las fuerzas progresistas agrupadas en el Frente Democrático Revolucionario (FDR) y agrupaciones afines, como las organizaciones campesinas, gremiales, estudiantiles, comunitarias, religiosas, entre otras. La confrontación se originó y desarrolló en el contexto de la Guerra Fría, pero sus causas estructurales son propias del desarrollo histórico, social y político de este país, entre ellas una extrema concentración de la riqueza en grupos oligárquicos; la injusta distribución de la tierra; los altos índices de pobreza, desempleo,

exclusión social y falta de políticas públicas para la satisfacción de los derechos económicos y sociales de las grandes mayorías; la persecución y represión de los partidos de oposición y de toda expresión de disidencia política; los fraudes electorales de 1972 y 1977; y la imposición de una dictadura oligárquico-militar que se extendió desde 1932 hasta 1979, con sus secuelas de autoritarismo, violaciones sistemáticas a los derechos humanos y represión indiscriminada a opositores (Martínez, 2009, pág. 304).

En 1990 se inició un intenso proceso de negociación entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, que culminó con los Acuerdos de Paz de El Salvador, firmados en Chapultepec (México) el 16 de enero de 1992., con cuatro grandes objetivos: i) terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, ii) impulsar la democratización del país, iii) garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y iv) reunificar a la sociedad salvadoreña. Dichos acuerdos dieron lugar a la mayor transformación jurídica e institucional de El Salvador en la época contemporánea, con una amplia reforma constitucional para la creación de nuevas instituciones, como la Policía Nacional Civil, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Academia Nacional de Seguridad Pública, y la transformación de otras, como la Fuerza Armada, la Fiscalía General de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Sistema Electoral que implicó, entre otros cambios, el reconocimiento e incorporación del FMLN como partido político. En la búsqueda de superar el pasado conflictivo y como parte fundamental para el cumplimiento de los objetivos de los Acuerdos de Paz, se establecieron cuatro mecanismos de justicia de transición: i) La Comisión de la Verdad (CV), encargada de investigar los peores crímenes que causaron conmoción en la sociedad salvadoreña y dar a conocer la verdad sobre ellos, ii) La depuración de la Fuerza Armada, y la inhabilitación de miembros de la ex guerrilla que aparecieran como perpetradores de crímenes investigados por

la CV, iii) Un proceso de cese al fuego, concentración, desarme, desmovilización y algunos programas para la reincorporación de ex combatientes de ambos bandos y iv) Aunque en los Acuerdos no se pactó nada específico sobre las víctimas, el informe de la CV sí recomendó medidas de reparación, compensación, rehabilitación y de no repetición (Martínez, 2009, pág. 304).

Esta comisión de la verdad, fue la primera creada y financiada por las Naciones Unidas, siendo resultado del acuerdo de paz entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional FMLN y tuvo un plazo de ocho meses para recibir testimonios y documentar las violaciones a los derechos humanos cometidos en ese país. El informe final determina la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en la mayor parte de las violaciones, mostrando las fallas de los partidos políticos y el sistema judicial, así como aconsejando las reformas necesarias.

Diecinueve años después de los Acuerdos de Paz y de la implementación de mecanismos de justicia de transición, existe la sensación bastante extendida entre la población salvadoreña de que el único e importante logro ha sido el cese al fuego. Los demás objetivos de los acuerdos no se cumplieron plenamente, debido a diversos errores y limitaciones en el proceso de implementación de dichos mecanismos y a los obstáculos políticos que los volvieron ineficaces. (Cuellar, 2010, pp. 400-431)

Como se señalaba, las comisiones de la verdad son instrumentos transitorios y transicionales, esto significa que su informe no se limita a documentar el pasado, sino que se convierte en un elemento simbólico del rompimiento con el mismo, con el fin de promover la reconciliación a través de una construcción colectiva y democrática de la verdad, o para dotar de legitimidad al nuevo régimen, diferenciándolo con el régimen pasado. No existe un modelo único de comisión de la verdad, pues todos los casos que se han presentado responden al contexto en el

que se produjeron y a las necesidades de verdad y de reconciliación que las originaron, a la vez que están limitadas por las posibilidades de averiguación de la verdad, lo que viene determinado por el poder que aun conserven los perpetradores y su capacidad para ocultar o falsear el pasado.

De la anterior experiencia se rescata el cese de fuego y el interés por generar una nueva estructura jurídica institucional, no obstante, la aplicación de los elementos transicionales a quedado corta frente a la magnitud de los hechos sucedidos y la falta de voluntad política han impedido una paz estable y duradera en el Salvador.

1.1.4. Justicia transicional en Sudáfrica

A mediados de la década de los noventa fueron instauradas medidas extraordinarias con el fin de fomentar la transición de una nación dividida, como consecuencia de un pasado violento y opresivo producto del colonialismo inglés, el cual produjo un sistema de segregación racial denominada *Apartheid*. Dichas medidas incluían la suspensión parcial del Estado de Derecho.

Entre 1960 y 1994, se institucionalizó una práctica de segregación racial que se caracterizó por la violencia política y las violaciones a los derechos humanos, que incluyeron masacres, asesinatos, torturas, detenciones prolongadas de activistas y la discriminación económica y social contra los negros sudafricanos (Lyons & Reed, 2010, pág. 233).

En 1995 se adoptó el acta denominada “Acta de promoción de la unidad nacional y reconciliación”, que dio vida a la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) uno de los diseños institucionales escogidos para la transición en Sudáfrica y el más representativo de este país producto de negociaciones políticas entre el Gobierno y la disidencia, pero también de un

largo número de debates promovidos por la sociedad civil entre 1994 y 1995. Nunca antes de la creación de la comisión de la verdad de Sudáfrica, existió un organismo del aparato penal encargado de la investigación y persecución penal de los crímenes políticos del pasado. No hubo un plan estratégico para investigar y procesar los crímenes del pasado en Sudáfrica, a pesar de que la fórmula de “verdad por amnistía” exigía que hubiera una respuesta coordinada con el aparato penal (Lyons & Reed, 2010, págs. 335-337).

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación es el resultado de un compromiso político alcanzado en las últimas etapas de transición del *apartheid*, establecida por el parlamento a través la Ley 34 de 1995, funcionó desde ese año hasta 2002 con el fin de investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas desde el 1 de marzo de 1960, fecha en que el Congreso Nacional Africano¹⁰ fue proscrito por el estado de apartheid, hasta 1994, fecha de las primeras elecciones democráticas (Lyons & Reed, 2010, pág. 336).

El objetivo de la CVR era establecer las causas, la naturaleza y la extensión de las graves violaciones, incluyendo sus antecedentes, las circunstancias, los factores y el contexto. Asimismo, otorgó amnistías a quienes hicieron confesiones sobre todos los actos realizados, realizó recomendaciones respecto a las medidas de reparación, y compiló un informe final, el cual fue publicado el 21 de marzo de 2003.

El trabajo de la CVR se dividió en tres partes: Comité sobre las Violaciones de los Derechos Humanos, Comité de Reparaciones y Rehabilitación, y el Comité de Amnistía. La Comisión dirigió un programa de protección a testigos, importante para poder adelantar las audiencias

¹⁰ El Congreso Nacional Africano (ANC o CNA por sus siglas en español) se fundó el 8 de enero de 1912 en Bloemfontein, con el objetivo de defender y luchar por los derechos de la mayoría de raza negra de Sudáfrica. A medida que el sistema de discriminación racial o Apartheid se profundizaba, el ANC redoblabla su activismo. Aunque no es el único movimiento y partido que luchó contra el apartheid, es el más numeroso. Gobierna Sudáfrica desde las primeras elecciones multirraciales, en alianza con el Partido Comunista Sudafricano (SACP) y el Congreso Sudafricano de Sindicatos (COSATU). MARCHETTI, Augusto. Sudáfrica: las transformaciones de la política nacional y el debilitamiento del CNA. Anuario en Relaciones Internacionales 2017 / (Publicación digital) ISSN: 1668-639X. Documento en línea. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2017/09/A2017africaArtMarchetti.pdf>. Consultado 02-12-2019.

públicas con mayores garantías para las víctimas, y tomó testimonios de cerca de 21.000 víctimas. Alrededor de 200 audiencias fueron públicas. Hubo un alto cubrimiento por parte de los medios de comunicación (tanto por radio como por televisión). Además, la CVR fue la primera Comisión en el mundo en incluir audiencias institucionales y especiales (Saffon & Viviana, 2018, págs. 160-164).

La CVR tuvo un Comité encargado de reparaciones y rehabilitación, cuya labor era recolectar evidencia que permitiera identificar a las víctimas, confirmar su identidad, y determinar si podían ser reconocidas oficialmente. Adicionalmente, tenía el deber de hacer recomendaciones para una política general de reparaciones. Las recomendaciones fueron hechas e incluidas en el informe final de la CVR, que se refirió a reparaciones económicas, simbólicas y comunitarias. Uno de los programas era una indemnización de un sólo pago a quienes fueran identificadas como víctimas de violaciones de derechos humanos por la CVR.

El inconveniente presentado por la política de reparaciones, es que las decisiones de amnistía de la CVR impiden la persecución civil de sus beneficiarios (incluso excluye la responsabilidad del Estado), lo cual ha sido considerado inconstitucional por algunos sectores.

El avance de este modelo de justicia transicional recaía en proveer a los victimarios un incentivo para que participaran en el proceso confesional, que dependía en la percepción de una amenaza real de investigación, persecución y condena penal. Que a su vez, se convirtió en uno de los obstáculos para que los procesos penales avanzaran, al querer presentarse la CVR como un alternativa a las persecuciones penales, esto hizo que la gran mayoría de los casos suspendidos no se reanudaran y con el paso del tiempo su recuperación fuera menos probable, limitando los derechos de las víctimas en la medida que los procedimientos especiales fueron secretos y los estándares de la revelación de la verdad fueron menos exigentes, al ser considerados como delitos

cometidos con fines políticos, además de carecer de una estructura que asumiera el proceso ordinario, conocimientos específicos para investigar las graves violaciones a los Derechos Humanos, insuficiencia de recursos e infraestructura para perseguir penalmente a los perpetradores. Los fiscales fueron manipulados políticamente para abandonar la investigación de estos crímenes cometidos durante los conflictos del pasado, incluidos asesinatos, torturas y desapariciones forzadas (Lyons & Reed, 2010, pág. 351).

Con la creación de la Comisión de la Verdad, los graves crímenes cometidos durante el régimen eran susceptibles de amnistía a cambio de la verdad y de la explicación completa de las atrocidades cometidas. Si bien la comisión fue criticada por equiparar a las víctimas y a los victimarios, también tenía el deber de poner en contexto todos estos crímenes. La Comisión debía servir de espacio para la rehabilitación y reparación de las víctimas y debía hacer las recomendaciones necesarias para que estos hechos no se repitieran. La comisión contaba con dos instrumentos para atraer a la gente a tomar parte en el proceso liderado por la comisión: a los perpetradores se les ofrecía la esperanza de la amnistía a cambio de su testimonio; para atraer a las víctimas, contaba con los mecanismos de reparación, además del hecho mismo del reconocimiento de la verdad.

Lo que permite concluir que, si bien en Sudáfrica se implementaron medias de transición para el logro de una paz, como la comisión de la verdad y reconciliación, también es cierto que las investigaciones identificadas que debían ser adelantadas por la jurisdicción penal ordinaria, no ha sido la vía indicada para superar la impunidad.

1.1.5. Justicia transicional en Argentina

El desarrollo de la transición inicia cuando el Gobierno democrático del presidente Raúl Alfonsín, con el cual se dio fin a la dictadura militar argentina en 1983, anula la “autoamnistía” dictada por la última Junta Militar. A partir de este momento se han utilizado diversos mecanismos para enfrentar el pasado violento.

Una primera identificada como *reacción penal* frente a los crímenes cometidos, la cual atravesó diversas etapas. La primera corresponde a los primeros años del gobierno pos dictatorial y puede calificarse como una *etapa de persecución penal limitada*. En este periodo se anuló la “autoamnistia” dictada por la última junta militar y se organizó la persecución penal de cuyos rasgos centrales fueron: a) la distinción entre “tres niveles de responsabilidad”; b) la idea de “autodepuracion” de las fuerzas armadas, y c) la idea de concluir los juicios en un tiempo relativamente breve. De acuerdo con la idea de los niveles de responsabilidad, se distinguía entre quienes habían dado las ordenes de llevar a cabo el plan de represión ilegal, aquellos que las habían cumplido y, finalmente, quienes habían actuado excediendo el marco de dichas órdenes. El gobierno entendía que no debía juzgarse a todo el universo de autores y partícipes, sino solo aquellos cuadros más comprometidos con el diseño y el impulso del plan represivo. Por otra parte, se pretendía que los juicios fueran llevados a cabo por los tribunales militares. De este modo, las propias fuerzas armadas se “autodepurarían”. Sin embargo, los procesos penales que lograron avanzar no fueron llevados a cabo por los tribunales militares, sino por los tribunales penales federales, merced a la utilización de la facultad de asumir los procesos en caso de demora injustificada o negligencia en la actuación de los tribunales militares. El proceso penal más importante de esta etapa fue el juicio a los comandantes de las tres primeras juntas militares (1985), que concluyó con la condena de cinco de sus miembros y la absolución de otros cuatro, y tuvo por

probada la existencia de un plan sistemático de represión, cuyos rasgos centrales fueron descritos en esa sentencia. (Lorenzetti & Kraut 2011, p. 54)

La segunda etapa, que puede ser definida como la *etapa de la impunidad*, se distingue por el dictado sucesivo de distintas medidas para limitar e impedir los juicios penales y el cumplimiento de las condenas. Las más importantes normas de impunidad fueron dictadas luego del juicio a los comandantes: la ley de “punto final” (1986), la ley de “obediencia debida” (1987) y los indultos presidenciales a favor de personas condenadas o sometidas a proceso (1989-1991). Durante los años posteriores se produjeron ciertos hechos que fueron deslegitimando política y jurídicamente las normas de impunidad, los que forman parte de una tercera etapa de *erosión de la impunidad*. Entre los factores que contribuyeron a esta deslegitimación política y jurídica deben incluirse los incesantes reclamos de víctimas, familiares y organismos de derechos humanos; el avance de algunos juicios por hechos no amparados por las normas de impunidad; los procesos penales seguidos en Europa por hechos ocurridos en Argentina; los pedidos de extradición de personas acusadas en esos procesos; la detención del exdictador Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (1973-1990) y de militares argentinos por orden del juez español Baltasar Garzón Real; la creciente valorización del derecho internacional y, en particular, del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en instancias propiamente internacionales cuanto en su aplicación por los tribunales nacionales. (Safon & Gutierrez, 2018, p.108-114)

Por otro lado, deben mencionarse los *juicios por la verdad* que comenzaron a desarrollarse a partir de 1995 ante distintos tribunales penales del país. Estos procesos (no propiamente penales) dada la imposibilidad de imponer penas, pero asumieron formas *cuasipenales* (actuación de jueces penales, empleo de las normas procesales penales), además de permitir cierto avance en el

conocimiento de los hechos, tuvieron el efecto de mantener vigente la pretensión de juzgar a sus autores.

Finalmente, la sucesiva invalidación de las normas de impunidad a partir del año 2001 abrió la etapa actual (*etapa de superación de la impunidad*), en la cual los procesos penales son jurídicamente posibles y se encuentran en pleno trámite. Desde el punto de vista jurídico, la aplicación de normas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos fue el principal fundamento jurídico para la invalidación de las normas de impunidad y para la afirmación de la imprescriptibilidad de las acciones penales de los delitos de la dictadura.

Como puede observarse, la reacción penal en Argentina ha atravesado diversas etapas que han oscilado entre el juzgamiento y la impunidad. En este proceso no han existido medidas que buscaran obtener información a cambio de una reducción o de una renuncia a la pena (Parenti & Pellegrini, 2010, págs. 135-137).

El derecho internacional en la transición argentina permitió expresar su capacidad para autorizar intervenciones judiciales dentro de un contexto de transición política, no definido desde afuera sino desde quienes pudieron liderar el cambio al interior del País.

1.1.6. Justicia transicional en Camboya y Bosnia-Herzegovina

Este modelo de administración de justicia surgió a finales de los años 90 a través del desarrollo de tribunales híbridos o internacionalizados como el de Camboya y Bosnia-

Herzegovina y su potencial papel en la justicia transicional y en los esfuerzos de construcción de paz.

Estos tribunales cumplen uno de los objetivos más importantes de la justicia transicional, lograr justicia después de un conflicto con el enjuiciamiento de los autores de las violaciones más graves de los Derechos Humanos, para cuyo efecto fueron creadas las Cámaras Extraordinarias de los tribunales de Camboya (ECCC por su sigla en inglés) y la Cámara para Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia- Herzegovina (WCC por su sigla en inglés) (Lyons & Reed, 2010, pág. 278).

1.1.1.1 El Tribunal de Camboya

Es una institución nacional con apoyo internacional, tiene como mandato juzgar a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a los principales responsables de los crímenes y de las graves violaciones de la ley penal camboyana, el derecho internacional humanitario y las convenciones nacionales e internacionales reconocidas por Camboya, que fueron cometidas entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. Tribunal que comienza a operar en febrero de 2006 (Saffon & Viviana, 2018, pág. 112).

Este Tribunal ha generado resultados importantes, el 16 de noviembre de 2018 la Sala Especial de los Tribunales de Camboya (SETC) dictó su segunda sentencia contra los antiguos líderes de los Jemeres Rojos Nuon Chea y Khieu Samphan al declararlos culpables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en Camboya entre 1975 y 1979 y condenados a cadena perpetua. En el año 2014, Nuon Chea y Khieu Samphan habían sido condenados a la misma pena por crímenes contra la humanidad cometidos durante el

desplazamiento forzado de población de Camboya entre septiembre de 1975 y diciembre de 1977, así como por la ejecución de funcionarios de la antigua República Jemer en Tuol Po Chrey, provincia de Pursat (Federación Internacional por los Derechos Humanos , 2018).

En el juicio se examinaron asimismo los crímenes de índole sexual y por razón de género cometidos en el marco de la política de los Jemeres Rojos que regulaba el matrimonio, así como los crímenes cometidos contra la población cham, vietnamita, budista y contra antiguos funcionarios de la República Jemer Nuon Chea y Khieu Samphan fueron declarados culpables de crímenes contra la humanidad por asesinato, exterminio, deportación, esclavitud, encarcelamiento, tortura, persecución por razones políticas, religiosas y étnicas, así como por otros actos inhumanos como desaparición forzada, traslado forzado, matrimonio forzado y violación en el marco de los matrimonios forzados. Los dos acusados también fueron declarados culpables de crímenes de guerra por homicidio intencional, tortura, tratamiento inhumano, por causar deliberadamente grave sufrimiento, lesiones graves o perjuicio para la salud, por privación intencional del derecho a un juicio justo a prisioneros de guerra o civiles, así como por detención ilegal de un civil. Los magistrados del SETC hallaron asimismo a Nuon Chea culpable de genocidio por la muerte de miembros de grupos vietnamitas y cham, así como a Khieu Samphan, culpable de genocidio en relación con la muerte de personas vietnamitas. En total intervinieron en los dos casos 3.865 partes civiles, concediéndoles medidas de reparación colectiva y moral con proyectos destinados al recuerdo de las víctimas y a la memoria del sufrimiento que padecieron. Entre las medidas de reparación se incluye asistencia terapéutica y psicológica a las víctimas (Federación Internacional por los Derechos Humanos , 2018).

1.1.1.2 Tribunal de Bosnia-Herzegovina

En relación con la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina empezó su funcionamiento en marzo de 2005. La competencia de la Sala se enmarca en el contexto de la guerra que siguió al proceso de desmembración de la antigua Yugoslavia durante los años 90 que asoló gran parte de los territorios que la conformaban, especialmente Bosnia-Herzegovina y Croacia. La violencia generalizada incluyó ataques indiscriminados contra la población civil, la existencia de campos de concentración, violaciones sexuales sistemáticas y desplazamientos masivos. Entre 1991 y 2000, más de 140.000 personas fueron asesinadas y alrededor de cuatro millones de personas fueron desplazadas (Saffon & Viviana, 2018, pág. 114).

Como antecedente inmediato a la Sala de Crímenes de Guerra, se tiene que en 1993, con el objetivo de investigar y juzgar a los responsables de las atrocidades, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), con sede en La Haya, cuyo mandato finalizó en julio del 2013. Debido a la exigua capacidad de las instituciones judiciales de Bosnia-Herzegovina y su escasa eficiencia y neutralidad para continuar con el enjuiciamiento de los crímenes una vez que el TPIY finalizara su mandato, en agosto de 2003 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante una resolución, exigió al país la creación de un tribunal especializado. Es así como La Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina, con sede en Sarajevo, fue creada después de que la Asamblea Parlamentaria del país reformara su Ley Nacional en diciembre de 2004, ejerciendo jurisdicción material por los crímenes de guerra, de lesa humanidad y Genocidio. Desde el 9 de marzo de 2005 hasta noviembre de 2013, la Sala de Crímenes de Guerra ha emitido más de 200 sentencias (Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) , 2019).

Dentro de las principales y más representativas condenas se encuentran la sentencia condenatoria dictada en 2017, contra el exlíder bélico serbobosnio, general Ratko Mladić, por crímenes de derecho internacional, incluidos los de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, después de más de 20 años haciendo justicia a decenas de miles de las víctimas del conflicto armado que asoló Bosnia y Herzegovina en 1992-95. Mladić ha sido condenado a cadena perpetua, al reconocer la responsabilidad penal individual de Mladić como comandante del Ejército de los Serbios de Bosnia y su participación en actividades criminales conjuntas, como sembrar el terror entre la población de Sarajevo y eliminar a la población musulmana bosnia de Srebrenica (Amnistía Internacional (AI), 2017) y la proferida en el mes de marzo de 2019, en contra del exjefe político de los serbios en Bosnia, Radovan Karadzic, a cadena perpetua, por "la magnitud y crueldad sistemática" de sus crímenes de guerra y lesa humanidad durante el conflicto de Bosnia (1992-1995), endureciendo así su pena inicial de 40 años de reclusión. Karadzic, de 73 años, era juzgado en segunda instancia por su responsabilidad en el asedio de Sarajevo y la masacre de Srebrenica en 1995, la peor cometida en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. También estaba acusado por el desplazamiento de poblaciones con criterios étnicos en varias ciudades del país (Deutsche Welle, 2019).

Una de las críticas que se hacen más allá del efecto que producen estos Tribunales Híbridos o Especiales sobre el Estado de Derecho, es la ausencia de otras iniciativas de Justicia Transicional que han sido propuestas por la sociedad civil tanto en Bosnia-Herzegovina como en Camboya al proponer alternativas distintas a las penales lo cual demuestra la necesidad de desarrollar actividades de búsqueda de la verdad y la reconciliación. (Ortega & Hernán, 2010, p. 310)

Las cortes híbridas han sido objeto de críticas por la disonancia que crean entre la cultura local y las exigencias del derecho penal internacional (Mohan, 2009, pp. 1-29). Sin embargo, la

entrada en vigor de la Corte Penal Internacional en el año 2002 hizo innecesario que la ONU ideara nuevos mecanismos para el enjuiciamiento de esos crímenes, pues ahora es tarea de la CPI ocuparse de los nuevos casos.

1.1.7. Justicia transicional en Guatemala

En Guatemala el conflicto armado interno inicia en 1960 y culmina con los acuerdos de paz de diciembre de 1996 entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). El acuerdo definitivo de paz se firmó el 29 de diciembre de 2006. Los acuerdos de paz se introdujeron en la Constitución mediante reformas que luego fueron sometidas a consulta popular (cerca de 50 reformas). La consulta contenía cuatro preguntas relacionadas con las siguientes materias: nación y derechos sociales, ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial/ administración de justicia. Las reformas constitucionales no fueron aprobadas. El abstencionismo fue el ganador de la jornada (solo el 18 % de las personas empadronadas votaron), y el “no” a las cuatro preguntas ganó entre los votantes, aunque por poca diferencia frente al “sí”. Según los resultados por departamentos, el “sí” ganó en aquellas zonas más afectadas por la violencia durante las décadas de los ochenta y noventa, en tanto que el “no” ganó en zonas afectadas en los inicios de la violencia, en la década de los sesenta. El “no” ganó en la ciudad capital, casi triplicando al “sí”, lo cual se consideró como un factor determinante para el fracaso de la consulta, ya que la capital concentraba el 26 % del electorado y la votación fue del 20 %. Como explicación frente al triunfo del “no” en la consulta se arguye la compleja presentación de las reformas sumada a la falta de herramientas comunicativas de todo tipo (la privilegiada fue la

escrita y no se hizo uso de estrategias audiovisuales) o de debate público. Esto habría tenido un impacto particularmente en comunidades analfabetas. La Comisión de Clarificación Histórica funcionó entre 1997 y 1999. Fue adoptada en los procesos de paz de Oslo en 1994, aunque inició labores tres años después. El diseño de la Comisión se inspiró en la Comisión de la Verdad de El Salvador; sin embargo, tuvo una fuerte influencia del estamento castrense que presionó para que, a diferencia de la comisión de El Salvador, no se mencionaran los nombres de perpetradores (Saffon & Viviana, 2018, pág. 143).

En suma, en el marco de los diferentes modelos de justicia transicional, las medidas de justicia se direccionaron en la realización de juicios que, dependiendo del contexto y de las particularidades del conflicto y País, pueden responder a finalidades retributivas o restaurativas, o bien a un propósito dual o híbrido.

La visión tradicional de la participación de las víctimas en los juicios se restringe al momento en el que estas pueden aportar pruebas o testimonios que contribuyan al avance del proceso. No obstante, se identifican otros escenarios importantes de participación de las víctimas en relación con los procesos judiciales. Se establecieron al menos cuatro escenarios participativos en las medidas de justicia, de acuerdo con el momento del proceso de implementación en el cual ocurren: la composición de las cortes o tribunales encargados de su aplicación; los espacios de participación durante el proceso judicial; el seguimiento y la divulgación de información sobre los juicios por medios de comunicación y organizaciones sociales.

1.1.8. Justicia transicional en Uganda

En Uganda la búsqueda de la paz y la justicia tardó décadas. El 29 de junio de 2007, los rebeldes del Ejército de Resistencia del Señor – *Lord's Resistance Army*- (LRA en sus siglas en inglés) y el Gobierno de Uganda firmaron en Juba un Acuerdo de Rendición de Cuentas y Reconciliación y posteriormente un anexo el 19 de febrero de 2008, que sentaron las bases a partir de las cuales se busca hoy justicia transicional en ese país, que prevé una aproximación amplia e integral que incluye medidas de **justicia formal** al proponer la constitución de una división especial de la Alta Corte de Uganda a fin de procesar aquellos individuos que presuntamente hayan cometido delitos graves durante el curso del conflicto, también medios de **justicia tradicional** como una parte central del marco para la rendición de cuentas y la reconciliación, la **búsqueda de la verdad** a través de un organismo cuyo mandato debe ser el esclarecimiento del pasado y asuntos conexos, **las reparaciones** donde se pueden incluir medidas de rehabilitación, restitución, compensación, y garantías de no repetición, **y las comisiones de derechos humanos y de amnistías**. No obstante, no se ha llegado a un acuerdo definitivo que busca poner fin al conflicto de más de 20 años en el Norte de Uganda (Lyons & Reed, 2010, pág. 253).

Conflicto que tuvo su génesis con una rebelión del Ejército Democrático Popular de Uganda (UPDA) conformado mayoritariamente por oficiales del ejército que habían sido derrotados y huyeron de Kampala cuando llegó al poder en 1986 el presidente Yoweri Museveni, líder del Ejército de Resistencia Nacional (NRA). No obstante el acuerdo de paz de 1988 entre el UPDA y el NRA, los rebeldes no se rindieron, estos se fueron transformando en un movimiento altamente estructurado con características de culto llamado Ejército de Resistencia del Señor (LRA), liderado por Joseph Kony, cuyas acciones de asesinatos, secuestros y mutilaciones afectaron directamente a la población civil del Norte de Uganda, acusados de ser colaboradores del Gobierno, buscando de manera deliberada sembrar el terror.

La opinión sobre el conflicto y la manera como éste se debía resolver ha generado iniciativas como la aprobación de la ley de amnistía en el año 2000, la cual solo obligaba a renunciar a la insurgencia para así poder ser reintegrados; con esta medida no era necesario que divulguen información sobre las atrocidades ni que participaran en cualquier otro proceso de justicia. Algunos comandantes de alto y mediano rango del LRA se han beneficiado de la amnistía, pero esto no ha bastado para la desintegración del grupo. Adicionalmente se promueven el uso de ceremonias tradicionales para reintegrar miembros del LRA, que implica una negociación entre los clanes de las víctimas y el victimario con el fin de llegar a una versión común sobre los hechos y acordar una compensación, se continua con una ceremonia de reconciliación que culmina cuando ambas partes intercambian la bebida de raíces amargas (Saffon & Viviana, 2018, págs. 61-62-165).

Sin embargo, la reanudación de acciones bélicas contra el LRA durante la operación relámpago-trueno el 14 de diciembre de 2008, así como las atrocidades cometidas por el LRA en el mismo año eliminó la posibilidad de continuar las negociaciones en Uganda, haciendo que un acuerdo final con el LRA aparezca más lejano que nunca (Lyons & Reed, 2010, págs. 254-277).

En conclusión, en el caso ugandés, el acuerdo de Juba presentó el comienzo de un marco de justicia transicional que permitiría continuar con futuros desarrollos, su potencial se ha minado a raíz de la imposibilidad de alcanzar el acuerdo definitivo o final para alcanzar la paz, no obstante encontrarse hoy en día los líderes del LRA se encuentra bajo investigación de la Corte Penal Internacional (CPI).

1.1.9. Justicia transicional en Sierra Leona

El conflicto de Sierra Leona se originó cuando, en 1991, el presidente Joseph Saidu Momoh decidió apoyar a las Fuerzas Regionales del Grupo de Verificación del Alto el Fuego (ECOMOG) de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO), en la guerra civil que se estaba desarrollando en la vecina Liberia. Como reacción frente a esta intervención, Charles Taylor, líder del principal grupo guerrillero que operaba en dicho país, apoyó la creación de una guerrilla en la zona oriental de Sierra Leona, que pasaría a denominarse Frente Revolucionario Unido (FRU), y que, con base en Liberia, lanzaría una serie de operaciones militares contra el régimen de Freetown, iniciándose de esta forma un largo y cruento conflicto armado, que tras once años dejó como resultado miles de personas muertas, desplazadas y refugiadas (Altemir, 2003, pág. 101).

En el 2009 se logra poner fin al conflicto con ayuda de la comunidad internacional. El Gobierno y los rebeldes hicieron un acuerdo de paz en julio de 1999, aunque el conflicto solo terminó formalmente en 2002. El acuerdo incorporaba amnistías para antiguos combatientes. Las Naciones Unidas señalaron el hecho de que las amnistías cobijaban crímenes internacionales y otras serias violaciones de derechos humanos. En 2000 se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo tenía, entre otros, abordar el problema de impunidad y responder a las víctimas. Se desarrollaron audiencias con enfoque restaurativo. (Saffon & Viviana, 2018, p. 159)

En el establecimiento de la Comisión se aseguró que esta podría buscar asistencia de líderes comunitarios y religiosos para facilitar las sesiones públicas y resolver conflictos locales. La finalidad de algunos de los mecanismos era la reconciliación, enfocada en la reintegración de los excombatientes a las comunidades. La justicia de Sierra Leona contemplaba desde antes de la guerra jurisdicciones especiales basadas en leyes tradicionales, ya que la mayoría de la población

del país, con cerca de 18 grupos étnicos, vive en jurisdicción de *customary laws*. Estas jurisdicciones, y la justicia local, fueron utilizadas para juzgar los crímenes cometidos durante la guerra. Esto posiblemente incrementó el nivel de participación comunitaria (Saffon & Viviana, 2018, pág. 159).

Se estableció también un Tribunal Especial para Sierra Leona por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para perseguir a los “máximos responsables” de violaciones de derechos humanos cometidas durante la guerra. Dado el número desorbitado de acusados previstos, se consideró oportuno limitar el número de éstos en función de la autoridad y funciones de dirección ejercidas, así como por la gravedad y amplitud de los crímenes cometidos. En opinión del Secretario General, aunque la "mayor responsabilidad" recae en los dirigentes políticos y militares, no se excluyen a otras personas que ejercían su autoridad a niveles jerárquicos inferiores, si cometieron delitos graves o masivos. La expresión "mayor responsabilidad" implicaría, desde esta óptica, una posición de liderazgo o de autoridad de los acusados y, por otra parte, una cierta gravedad del delito o su comisión en masa (Altemir, 2003, pág. 101).

Dentro de las condenas más representativas proferidas por el Tribunal Especial de Sierra Leona se encuentra la de Charles Ghankay Taylor, antiguo presidente de Liberia, por complicidad y colaboración con los rebeldes del FRU y CRFAS en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la guerra civil de Sierra Leona, a una pena única de carácter global de 50 años de prisión.

1.1.10. Justicia transicional en Colombia

El caso colombiano ofrece un buen ejemplo de cómo la combinación de la promoción de la justicia transicional desde abajo (participación de las víctimas) con la promoción oficial de la participación puede incrementar el impacto en la visibilización de las víctimas y de la sociedad.

“En Colombia, en la última década, las víctimas y las organizaciones de derechos humanos pasaron de ser sectores marginados y perseguidos a ser actores políticos cada vez más organizados y con mayor capacidad de expresión de sus puntos de vista y de incidencia en la arena nacional. Esta transformación ha sido el resultado de su activa lucha contra la impunidad, pero también de los mecanismos que en pos de su participación se han establecido en respuesta a sus demandas” (Saffon & Viviana, 2018, pág. 32).

Los modelos de justicia transicional, surgen como consecuencias de las circunstancias de violencia política que han acompañado al país por lo menos desde las últimas seis décadas de su historia. El (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013) ¹¹ identificó cuatro periodos en la evolución del conflicto en Colombia i) entre 1958-1982, caracterizado por la transformación de la violencia bipartidista a una violencia de carácter subversivo y por la proliferación de diversos grupos armados al margen de la ley en Colombia, ii) entre 1982 y 1996, representado con un crecimiento tanto de la capacidad operativa como de expansión territorial de los principales grupos guerrilleros, acompañado por el surgimiento y fortalecimiento de grupos paramilitares a través de su vínculo con el narcotráfico, iii) entre 1996 y 2005, distinguido principalmente por representar el punto de mayor auge en los niveles de violencia al interior del conflicto armado y que supondría, por parte del Estado, la adopción de una postura radical respecto a la consecución de una victoria militar sobre los grupos subversivos, y iv) entre 2005 y 2012, caracterizado por la reorganización de las dinámicas de confrontación, marcadas especialmente por la iniciativa militar desarrollada

¹¹ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTORICA. Informe General Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya. Colombia. Memorias de Guerra y Dignidad. Capítulo II. Los Orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. 2013, p. 111 ss.

por el Estado, la cual, si bien conseguiría propiciar golpes contra objetivos estratégico en la subversión y su consecuente debilitamiento, no lograrían imponer una derrota militar definitiva a las organizaciones subversivas, mientras que paralelamente se produciría el rearme de diversos grupos asociados al paramilitarismo, su participación en diversos sectores de la criminalidad y aporte como generadores de violencia en el país (Centro Nacional de Memoria Historica, 2013).

Se introduce un quinto periodo que converge en los años 2013 a 2016, caracterizado por el proceso de acercamiento, exploración y dialogo que llevó a la consecución y firma de los acuerdos de paz entre el Gobierno Nacional y las Farc EP. Con ello, la justicia transicional surge como una alternativa en la administración de justicia, en momentos en que las condiciones impuestas por el conflicto han dado como consecuencias salidas negociadas y la necesidad de imponer algún marco de no impunidad de quienes participaron dentro de las hostilidades. Busca no solo una transición efectiva en el campo político, sino también referidas a proveer medidas de justicia frente a las víctimas a quienes sus derechos fundamentales fueron violados, al esclarecimiento y el reconocimiento colectivo y crítico de los hechos del pasado y en última instancia, a la creación de condiciones para una paz sostenible, lo que se traduce, en la búsqueda de una nueva realidad en condiciones de paz y democracia (Lyons & Reed, 2010, pág. 36).

Bajo esta perspectiva y por la prolongación del conflicto armado en Colombia, se han implementado dos modelos de justicia transicional, el primero con las desmovilizadas AUC que se produjo en cumplimiento del acuerdo de Santa Fe de Ralito, firmado el 15 de julio de 2003 con el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002 – 2008), que condujo a la desmovilización y desarme de 34 estructuras y de 31.671 de sus integrantes (Verdadabierta, 2008), dando origen a lo que se conoce como el proceso de Justicia y Paz; el segundo, con la firma el 24 de noviembre de 2016, del acuerdo final para la terminación del conflicto y la búsqueda de una paz estable y duradera

entre el Gobierno Nacional y el grupo subversivo Farc-Ep que produjo la desmovilización y desarme, de 11.345 integrantes del grupo subversivo, de los cuales 8.322 fueron guerrilleros y milicianos, 52 extranjeros y 2.971 privados de la libertad (La Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) , 2017).

Con este marco de violencia generado por seis décadas de conflicto armado en Colombia, la justicia transicional ha sido concebida como una salida al conflicto buscando generar transformaciones de orden social y político, especialmente cuando se trata de transiciones negociadas, como ocurrió con las AUC y las Farc-Ep, cuyo objetivo no es otro que dejar atrás un conflicto armado y reconstituir el tejido social. No obstante, dicha transformación implica la tarea de buscar el equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, es decir, entre los derechos de las víctimas del conflicto y las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse (Uprimny, Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones, 2004, pág. 20).

Estos dos modelos de justicia transicional, vigentes en Colombia, igualmente han generado dos procesos de justicia transicional con características diferenciadas en su aplicación, pero que se fundamentan en la satisfacción plena de los derechos de las víctimas del conflicto como eje central de los acuerdos con estos actores armados, dando lugar al sistema de justicia y paz adelantado con las AUC, regulado por el marco de las leyes 975 de 2005 y 1592 de 2012, y el Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y No Repetición (SIVJRNR) regido por la ley 1957 de 2019 estatutaria de la administración de justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En consecuencia, las víctimas como centro de los procesos de justicia transicional en Colombia, tienen derecho a que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, a que se sancione a los responsables, a ser reparadas y, sobre todo, a que los hechos victimizantes no se vuelvan a repetir.

Lo que implica que el derecho a la verdad debe ser de carácter individual y colectivo, el derecho a la justicia, como recurso justo y eficaz conlleva la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH, el derecho a la reparación se debe dar en el plano individual, y en el plano colectivo, en tanto reparación moral a través de actos de carácter simbólico, como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, declaraciones oficiales pidiendo perdón o restableciendo a las víctimas su dignidad, monumentos, ceremonias conmemorativas, entre otros, y la garantía de no repetición, medidas para erradicar las causas de la violencia, mediante la superación de las condiciones estructurales que le dieron origen, entre las que se comprenden la disolución de los grupos armados paramilitares, la derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción, el reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus, como también, la destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones que han sido cometidas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Derechos Humanos (OHCHR), 2005).

Sin embargo, todos los estándares asociados e indicados en precedencia, deben estar encaminados a asumir que el componente de justicia, en estos modelos de justicia debe ser flexible, con miras a superar las debilidades de aparatos jurídicos no consolidados de la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, este primer capítulo ha permitido, por una parte delimitar, que no existe un modelo o instrumento único de Justicia Transicional cuya efectividad esté garantizado y cada caso en concreto requiere de un adecuado balance de las circunstancias que pueden favorecer esa transición, en este sentido cabe señalar que dependiendo del modelo transicional en unos se hace mayor énfasis en la justicia retributiva y en otros mayor énfasis en la justicia restaurativa, de acuerdo con ello se reafirma la no existencia de un único marco de justicia transicional. Por una

parte, los modelos que enfatizan la justicia retributiva se concentran en aspectos tales como reparación directa, penas alternativas y accesorias, beneficios económicos, beneficios materiales y por otra, los que enfatizan en el marco de la justicia restaurativa se enfocan más en aspectos relacionados con transformaciones ideológicas e institucionales, representación de monumentos que simbolizan la superación del conflicto o de recordación sobre los hechos violentos vividos. Para el caso Colombiano, a pesar de los escenarios de violencia política y confrontación armada durante más de 50 años, ha implementado una serie de mecanismos de concertación para obtener una salida negociada al conflicto armado, implementando mecanismos de Justicia Transicional como instrumento de equilibrio entre Justicia y Paz, dando continuidad a las experiencias internacionales y adoptando lo propio en el marco transicional.

A continuación, se presentan las razones que justifican la importancia que han tenido los procesos de justicia transicional en Colombia en el camino de la reconciliación nacional, y por qué la jurisdicción penal ordinaria no es la medida adecuada ni eficaz para minimizar las acciones violentas realizadas en los marcos de conflictos armados.

Capítulo 2. Los Marcos Jurídicos de la Justicia Ordinaria y Marcos Jurídicos Transicionales

2.1. Marco jurídico de la justicia ordinaria

Durante las últimas cinco décadas de conflicto, temporalidad según la cual se circunscribe la actividad subversiva de las Farc-Ep más antigua, han estado vigentes dos Constituciones Políticas en Colombia, la de 1886 y 1991.

Asimismo, han estado vigentes los códigos penales de 1936, 1980, y 2000 con las leyes 095, 100 y 599, esta última en vigencia un año después de su promulgación, es decir, el 25 de julio de 2005.

En el mismo sentido ha estado vigente la normatividad procesal penal. El Decreto 409 de 1971, adoptado por la Ley 2 de 1982¹², que incorporó un procedimiento penal con tendencia inquisitiva, según el cual, el mismo juez quien formulaba la acusación, juzgaba y fallaba, con fundamento en el veredicto del jurado de conciencia únicamente en casos de homicidio.

Con la Ley 2 de 1984 se crearon los jueces especializados y se estableció un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, centralizando las funciones de investigar y fallar.

Luego fue expedido el decreto 50 de 1987, que pretendió un tránsito de un sistema procesal inquisitivo en la instrucción hacia un sistema acusatorio en la etapa de la causa. Se les otorgaron funciones a los jueces de instrucción criminal con el propósito para que, concluida la investigación, procedieran a calificar el sumario por medio de una resolución acusatoria, preclusiva o de

¹² Por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante Decreto 409 de 1971

reapertura de la instrucción. Al proferir resolución acusatoria remitía el expediente al juez de la causa, perdiendo competencia, es decir, no era sujeto procesal en la etapa del juicio.

En 1991, entra en vigencia la Constitución Política, que crea la FGN, la cual conlleva un cambio legislativo mediante el decreto 2700 de 1991, derogando el Decreto 50 de 1987. Esta legislación pretendió abrir el camino a un proceso penal con tendencia acusatoria. Otorgaba la función de investigar a un organismo diferente a los jueces. Así, se diferenciaba claramente la etapa de instrucción a cargo de la Fiscalía y la de juzgamiento en conocimiento del juez.

Luego se presentan unas modificaciones al código de procedimiento penal. La ley 81 de 1993, en particular incorporando mecanismos de delación, ante el crecimiento de la delincuencia organizada, en especial la del narcotráfico y el secuestro. Luego la ley 504 de 1999 creó los jueces penales del circuito especializados con sus respectivos fiscales, fijándoles competencia para los delitos más graves contemplados en la legislación penal, como la tortura, homicidio agravado con fines terroristas, secuestro extorsivo, fabricación y tráfico de armas y municiones, los delitos señalados en el inciso 1 del artículo 32 de la Ley 30 de 1986, como el lavado de activos, entre otros.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, conllevó adecuar la normatividad penal a nuevos parámetros, fue necesario reformar el Código Penal vigente desde 1980, con la ley 100.

Se hizo necesario recopilar toda la legislación penal existente con la finalidad de presentar un proyecto de ley que consignara un Código acorde con el dinamismo social y, de paso, modificar la legislación procesal penal para hacerla más ágil, lo mismo que el régimen penitenciario (Bernal, 2005, pág. 51).

En desarrollo de esta política, la Fiscalía General presentó tres proyectos de leyes por las cuales se expedían los Código Penal (Ley 599 de 2000), de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000)

y el Penitenciario que no fue aprobado por el Congreso. Esta nueva legislación comenzó a regir a partir del 24 de julio del 2001, concediéndose un año para su estudio (Bernal, 2005, pág. 51).

Si bien la intención del Fiscal General de la Nación de aquella época Luis Camilo Osorio Isaza, era establecer un procedimiento mixto con una clara tendencia acusatoria, no podía hacerlo porque la Constitución no lo permitía. Para ello, era necesario un acto legislativo modificatorio de la Carta que adoptara el nuevo sistema procesal. Por tal razón, las modificaciones no fueron sustanciales, predominando un sistema mixto inquisitivo en la instrucción y acusatorio en el juicio, para luego dar paso de manera paralela y coexistiendo a la ley 600 de 2000, la legislación procesal penal acusatoria a partir del 1 de enero de 2005, con la expedición de la ley 906 de 2004, con el fin de conseguir precisamente la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002, según el cual, el art. 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, que modifica el art. 250 de la Constitución Nacional, señala que la Fiscalía General de la Nación, adelantará el ejercicio de la acción penal a través de la investigación de los hechos presuntamente constitutivos de delito que conozca por denuncia, petición especial, querrela o de oficio; además, está obligada a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, razón por la cual no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías (Bernal, 2005, pág. 51).

No obstante, con la cantidad de normatividad penal ordinaria vigente, solamente hasta el año 2000 con la ley 599, por el cual se expide el código penal, se incorpora al título II, el capítulo único que tipifica los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, es decir, las conductas delictivas cometidas con ocasión y en desarrollo del conflicto

armado. En adición crímenes como la desaparición forzada, y el desplazamiento forzado, fenómenos criminales que día a día se materializan por los actores armados, fueron tipificados por primera vez en Colombia hasta el año 2000, con la ley 589. Con penas que oscilan entre 25 y 60 años de prisión, y luego recogidas en el código penal.

Panorama anterior, que de entrada hace frágil la jurisdicción penal ordinaria, en tanto debía investigar y juzgar crímenes de sistema bajo el amparo de otros tipos penales, forzando su adecuación típica como secuestro cuando se estaba en presencia de una desaparición forzada, o constreñimiento ilegal tratándose de un desplazamiento forzado, conductas delictivas que son constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos que suele producirse en contextos de transgresión general de éstos o del derecho internacional humanitario (República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2016).

Caso similar se presentó con el delito de reclutamiento ilícito, tipificado hasta el año 1997, en el artículo 14 de la Ley 418,¹³ y posteriormente recogido en el artículo 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), en el capítulo único de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Con anterioridad a esta fecha su adecuación típica lo era como constreñimiento para delinquir.

Procesos de investigación y juzgamiento que se dieron con ocasión del conflicto armado, y consecuentemente tampoco pacífica para sus protagonistas, la cantidad desbordada de crímenes, la complejidad y representatividad frente a la vulnerabilidad de la población, la victimización a la que fueron sometidos magistrados, jueces, fiscales, investigadores y testigos asesinados, sobrepasó la capacidad del Estado para administrar pronta y cumplida justicia, se hizo necesario acudir a

¹³ Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años. PARÁGRAFO. Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley, que incorporen a las mismas, menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley.

legislaciones de excepción, a través de estados de sitio en vigencia de la Constitución de 1886, y estados de conmoción con la Constitución de 1991, las cuales fueron utilizadas de manera indiscriminada al desplazar al régimen jurídico penal ordinario, generalmente por normas marcadamente represivas, que se fueron convirtiendo en legislación permanente, deformando gravemente el Estado de Derecho en Colombia (Cifuentes, 2002, págs. 117-146).

Se expidieron un buen número de decretos como el 1155 del 10 de julio de 1992 con el propósito de frenar la escalada terrorista, el aumento de los magnicidios, impedir la excarcelación de personas procesadas por terrorismo, secuestro, subversión, y narcotráfico, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo código de procedimiento penal el decreto 2271 de 1991, asimismo los siguientes decretos:

El decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992, como consecuencia de la agravación significativa de las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada. Además, visibilizando como las distintas organizaciones guerrilleras aumentaban su radio de acción a nivel nacional, valiéndose para el efecto de un incremento de sus miembros y de una multiplicación de sus fuentes financieras ilícitas.

El Decreto 874 del 1° de mayo de 1994 expedido con el propósito para frenar la salida de las cárceles de presos por narcotráfico, secuestro, terrorismo, rebelión y asonada, entre otros, por morosidad de la justicia.

El Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, entra en vigencia por la grave situación de orden público creado por la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión.

El Decreto 1900 del 2 de noviembre de 1995, el Gobierno decreta el estado de conmoción interior acreditando que entre agosto y noviembre de 1995 habían ocurrido numerosos hechos de violencia atribuibles a organizaciones criminales y relacionados en su mayoría con el conflicto

armado. A estos hechos se agregaban el magnicidio del dirigente político Álvaro Gómez Hurtado, el asesinato del ex ministro de Estado Enrique Low Murtra y el atentado contra el abogado Antonio José Cancino defensor del expresidente de la República Ernesto Samper Pizano en el juicio que fue adelantado en su contra.

El Decreto 1837 de 2002 soportado por la escalada terrorista de la guerrilla y grupos paramilitares o el Decreto 3929 de 2008 y Decreto 3930 del mismo año, como consecuencia del paro en la administración de justicia y salida inminente de presos “peligrosos” de las cárceles colombianas.

No obstante, los fundamentos que se presentaron para la expedición de estos decretos, detrás de las motivaciones se puede observar uno de los grandes problemas estructurales del Estado colombiano, la crisis permanente de la Administración de Justicia derivada de la morosidad de la justicia y la congestión judicial como problemas principales y sin que sea controvertible la corrupción.

2.2. Marco jurídico de la justicia transicional

Paralelamente, en el año 2002, se inició el proceso de paz con las denominadas AUC, entre el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez y los voceros o representantes de ese grupo armado al margen de la ley, que produjo la desmovilización de los integrantes de algunos bloques y frentes, y el desmantelamiento de los mismos, en virtud de los acuerdos políticos celebrados entre las partes.

El marco jurídico del proceso quedó consagrado en la Ley 975 de 2005 y en sus decretos reglamentarios.¹⁴ El objetivo de esta norma es la facilitación de los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados ilegales. Además de buscar garantizar a las víctimas los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Es entonces cuando en diciembre de 2002 las AUC declaran un cese unilateral de hostilidades y más adelante, el 23 del mismo mes, el primer mandatario sanciona la ley 782 de 2002,¹⁵ mediante la cual el gobierno queda facultado para iniciar negociaciones de paz con grupos que no tuvieran estatus político, lo que abrió las puertas para iniciar diálogos con los grupos paramilitares, disposición legal que fue prorrogada por las leyes 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018.

Sin embargo, como la legislación vigente de ese entonces, la ley 782 de 2002, solo preveía la amnistía y el indulto para delitos políticos y conexos cometidos por los miembros de organizaciones ilegales, era necesaria una nueva ley que como herramienta jurídica abriera el camino para la paz al facilitar la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los desmovilizados de las AUC, y garantizar los derechos de las víctimas, pero sin someter al “perdón y olvido” las graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, es decir permitir por esta vía especial la judicialización de delitos que tengan la connotación de no ser amnistiabiles ni indultables.

¹⁴ Decreto 4760 de 2005. Decreto 2898 de 2006. Decreto 3391 de 2006. Decreto 4417 de 2006. Decreto 315 de 2007. Decreto 423 de 2007. Decreto 3570 de 2007. Decreto 122 de 2008. Decreto 176 de 2008. Decreto 880 de 2008. Decreto 1290 de 2008. Decreto 1364 de 2008. Decreto 4719 de 2008. Decreto 614 de 2009. Decreto 1733 de 2009.

¹⁵ Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.

Fueron esas las razones tenidas en cuenta por el Congreso de la República al aprobar la Ley 975 de 2005 que establece, el procesamiento y sanción de los miembros de los grupos organizados al margen de la ley, así como también la reparación integral a las víctimas.

La ley 975 de 2005 se identifica como un procedimiento penal especial que busca establecer un nivel de verdad procesal en relación con algunos hechos delictivos y otorga beneficios judiciales a los responsables de delitos de lesa humanidad. Este procedimiento prevé incentivos para los victimarios. El más importante de ellos es la sustitución de una pena ordinaria por una pena alternativa que reduce significativamente el tiempo de privación de la libertad. De la pena alternativa podrán ser beneficiados los desmovilizados que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados por delitos que no sean de competencia de la ley 782 de 2002, por lo que nos encontramos ante una ley de aplicación residual (Comisión Colombiana de Juristas , 2007).

Lo anterior, significa que las personas desmovilizadas que hayan sido incluidas en las listas presentadas por el gobierno y que cumplan con los requisitos exigidos por la ley reciban una sustitución punitiva considerable respecto de delitos graves que hayan cometido durante y en razón a su pertenencia al grupo armado desmovilizado. Así, se dispone el cumplimiento de una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años y un tiempo de libertad a prueba equivalente a la mitad de la pena privativa de libertad. El reemplazo de una pena ordinaria por una pena alternativa sólo estaría justificado siempre que el desmovilizado contribuya a la consecución de la paz nacional (Colombia. Fiscalía General de la Nación , 2005).

La Corte Constitucional en la sentencia C-370, sostuvo que “La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la ‘colaboración con la justicia’ no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de

parte de quienes aspiran a acceder al beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos” (Colombia. Corte Constitucional , 2006).

Al revisar la constitucionalidad de la ley 975, la Corte Constitucional dejó claro que muchos de los artículos se oponían a la garantía de los derechos de las víctimas, procediendo en algunos casos a declararlos inexecutable y en otros darles una constitucionalidad condicionada. En la tarea de darle un sentido constitucional que garantizara su vigencia dentro del ordenamiento jurídico, la Corte rescató los derechos de las víctimas como elemento orientador de la aplicación del procedimiento creado por la ley 975.

El control constitucional realizado por la Corte Constitucional permitió redireccionar el propósito de la ley, dándole un nuevo sentido al destacar los elementos de protección de derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Deja claro además que la ley tiene que ser aplicada de tal manera que las autoridades judiciales puedan esclarecer las prácticas sistemáticas y los planes criminales que promovieron y facilitaron la violencia paramilitar en el país (Colombia. Corte Constitucional, 2006).

En adición, la Ley 975 de 2005, implementa como principios rectores la publicidad y la oralidad de todas sus actuaciones procesales, teniendo acceso a las audiencias orales, los sujetos procesales (partes) e intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general, salvo las excepciones previstas en las correspondientes leyes (Ley 906 de 2004, arts. 9º y 18, y Ley 975 de 2005, art. 12). Es por ello que debe tenerse el procedimiento penal aplicable a los desmovilizados, como una adaptación específica del sistema penal acusatorio a casos concretos, máxime cuando en el artículo 2º del Decreto 4460 de 2005, reglamentario de la Ley de Justicia y Paz, remite que a las situaciones no contempladas en dicha normatividad se le aplicará lo atinente a la Ley 906 de 2004.

A su vez, para integrar adecuadamente al proceso de justicia transicional con los grupos paramilitares, los componentes de verdad y reparación se expidieron las leyes 1424 de 2010 “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones” y 1448 de 2012 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, las cuales fueron declaradas exequibles por la corte constitucional.¹⁶

Disposiciones legales, según las cuales permitieron, de un lado, vincular a todos los integrantes desmovilizados de las AUC para fueran cobijados dentro del marco del proceso transicional, sino además su reincorporación a la vida civil, y por otra parte, a las víctimas su reconocimiento como tales, no obstante, desde una visión eminentemente personal sin pretender entrar en contradicciones argumentativas en el presente trabajo, este primer experimento de justicia transicional pudo conllevar a una generación de impunidad, en tanto, muchos integrantes de las AUC, al estar dentro de la estructura orgánica como mandos medios o bajos, pudieron haber cometido graves crímenes, pero que por su condición pasaron sin asumir responsabilidad en la comisión de estos. En adición, los encargados de investigar sobre el comportamiento de esos sujetos dentro de la organización tampoco tuvieron las herramientas para lograr identificar si en efecto, estos sujetos hubieren cometido delitos graves. Pero es más singular aún que el ente investigador debía aceptar en la declaración de estos sujetos que se estaba construyendo verdad y no hubo forma de contrastar dicha declaración con miras a construir una verdad judicial y una verdad histórica, por tanto, los elementos transicionales en materia penal, en materia de

¹⁶ Sentencias declaradas exequibles por la Corte Constitucional entre 2011-2017: C-771 de 2011. C-052 de 2012. C-250 DE 2012. C-253^a de 2012. C-715 de 2012. C- 781 DE 2012. C-099 de 2013. C-280 de 2013. C-581 de 2013. C-753 de 2013. C-912-2013. C-795 de 2014. C-017 de 2015. C-069 de 2016. C-160 de 2016. C-161 de 2016. C-330 de 2016. C-404 de 2016. C-494 de 2016. C-006 de 2017.

reconocimiento de la verdad y en materia de reparación pueden quedar en entredicho al tenor de la aplicación e implementación de este marco normativo. En relación con las víctimas, generó un desbalance al incorporar la indemnización por vía administrativa, tasando económicamente graves delitos, sin que ello representara resarcimiento y compensación reales sobre el daño causado, lo cual se ponderó con un alto valor frente al proceso judicial.

La ley 1424 de 2010 y sus decretos reglamentarios 2601 de 2010 y 2637 de 2014, como parte integral del proceso de justicia y paz, tiene como propósito promover la reintegración de los desmovilizados de las AUC que no fueron cobijados por la Ley de Justicia y Paz, es decir, aquellos que incurrieron únicamente en delitos de Concierto para delinquir simple o agravado, Utilización ilegal de uniformes e insignias, Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y Porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal.

Esta ley ofrece una solución jurídica al otorgarles beneficios penales como suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de desmovilizados, no imposición de medidas de aseguramiento y suspensión condicional de la ejecución de la pena principal y accesoria, siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos orientados a la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, con especial énfasis en el derecho a la verdad, tiene un componente judicial y otro no judicial.

El carácter judicial reside en el proceso penal ordinario que se surte ante el juez, este proceso se rige por las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible, que en la mayoría de los casos es la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal).

El carácter no judicial del procedimiento de Ley 1424, reside en la necesaria participación del postulado en el mecanismo no judicial de contribución a la verdad y memoria histórica, que

busca poner en vigor los principios de verdad, justicia y reparación como complemento a los instrumentos jurídicos que se han establecido para tal efecto y para contribuir al proceso de reconciliación nacional.

Dicho acuerdo se suscribe entre el Gobierno Nacional (específicamente por el presidente de la República, o su delegado, que en este caso es la Agencia Colombiana para la Reintegración) y el desmovilizado que cumpla con los requisitos del artículo 1 de la Ley 1424 de 2010. El acuerdo tiene dos etapas: i) la suscripción, que se hace con la firma y ii) el perfeccionamiento, que se lleva a cabo con la contribución a la verdad y a la memoria histórica. Para este último punto queda encargada la Dirección de Acuerdos de Verdad del Centro de Memoria Histórica quien recibe, clasifica, analiza y preserva la información que se derive de los testimonios de los desmovilizados que realizaron los Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación.

La ley 1448 de 2011, reconoce la existencia del conflicto armado, así como presentó una apuesta importante por establecer medidas en todos y cada uno de los componentes de la reparación: restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. La ley destaca el capítulo de restitución de tierras. Crea un sistema mixto judicial y administrativo para que las personas que han sido despojadas de sus tierras, como producto del desplazamiento forzado ocasionado por el conflicto, puedan reclamarlas de manera expedita y con algunas ventajas derivadas de la flexibilización de cargas probatorias y la creación de presunciones de despojo (Uprimny & Nelson, 2011).

Finalmente, tras siete años de implementación de la ley 975 de 2005, tuvo una modificación con la ley 1592 de 2012, y el decreto reglamentario 3011 de 2013, al hacerse notoria la dificultad que revestía investigar a casi 5000 postulados, por más de 300.000 hechos punibles y con aproximadamente 400.000 víctimas esperando la satisfacción de sus derechos.

Por esta razón el Estado propuso una reforma estructural a la Ley de Justicia y Paz, la cual consiste en un nuevo enfoque investigativo y de juzgamiento, dirigido a develar los patrones de macro-criminalidad a partir del análisis de contexto y de esta forma fortalecer la articulación entre el proceso penal de Justicia y Paz y el programa administrativo de reparaciones establecido por la Ley 1448 de 2011. Asimismo, pretende la celeridad del proceso, la seguridad jurídica para los desmovilizados, el establecimiento de un cierre total y definitivo a las postulaciones y a la aplicación del proceso de Justicia y Paz, e impulsar la política de resocialización de excombatientes privados de la libertad.

Es así como la Ley 1592 de 2012 incluyó una serie de disposiciones, dentro de las cuales se destaca la priorización y la concentración en máximos responsables, para focalizar la actividad investigativa de la Fiscalía, en ciertas situaciones para lograr un mayor impacto, mejor aprovechamiento de los recursos logísticos y administrativos, y establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalente. Esto no implica que quedarán conductas punibles sin ser investigadas, sino que unas serán investigadas antes que otras. Adicionalmente, se estableció en la Ley 1592, que el ejercicio de priorización también debe apuntar a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, develar los contextos, las causas y los motivos del mismo. Adicionalmente, se modificó, sustancialmente, la definición legal de esclarecimiento de la verdad, pasando de la noción tradicional de “identificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos” (artículo 15, Ley 975 de 2005) a “la revelación de los patrones de macro-criminalidad” (artículo 10, Ley 1592 de 2012), con lo que se busca satisfacer adecuadamente el derecho de la sociedad y de las víctimas a saber los motivos de lo ocurrido.

En el mismo sentido el Decreto Reglamentario 3011 de 2015 en su artículo 16 define lo que se debe entender por patrón de macro-criminalidad como: “el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley, responsable de los mismos. La identificación del patrón de macro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos implicados del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación”.

La Ley 1592 de 2012 también tuvo como objetivo principal que las labores de la Fiscalía se concentraran, principalmente, en la persecución de los máximos responsables. Se puede considerar como “máximos responsables” a aquellos individuos que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabían o podían prever razonablemente la perpetración de crímenes en el desarrollo de la ejecución de los planes operativos. En otras palabras, se trata de las personas que dentro de la organización ilegal tenían control o influencia efectiva sobre la misma en un lugar y tiempo determinado.

La pretensión de imputar a máximos responsables, puede vulnerar tratados internacionales suscritos por Colombia, no obstante, precisamente se habla de un proceso transicional en el cual las exigencias legales en la investigación y juzgamiento se flexibilizan, sin que ello se entienda como una contradicción con los tratados o acuerdos suscritos por Colombia, ya que al juzgar a los máximos responsables se está reconociendo principios tan importantes como la posición de garante y autoría mediata de quienes comandaron el aparato organizado de poder, elementos establecidos en la normativa y doctrina internacional, por lo que el bloque de constitucionalidad permanece

intacto y sólo se introduce una nueva interpretación que permite superar el investigar y juzgar a cada uno de los integrantes de ese aparato armado como casos particulares. En esta forma de juzgamiento cada uno de los individuos, pertenecientes a él responden individualmente por sus acciones, siendo un elemento lesivo para el bloque de constitucionalidad, en tanto que, el derecho de las víctimas a tener una respuesta sobre los hechos victimizantes y de paso un juzgamiento a quienes lo cometieron en el marco legal del proceso ordinario difícilmente se generaría. En este orden de ideas, los máximos responsables al crear el aparato, definir sus políticas, planes y programas y ser los sujetos que ordenaron las acciones delictivas, se constituyen como el actor fundamental, no solo de ser juzgado sino de garantizar la verdad, y la reparación de las víctimas, entendido este último elemento como el derecho a conocer el porque de los sucesos y recibir una explicación de su victimización generando de esta forma una respuesta de la administración de justicia a las víctimas sin vulnerar tratados internacionales.

2.2.1. Justicia especial para la paz

Todo lo anterior, indudablemente sirvió como experiencia y en términos similares fue expuesto en el marco normativo de los acuerdos de paz entre el Gobierno Nacional y las Farc – EP, suscrito finalmente el 24 de noviembre de 2016. Acuerdo a través del cual se crea la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que ejercerá funciones judiciales y hará parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), por ello contribuirá de manera efectiva, coherente y articulada con las demás medidas a la satisfacción de los derechos de

las víctimas, la terminación del conflicto armado y el logro de una paz estable y duradera. Se encargará de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado (Gobierno Nacional de Colombia , 2016, pág. 124).¹⁷

El propósito de la JEP es satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, contribuir a la reparación de las víctimas, y luchar contra la impunidad, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, respecto a hechos cometidos en el contexto y en razón de éste y contribuir al logro de una paz estable y duradera (El Congreso de Colombia , 2019).¹⁸ En otras palabras lo que se está observando es la continuidad del marco de justicia transicional establecido en el marco de la ley 975 y que queda retomado por lo establecido en el acuerdo de paz en la Habana, con la diferencia que este último es incorporado al marco constitucional. Por tanto este acuerdo reviste un carácter normativo superior al expresado por su predecesora ley 975.

La competencia de la JEP, se circunscribe respecto de las conductas más graves y representativas cometidas antes del 1 de diciembre de 2016, en el contexto y en razón del conflicto armado, aplicada de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, que cometieron delitos en el contexto y en razón de éste, siempre que cumplan con las condiciones del SIVJNR.¹⁹

¹⁷ Punto 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluye 5.1. La Jurisdicción Especial para la Paz.

¹⁸ Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

¹⁹ Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Artículos 62 y 63. Competencia Material y Personal de la JEP.

Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, se aplicará a los grupos que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno y la participación en el SIVJRNR estará sujeta a la dejación de armas y respecto de los agentes del Estado, a quienes hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado. En adición conocerá las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos, así como los terceros que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan participado de manera indirecta en el conflicto armado y hayan cometido delitos en el contexto y en razón de éste, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen. Sin embargo, la JEP en estos eventos sólo podrá obligar a comparecer a aquellas personas frente a quienes existan bases suficientes para entender que la conducta existió y que la persona mencionada en efecto hubiera tenido una participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos y de manera residual también las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen.

Al interior de la JEP, se surtirán dos tipos de procedimientos: (i) Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; y (ii) Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Las sanciones que imponga el Tribunal para la Paz tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Las sentencias del Tribunal enunciarán de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la misma, así como las condiciones y efectos de éstas, siendo las sanciones de tres tipos:

Sanciones propias (El Congreso de Colombia , 2019)²⁰: Se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Tendrán una función restaurativa y reparadora del daño causado, lo cual deviene de la discusión entre víctima y victimario elemento dialógico que debe ser garantizado por quien administra justicia, a fin de quienes cometieron los hechos victimizantes no vean en sus víctimas como sujetos deshumanizados sino por el contrario reconozcan que victimizaron personas, destruyeron familias y afectaron el tejido social con su accionar de guerra, y respecto a determinadas infracciones muy graves tendrán un mínimo de duración de 5 años y un máximo de 8 años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años.

Sanciones alternativas²¹: Se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Primera Instancia, antes de proferir la sentencia. Tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años.

Sanciones ordinarias (El Congreso de Colombia , 2019)²²: Se impondrán a quienes no hayan reconocido responsabilidad y sean condenados por parte del Tribunal. Cumplirán las funciones previstas en las normas penales. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 años en el caso de conductas muy graves.

Los lugares donde serán ejecutadas las sanciones estarán sujetos al monitoreo propio del sistema, así como a un régimen de seguridad y vigilancia. Se creará un órgano nacional o

²⁰ Ley 1957 de 2019. Artículo 126

²¹ Artículo 128

²² Artículo 130

internacional que verificará el cumplimiento de las sanciones. En todo caso el Tribunal verificará el cumplimiento de las mismas (El Congreso de Colombia , 2019).²³

Adicionalmente, no se podrá conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de la JEP, cometidos durante el conflicto armado y con anterioridad a la firma del Acuerdo Final. Por otra parte, cualquier delito cometido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final podrá ser objeto de extradición (El Congreso de Colombia , 2019).²⁴

La imposición de cualquier sanción por parte de la JEP no inhabilitará para la participación en política ni limitará el ejercicio de ningún derecho (activo o pasivo) de participación política, de conformidad con lo que sea acordado en el Acuerdo Final en desarrollo del Punto 3 - “Fin del Conflicto”.²⁵

No obstante, se debe tener en cuenta, que si bien todo este proceso ha llevado a la salida de las Farc-Ep del escenario de la violencia política en Colombia, esto no significa que el conflicto armado interno vaya a desaparecer, ya que existen otros actores activos en la confrontación armada, como el ELN, las autodefensas gaitanistas de Colombia (AGC) bautizadas por el Gobierno Nacional como Clan del Golfo, y ahora los grupos residuales existentes post-acuerdo.

En conclusión, éste es el componente normativo que hoy en día regulan los procesos que se adelantan por los hechos criminales asociados al conflicto armado, permitiendo despejar el camino para determinar porque se está acudiendo a procesos de justicia transicional en Colombia.

²³ Artículo 127

²⁴ Artículo 149

²⁵ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Jurisdicción Especial para la Paz”.

Capítulo 3. Aplicación de los Marcos de Justicia Penal

La justicia ordinaria como expresión de la soberanía del Estado, tiene unas características específicas, en el sentido que las conductas delictivas, el procedimiento, el juez y la pena están previamente determinados en la ley, todo delito conlleva una pena, y la pena implica generalmente una privación de la libertad, así como, una pena accesoria la pérdida de derechos políticos y sanción pecuniaria; frente a delitos graves el monto de la pena es alto, y la carga de la prueba le corresponde al Estado generando procesos extensos, y la acción penal debe recaer sobre todos los responsables.

Modelo de justicia que aplicó a los hechos delictivos cometidos con ocasión y en desarrollo el conflicto armado interno en Colombia, por más de cinco décadas, y como consecuencia la persecución penal de los miembros de las AUC y de las Farc-Ep. Investigaciones y procesos penales que estuvieron ausentes de justicia, verdad y reparación, sin resultados efectivos que garantizarán una respuesta en cuento a administración de justicia.

Según el inventario de casos registrados relacionados con el conflicto armado que tiene la Fiscalía General de la Nación, tomando como fecha de corte abril de 2018 (Fiscalía General de la Nación (FGN) , 2018, pág. 8), dan cuenta de 223.282 casos identificados, que corresponden, a su vez, a 280.471 indiciados y 196.768 víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

De estos hechos, 52.220 corresponden a la extinta guerrilla de las Farc-Ep, a la Fuerza Pública 13.934 casos, al Ejército de Liberación Nacional ELN 10.164 investigaciones, a las desmovilizadas AUC 55.768, otras guerrillas 3.324, agentes del Estado 13.934 y 87.872 sin grupo identificado, pero igualmente asociadas al conflicto.

Al observar y analizar la información sobre las referidas investigaciones, se concluye la poca efectividad y limitación que tuvo la capacidad investigativa y de juzgamiento de la administración de justicia frente a delitos graves de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, representados en secuestros, homicidios selectivos y múltiples (masacres), desplazamientos forzados, desapariciones forzadas, violencia sexual basada en género, reclutamientos de niños, niñas y adolescentes, entre otros, en tanto nunca se logró que los máximos responsables de las AUC y de la guerrilla de las Farc-Ep, que han permanecido activos en las filas de estos grupos amados organizados, por décadas, sin que fueran capturados para que respondieran ante la administración de justicia por la comisión de estos crímenes, como es el caso de los siguientes exintegrantes de las AUC: Ramón María Isaza Arango a. El viejo o El patrón, permaneció 43 años en las filas de las AUC, Arnubio Triana Mahecha a. Botalón, 30 años, Manuel de Jesús Piraban a. Pirata, 27 años, Salvatore Mancuso Gómez a. Triple cero, 10 años, Jorge Iván Laverde Zapata a. El Iguano, 11 años, Luis Eduardo Cifuentes Galindo a. El águila, 20 años, Hebert Veloza García a. HH, 10 años, Fredy Rendón Herrera a. El Alemán, 10 años, o Ramiro Vanoy Murillo a. “Cuco vanoy”, 23 años (Fiscalía General de la Nación , 2015, págs. 67-79), entre otros, y en el caso de los comandantes de las Farc.-EP: Rodrigo Londoño Echeverry a. Timochenko, 32 años en la organización subversiva, Luciano Marín Arango a. Iván Márquez, 32 años, Milton de Jesús Toncel Redondo a. Joaquín Gómez, 23 años, Jaime Alberto Parra Rodríguez a. Mauricio Jaramillo, 37 años, Jorge Torres Victoria a. Pablo Catatumbo, 44 años, José Lisandro Lascarro a. Pastor Alape, 37 años, o Julián Gallo Cubillos a. Carlos Antonio Lozada, 38 años, (Fiscalía General de la Nación , 2015, págs. 67-79) entre otros. De hecho si no fuere por los escenarios judiciales previstos en los procesos de Justicia Transicional, que hoy se vienen adelantando en Colombia, no hubiese sido posible su comparecencia.

Ahora bien, se debe poner de presente que los procesos de justicia transicional, generalmente son producto de un pacto entre los actores en conflicto armado, los procedimientos, el juez y la pena son definidos con posterioridad a la comisión de las conductas delictivas, solamente los delitos más graves conllevan pena, y no necesariamente la pena implica la privación de la libertad, no se pierden derechos políticos cuando se asiste a un acuerdo entre actores que no han sido derrotados, se establecen penas mínimas a cambio de verdad, reparación y no repetición, con procedimientos judiciales relativamente breves concentrados en los denominados máximos responsables buscando una investigación integral en donde lo más importante es la Construcción de una verdad histórica, con la finalidad de restaurar el tejido social afectado por la violencia.

Estas características anunciadas que no serían todas, solamente se consideran las principales, resultan necesarias para explicar las condiciones favorables que se requieren para una pacífica convivencia, mediante ejercicios de catarsis colectiva, sobre la base de conocer el pasado de atrocidades, plataforma para el arrepentimiento, el perdón y la no repetición. Es decir, que la justicia transicional se constituye en la justicia de lo posible donde "...los mecanismos de justicia más deseables son reemplazados por otros más o menos indeseables para evitar los más aborrecibles" (Elster, 2014, pág. 120).

Se debe tener claridad que la justicia transicional atiende las atrocidades del pasado, de violencias extremas o crímenes en masa producto de una planeación que colocó en crisis el valor de la dignidad humana. Ese pasado requiere ser reconstruido con memoria e historia en procura de conocer las dimensiones de esa violencia y de los factores que la hicieron posible, para evitar la repetición. En ese sentido, la misión de la justicia transicional no es fácil, pues tendrá que develar los crímenes de sistema, en los que intervienen aparatos organizados de poder y también las instituciones del Estado, que generalmente entran en tensión con los procesos de reconstrucción

del pasado y la búsqueda de justicia; en tanto se usa para designar procesos de rendición de cuentas en sociedades que han padecido crímenes graves contra los derechos humanos, en situaciones de turbulencia política, donde se busca transitar de la guerra a la paz (Orozco, 2009, pág. 156).

La función de la Justicia Transicional es pues, trascender la impunidad, el silenciamiento de las víctimas, la desigualdad, entendidas como situaciones que perpetúan la violencia, para dar paso a un futuro con justicia, democracia, memoria, libertad y respeto. Dicho carácter, se facilita bajo nociones de paz positiva, es decir “la paz que en el seno de un Estado debe actuar de modo tal que las causas de una violencia cíclica desaparezcan y sólo persista la lealtad- en gran parte por elección de los ciudadanos a un mismo Estado” (Lefranc, 2004, pág. 256).

Circunstancias anteriores que fueron asumidas, unas más que otras, en los 34 acuerdos de paz que se han suscrito en el mundo desde 1989, a través de los cuales han implementado mecanismo de Justicia Transicional, entre ellos, los citados en Sudáfrica, Sierra Leona, Camboya, Argentina, Guatemala, resultado de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía, garantizando la participación activa de la sociedad civil en general, y de las víctimas en particular, a fin de dotarlo de legitimidad democrática. En este contexto, las transiciones democráticamente legitimadas se adecuan a las exigencias jurídicas, políticas y éticas y son, además, las que mejor garantizan que el orden social y político fundado como consecuencia de la transición sea durable y no contenga gérmenes futuros de violencia. De hecho, este modelo consiste en el diseño de las medidas transicionales no sólo por vía de la negociación entre las cúpulas de los actores armados, sino también a través de discusiones sociales amplias e, inclusive, de formas de consulta a la ciudadanía, tales como plebiscitos o referendos. De esa manera, los procesos transicionales elaborados por medio de estos mecanismos garantizan la existencia de espacios de deliberación para todos los interesados en el

conflicto y, al hacerlo, adquieren un alto grado de legitimidad, permiten alcanzar un consenso entre los diferentes sectores sociales, y obtienen el apoyo internacional que resulta tan útil e importante en este tipo de procesos (Uprimny, Saffon, & Catalina, 2006, pág. 36).

Es así que la Justicia Transicional implica el reconocimiento de todos los actores bajo una visión integradora de sociedad, dando valor al sentido del perdón y la reparación de las consecuencias que han dejado los actos de violencia, reconstruyendo la memoria y la historia, pero como un ejercicio de aprendizaje y reincorporación a la sociedad como sujetos de derechos (Minow, Crocker, & Rama, 2011).

En Colombia, y en el marco expuesto, se puede afirmar, que el modelo de justicia y paz adelantado con las AUC, ha generado una respuesta positiva en los componentes de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición de cara a las víctimas, a la sociedad y a la misma comunidad internacional, que no se logró durante años en los procesos judiciales adelantados por la jurisdicción penal ordinaria. Hoy el proceso de justicia y paz ha documentado 336.569 hechos atribuibles a las AUC, representado en 420.467 víctimas, ha condenado 518 exintegrantes de las AUC, por 35.296 hechos criminales. En adición se han imputado 90.368 hechos delictivos que vinculan a 235.115 víctimas, sean identificado y entregado 4.608 cuerpos a sus familiares que se encontraban en condición de desaparecidos (Fiscalía General de la Nación, 2016 -2019).

En adición el proceso de justicia y paz, visibilizó los altos niveles de captura y cooptación del Estado por parte de esta organización ilegal, conocida como “la parapolítica” llevo a condenar a más de 60 aspirantes al Congreso de la República que se aliaron con el paramilitarismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia adelanta investigaciones en contra de 125 congresistas y ex congresistas que han sido señalados de tener presuntos vínculos con grupos paramilitares (Verdadabierta, 2013).

La anterior experiencia, sirvió para la consolidación del modelo de justicia transicional al momento en el que el Gobierno Nacional en cabeza de Juan Manuel Santos generara un acuerdo de paz con las Farc-Ep.

En este orden de ideas, es evidente la aceptación unánime sobre el valor principalísimo que representa la paz tanto para la comunidad internacional, como para la reconciliación al interior de las naciones afectadas por la violencia, hasta el punto de considerarla como un derecho; pero en Colombia, pese al carácter constitucional que reviste el acuerdo suscrito por Juan Manuel Santos y las Farc-Ep, no ha sido posible impregnarla de contenidos normativos que permitan hacerla exigible.

En este sentido, aunque existe un desarrollo teórico amplio sobre el tema, su consagración jurídica como derecho no ha tenido igual suerte, dado que de su reglamentación dependerían las obligaciones del Estado frente a la misma. En consecuencia, la paz se ha concebido regularmente como un derecho de los pueblos, es decir, como un derecho colectivo y, solo recientemente, desde la sociedad civil y la comunidad internacional, se adelantan esfuerzos tendientes a la consagración de la paz como un imperativo, no obstante, determinados grupos de interés económicos sociales y políticos, no piensan de la misma forma, dificultando de manera contradictoria los esfuerzos por construir una paz estable y duradera.

Asimismo, dichos sectores controvierten principios universales como el establecido en la Declaración de Luarca²⁶ sobre el Derecho Humano a la Paz: Considerando que, de conformidad con el preámbulo de la carta de Naciones Unidas y los propósitos y principios que la misma

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración del Derecho Humano a la Paz, adoptada el 30 de octubre de 2006. La *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz* está presidida por una visión holística que vincula la paz con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, que elimine las desigualdades, la exclusión y la pobreza, porque todo ello genera una violencia estructural que es incompatible con la paz. Esta Declaración es la contribución de la sociedad civil española al debate internacional que deberá culminar con la adopción de un texto definitivo de la sociedad civil que la AEDIDH propondrá al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instando a sus miembros a iniciar la codificación oficial cuyo término final sería la adopción por la Asamblea General de una Declaración Universal del Derecho Humano a la paz.

enuncia, la paz es un valor universal, la razón de ser de la organización, así como precondition y consecuencia del disfrute de los derechos humanos por todos.

Este es el reflejo de una de las dificultades que ha tenido la jurisdicción ordinaria versus la justicia transicional, para dar una respuesta coherente en administración de justicia frente a delitos graves y representativos como consecuencia permanente de la violencia que ha afectado a la población colombiana desde hace más de 50 años. En adición la complejidad derivada de contextos de violencia para investigar estos crímenes, la cantidad desbordada que da lugar al ejercicio de la acción penal tradicional, investigaciones aisladas unas de otras, inconexas lo cual ha llevado a generar niveles altos de impunidad.

Según cifras del Centro Nacional de Memoria Histórica en Colombia sean registrado 82.998 personas desaparecidas forzosamente durante los años 1958 a 2017. De aquellos casos con conocimiento del perpetrador 42.471 (52% de los casos), atribuidos a los grupos paramilitares: 26.475 (62,3%), guerrillas: 10.360 (24,3%), grupos pos desmovilización: 2.764 (6,5%), agentes de Estado: 2.484 (5,8%), agentes de Estado-grupos paramilitares: 388 (0,9%) (Centro Nacional de Memoria Histórica , 2016).

El Fiscal General de la Nación, al presentar informe a la Jurisdicción Especial para la Paz, sobre el fenómeno de la desaparición forzada en Colombia, expuso:

“Este informe presenta la manera como la práctica de la desaparición forzada cometida por las Farc-Ep en el marco de sus repertorios de violencia, vulneró los derechos fundamentales de diferentes sectores de la comunidad sin distinción de raza, género, edad y condición socioeconómica. La desaparición forzada de personas fue recurrente en todo el territorio nacional y en la mayoría de los casos se presentó como consecuencia de las políticas de crecimiento y expansión de esta organización y en conjunto con delitos como el

reclutamiento ilícito, el secuestro y el homicidio. A la fecha miles de nuestros compatriotas siguen desaparecidos, familias viven entre la zozobra, el desespero y la incertidumbre por no contar con información del paradero de sus seres queridos. Esta es una herida abierta que impide sanar el tejido social hasta tanto las familias puedan dar “cristiana” sepultura a sus familiares o tener claridad sobre su paradero actual. Este informe se constituye en un testimonio vivo de un capítulo nefasto de nuestro conflicto armado interno y pretende hacer un llamado a todos los sectores de la sociedad y el Estado, para sumar y poder esclarecer la situación de las víctimas y traer un poco de paz a sus familiares, en un marco de verdad y justicia, que además ayude a sanar y reparar las consecuencias que ha dejado en ellos este daño cruento” (Martinez, Retención y ocultamiento permanente de personas por parte de las Farc-EP, 2018).

En el mismo sentido, que refleja las limitaciones presentadas al interior de la jurisdicción penal ordinaria para investigar tan complejos casos, el Fiscal General de la Nación expuso frente al fenómeno de desplazamiento forzado:

“Este informe presenta cómo la movilización forzada y apropiación de tierras atribuida a las Farc-Ep se convirtió en una conducta criminal que marcó el desarrollo del conflicto armado colombiano. Desde la promulgación de su Programa Agrario en 1964, este grupo guerrillero desplazó a miles de personas y familias de forma continua en casi la totalidad del territorio nacional. En este sentido, el conflicto por la tierra, el crecimiento y expansión de las Farc-Ep, así como la disputa con otros actores armados fueron los principales factores que ocasionaron el éxodo forzado de compatriotas y la eventual apropiación de sus predios. Sin embargo, más allá de la motivación, la movilización forzada y apropiación de tierras se convirtió en fenómeno social que adquirió dimensiones de crisis humanitaria que desbordó la capacidad de respuesta por parte del Estado.

Este informe evidencia cómo el conflicto por la tierra ha impactado preferentemente a esa Colombia rural, generando violaciones a los derechos humanos que no conocen ningún tipo de condición social, edad y sexo; aumentando sus situaciones de vulneración, amenaza y desesperanza tras la pérdida, en muchos casos definitiva, de sus hogares. La documentación de este crimen pretende contribuir con la justicia y la reconstrucción de la memoria colectiva de la Nación para mostrar hasta qué punto la movilización forzada de personas y apropiación de tierras fue uno de los peores símbolos de la degradación, la crueldad y deshumanización del conflicto armado” (Martinez, 2019).

Con ocasión de la vinculación de niños, niñas y adolescentes por parte del as Farc-Ep, el Fiscal General de la Nación, manifestó, en la presentación del informe sobre este fenómeno a la JEP:

“Este informe presenta la manera como a los niños, niñas y adolescentes se les quebrantaron sus derechos fundamentales por parte de las Farc-Ep en el marco del conflicto armado. La vinculación y utilización de menores fue recurrente en todo el territorio nacional e hizo parte de la estrategia de crecimiento y expansión del grupo guerrillero. Fue así como miles de vidas fueron tempranamente interrumpidas, las familias desmembradas, las escuelas desoladas y los campos de juego reemplazados por campos de entrenamiento militar. El informe visibiliza la forma cruenta y despiadada como estos niños fueron forzados a “vivir” la guerra de los adultos, de donde muchos nunca pudieron escapar. Para algunos menores su vinculación significó exigentes entrenamientos militares para conformar unidades especiales de combate denominadas “Pisasuaves”, aprovechándose de su pequeña textura física; otros menores simplemente se utilizaron para incrementar el “pie de fuerza” y muchas veces terminaron su existencia en el frente de guerra como escudos humanos. Las niñas y adolescentes fueron obligadas a planificar y padecieron múltiples delitos sexuales. Todos estos menores estaban expuestos a severos castigos en los cuales llegaban a pagar con su vida. Fue la Operación Berlín del año 2000, la que permitió dimensionar la magnitud de este fenómeno criminal y el rol que las Farc-Ep atribuyeron a los niños, niñas y adolescentes en su lucha armada. La documentación de este crimen, que cercenó varias generaciones de colombiano, pretende aportar al

esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas y sus familias y, desde luego, contribuir con la realización de la justicia” (Martinez, 2018).

Presentación aparte sobre la victimización a miembros de la Unión Patriótica (UP) por parte de agentes del Estado, el Fiscal General de la Nación presentó manifestó:

“Este informe da cuenta de un vergonzoso episodio en la vida democrática de Colombia, caracterizado por una alianza entre grupos de autodefensa y agentes del Estado que le cerró el paso en la vida política nacional a sectores emergentes de la izquierda democrática a finales del siglo pasado y frustró la consolidación, entre nosotros, del principio de representación en las corporaciones de origen popular y cuya judicialización —debe reconocerse— no ha alcanzado la importancia y significación que demandaban los oprobiosos crímenes cometidos al amparo de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Este informe debe contribuir a conocer la verdad; a superar las bajas tasas de condena obtenidas hasta la fecha y a recuperar en la conciencia colectiva de la Nación la necesidad de fortalecer el pluralismo democrático e impedir que estas expresiones de desprecio por el pluralismo, de violencia e intolerancia política, se repitan en la historia de Colombia” (Martinez, 2018)

El proceso de justicia transicional se debe construir como una cadena irrompible entre los derechos de las víctimas a obtener una verdad, a ser reparadas, a sentir que se hizo justicia. Además de las transformaciones sistémicas que deben darse al interior de los Estados, para evitar el regreso al conflicto, y una de ellas es la aceptación en la participación política y democrática del entonces grupo armado, a través de la cual tratará de implementar los cambios que no logró por la vía de las armas y la violencia. Éste es el esfuerzo que en el marco de los procesos de transición se debe consolidar para posibilitar una paz estable y duradera. Colombia con el actual modelo de Justicia Transicional con las Farc-Ep, está transitando por este camino.

En suma, los graves hechos expuestos son precisamente aquellos que sustentan y justifican la creación de la JEP, los cuales deben ser investigados y juzgados por esta jurisdicción especial.

En conclusión, los modelos de Justicia Transicional se consolidan como la base fundamental para superar una realidad de más de 50 años, caracterizada por la violencia extrema, que superó cualquier posibilidad en términos de justicia ordinaria, cuando se está ante las masivas y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, los modelos de Justicia Transicional como queda expuesto, es un paso firme en el camino para la construcción de una Paz estable y duradera, y para la reconstrucción de un escenario de normalización democrática y de reconciliación nacional.

Aspectos anteriores, que permiten advertir, sin justificar, las dificultades que presentaron las investigaciones y procesos que fueron adelantados por la jurisdicción ordinaria sin éxito, como se expondrá en detalle en el siguiente capítulo.

A continuación, se presentará el análisis de la aplicación de los marcos ya referidos.

Capítulo 4. Análisis Sobre la Aplicación de los Marcos

La estructura tradicional de una investigación penal tiene su origen en un hecho delictivo, alrededor del cual se estructuran hipótesis sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las distintas etapas de comisión del delito y se identifican los posibles involucrados y los niveles de responsabilidad, con el fin de esclarecer el hecho y determinar responsabilidades.

Este es el escenario del proceso penal ordinario, consagrado a través de las leyes 600 de 2000 que regula el procedimiento penal mixto con tendencia inquisitiva y la 906 de 2004 que establece en Colombia una legislación penal acusatoria, según las cuales se investigan, juzgan y sancionan a los responsables de las acciones criminales ocurridas durante y con ocasión de conflicto armado, con resultados altamente lamentables.

“Colombia ocupa el quinto lugar en América Latina en el Índice Global de Impunidad 2017, sólo detrás de Venezuela, México, Perú y Brasil, y el octavo en el ámbito internacional de los 59 países que se pudieron medir” (Fundación Universidad de las Américas, Puebla, 2019).

Esta realidad se encuentra acreditada al interior de los 17 informes elaborados por la Fiscalía General de la Nación, como órgano de la jurisdicción penal ordinaria, los cuales fueron presentados a la Jurisdicción Especial para la Paz²⁷, por hechos asociados al conflicto armado

²⁷ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 1. Inventario de casos en conocimiento de la FGN asociados al conflicto armado interno. 2. Retención ilegal de personas por parte de las Farc-Ep. (Secuestros extorsivos). 3. Victimización a miembros de la Unión Patriótica por parte de agentes del Estado (principalmente homicidios selectivos). 4. Vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de las Farc-Ep. (Reclutamiento ilícito). 5. Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. (Ejecuciones extrajudiciales, también llamados falsos positivos). 6. Violencia basada en género cometida por las Farc-Ep. (Principalmente violencia sexual intrafilas y contra la población civil). 7. Violencia basada en género cometida por agentes del Estado. (Principalmente violencia sexual). 8. Retención y ocultamiento permanente de

relacionados con las más graves infracciones al Derechos Internacional Humanitario y violaciones a los Derecho Humanos.

El informe que consigna el inventario de casos relacionados con el conflicto armado identifica el universo de investigaciones en conocimiento de la Jurisdicción Penal Ordinaria, registrados en las bases de datos de la Fiscalía General de la Nación (SIJUF y SPOA); así como en el sistema de Justicia y Paz (SIJYP); los procesos de Extinción de Dominio (SAGITARIO), tomando como fecha de corte abril de 2018.²⁸

Los registros dan cuenta de **223.282** casos identificados. De estos **55.768 (25%)** le son atribuidos a las desmovilizadas AUC, **52.220 (23,4%)** se atribuyen a las Farc-Ep, **13.934 (6,2%)** a la Fuerza Pública, **10.164 (4.6%)** al ELN, **3.324 (1.5%)** a otras guerrillas, y **87.872 (39.4%)** sin grupo identificado, pero preliminarmente señaladas de ser hechos asociados al conflicto armado.

Punto revelador del mencionado informe es que en los casos atribuidos a Farc-Ep por hechos cometidos antes del 1° de diciembre de 2016, (El Congreso de Colombia , 2019)²⁹ no obstante estar el universo de hechos integrado por 51.884 casos, 20.100 están activos y **31.744 inactivos**, es decir el 61.19% de los casos se encuentran posiblemente archivados.

Es notorio el peso que tiene el delito de rebelión con 35.094 casos (36,2%), le siguen sedición (7,2%), reclutamiento ilícito (7.1%), desaparición forzada (6,4%) y desplazamiento forzado (5,7%).

personas por parte de las Farc-Ep. (Desaparición forzada de personas). 9. Retención y ocultamiento permanente de personas por parte de agentes del Estado. (Desaparición forzada de personas). 11. Fuentes y mecanismos de financiación de las Farc-Ep. (extorsiones, secuestros extorsivos y narcotráfico). 12. Victimización a líderes y defensores de derechos humanos por parte de agentes del Estado. (principalmente homicidios). 13. Movilización forzada por parte de las Farc – EP. (Desplazamiento forzado). 14. Movilización forzada por parte de agentes del Estado. (Desplazamiento forzado). 15. Medios y métodos ilícitos de guerra utilizados por las Farc – EP. 16. Muertes grupales y selectivas cometidas por las Farc- EP. (Masacres). 17. Muertes grupales cometidas por agentes del Estado. (Masacres). Fiscalía cumple con la entrega total a la JEP de los informes sobre los delitos del conflicto. Boletín 26320.

²⁸ FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Boletín 22823.

²⁹ Artículo 8. La JEP (...) conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos...”

En el mismo sentido se advierte en los casos atribuidos a la Fuerza Pública por conductas cometidas antes del 1° de diciembre de 2016, (El Congreso de Colombia , 2019) teniendo un universo de 13.550 casos, de los cuales 5.190 se encuentran activos y **8.360 inactivos**, que correspondería al 61.70%. Entre las conductas delictivas atribuidas a la Fuerza Pública, el primer lugar lo ocupa el homicidio con un 29,1%, y le siguen tráfico, fabricación o porte estupefacientes con el 12,6%, homicidio en persona protegida el 5,9%, concierto para delinquir 5,6%, fabricación, tráfico y porte de armas 3,3% y desaparición forzada 2,6%.

Aspectos anteriores que refleja y determina el punto de partida para comprender el nivel de impunidad al que se llegó en la investigación, juzgamiento y sanción por la vía del proceso penal ordinario, con la ausencia en la determinación de la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto armado que llevo a la comisión de crímenes de sistema, constitutivos de crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones a los Derechos Humanos, así como la de establecer la responsabilidad de quienes pudieron ser los responsables de estos crímenes, y mucho más alejada la reparación a las víctimas de aquellos.

Se citaran algunos apartes de los informes que fueron anunciados públicamente por el Fiscal General de la Nación en rueda de prensa al momento de hacer entrega de ellos a la JEP.

En cuanto a la “retención” ilegal de personas, que se adecúa en la conducta delictiva de secuestro extorsivo, es señalada como un delito transversal a la historia de medio siglo de las desmovilizadas Farc-Ep. Refiriendo que esta práctica delictiva obedecía a lineamientos expresos sobre su comisión y reivindicó su acción como un mecanismo de financiación, presión política y de control social (Fiscalía General de la Nación, 2018, pág. 11).

Por estos hechos, de secuestro extorsivo, atribuibles a uno de los actores armados, las Farc-Ep, adelantan 6.162 investigaciones, de las cuales 2.241 (36.3%) se tramitan por el proceso

ordinario regido por la ley 600 de 2000 y 228 (3.7%) por el procedimiento penal ordinario regulado por la ley 906 de 2004. Los restantes 3.690 hechos que corresponden al 59.9%, se vienen tramitando por el procedimiento penal especial de la ley 975 de 2005, en otras palabras por el proceso transicional de justicia y paz, en el entendido que son las mismas víctimas que han acudido directamente a registrarse en este sistema, prefiriéndolo al ordinario (Fiscalía General de la Nación, 2018, pág. 17).

Ahora bien, respecto a la judicialización, según el mencionado informe, de las 6.162 investigaciones atribuibles a las Farc-Ep, entre el 72% y 76% permanecen en etapa de investigación preliminar o indagación: de las 2.241 investigaciones adelantadas por la ley 600 de 2000, 1.627 (72%) se encuentran en investigación preliminar, 171 (7.6%) en investigación, 1 en juicio, y 442 por establecer. En el procedimiento de la Ley 906 de 2004, de las 228 investigaciones, 176 (76%) continúan en etapa de indagación, 12 (5.2%) en investigación, 18 (7.85%) en juicio y 22 (9.6%) en ejecución de penas (Fiscalía General de la Nación, 2018, pág. 28).

Lo mismo se observa, al señalar la FGN, que las Farc-Ep, realizaron acciones que dejaron como resultado la desaparición forzada de personas. Hasta septiembre de 2016, la FGN contaba en sus sistemas de información misionales con 8.284 investigaciones por hechos de desaparición de personas atribuidas a las Farc-Ep (Fiscalía General de la Nación , 2018, pág. 10).

Refiere la FGN, que, de las 8.284 investigaciones, en el marco de la jurisdicción penal ordinaria se encuentran 1.185 (14.3%) investigaciones en ley 600 de 2004, de ellas 894 (75.44%) se encuentran en investigación preliminar, 106 en instrucción, 1 en juicio y 184 sin información. Por su parte, en el marco de la ley 906 de 2004, se ubican 1.014 investigaciones (12.24%), de ellas 999 (98.52%) en indagación, 6 en investigación, 4 en juicio y 5 en ejecución de penas (Fiscalía General de la Nación , 2018, págs. 10-11).

Igualmente se evidencia que las restantes investigaciones, es decir, 6.085 investigaciones (73.43%) se tramitan en el marco de la Ley 975 de 2005.

El mencionado informe señala que la baja judicialización del fenómeno frente al universo de hechos registrados en los sistemas misionales de información, puede obedecer a factores como la tipificación de los delitos solo hasta el año 2000,³⁰ impidió que estos fenómenos criminales contaran con un marco normativo que respondiera correctamente a sus particularidades y a un conocimiento especializado sobre los delitos (Fiscalía General de la Nación , 2018, pág. 14).

La misma dinámica se advierte con las conductas delictivas de “vinculación y utilización” de niños, niñas y adolescentes (NNA) que corresponde típicamente al delito de reclutamiento ilícito; la FGN cuenta con 4.219 investigaciones atribuibles a las Farc-Ep. El 61% de estas investigaciones se concentran entre los años 1998 y 2010; siendo los años 2000 y 2007 los de mayor afectación con 614 (14%) investigaciones (Fiscalía General de la Nación , 2018, pág. 10).

Frente a la denuncia de los hechos, es importante señalar la dificultad que existió antes de la expedición de la Ley 418 de 1997, el tiempo promedio que transcurrió entre la fecha de los hechos y la denuncia fue de diez (10) años. Hasta finales de los años noventa el reclutamiento no fue un delito visible y solo hasta el año 2000 se registró la primera denuncia en los sistemas misionales de la FGN. Los hechos más antiguos registrados en los sistemas de información misional de la FGN son de 1973. También ocurrió que algunos menores “vinculados” nunca desertaron de las filas y de otros no se volvió a tener noticia alguna. De acuerdo con los sistemas de información de la FGN, entre los años 2012 y 2016 se concentró el 83% de denuncias y el punto más alto fue el año 2012 con 907 denuncias (21.4%). Es por ello también que la información aquí presentada no necesariamente coincide con los registros que llevan otras entidades u

³⁰ Ley 589 de 2000. “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”

organizaciones que han hecho seguimiento a este fenómeno criminal (Fiscalía General de la Nación , 2018, págs. 11-12).

En cuanto a la judicialización de las 4.219 investigaciones atribuibles a las Farc-Ep, la FGN tiene registradas 10 sentencias condenatorias, las cuales incluyen miembros del Estado Mayor Central (EMC) y del Secretariado. El bajo número de judicialización evidencia el alto porcentaje de procesos que permanecen en etapas preliminares: en la Ley 600 de 2000, por ejemplo, 510 investigaciones (70%) se encuentran en investigación preliminar; y en Ley 906 de 2004, 1.551 investigaciones (98%) continúan en indagación (Fiscalía General de la Nación , 2018, pág. 14).

Los bajos resultados procesales son explicados por la FGN, señalando algunos factores, tales como: La imposibilidad de la FGN de conocer oportunamente las investigaciones y la consecuente dificultad en la obtención de elementos probatorios; La tipificación del “reclutamiento” como delito autónomo tan solo a partir del año 1997³¹; el hecho de que muchas de las víctimas de “vinculación” forzada, una vez cumplida la mayoría de edad también puedan ser considerados victimarios, lo que inhibe su participación en los procesos ante la justicia; investigaciones donde no se establecen hipótesis judiciales que apunten a probar responsabilidades por cadena de mando; y la concentración de los esfuerzos institucionales por investigar otras conductas derivadas del conflicto armado interno, en ocasiones denunciadas como delitos principales, distintos al reclutamiento ilícito.

Finalmente, el informe de la FGN revela que las Farc–Ep produjo “la movilización forzada de la población civil”, típicamente conocida como desplazamiento forzado. Fenómeno criminal como los anteriores citados que se extendieron por todo el territorio nacional causando

³¹ Ley 418 de 1997. Artículo 14. Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

afectaciones de forma grave e indiscriminada a la población civil entre 1964 y el 2016 (Fiscalía General de la Nación, 2019, pág. 11).

La FGN cuenta con 30.105 investigaciones. El 59.28% de los hechos se concentran entre los años 1990 y 2008, siendo el año 2002 el de mayor afectación con un total de 3.229 casos equivalentes al 10.72% del total.

De las 30.105 investigaciones en conocimiento de la FGN, en la jurisdicción ordinaria se registran en el marco de la ley 600 de 2000, 1.725 (5.7%) investigaciones, y 6.091 (20%) con el procedimiento de la Ley 906 de 2004. Ocurriendo que 22.289 (74.035) del total, se han tramitado a través de la Ley 975 de 2005, por el procedimiento especial judicial de justicia y paz.

El primer hecho presuntamente perpetrado por las Farc-Ep ocurrió en 1964 en el municipio de Ortega (Tolima) y fue puesto en conocimiento de la FGN tan solo hasta el 2016, es decir 52 años después. El último hecho reportado en los sistemas misionales tuvo lugar en el municipio de Piamonte, Cauca, en el 2016.

En cuanto a la etapa procesal, de acuerdo con los sistemas misionales se pudo identificar que bajo la Ley 600 de 2000, de las 1.725 investigaciones 1.659 (96%), se encuentran en investigación preliminar y el 4% en etapa de instrucción. No se encontraron investigaciones que estuvieran en etapa de juicio. En el marco de la Ley 906 de 2004 se identificó que de las 6.091 investigaciones 6.066 (99.5%) se encuentran en etapa de indagación, 3 en investigación, 15 en juicio y 7 en ejecución de penas.

Observando, que en el marco de la Ley 975 de 2005, se encuentran registradas 22.289 (74.03%) investigaciones.

La FGN tiene conocimiento de que se han proferido 21 sentencias condenatorias relacionadas con desplazamiento forzado, 41 miembros de las Farc-Ep, condenados, incluyendo

miembros del Secretariado y 2 sentencias absolutorias contra 2 integrantes de la organización. En relación con las condenas contra miembros del Secretariado, solo se conoce una sentencia condenatoria por los hechos ocurridos por la toma guerrillera de Puerto Saldaña, municipio de Rioblanco (Tolima) ocurrida en el año 2000.

Según la FGN advierte que el bajo porcentaje en las judicializaciones se puede atribuir a una serie de obstáculos adicionales a la difícil labor de individualización de los autores materiales, la que contribuye a entender la hipótesis judicial frente a este fenómeno. En este sentido, la baja judicialización puede corresponder, entre otros, al reconocimiento tardío del desplazamiento forzado como problema social y como delito por parte del Estado, lo que generó un bajo registro de denuncias en los años en que se presentaron más hechos. Se podría afirmar que existe un subregistro que obedece tanto a factores institucionales como a otros asociados al conflicto armado; la ausencia de mecanismos legales y jurídicos articulados a la Ley 387 de 1997 que le facilitaran a las víctimas interponer la denuncia ante instancias judiciales para la investigación de los hechos al momento de ser atendidos por las instituciones del gobierno (Fiscalía General de la Nación, 2019, pág. 13).

El otro modelo de administración de justicia vigente en Colombia, relacionado con los hechos cometidos durante y con ocasión del conflicto armado interno, de los cuales se hizo referencia en los capítulos anteriores, son los regidos por la ley 975 de 2005 modificada por la ley 1592 de 2012, y 1957 de 2019, que acogen modelos de justicia transicional, con la finalidad de acabar con los hechos de violencia extrema que se vienen presentando con ocasión del conflicto armado, en búsqueda de una paz estable y duradera, cuya intención claramente se ve expuesta en los documentos y disposiciones legales que dieron lugar a su creación.

El avance registrado en las investigaciones adelantadas en disfavor de los exintegrantes de las AUC en el marco del procedimiento previsto en la ley 975 de 2005, se circunscribe a las condenas impuestas por las Salas de Conocimiento de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Bogotá, Medellín y Barranquilla; 518 personas en 59 sentencias condenatorias registradas a 18 de enero de 2019³², dentro de los cuales se encuentran los comandantes máximos de las AUC, con 35.296 víctimas afectadas por su accionar criminal, entre ellos, Salvatore Mancuso Gómez, Luis Guillermo Pérez Alzate, Fredy Rendón Herrera, Ramón María Isaza Arango, Heber Veloza García, Ramiro Vanoy Murillo e Iván Roberto Duque, quienes respondieron personalmente y privados de la libertad en centros de reclusión ordinarios ante las víctimas, la sociedad y la administración de justicia, señalados de ser los responsables de patrones de criminalidad de desapariciones forzadas, homicidios, violencia sexual basada en género, reclutamientos ilícitos, desplazamientos forzados, entre otros. Delitos declarados y caracterizados como crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de recibir condenas ordinarias por 40 años de prisión, concediendo a los condenados la pena alternativa de 8 años de prisión.

En tal virtud conforme a los postulados de la ley 975, queda suspendida la pena principal hasta que se decrete su extinción en caso de cumplirse los requisitos consagrados en el artículo 29 de la mencionada ley. Sin embargo, hoy en día la mayoría de postulados se encuentran en libertad por cumplimiento de la pena alternativa, pero aún activos en el proceso de Justicia y Paz y compareciendo como es su obligación a las audiencias propias del mencionado proceso transicional.

³² Rama Judicial. Tribunales de Justicia y Paz. Sentencias proferidas. Documento en línea: Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-de-justicia-y-paz-tribunal-superior-de-medellin/decisiones-de-la-sala>. Consultada 09-12-2019. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-de-justicia-y-paz-tribunal-superior-de-bogota/decisiones-de-la-sala>. Consultada 09-12-2019. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-de-justicia-y-paz-tribunal-superior-de-barranquilla/decisiones-de-la-sala>. Consultada 09-12-2019.

Otro avance se obtuvo con la aplicación de la ley 1424 de 2010,³³ que consigna instrumentos no judiciales de transición para poner en vigor los principios de verdad, justicia y reparación, como complemento a los instrumentos jurídicos que se han establecido, y como contribución al proceso de reconciliación nacional.

Estos instrumentos se circunscriben a las conductas de los desmovilizados de las AUC, que incurrieron únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos. A la fecha se han resuelto el 99% de la situación jurídica a estos desmovilizados,³⁴ quienes a cambio contribuyeron a la construcción de la verdad histórica y la reparación. Se iniciaron 25.625 investigaciones; de estos se encuentran con sentencia condenatoria 11.048 y para sentencia 20.672. Con resolución de acusación 3.475. Con resolución de preclusión 5.312 y con resolución inhibitoria 1.610.

Igualmente, las investigaciones sobre persecución de bienes con fines de reparación, a la luz de la reforma introducida por la Ley 1592 de 2012, se hizo necesario reglamentar las labores de búsqueda, identificación y persecución de bienes del grupo armado ilegal que, en principio, estaban limitadas a la entrega, ofrecimiento o denuncia por parte de los postulados. En desarrollo de esa competencia, a la fecha se registran los siguientes resultados globales alcanzados en su aplicación para la reparación a las víctimas. Bienes entregados por los paramilitares 4.657. Bienes perseguidos de oficio 5.100. Bienes con solicitud y cautelados con fines de reparación 1.094.

³³ Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.

³⁴ Fiscalía General de la Nación. Dirección de Justicia Transicional. Cifras tomadas del Sistema de Información de Justicia y Paz, con corte a marzo 15 de 2019.

Bienes con fines de restitución 124. Bienes con solicitud de extinción de dominio 465 y Bienes extinguidos en sentencia 510.

En cuanto a la Búsqueda, identificación y entrega de personas desaparecidas la aplicación de la ley 975 de 2005, ha logrado recuperar a través de exhumaciones 9.456 cuerpos, de los cuales 4.608 fueron identificados y entregados a sus familiares y 4.697 cuerpos en proceso de identificación.

Los resultados que se presentan ofrecen, un panorama útil para dilucidar el camino recorrido. También, contribuyen a determinar lo que falta por emprender en la difícil tarea colectiva de gestionar, por un lado, la terminación del conflicto armado y, por el otro, hacer justicia a sus víctimas mediante el diseño adecuado y la aplicación eficiente de los principios de la justicia transicional, que se espera cumplir con el SIVJNR. Hoy preliminarmente los 31 considerados máximos responsables de las Farc-Ep, y miembros de la Fuerza Pública que hicieron parte del conflicto y su degradación están compareciendo ante el sistema, dando la cara a las víctimas, a la sociedad y a la comunidad internacional por los crímenes cometidos durante y con ocasión del conflicto armado, en relación con: i) La retención ilegal de personas por parte de las Farc-Ep, ii) La grave violación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas en Nariño, iii) Las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado, iv) La grave situación de violación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba en Antioquia y en Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí en Chocó, v) La grave situación de violación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldon en Cauca y vi) La victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP).

En conclusión, tras 14 años de aplicación de la ley de Justicia y Paz, si bien su naturaleza trata de ser omnicomprensiva buscando siempre garantías de justicia, verdad y reparación, no se puede desconocer los reparos que se han vuelto evidentes, en tanto los componentes enunciados han sido parciales, la verdad no ha sido plena, la reparación no ha sido integral y el componente de justicia sigue en deuda, no obstante, con los resultados obtenidos se le ha dado una respuesta a las víctimas, a la sociedad y a la comunidad internacional sobre parte de los ocurrido en el marco del conflicto armado, una explicación coherente un poco más allá de lo obtenido en el marco de los procesos adelantados por la jurisdicción penal ordinaria.

Todo lo anterior, nos permite comprender el contexto en que se desarrollan y la utilidad que pueden tener los procesos de justicia transicional, como lo expuso y definió en el año 2004 el entonces secretario general, Kofi Annan en del Informe al Consejo de Seguridad de la ONU:

[Justicia en transición] abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores³⁵.

Asimismo, pese a los cuestionados resultados en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, hasta ahora su aplicación no ha sido desconocido por organismos

³⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Annan, K. 2004. Documento en línea. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ries/v12n1/v12n1a08.pdf>. Consultado el 09-12-2019, p. 194.

judiciales de carácter internacional y su implementación ha logrado la disminución de un importante número de combatientes al interior del conflicto, así como una importante reducción de los índices de violencia.

Esta circunstancia, ha proporcionado importantes lecciones para considerar el diseño e implementación de un nuevo y mejorado modelo de Justicia transicional que se está llevando a cabo con las Farc-Ep. Se pretenden ahora obtener resultados más sobresalientes ante los mismos objetivos, es decir, se busca también lograr la desarticulación de las Farc-Ep y garantizar en mayor medida la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Estos objetivos sólo pueden alcanzarse mediante la adecuada implementación que favorecerá y bajará los niveles de impunidad registrados en la jurisdicción ordinaria que tanto han afectado a las víctimas del conflicto. En adición el presente acuerdo de Paz, con su desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial coadyuvan a construir una doctrina que permita reconocer, facilitar y favorecer las interpretaciones y la aplicabilidad de futuros marcos transicionales los cuales permitirán la consolidación de todos los elementos que garantizan una paz estable y duradera; en otras palabras, se señala que existe un avance importante en el desarrollo transicional y el abordaje de los conflictos en Colombia pero ello no es óbice del pleno desarrollo de la doctrina para estructurar un teoría solida que en efecto permita la adopción de los marcos transicionales desde el punto de vista jurídico y judicial, generando con ello la superación del discurso político en contravía de los mandatos constitucionales y del mismo marco transicional.

Capítulo 5. Favorabilidad en la Aplicación del Marco Transicional

En el caso colombiano los dos modelos de justicia transicional adelantados inicialmente con las desmovilizadas AUC, y ahora con el grupo subversivo de las Farc-Ep, fuerza pública, agentes del Estado, y civiles³⁶; la Corte Constitucional en plurales pronunciamientos, ha decretado su viabilidad para la aplicación de tratamientos punitivos benignos como sentido de justicia para alcanzar la paz. Siendo la mencionada Corte la garante de preservar el espíritu de la Constitución y por tanto, las normas que se expidan deben ser concomitantes, subsidiarias y que guarden total coherencia con el mandato Constitucional.

A continuación, se citarán y analizarán algunos de ellos para fundamentar la favorabilidad de su aplicación, precisamente en la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y a través de ellos plantear cómo se restablecen los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y adoptar medidas de no repetición. Punto sobre los cuales se edificará el componente de favorabilidad para ser aplicados en contextos de transición en búsqueda de una paz estable y duradera, que por la vía ordinaria del proceso penal ha generado altos niveles de impunidad de acuerdo con el planteamiento hipotético formulado con antelación.

En el mismo sentido, las sanciones previstas en el marco de la justicia transicional resulta ser diferente al manejado en la justicia ordinaria, puesto que en dichos procesos no se busca una proporcionalidad entre el delito cometido y la pena, si no en el establecimiento de unas sanciones

³⁶ Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Artículo 63.

que coadyuven de manera eficiente a la restauración del derecho violado producto de la realización del delito, desde la satisfacción y reconocimiento de la víctima, por lo tanto en estos procesos la aplicación de penas alternativas adquiere un sentido de transformación del ideario del victimario para convertirlo en un elemento garantizador para la reconstrucción distinto al solo castigo.

Es por ello que las penas alternativas surgen como una opción a través de la cual se logra alcanzar un equilibrio entre los pilares sobre los que se ciernen los modelos de justicia transicional verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, sin sacrificar ninguno de los elementos de dicha justicia y en su lugar superar la tensión que se pueda derivar entre estos elementos a la hora de establecer un modelo de justicia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, que adecuó para su aplicación el proceso de Justicia Transicional en Colombia, al revisar la constitucionalidad de la ley 975 de 2005³⁷, señala claramente que en procesos de reconciliación nacional:

“la justicia no se opone necesariamente a la paz. La administración de Justicia contribuye a la paz al resolver por las vías institucionales controversias y conflictos. En este sentido la justicia es presupuesto permanente de la paz”³⁸.

En el mismo sentido, la Sentencia C-771 de 2011,³⁹ describe la utilidad de la Justicia Transicional en procesos determinados de paz y reconciliación, señalando:

“De todo lo dicho puede observarse que la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad, bien sea que esta se encuentre en conflicto o post conflicto, en la consecución de la paz, sufriendo y enfrentando grandes dilemas originados en la compleja lucha por el equilibrio entre la paz y la justicia. Ello se hace, principalmente, con el propósito de impedir que hechos acaecidos

³⁷ 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.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Punto. 5.10.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711 de 2011. Declara la Constitucionalidad de la Ley 1424 de 2010. Promueve la reintegración de los desmovilizados de las AUC que no fueron cobijados por la Ley de Justicia y Paz, que hubieren incurrido entre otros, en el delito de concierto para delinquir simple o agravado

en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, para lo cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un legado de abusos de derechos humanos en un contexto democrático y aplicando medidas, de naturaleza judicial y no judicial, a los responsables de los crímenes”

Igualmente, en la sentencia C-579 del 2013⁴⁰, refiere la compatibilidad existente entre el proceso penal y el transicional así:

“Para lo anterior, la propia aplicación del Derecho Penal en los procesos de justicia transicional tiene características especiales que pueden implicar un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas”

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional, en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de Derechos Humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas destinadas a evitar su repetición:

“la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 DE 2013. Declara exequible el Acto Legislativo 01 de 2012. Incorpora a la Constitución Política instrumentos de Justicia transicional. Consideración 6.1.2.1.

restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan” (Corte Constitucional , 2012).

Aspectos que ya habían sido expuestos desde el año 2006, en la pluricitada sentencia C-370, al analizar los elementos de la pena alternativa, concluye la Corte Constitucional que, como medida encaminada al logro de la paz, resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia y además señala que la misma no constituye un indulto ni una amnistía encubierta, así:

“6.2.2.1.7.1. Como ya se mencionó, la Ley 975 de 2005 constituye una de las piezas más importantes del marco jurídico de los procesos de paz en Colombia. Para incentivar estos procesos, la ley establece una reducción sustantiva de las penas de cárcel para quienes han cometido delitos de suma gravedad. En efecto, las personas responsables de tales delitos en el derecho nacional podrían llegar a ser acreedoras a una pena hasta de 60 años de cárcel y en el derecho penal internacional podrían tener, incluso, cadena perpetua. Sin embargo, la ley colombiana les otorga el beneficio de una pena efectiva que va entre 5 y 8 años, lo cual, sin duda, afecta derechos y principios constitucionales como el derecho a la justicia de las víctimas y de la sociedad y el principio de igualdad...

...6.2.2.1.7.2. No obstante, como lo ha señalado la Corte, con esta sustantiva reducción de las penas se persigue una finalidad constitucionalmente imperativa que no es otra que la búsqueda de la paz. En este sentido no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. En efecto, como ya se mencionó, en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales”.

Hoy en día, incluso con las críticas que ha tenido el proceso de justicia y paz, algunas de ellas anunciadas en el presente trabajo, no se puede desconocer que su aplicabilidad ha generado resultados, de entrada logró la desmovilización, y entrega en armas de más de 31.000 hombres que integraban ese aparato criminal que tanta violencia causó en la población Colombiana por más de 20 años; representadas en masacres, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, violencia sexual, reclutamientos de niños, niñas y adolescentes los cuales hoy en día han sido declarados por los Tribunales de Justicia y Paz, como Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Asimismo, el proceso de Justicia y Paz logró extender estas categorías a los casos que son de conocimiento y han sido fallados por la jurisdicción penal ordinaria, con elementos de juicio provenientes de justicia y paz en relación con terceros y miembros de las AUC, al ser hallados responsables, en tanto no aplicaron al procedimiento penal especial de justicia y paz, verbi gracia, la condena impuesta en el año 2010 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia contra el exsenador Álvaro Alfonso García Romero por la masacre perpetrada en octubre de 2000 por los paramilitares en el corregimiento de Macayepo comprensión municipal de Carmen de Bolívar, condenado a 40 años de prisión. Citando:

“Así lo hizo saber Salvatore Mancuso (postulado de Justicia y Paz) desde su propia intervención en el Congreso de la República y luego en sus distintas intervenciones tanto en Justicia y Paz, como en los procesos adelantados por la Corte con ocasión de los vínculos entre congresistas y paramilitares” (Corte Suprema de Justicia , 2010).

En el mismo sentido, se puede citar la condena impuesta por el Tribunal Superior de Medellín, en mayo de 2017, contra Antonio Nel Zúñiga Caballero, empresario de palma de aceite, condenado a 10 años de prisión por los delitos de desplazamientos forzados e invasión de áreas especial importancia ecológica y concierto para delinquir, al establecer cómo este empresario se

asoció con los paramilitares de Carlos Castaño, para desplazar y despojar de sus tierras a los pobladores afrodescendientes ubicados en las cuencas de los ríos Jijuamiando y Curvaradó en el municipio de Carmen de Darién en el Bajo Atrato Chocoano en el año 1999 (Corte Suprema de Justicia , 2018).

“Tal cosa no fue un descubrimiento novedoso alcanzado en este proceso; por el contrario, ha sido ampliamente decantado de largo tiempo atrás, ratificado y comprobado en numerosos escenarios judiciales, procesales, políticos y académicos, a tal punto que ha contribuido a orientar la política criminal del Estado, la misma que ha dado lugar a la aplicación de estatutos legales de naturaleza transicional –tales como la Ley 975 de 2005- que se fundan en el reconocimiento de los propios actores armados de la sistematicidad de un cierto patrón de violencia, dentro de un contexto de macro-criminalidad, en perjuicio de incontables víctimas, pertenecientes a comunidades, etnias y hasta poblaciones enteras...”

“...Y es que el proyecto paramilitar recibió apoyo de los más diversos personajes de la sociedad colombiana, vinculó indistintamente a políticos, empresarios, gobernantes, miembros del sector privado y público, periodistas, sacerdotes, miembros de las Fuerzas Armadas, solo para nombrar algunos ejemplos. El poder de corrupción del paramilitarismo fue tal que logró permear toda clase de instituciones y estamentos de la vida nacional para sus planes expansivos”.

Aspecto anterior, que se encuentra acreditado al interior de los procesos de Justicia Transicional vigentes en Colombia, al estar relacionado con uno de los temas que más ha afectado a la sociedad más allá de la corrupción, y es la captura y cooptación del Estado⁴¹ como quedó

⁴¹ Fiscalía General de la Nación. Grupo de Captura y Cooptación del Estado. Factores de riesgo de Captura de Estado en el Bajo Cauca Antioqueño. Bogotá. Julio 18 de 2018, y Garay, L., Salcedo, E. Redes ilícitas y reconfiguración de Estados: El caso colombiano. Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ. 2012. P. 20. La captura y cooptación del Estado es un fenómeno criminal que comprende un conjunto de tipos penales que le permiten a una organización criminal controlar el funcionamiento del mismo en determinada escala. Este control tiene como propósito apropiarse de las ganancias económicas al tiempo de procurar disminuir la probabilidad de ser perseguido penalmente. Lo anterior, puede incluir o no la violencia altamente racional que permita tener el control del Estado. Esta violencia puede ser ejercida por estructuras criminales con cierta capacidad militar en determinado territorio que les posibilite el flujo de bienes y personas. Adicional a la perspectiva económica, este tipo de acciones imposibilitan una consolidación de la seguridad nacional, la convivencia y a la existencia de las democracias y el Estado mismo. Entre los efectos institucionales más preocupantes se encuentra que se propicia el acceso de todo tipo de agentes privados (legales e ilegales) a los núcleos del Estado con el fin de reconfigurarlo, tener influencia en la toma de decisiones, procesos electorales, nombramientos de servidores públicos y tener dominio sobre el gasto, lo anterior, le da margen de maniobrabilidad y les permite la supervivencia a las organizaciones criminales. Otra característica de la captura es la interacción de los agentes sociales intervinientes al establecerse en una sola dirección. Cuando actúan desde afuera del Estado, intentan manipular las instituciones mediante soborno.103 Definición captura y cooptación del Estado.

expuesto por los exmiembros de los grupos paramilitares y desarrollado ampliamente en cada una de las 56 sentencias proferidas, en particular citaremos la sentencia del Bloque Central Bolívar de las AUC, que señala.⁴²

“El control territorial adquirido por el BLS (Bloque Libertadores del Sur) posibilitó un ascenso social, económico y político que le permitió incidir en la institucionalidad y la representación política local y regional; de tal suerte que diversas autoridades, actores políticos, algunos miembros de los cuerpos de seguridad del Estado (Ejército y Policía), la rama judicial, entre otros, se involucraron en el accionar criminal de la estructura armada ilegal”

“GUILLERMO PÉREZ ALZATE (comandante paramilitar del Bloque Central Bolívar) en versión libre manifestó que se impusieron como una nueva organización social, por tanto los políticos, terratenientes, narcotraficantes, empresarios y personas del común, se relacionaron de diferentes formas con este nuevo poder (de los paramilitares) todo porque era una forma de protegerse frente al accionar de la subversión y los grupos de delincuencia común, haciendo que la mayoría de la población se ajustara a las condiciones de este nuevo orden y se aprovechara de alguna situaciones que ofrecía esta organización paramilitar”

“Un ejemplo fue el denominado Pacto de Chapalito, realizado en noviembre de 2002 entre miembros del BLS e integrantes del Ejército en la Base Militar de Chapalito, municipio de San Juan de Pasto; este pacto consistió en intercambio de información, realizar operaciones conjuntas, identificación de comerciantes de Ipiales que luego empezaron a colaborar. También los miembros del ejército transmitían información a integrantes del BLS sobre operativo o desplazamientos de la fuerza pública en las zonas. Esta información periódicamente fue remunerada. GUILLERMO PÉREZ ALZATE, Rodolfo Useda Castaño y Guillermo León Marín Pulgarin como financieros del grupo armado ilegal, hacen referencia a los pagos efectuados en el año 2004 a personas que aunque identificados de manera cifrada se sabe son miembros de la fuerza armada, así: "dinero dado a los primos verdes y rayaditos de Rosario -7.000.000-, liga primo verde calamidad doméstica Nivas - 50.000-,nómina primos verdes de Policarpa -5.000.000-, dinero entregado a Bruno para

⁴² Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. Sentencia Iván Roberto Duque Gaviria y 273 postulados del BCB. Consideraciones 4.5.2.4.4. Cooptación de la institucionalidad y relaciones con la fuerza pública.

pago deuda atrasada con los primos verde de Leiva -10.000.000-, pago a los primos verdes en Leyva mes de marzo 15.000.000- viáticos para un policía permiso - 60.000- liga primos verdes del Rosario (2 sargentos) -400.000-, nómina primos verdes de Policarpa -6.000.000-, valor nómina primos verdes del Rosario -3.500.000-, valor nómina primos pintados de Leiva -4.000.000, colaboración a los primos del rosario -ponal- -480.000-, liga para los primos pintados del Rosario - 300.000-, pago liga primos de Remolinos (Poli) -3.800.000-, liga primo verde de Rosario 220.000".⁴³

Puntos anteriores, que permiten ilustrar cómo desde las sentencias proferidas dentro del marco del proceso de Justicia y Paz, no solamente se desarrolla el componente de justicia, sino las garantías de verdad, de reparación integral y se adoptan medidas de no repetición, finalidad para la cual fue creada, buscando siempre el equilibrio, entre justicia y paz, donde las penas alternativas son una parte, no el todo, del sistema que desarrolla los procesos de Justicia Transicional.

En el mismo sentido, se puede citar la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2014, por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, y la segunda Instancia que la confirmó expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales, declaran al máximo comandantes paramilitar Salvatore Mancuso Gómez y 11 líderes más de las AUC, penalmente responsables por 1.426 hechos delictivos, estando asociadas a ellos, 8.518 víctimas directas, representados en 86 casos de homicidio que involucran 140 víctimas, 405 casos de desplazamiento forzado que afectaron a 7.048 personas, 150 casos de reclutamientos de niños, niñas y adolescentes, 609 casos de desaparición forzada que afectó a 975 víctimas, 175 casos de violencia sexual basada en género, que afectó a 205 víctimas, entre otros.

⁴³ Consideraciones 4.5.2.4.4. Cooptación de la institucionalidad y relaciones con la fuerza pública. p. 4037-4038.

Dentro de las obligaciones señaladas, en la sentencia, que hacen parte de las sanciones establecidas, se evidencia la de reconocer públicamente, por parte de los paramilitares condenados, en un periódico de amplia circulación nacional su responsabilidad, arrepentimiento y compromiso de no volver a incurrir en estos delitos.

Otro de los aspectos interesantes de la sentencia es que declara acreditada la estructura de patrones de macro-criminalidad que se corresponde con graves, sistemáticas y generalizadas violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Sanciones establecidas que obligaban de manera solidaria a indemnizar a las víctimas por los perjuicios causados, y en aplicación de los lineamientos de la Ley 975 del 2005 les suspendió la ejecución, imponiéndoles la pena alternativa de 8 años de prisión. Ordenando suscribir diligencia de compromiso que los obliga a continuar activos en los procesos cuando fueren requeridos por cualquier autoridad.

En adición se declara la extinción del derecho de dominio sobre varios bienes de las AUC.⁴⁴ Ordenando exhortar a las Entidades del orden Nacional, Regional y Local de las zonas afectadas por el accionar del grupo armado ilegal cancelar las indemnizaciones, coordinar las diversas medidas de reparación ordenadas en el fallo e implementar programas y políticas para la atención psicológica de las víctimas, prestación de servicios médicos para atender las secuelas físicas y psíquicas que les hubiesen quedado, entre otras.

⁴⁴ Ley 975 de 2005 artículo 11D introducido a dicha normatividad por el artículo 8 de la Ley 1592 de 2012, refiere que los postulados a la Ley de Justicia y Paz tienen el deber de contribuir a la reparación integral a las víctimas, para lo cual deben entregar, ofrecer o denunciar todos los bienes adquiridos por ellos o por el grupo armado ilegal durante y con ocasión de su pertenencia al mismo. Igualmente el artículo 24 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 25 de la Ley 1592 de 2012 la sentencia condenatoria deberá incluir la extinción del derecho de dominio sobre los derechos principales y accesorios que recaigan sobre los bienes destinados para la reparación, así como sus frutos y rendimientos que se destinarán a la reparación.

Medidas de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición, que no se pudiesen cumplir en desarrollo del proceso penal ordinario, cuyas investigaciones por los hechos abordados en el marco especial, permanecieron por muchos años en investigación preliminar o indagación, o en la mayoría de los casos archivados.

Frente a los hechos de captura y cooptación del Estado, igualmente determinó que el fenómeno de la “parapolítica” sugiere que quienes fueron elegidos mediante el voto popular para el Congreso de la República, y sobre los que han recaído una sentencia condenatoria ejecutoriada luego de haber sido vencidos en juicio, no fueron objeto de procesos de cooptación estatal, sino que llegaron a ser agentes activos dentro de una dinámica de “Captura invertida”, de modo que el objeto de la cooptación no fue la clase política en sí misma, sino contrariamente, el poder paramilitar a través de la instrumentalización que ejercieron los políticos, promovidos en parte, por la proliferación de pequeños partidos tras las reformas de descentralización administrativa de 1991, junto con el desgaste de los mecanismos clientelistas electorales.⁴⁵

La expresión más notable de la parapolítica es el acuerdo entre la Clase Política Institucionalizada (CPI) y el paramilitarismo o el que denominaron “nuevo contrato social”, celebrado en Santa Fe de Ralito el 23 de Julio de 2001. Entre los integrantes de la CPI estarían once Congresistas que se reunieron con los paramilitares “Mancuso”, “Jorge 40” y “Don Berna” y firmaron el pacto con el objetivo de “refundar la patria”...“De ese pacto sólo se vino a saber a finales de 2006, cuando el ex senador Miguel de la Espriella dio a conocer lo acontecido en esa reunión, tras haber visitado previamente en la concentración del Municipio de la Ceja a Salvatore Mancuso Gómez, quien hizo entrega del documento en la sesión de versión libre rendida ante el

⁴⁵ Tribunal superior de Bogotá. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. Sentencia Salvatore Mancuso Gómez y otros, 20 de noviembre de 2014.

Fiscal octavo de Justicia y Paz el 15 de enero del año pasado (Cruz, 2016, pág. 47). En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que:

“cuando se trata de juzgar acuerdos ilegales entre altos representantes de las instituciones y grupos armados al margen de la ley, la Sala ha sintetizado esa alianza como una manera muy particular de cooptación del Estado que tiene por finalidad el empleo de la función pública al servicio de la causa paramilitar, una muy singular manera de promover la acción del grupo ilegal. Precisamente por eso la Sala expresó que había que reelaborar la tradicional lectura del tipo penal para incluir conductas que instrumentalizan la función pública para favorecer la causa ilegal y generar o incrementar riesgos contra la seguridad pública”.⁴⁶

Por otra parte, en investigación desarrollada por el portal Verdad Abierta, estableció que La Parapolítica se volvió un término común en las noticias de Colombia. Los vínculos entre políticos y paramilitarismo se extendieron en el territorio y se estrecharon en algunas regiones, que incluso llevó a algunos políticos regionales a orquestar masacres junto con las autodefensas para derrotar a competidores políticos que no podían derrotar en las urnas.

Sin embargo, la historia no es toda negra. Hace ocho años, de la mano de unos académicos valientes, de periodistas avezados y una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia admirable, se hicieron públicos esos lazos, y en los últimos seis años, solamente contando a los congresistas, han sido condenados 60.

VerdadAbierta.com presenta en este especial, la completa lista de los senadores y representantes a la Cámara que han sido condenados por aliarse con las autodefensas, con una pequeña reseña del fallo judicial y la sentencia completa descargable. En una próxima entrega,

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado. 27627, Jul. 24/13. Condenado: Oscar de Jesús Suárez Mira.

presentaremos a mandatarios regionales y locales que también han sido condenados por sus vínculos con estos grupos violentos.

“La revisión de las sentencias dictadas por juzgados y la Corte Suprema desde el 23 de noviembre de 2007 hasta julio de 2013, revela que tanto paramilitares como candidatos al Congreso tenían interés en hacer acuerdos. Los primeros querían “institucionalizar” y extender su proyecto ilegal por todo el país e incidir directamente sobre la aprobación de las leyes. Los segundos buscaban apoyarse en una maquinaria que aterrorizaba a pobladores y candidatos de la oposición, para despejar así su camino al Senado o la Cámara” (VerdadAbierta, 2013).⁴⁷

Todos los hechos criminales que han hecho parte de las 56 sentencias de justicia y paz, ascienden a 35.296, los cuales estuvieron en conocimiento de la Jurisdicción Penal Ordinaria, según informe de la Fiscalía General de la Nación, sobre inventario de casos del conflicto armado, se atribuye como probable responsables a las AUC, 55.768 casos (Fiscalía General de la Nación, 2018); hoy se puede afirmar que en el marco del proceso de justicia transicional de la ley de justicia y paz, los máximos líderes de las AUC, responsables de estos hechos, han sido condenados. Decisiones que van acompañadas de declaraciones de verdad y medias de reparación integral como componente de garantía para las víctimas, pero el mayor logro ha sido el reconocimiento y visibilización de aquellas no solo al interior de los procesos, sino ante la sociedad colombiana, como se observa a continuación con algunas de las sentencias proferidas por las salas de conocimiento de los Tribunales de Justicia y Paz.

Una de las sentencias más representativas es la proferida por la sala de conocimiento de justicia y paz del Tribunal Superior de Bogotá, el 19 de diciembre de 2018, a través de la cual condena a 274 exintegrantes del Bloque Central Bolívar de las AUC, incluidos sus líderes, entre

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 32764 de enero 18 de 2012. Condenas Luis Alberto Gil y Alfonso Riaño. Radicado 26942 de noviembre 25 de 2008. Condena de Juan Manuel López Cabrales y Reginaldo Montes.

ellos, Iván Roberto Duque Gaviria a. Ernesto Báez, Rodrigo Pérez Álzate a. Julián Bolívar, y Guillermo Pérez Alzate a. Pablo Sevillano, al hallarlos responsables de actos de desaparición forzada de personas, homicidios selectivos y masacres, desplazamientos forzados, tortura, reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, y violencia sexual basada en género como patrones de criminalidad.⁴⁸

Esta sentencia estableció la responsabilidad en 3.011 hechos de desaparición forzada de personas, identificando las prácticas utilizadas para desarrollar estos actos inhumanos, como lo era la incineración de las víctimas, asesinadas y lanzadas a fosas comunes e individuales, así como botadas a los ríos. Igualmente determino la responsabilidad en 9.136 homicidios selectivos y múltiples (masacres), como consecuencia del señalamiento que se le hacía a las personas de tener vínculos con la insurgencia, el asesinato múltiple dirigido contra grupos de tres o más personas de manera simultánea, con el propósito de causar terror e impacto en la población civil, así como asesinatos en el curso de masacres e incursiones armadas en los poblados y asesinatos realizados con colaboración y participación activa de algunos miembros de la fuerza pública y autoridades.

En relación con el desplazamiento forzado identificó la sentencia prácticas y modus operandi utilizados por las autodefensas unidas de Colombia, entre ellas, reunir a la población para que abandonaran las zonas, infundiendo terror torturando a ciertas víctimas y asesinandolas a la vista pública, ingresaban de manera violenta a las viviendas de las víctimas dándoles la orden de abandonar inmediatamente el poblado, el uso de panfletos donde de manera explícita se comunicaba quién o quiénes debían en un tiempo determinado salir de las zonas so pena de ser

⁴⁸ Decreto Reglamentario 3011 de 2013. Artículo 16. Definición de patrón de macro-criminalidad. Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación. Concepto de Patrón de criminalidad.

asesinados, y aquellos derivados de los combates. En cuanto a la violencia sexual basada en género señala que se dio a través de prácticas generalizadas y sistemáticas de acceso carnal abusivo, acceso carnal violento, actos sexuales violentos, tratos inhumanos y degradantes. Su ejecución se soportó sobre los móviles de obtener información (presionar a la víctima para que entregara información, narcotráfico, presuntos subversivos o los familiares de éstos últimos), placer sexual propio (atacaban con la única motivación de satisfacer deseos personales, sin descartar que también pudo haber el estatus), venganza (castigar por una situación o cometer una falta o acción en contra del orden impuesto por el GAOML), presunto vínculo con el grupo enemigo, de los 134 casos de violencia sexual atribuidos, en 15 casos las víctimas quedaron en estado de embarazo, de los cuales en 11 casos nacieron los hijos de la agresión y 4 se practicaron aborto; 7 víctimas contagiadas de enfermedades de transmisión sexual ETS y 1 con VIH-SIDA; 84 afectadas psicológicamente; 36 afectadas económicamente por el divorcio y el cambio de su vida familiar pues perdieron el trabajo; una víctima esterilizada, 51 desplazadas y en 6 casos asesinadas.

Establecida la responsabilidad de los 274 ex miembros de las AUC, en cada uno de los hechos, se procedió a realizar el proceso de individualización de la pena, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano).

En relación con los líderes de este grupo criminal, en el caso de IVÁN ROBERTO DUQUE GAVIRIA alias Ernesto Báez, comandante político de las AUC, fue hallado responsable por la comisión de 2595 conductas delictivas, entre ellas, 1209 homicidios, 77 homicidios en grado de tentativa, 132 desapariciones forzadas, 219 torturas, 212 desplazamientos forzados, 406 secuestros, 26 reclutamientos de niños, niñas y adolescentes, 1 acto sexual, entre otros. En el caso de RODRIGO PÉREZ ALZATE alias Julián Bolívar responsable por la comisión de 1550 conductas delictivas; 708 homicidios, 46 homicidios en grado de tentativa, 108 desapariciones

forzadas, 117 desplazamientos forzados, 268 secuestros, 4 reclutamientos de niños, niñas y adolescentes, 2 actos sexuales violentos, entre otros. Y a GUILLERMO PÉREZ ALZATE alias Pablo Sevillano o El Patrón, responsable por la comisión de 227 conductas delictivas; 130 homicidios, 27 homicidios en grado de tentativa, 17 desapariciones forzadas, 16 torturas, 5 desplazamientos forzados de población civil, 15 secuestros.

A todos se les impuso una pena de 40 años de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años. Analizando a su vez la viabilidad de la aplicación de la alternatividad penal beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa. A la que pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley sometidos a un proceso de reincorporación a la vida civil, así como que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos. La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.⁴⁹

Señala el Tribunal de Justicia y Paz, que el mencionado beneficio debe estar precedido de la determinación de la pena ordinaria con fundamento en lo dispuesto por la ley sustantiva penal, circunstancia que sumada a la verificación de los requisitos de elegibilidad previstos por la Ley 975 de 2005, se convierte en el fundamento para sustituir aquella por una alternativa, también determinable por la calidad, cantidad de delitos y el quantum punitivo de los mismos.

Dentro del procedimiento, la pena ordinaria fue individualizada con fundamento en lo previsto por el artículo 31 de la ley sustantiva penal que, para los casos de concurso de conductas punibles, como ocurre en la presente decisión, quedó sometida a la más grave, según su naturaleza

⁴⁹ Ley 975 de 2005 y 1592 de 2012.

aumentada hasta en otro tanto. De esta manera, el monto determinado alcanzó el máximo previsto por el inciso 2° de la norma enunciada. Por esta razón, la Sala no puede sustituirla por una alternativa inferior a 8 años, puesto que los exmiembros de las AUC, cometieron graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad y delitos ordinarios, que hubiesen merecido, incluso una pena superior a la que finalmente se impuso, pero que, por prohibiciones de orden legal, no es posible hacerlo.

Además, advierte que, para la consecución del cumplimiento de las obligaciones impuestas, los sentenciados deberán suscribir actas en la que se comprometan a su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezcan privados de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual pertenecieron, en los términos señalados por los artículos 3, 24, 29 y 44 de la Ley 975 de 2005.

Asimismo, se les hace saber a los condenados, que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas dentro de la presente sentencia, ocasionará la revocatoria del beneficio concedido y, en consecuencia, deberán cumplir la sanción principal y las accesorias que le fueron impuestas, lo que incluye condenas y/o bienes encontrados con posterioridad a la fecha de imposición de la pena alternativa.

En adición, el Tribunal señala, que la justicia transicional colombiana seguida bajo la dinámica de la Ley 975 de 2005, la aplicación de la figura jurídica de la extinción de dominio ha sido pacífica al servir como instrumento idóneo para actuar frente a los bienes que han sido adquiridos por organizaciones armadas al margen de la ley, y que pueden ser destinados para la implementación de medidas indemnizatorias que requieran las víctimas. Razón por la cual ordena la extinción de dominio de 46 bienes que tienen vocación reparatoria. Citando para el efecto el artículo 5 de Ley 975 de 2005, que prevé la reparación como punto cardinal que optimiza los

derechos de las víctimas, en donde las medidas están enfocadas a la: i) restitución, ii) indemnización, iii) rehabilitación, iv) satisfacción y, v) garantía de no repetición. De tal manera que el derecho a la reparación va más allá del restablecimiento de la pérdida patrimonial y la compensación por la aflicción o el padecimiento, por lo que se amplía al campo privado y público de la moral.

El tribunal considera la reparación como una garantía que acude en salvaguarda de los derechos de los más perjudicados con las violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario como los son a reclamar un resarcimiento, restitución o compensación por los daños sufridos, consecuencia del conflicto armado; de tal suerte que se hace necesario que el Estado adopte medidas de carácter particular y colectivo, dirigidas a hacer cesar las consecuencias de la violación y a resarcir los daños ocasionados.

En este orden de ideas, resulta indispensable que el derecho a la justicia sea garantizado por parte del Estado, sin lo cual, no podría llegarse a investigar las violaciones de derechos fundamentales, sus responsables y asegurar una pena por el comportamiento de los agresores. En otras palabras, sin la existencia de los principios que rigen en el estado de derecho el desarrollo de la justicia no puede llegar a darse, en tanto que, ésta no puede favorecer bajo ninguna circunstancias intereses personales, sino lograr que sea la sociedad misma la que reconozca que bajo estos parámetros garantice que sobre un bien jurídico vulnerado o sobre un acto que viole cualquier derecho fundamental, el aparato de justicia tenga las herramientas suficientes para juzgar a quien cometa violaciones sobre esos bienes jurídicos. De esta forma el derecho a la justicia se entiende como un aspecto fundamental para la convivencia, la equidad en la sociedad y el equilibrio entre las instituciones que representan al Estado y su relación con los asociados a éste.

Dicho sea de paso, el derecho a la justicia es el reconocimiento de una ciudadanía plena y en ejercicio de los derechos constitucionales y de responsabilidades jurídicas.

En este caso concreto, y atendiendo al desarrollo del incidente de reparación integral suscitado en el presente procedimiento y a la competencia que tiene la Sala para proveer la reparación integral de las víctimas en el marco de la Ley 975 (reformada por la Ley 1592 de 2012) y lo decidido en sentencia C - 180 y C - 286 de 2014. El Tribunal liquidó los montos correspondientes a las indemnizaciones a que haya lugar, teniendo en cuenta lo probado por las víctimas y/o sus representantes. Así mismo, determinó las demás medidas que complementan y coadyuvan a garantizar el derecho a la reparación integral.

Igualmente adopta medidas de rehabilitación, que se relacionan con el cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de las violaciones en su contra. En el ámbito nacional, la Ley 975, en el artículo 47, prevé que dichas disposiciones están dirigidas a la atención médica y psicológica que requieran las víctimas o sus parientes, motivo por el que se adoptarán diversas medidas.

En cuanto a medidas de satisfacción indica que la reparación simbólica implica toda prestación tendiente a restablecer la dignidad de las víctimas o de la comunidad en general, así como de aquellas que tiendan a asegurar la preservación de la memoria histórica. Por esta razón, y teniendo en cuenta que tanto el artículo 141 de la ley 1448 de 2011 y el artículo 29 de la ley 1592 de 2012, las consagra como actos de contribución a la reparación.

En relación con la garantía de no repetición, comprende la adopción, por parte del Estado, de reformas legales, administrativas, institucionales y culturales, con el propósito de promover la salvaguarda de los derechos, erradicar factores de riesgo para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones del Derecho Internacional

Humanitario y, la realización de reformas estructurales del Estado y de las instituciones, que garanticen que las causas que originaron el conflicto no vuelvan a repetirse.

Las mediadas de no repetición, señaló el Tribunal no solo son mecanismos de reparación individual o colectiva de las víctimas, sino también de prevención y protección efectiva y eficaz de derechos humanos a nivel institucional y estatal. Razón por la cual, la Sala se pronunció en particular sobre las medidas de no repetición, como el ofrecimiento de perdón que deben hacer los exparamilitares condenados a los habitantes de los departamentos donde operó el Bloque Central Bolívar, a la comunidad Nacional, pero de manera especial a quienes debieron padecer física y psicológicamente con su actuar durante todo el tiempo de injerencia del GAOML, aclarando que no es legítimo asesinar a cualquier ciudadano por sus posiciones políticas, sus actividades o por su pensamiento.

En adición, el Tribunal exhortó a las gobernaciones y alcaldías donde tuvo injerencia el Bloque Central Bolívar para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de la sentencia por un período mínimo de dos años. En el mismo sentido al Ministerio del Interior y la Agencia para la Reincorporación y la Normalización ARN, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC -, para que diseñen e implementen planes, programas y proyectos en caminados a garantizar medidas de seguridad, el derecho al trabajo y la salud, que garanticen de manera eficaz a los postulados, una vez cumplan con la pena alternativa, un retorno seguro a la vida civil y la no reincidencia a vincularse a nuevos grupos armados ilegales. Igualmente, les obliga a seguir con la obligación de aportar a la verdad, la reparación de las víctimas y las comunidades afectadas.

Finalmente, exhorta a la Fiscalía General de la Nación, para que continúe documentando los vínculos de empresarios, gremios, actores sociales, narcotraficantes entres otros actores, que

estuvieron vinculados con el Bloque Central Bolívar para que, en posteriores diligencias judiciales, informe de manera amplia y detallada cuáles fueron las redes de apoyo que posibilitaron que el fenómeno paramilitar alcanzara las dimensiones que se lograron develar y fueron consignadas en el fallo. En otras palabras, lo que advierte el Tribunal a la FGN, es que debe continuar cumpliendo con el proceso misional, en tanto que, ésta no debe ocuparse únicamente de los temas del conflicto armado, sino que debe abordar aspectos relacionados con posibles terceros, no reconocidos dentro de la justicia transicional, pero que por su accionar coadyuvaron con la comisión de delitos en el marco del conflicto armado, pero que por su condición deben responder ante la justicia ordinaria.

En conclusión, los componentes que se encuentran desarrollados en todos los fallos que hasta el momento se han proferido en el proceso transicional de Justicia y Paz, garantizando que los componentes de verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición, que difícilmente por la vía ordinaria no se hubiere podido alcanzar, alejando la concepción de impunidad solamente vista desde la perspectiva de la pena alternativa, y no de todo el sistema de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que integran los procesos de justicia transicional, como ha quedado anotado.

En consecuencia, al proceso de Justicia y Paz desarrollado en precedencia, se han consagrado otros instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición con el acto legislativo 01 de 2017.

Según el cual, crea un nuevo sistema que responde a una lógica y a un régimen especial, diseñado para un escenario que presenta particularidades y especificidades que justifican un tratamiento diferenciado.

Políticamente, esta especificidad se explica porque se consideró que la aplicación irrestricta del régimen sancionatorio ordinario a los actores del conflicto armado, sin una previa concertación

sobre aspectos sustantivos y procesales del mismo, haría inviable cualquier proceso de negociación y lo condenaría al fracaso; los acuerdos de paz son fundamentalmente pactos en los que el Estado se compromete a desmovilizar a los grupos armados al margen de la ley, y eventualmente a otros actores del conflicto, del régimen penal general para someterlos, a cambio del desarme, a uno especial, que tenga en cuenta las particularidades del conflicto. De este modo, esa condición de especialidad constituye el núcleo esencial de los procesos de negociación y en los términos de este régimen exceptivo puede estar la clave para la construcción de una paz estable y duradera,⁵⁰ acuerdos que específicamente fueron los desarrollados entre el Gobierno Nacional y Las Farc-Ep en la Habana suscrito el 24 de noviembre de 2016, incorporado a la Constitución Política a través del acto legislativo 02 de 2017, además de servir como parámetro de interpretación de las normas que rigen la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).^{51 52}

Aunque el ordenamiento jurídico colombiano como ha quedado expuesto a lo largo del presente trabajo, activa las disposiciones sustanciales y procesales para la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos ocurridos en el marco del conflicto armado, con el acto legislativo 01 de 2017, creó un sistema especial para este escenario. Así, por ejemplo, la legislación penal se ampara en el modelo de persecución individual de los delitos, mientras que el Acto Legislativo responde a un paradigma distinto, basado en la necesidad de develar y enfrentar las

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-674 DE 2017. Consideraciones 5.3.3.4.1.

⁵¹ Acto Legislativo 02 de 2017. Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. “Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales”

⁵² Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la administración de Justicia de la JEP. Artículo 26.

estructuras y los patrones del conflicto armado, y de sancionar a los máximos responsables por los crímenes más graves y representativos.⁵³

La Corte Constitucional, en la sentencia C- 674 de 2017, fija las bases del modelo de persecución penal en el marco de la justicia transicional, a partir de tres elementos: (i) la universalidad del sistema, para que la función persecutoria se extienda a todos los actores del conflicto armado; (ii) la selectividad en la función persecutoria, para que el deber de investigar, juzgar y sancionar se concentre en los máximos responsables de los delitos más graves y representativos; (iii) la creación de un esquema de incentivos condicionados, acogiendo un modelo que, por un lado, otorga tratamientos penales especiales favorables para los destinatarios de la Jurisdicción Especial para la Paz, a través de figuras como las amnistías, los indultos, las renunciaciones a la acción penal, las suspensiones de la ejecución de la pena, las sanciones extrajudiciales, las penas alternativas y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, y que, por otro, existe un condicionamiento de tales beneficios a la existencia una contribución efectiva a la verdad y a la reparación de las víctimas (Corte Constitucional , 2017).

La lógica que subyace a este modelo es que la aplicación mínima de justicia tiene como contrapartida una ganancia al menos equivalente en términos de verdad y de reparación a las víctimas, de modo que, analizado en conjunto el sistema, generará una ganancia sustantiva en los

⁵³ Acto Legislativo 01 de 2017. ARTÍCULO 3o. Modifíquese el inciso 4o del artículo transitorio 66 de la Constitución Política introducido por el Acto Legislativo número 1 de 2012, de la siguiente manera: Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar 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; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

bienes jurídicos a los que apuntan los instrumentos de transición. Desde el punto de vista político, se argumenta que la flexibilización en los estándares punitivos constituye una condición para la viabilidad de las negociaciones con los grupos armados ilegales, pues éstos no estarían dispuestos al desarme si ello trae consigo la aplicación severa y estricta de una ley penal frente a la cual han planteado reparos sustantivos y procesales. De hecho los ejemplos expuestos en el capítulo primero observan la pertinencia de aplicar este tipo de modelos para superar los conflictos, reconstruir el tejido social, construir una verdad histórica y una verdad judicial y evitar que esos hechos se vuelvan a repetir, sin embargo, se observa nuevamente la discusión sobre la forma como las víctimas son reparadas, en tanto que, en la flexibilización se puede presentar distancias entre el daño causado y el resarcimiento a este, tal como se mencionó con anterioridad.

Sostiene la Corte Constitucional que la justificación política de este modelo es triple. Por un lado, se advierte que en escenarios de violaciones masivas a los derechos humanos, y por tanto de comisión sistemática y reiterada de delitos, la pretensión de reprimirlos uno a uno y de desgastar el aparato jurisdiccional en la investigación, juzgamiento y sanción individual tiene pocas probabilidades de éxito, y puede, por el contrario, traducirse en una suerte de “*impunidad de facto*” (Corte Constitucional, 2017, pág. 299); así las cosas, en escenarios complejos como éste, el Estado debe focalizar su actuación en función de criterios subjetivos, es decir, en los máximos responsables, y objetivos, esto es, en los crímenes más graves y representativos, con el propósito de optimizar la intervención estatal, y de hacer viable su rol represivo. Asimismo, se argumenta que en escenarios complejos, el fenómeno delictivo obedece a estructuras y a patrones de criminalidad que constituyen la auténtica fuente de conflictos, por lo cual, el Estado se debe centrar, más que en sancionar uno a uno los delitos, en develar la problemática en toda su complejidad e integralidad, y en atacar el fenómeno de base. Finalmente, se sostiene que la

viabilidad de los procesos de negociación política con los grupos armados depende en una buena medida de que el Estado haga renuncias sustantivas en su función represiva, de modo el proceso de desarme y de reincorporación de tales grupos no resulte claramente lesivo de sus intereses básicos; y en este contexto, el Estado debe estar dispuesto a contraer sus deberes de investigación, juzgamiento y sanción al mínimo irreductible establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Corte Constitucional , 2017, pág. 334).

El Acto Legislativo 01 de 2017 se refiere al sistema de incentivos condicionados. Es así como el artículo transitorio 1 establece como regla general que los mecanismos y las medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición (...) *“estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades”*; este mismo principio general se replica en el artículo transitorio 13, en el que se establece que *“las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad”*.

Todos los anteriores instrumentos se encuentran desarrollados en la ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial Para la Paz, que generó una nueva institucionalidad encargada de poner en funcionamiento todo el SIVJRNR, que debe adelantar con los excombatientes de las Farc-Ep que suscribieron un acuerdo con el Gobierno Nacional, los integrantes de las Fuerza Pública, los agentes del Estado que han manifestado voluntariamente su intención de someterse a la JEP, y civiles que sin formar parte de las organizaciones hayan manifestado igualmente esa voluntad, que hubieren cometido delitos por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Institucionalidad de la cual hacen parte la Comisión de la Verdad, la Unidad de Búsqueda de Personas desaparecidas (UBPD) y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las dos primeras de carácter extrajudicial y la última judicial, todo lo cual identifica el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición encargado de desarrollar el modelo de Justicia Transicional allí propuesto.

En relación con el sistema de verdad, la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017, señaló:

“Con respecto al componente de verdad, la satisfacción del derecho se canaliza por dos vías fundamentales. Por un lado, se encuentran las garantías de verdad en el marco de los procesos penales previstas en la legislación ordinaria, todas las cuales son aplicables en el escenario transicional, y en particular, en los trámites que se surten en la JEP, tales como la publicidad de la actuación procesal⁵⁴, las facultades de intervención de las víctimas en el proceso penal con el objeto de asegurar su derecho a la verdad⁵⁵, o las competencias del Ministerio Público dentro de estos procesos con el objeto de que las actuaciones y decisiones permitan el conocimiento de la verdad⁵⁶.

Además, el Acto Legislativo 01 de 2017 crea una herramienta para el conocimiento y difusión de la verdad extrajudicial, a través de una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, organismo este que tiene por objeto “*conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de la violaciones e infracciones cometidas en el mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad*”.

Aunque el Acto Legislativo no precisa el enfoque con el que se debe emprender esta labor,

⁵⁴ Según el artículo 18 del Código General del Proceso, “*la actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación*”.

⁵⁵ Artículo 137 del Código de Procedimiento Penal.

⁵⁶ Artículo 111 del Código de Procedimiento Penal.

ni determina si la reconstrucción del conflicto armado en Colombia se debe concentrar en la identificación de las variables de contexto que explicarían el surgimiento o el mantenimiento del fenómeno, en los patrones de macro criminalidad que marcaron este período histórico, o en la identificación de las historias individuales de criminalidad, en cualquier caso, se trata de una herramienta adicional al repertorio de instrumentos ya existentes en el derecho positivo, que se especializa en la reconstrucción y en la explicación de este fenómeno social. No encuentra la Corte que la creación de este instrumento anule algún eje transversal de la Constitución Política.

Con respecto al sistema de justicia, la misma Corte en el referido fallo sostuvo:

“...en principio, el acto legislativo objeto de revisión preservó el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario...Tal como se explicó en los acápites precedentes, el Acto Legislativo establece un régimen especial y diferenciado para la investigación, juzgamiento y sanción de las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado, régimen que, en principio, no responde al paradigma de la justicia retributiva, en distintos sentidos: (i) primero, se habilita al Estado para renunciar a la función persecutoria en función de criterios objetivos y subjetivos, pues el Estado se encuentra habilitado para no criminalizar a las personas que no tienen la calidad de máximos responsables (criterio subjetivo), y para no criminalizar aquellos delitos que no constituyen un delito de lesa humanidad, genocidio o un crimen de guerra (criterio objetivo), universo éste frente a las cual, según el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2017 es procedente la renuncia condicionada a la persecución judicial penal, mediante dispositivos como la amnistía, el indulto o la suspensión total de la ejecución de la pena; (ii) y segundo, mediante la aplicación de un régimen sancionatorio alternativo que contempla, entre otras cosas, sanciones penales reducidas, la suspensión parcial o total de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, las modalidades especiales de cumplimiento de la pena, entre otras; es así como el artículo 13 establece que las sanciones que impone la Jurisdicción Especial para la Paz tienen por objeto *“satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad”*, y remite al Acuerdo Final para efectos de

fijar el esquema de penas, las cuales, a su turno, reducen o suprimen el componente retributivo”

Con respecto a la facultad para concentrar la función persecutoria de los delitos en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, de genocidio y de los crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado, y a la de renunciar a la persecución respecto de todos aquellos que no tienen esta connotación, ya en la Sentencia C-579 de 2013 se determinó que en escenarios excepcionales de transición es constitucionalmente admisible esta renuncia, no sólo porque en contextos de violación masiva y sistemática de derechos el esquema tradicional de punición se traduce en una impunidad de facto por las limitaciones inherentes a los sistemas ordinarios de justicia, sino también porque el deber de atacar el fenómeno criminal se logra con el desvertebramiento de las macro-estructuras delictuales y con la identificación de los patrones de las violaciones de los derechos humanos. De esta suerte, el sustrato del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario consiste exclusivamente en la criminalización efectiva de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos, tal cual prevé el Acto Legislativo 01 de 2017.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la renuncia a la persecución penal prevista en el Acto Legislativo 01 de 2017, presenta condicionamiento, al cumplimiento de las exigencias inherentes al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición. Por ello, el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 se refiere a la facultad que tiene el legislador estatutario de autorizar *“la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”*, con lo cual se reitera la integralidad y la universalidad del régimen de condicionalidades. Esto satisface el imperativo derivado del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, consistente en

supeditar el otorgamiento de tratamientos penales benéficos, al aporte proporcional en materia de verdad, reparación a las víctimas e implementación de garantías de no repetición, tal como se precisó en la citada Sentencia C-579 de 2013. De esta suerte, la medida del constituyente no solo preserva el núcleo intangible de los componentes esenciales de la Carta Política, sino que, evaluado el sistema en su conjunto, arroja un balance positivo en términos de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Con respecto a la especialidad del sistema, Por su parte, con respecto a los tratamientos penales especiales previstos en el Acto Legislativo 01 de 2017 para los delitos que no son susceptibles de renuncia a la persecución judicial, también se preserva el sustrato básico del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, dado que el acceso y la permanencia en los mismos se encuentra supeditados al cumplimiento de las condiciones relativas a la contribución proporcional a la verdad, a la reparación y a la no repetición, y dado que en cualquier caso, respecto de este grupo de delitos se garantiza la imposición de una sanción efectiva que tenga un componente retributivo. El propio Acuerdo Final al que remite el artículo transitorio 13 establece expresamente que las sanciones propias tienen un componente retributivo de *“restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución”*, que las sanciones alternativas *“tienen una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años”*.

La Corte entiende, por tanto, que respecto de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado, el Acto Legislativo 01 de 2017 consagra el deber de imponer una sanción efectiva y proporcional, por lo cual, se preserva el sustrato del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos

humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Igualmente, en la sentencia C-080 de 2019, al realizar un análisis exhaustivo sobre el componente sancionatorio que impone la jurisdicción especial para la paz, en el artículo 127 y siguientes de la ley 1957 de 2019, expone:

La norma es consistente con artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 que establece que “las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final”.

En segundo lugar, el contenido del artículo se ajusta a la norma Superior en cuanto a la clasificación en sanciones propias, alternativas y ordinarias, y en cuanto proceden para delitos no amnistiables o en los que no resulta procedente la renuncia a la persecución penal y, como se expuso en el acápite general de esta sentencia sobre tratamiento penal especial, estas se aplican en función del grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Sostiene la Corte que el establecimiento de sanciones propias, alternativas y ordinarias, y la exigencia de que las sentencias y resoluciones enuncien de manera precisa la sanción, el lugar de la ejecución y los efectos de la misma por delitos no susceptibles de amnistías, indultos o tratamientos penales equivalentes, es concordante con la obligación del Estado de sancionar de manera efectiva, cuando a ello hubiere lugar, las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Estos criterios de cumplimiento de la sanción, particularmente la propia, se complementan con los fijados en el numeral 60 del punto 5.1.2., del

Acuerdo Final, referido en el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017, de manera que se asegure el componente restaurativo, así como la sanción efectiva.

En cuanto a las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a todos quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas 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.

La norma encuentra fundamento en el inciso octavo del artículo transitorio 5, en cuanto replica su contenido, según el cual, para acceder a los tratamientos penales especiales es requisito *sine quo non* “*aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición*”, entendiéndose satisfecho este requisito cuando el relato de las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión es exhaustiva y detallada.

Aquí cabe aclarar que la obligación de ofrecer verdad por parte de los responsables contiene dos obligaciones. Una la que tienen como testigos, en la cual, como indica la norma constitucional citada, no supone la obligación de reconocer responsabilidad, pero sí la de dar toda la información sobre la comisión de los hechos. Una segunda obligación es la de reconocer responsabilidad sobre los hechos que hayan cometido conforme a las diferentes modalidades de comisión, ya sea autor, autor mediato, coautor, instigador o determinador, y cómplice; incluyendo las formas de responsabilidad por cadena de mando contempladas en el Estatuto de Roma, así como en las normas aplicables del proyecto de Ley Estatutaria. En todos los casos en que la persona sometida a la JEP sea responsable, deberá reconocer dicha responsabilidad para acceder a las sanciones propias.

En caso de que las autoridades judiciales de la JEP comprueben que una persona sometida a la JEP incurrió en falsedad, tanto en las narraciones como en los medios de prueba aportados,

“perderá el tratamiento especial”, conforme al régimen de condicionalidad, según lo establecido en inciso octavo del art. transitorio 5 Acto Legislativo 01 de 2017.

Las sanciones propias no se cumplen dentro del sistema carcelario y penitenciario ordinario, es decir, la sanción propia no es *privativa* de la libertad en términos convencionales, sino *restrictiva* de libertad. Lo anterior no implica que la sanción propia no deba implementar algunas reglas propias de este régimen y, en particular, la supervisión sobre el cumplimiento de la sanción, cumplimiento que debe ser determinado por una autoridad judicial al interior del SIVJRN que debe constatar las condiciones de efectiva restricción de libertades, así como la ejecución del componente retributivo.

De otra parte, las sanciones propias implican restricciones de derechos distintas de las que implican las sanciones alternativas y ordinarias, que se cumplen en condiciones ordinarias de privación de la libertad. Las sanciones alternativas “*tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años*” (núm. 60 del punto 5.1.2. del Acuerdo Final, referido por el art. 13 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017); y las sanciones ordinarias “*cumplirán las funciones previstas en las normas penales, 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 libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 años*” (núm. 60 del punto 5.1.2. del Acuerdo Final, referido por el art. 13 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017).

En adición, la sentencia C-080 de 2019, expuso en el acápite 4.1.6., la importancia que se garanticen tanto las funciones restaurativas como las funciones retributivas de la sanción, de manera que la JEP deberá garantizar la sanción efectiva. Como se dijo allí, estamos ante un tipo

de justicia en el que, bajo la circunstancia del pleno cumplimiento de las condiciones del SIVJNR, los perpetradores asumen su responsabilidad ante la JEP, ante las víctimas y la sociedad. Por su cumplimiento del régimen de condicionalidad y su contribución voluntaria a la finalización del conflicto armado, acceden a las sanciones propias, que se caracterizan por ser sanciones que no son exclusivamente retributivas, es decir, los responsables no estarán en condiciones convencionales de privación de la libertad, sino que tendrán una *efectiva* restricción de derechos, esto es, no podrán movilizarse libremente y deberán desarrollar un proyecto restaurativo autorizado por la JEP, después de haber permitido la participación activa de las víctimas.

En cuanto a las sanciones alternativas, para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de que se profiera Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años.

El precepto examinado señala la corte es constitucional al deliberar que se ajusta al artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 mediante el cual se implementaron normativamente los contenidos del Acuerdo Final referidos en dicho artículo transitorio (Punto 5.1.2. numeral 60). El artículo desarrolla el tratamiento penal especial consistente en la sanción alternativa. En este caso la restricción de la libertad deberá cumplirse en establecimiento carcelario y penitenciario ordinario, como lo precisa el inciso segundo del artículo 132 del Proyecto de Ley, acorde con las normas constitucionales aplicables. Adicionalmente, la norma desarrolla el principio de legalidad de la pena (art. 29 de la Constitución).

En cualquier caso, las sanciones deben contar con un contenido restaurativo que debe ser cumplido por los responsables, de conformidad con los artículos transitorios 1 (inciso cuarto) y 13 del Acto Legislativo 01 de 2017.

En cuanto a las sanciones inferiores a 5 años. Las sanciones propias y alternativas tendrán una duración mínima de dos (2) años y una máxima de cinco (5) años incluidas las aplicables por concurso de delitos, para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas, salvo que se trate de las hipótesis contempladas en el literal h) del artículo 84 de esta ley.

Este precepto señala la corte encuentra fundamento en el artículo transitorio 66 de la Carta Política, que regula la facultad de selección, y faculta respecto de personas responsables de hechos no seleccionados, la concesión de diferentes tratamientos penales especiales, y define que, una Ley Estatutaria como la que se estudia, debe establecer *“los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados”*. En este caso, el legislador implementó normativamente los contenidos del Acuerdo Final a que se remite el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 (Punto 5.1.2. numeral 60), que es acorde a su vez, con el artículo transitorio 66 citado. Adicionalmente, la norma desarrolla el principio de legalidad de la pena (art. 29 de la Constitución).

En relación con las sanciones ordinarias. El contenido normativo que establece la regulación de las sanciones ordinarias no presenta reparos de constitucionalidad, pues se ajusta al artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017, en cuanto remite a los contenidos del Acuerdo Final señalados en la norma constitucional (Punto 5.1.2. numeral 60). En efecto, las

sanciones ordinarias se impondrán a quienes sean condenados sin haber reconocido verdad y responsabilidad. En consecuencia, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin que ello obste para obtener redenciones en la privación de libertad, bajo la condición de que el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio, durante el tiempo que permanezca privado de libertad. Así, la disposición es consistente con el régimen de condicionalidad del componente de justicia del sistema, que prevén las sanciones con mayor predominio del componente retributivo en función del no reconocimiento de verdad y responsabilidad.

El **inciso segundo** del artículo que prescribe que las sanciones alternativas y ordinarias incluirán privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión, desarrolla el componente retributivo de la sanción, justificado en el régimen de condicionalidad de acceso al componente de justicia (art. transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017). En ese sentido, la sanción es proporcional a la falta de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y resulta razonable que el legislador haya optado porque el componente de restricción de la libertad de las sanciones alternativas y ordinarias deba cumplirse en centros penitenciarios y carcelarios ordinarios.

Ahora bien, cabe aclarar que la JEP se fundamenta en la condicionalidad, ampliamente desarrollada en los acápites 4.1.7. y 4.1.8., de esta Sentencia. En efecto, conforme al artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 señala que:

“Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El

cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Esto es obligatorio para todas las personas que se sometan a la jurisdicción. Así, los ex combatientes de las FARC podrán acceder a la sanción ordinaria, aunque no hayan reconocido responsabilidad porque han cumplido la condición esencial de acceso, cual es la terminación del conflicto armado, reflejada en la dejación de las armas y su continuidad dentro del proceso. Los otros agentes responsables, como los miembros de la Fuerza Pública, los agentes del Estado civiles, o los civiles particulares o terceros, deberán acreditar el cumplimiento de la condición de reconocimiento de responsabilidad, ya que por la naturaleza de su participación en el conflicto armado no les es exigible la dejación de armas⁵⁷; y no es posible que accedieran a la sanción ordinaria que constituye un tratamiento penal especial de la JEP, por el solo hecho de haberse sometido a ella, sin acreditar el cumplimiento de ninguna condición. Esta hipótesis sería contraria al régimen de condicionalidad ampliamente expuesto en esta Sentencia⁵⁸.

Todo lo anterior compone el creado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de No Repetición, a cuyo cargo se encontrarán los hechos criminales asociados al conflicto armado, aquellos que en la jurisdicción penal ordinaria no tuvo avances significativos.

En conclusión, el modelo de Justicia transicional aplicable a las Farc-Ep representa un modelo absolutamente diferente al adoptado para las AUC. Se trata de un sistema más ajustado a la realidades y necesidades del país, que incluye a todos los actores, entre ellos, a los combatientes de las Farc-Ep, integrantes de la Fuerza Pública y demás gentes del Estado y civiles que voluntariamente accedan al proceso; las sanciones establecidas retributivas y restaurativas

⁵⁷ Cfr. acápite 4.1.6. *Los responsables de los hechos en el marco del conflicto armado.*

⁵⁸ Cfr. acápite 4.1.8. *Régimen de condicionalidad para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.*

incluyen medidas ordinarias en centros penitenciarios en condiciones comunes, así como medidas de alternatividad penal y trabajo social, la posibilidad de participación en política para los miembros de las Farc-Ep, los mecanismos establecidos para el esclarecimiento de los hechos a través de la Comisión de la Verdad, el otorgamiento de amnistías e indultos para delitos políticos y conexos sin que estas medidas cobijen crímenes de sistema, estableciendo que las penas alternativas es solamente una parte de todo el sistema que irradia el proceso de Justicia Transicional, alejando la concepción errada de generación de impunidad, por el contrario se evidencia como un instrumento que hace parte del equilibrio entre Justicia y Paz, tal como ha quedado demostrado en acápite precedentes.

Conclusiones

El marco de las experiencias comparadas de los procesos de Justicia Transicional presentado en esta investigación ha sido importante para comprender las particularidades de cada uno de los conflictos armados y las formas que se implementaron para superarlos. Demostrando como por medio de la implementación de sistemas transicionales se ha procurado la búsqueda del equilibrio entre Justicia y Paz.

El esfuerzo de construcción de paz que ha hecho Colombia durante las últimas décadas, inicialmente con uno de los actores armados como las AUC, y ahora con los demás actores del conflicto tanto irregulares como institucionales, ha resultado fundamental para comprender la magnitud de las consecuencias y secuelas que ha dejado el conflicto y las grandes dificultades evidenciadas en los distintos esfuerzos encaminados a finalizarlo, que pese a tener orígenes y motivaciones diferentes todos acudieron a violencias extremas con la realización masiva y sistemática de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, que dejó en evidencia las limitaciones de la jurisdicción penal ordinaria para investigar los hechos, procesar y sancionar a los responsables.

Esta tesis de maestría ha buscado contribuir al conocimiento de la administración de justicia y las estrategias jurídicas para la superación del conflicto. De hecho la realidad del conflicto armado interno colombiano y los hechos ocurridos durante y con ocasión de aquél superaron la capacidad para que quienes formaron parte de él sean investigados y juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, y por otra parte, la necesaria implementación de instrumentos de Justicia Transicional como herramientas para el logro de una paz estable y duradera, garantizando un componente de justicia, para que las víctimas además puedan conocer la verdad de lo ocurrido,

sean reparadas integralmente y se generen mecanismos que garanticen que estos hechos no vuelvan a ocurrir.

Los procesos de Justicia Transicional en Colombia, forman parte de la obligación que tienen los Estados respecto a la investigación, persecución y castigos de responsables de violaciones a los derechos humanos, solo que ajusta estos compromisos a las condiciones propias del conflicto colombiano, y las necesidades de transición que la experiencia soporta. Esto permite considerar la implementación de medidas que posibiliten construir el tejido social en una sociedad marcada por la violencia a través de medidas que no giran exclusivamente en la aplicación extrema de un derecho punitivo y la privación de la libertad de los responsables en centros penitenciarios en condiciones comunes.

El trabajo realizado ha permitido demostrar las hipótesis planteadas inicialmente, las cuales han sido sustentadas a partir del reconocimiento de argumentos doctrinales pero que estos forman parte como punto de partida en la construcción de una doctrina que supere el debate político sobre el jurídico y judicial tal como ha quedado demostrado. En consecuencia, queda también demostrado que la impunidad a la que políticamente siempre se acude cuando se quiere desestimar los argumentos transicionales queda desvirtuada con la evidencia observada en los capítulos precedentes. Por tanto, lo anterior constituye un ejercicio académico en el cual el método científico ha sido implementado para corroborar las hipótesis planteadas y que la metodología deductiva ha significado la demostración en la contundencia de los argumentos.

Asimismo, frente a la terminación del conflicto armado en Colombia es posible mediante la adopción y puesta en marcha de mecanismos de Justicia Transicional. Colombia ha desarrollado e implementado dos modelos de Justicia Transicional para obtener el desarme, la desmovilización

y la reintegración a la sociedad de las AUC y las Farc-Ep, dos de los más importantes actores del conflicto armado que negociaron con el Gobierno Nacional sin haber sufrido una derrota militar.

En relación con la imposición de sanciones alternativas, dentro de la teoría de la pena, la sanción tiende, a mitigar el sufrimiento causado, y la restricción de libertad pretende mostrar un castigo, que si bien no es ejemplar, sí genera un mensaje a la sociedad, la cual observa que con el mínimo de sanción intramural se está cumpliendo con la ley. De esta forma la justicia opera para que la sociedad entienda que la pena no es una simple venganza, no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo para conseguir un propósito de reconciliación social donde el sancionado pueda retribuir y reparar a la sociedad y eventualmente pueda volver a ser parte de ella a través de un compromiso de no violar normas, y que la sociedad a su vez le permita aceptarlo e incluirlo nuevamente.

Las sanciones establecidas en el modelo de Justicia Transicional, criticadas por el simple hecho de albergar la posibilidad de imponer penas alternativas y reducidas, se centra principalmente en la modalidad y cuantía de la imposición de una pena, siendo lo importante en estos modelos que las sanciones, al igual que el resto de mecanismos que componen los modelos de Justicia Transicional, ayuden en la superación del conflicto, promuevan la reconciliación social y reafirmen el carácter reprochable de las conductas castigadas, que se repara a las víctimas y que se garantice la no repetición de hechos de violencia sistemática, con la inclusión de justicia que reduce ostensiblemente los niveles de impunidad albergados por años en la jurisdicción penal ordinaria.

En este orden de ideas, si bien, se ha manifestado las bondades de los marcos de justicia transicional, es menester señalar que, para el caso colombiano, en particular con la implementación de los marcos transicionales, se ha logrado importantes avances en la administración de justicia,

en el reconocimiento de las víctimas por parte de sus victimarios, y la garantía de no repetición de los hechos, bajo la sanción ejemplar de quienes vuelvan a tomar las armas. No obstante, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, ningún sistema garantiza la total administración de justicia, por lo que existe una alta probabilidad de que la impunidad pueda presentarse en tanto que, el sistema no cuenta con la capacidad técnica para la investigación y el juzgamiento de la totalidad de los sujetos y hechos en el marco de la justicia ordinaria, ni en el marco transicional. Sin embargo, reconocer la existencia de un aparato organizado de poder, la presencia de comandantes, y el juzgamiento sobre ellos puede ser garantía suficiente para lograr una administración de justicia mucho más eficaz. En tanto que, lograr imputar a quienes cometieron delitos graves, y a su vez, garantizar a las víctimas la verdad histórica y jurídica y que los victimarios con su propio pecunio reconozcan lo propio a sus víctimas ya es un motivo para aceptar este modelo como solución a los altos niveles de impunidad. que por la vía ordinaria se registraron en el presente trabajo. Por ultimo la alternativa que presenta la implementación de la justicia transicional es argumento suficiente para repensar la doctrina jurídica, sobre la materia, y su construcción como teoría concomitante con el bloque de constitucionalidad.

Bibliografía

- Altemir, B. (2003). *El tribunal especial para sierra leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario*. Navarra: Anuario de derecho internacional.
- Amnistía Internacional (AI). (22 de Noviembre de 2017). *Condena de Mladić por genocidio, un paso hacia la justicia para las víctimas del conflicto*. Obtenido de Es.Amnesty.org: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/condena-de-mladic-por-genocidio-un-paso-hacia-la-justicia-para-las-victimas-del-conflicto/>
- Bernal, G. (2005). Las reformas procesales penales en Colombia. *Revista ILUSTA*.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). (2019). *Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina*. ICTJ.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). *Hasta encontrarnos el drama de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *Informe General Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya. Colombia. Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá: DPS.
- Cifuentes, E. (2002). Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. *Ius et Praxis vol 8. no 1.*, 117-146.
- Colombia. Congreso de la República. (2017). Acto legislativo 01 de 2017. *Por medio de la cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Congreso de la República.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006 de Mayo de 2006). Sentencia C-370 de 2006: Consideración 6.2.1.5.1. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de Mayo de 2006). Sentencia C-370 de 2006: Consideración 6.2.2.1.7.29. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Fiscalía General de la Nación. (25 de Julio de 2005). 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. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Anotaciones sobre la ley de "justicia y paz" Una mirada desde los derechos de las víctimas*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-715 de 2012. Bogotá: Corte constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-647 de 2017. Consideraciones 5.3.2.4.2. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (23 de Febrero de 2010). Sentencia de Única Instancia. Radicado 32805. Bogotá: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.
- Corte Suprema de Justicia. (28 de Febrero de 2018). Radicado 51255. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia.

- Cruz, M. (2016). Corte Suprema de Justicia y Parapolítica en Colombia (2007-2013). Una interpretación socio-jurídica. *DIKE. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Núm 20.
- Deutsche Welle. (20 de Marzo de 2019). *Cadena perpetua para Radovan Karadzic por el genocidio en Bosnia*. Obtenido de Dw.com: <https://www.dw.com/es/cadena-perpetua-para-radovan-karadzic-por-el-genocidio-en-bosnia/a-47995321>
- El Congreso de Colombia . (6 de Junio de 2019). Ley N 1957 del 6 de Junio de 2019: Estatutaria de la administración de justicia en la jurisdicción especial para la paz. Bogotá: El Congreso de Colombia .
- Elster, J. (2014). Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz; 2006. *Estud. Socio-Juríd vol.16 no.2*.
- Federación Internacional por los Derechos Humanos . (18 de Noviembre de 2018). *Camboya: en una sentencia histórica, el tribunal de los Jemeres Rojos reconoció que el matrimonio forzado es un crimen contra la humanidad y declaró culpables de genocidio a sus antiguos líderes*. Obtenido de Fidh.org: <https://www.fidh.org/es/region/asia/camboya/camboya-en-una-sentencia-historica-el-tribunal-de-los-jemeres-rojos>
- Ferrer, I. (26 de Diciembre de 2015). *El tribunal del genocidio de Ruanda concluye su misión con 61 condenas*. Obtenido de El País: https://elpais.com/internacional/2015/12/26/actualidad/1451138647_010753.html
- Fiscalía General de la Nación . (2015). *Informe evolución secretariado del Estado Mayor Central de las Farc*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación .
- Fiscalía General de la Nación . (2018). *Retención y ocultamiento permanente de personas por parte de las Farc-EP. Informe No. 8*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fiscalía General de la Nación . (2018). *Vinculación y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de las Farc-EP. Informe No. 4*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fiscalía General de la Nación (FGN) . (2018). *Inventario del Conflicto Armado Interno*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fiscalía General de la Nación. (2016 -2019). *Informe de Gestión. Periodo del Fiscal General de la Nación 2016-2019*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Fiscalía General de la Nación. (2018). *Inventario del Conflicto Armado. Informe No. 1*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fiscalía General de la Nación. (2018). *Retención ilegal de personas por parte de las Farc-EP. Informe No. 2*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fiscalía General de la Nación. (2019). *Movilización forzada por parte de las Farc-EP. Informe No.12*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Fundación Universidad de las Américas, Puebla. (2019). *Índice Global de Impunidad de Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones (IGI-Col) 2019*. Bogotá: Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ).
- Gobierno Nacional de Colombia . (24 de Noviembre de 2016). Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Gobierno de la República de Colombia .

- Gómez, B. (2007). Análisis jurídico y constitucional de la ley de justicia y paz . *Revista Diálogos*, 73-100.
- Human Rights Watch. (31 de Mayo de 2011). Ruanda: El legado mixto de los tribunales comunitarios para el genocidio. New York, USA.
- Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. (2018). *Segundo Informe sobre el Estado Efectivo de Implementación del Acuerdo de Paz en Colombia diciembre 2016 – mayo 2018*. Bogotá.
- La Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) . (25 de Septiembre de 2017). *Comunicado sobre los listados de nombres entregados por las Farc*. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2017/Septiembre/comunicado-sobre-los-listados-de-nombres-entregados-por-Farc.aspx>
- Lefranc, S. (2004). *Políticas de perdón*. Madrid : Ediciones Cátedra .
- Lyons, A., & Reed, M. (2010). *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).
- Marquez, Á. (2007). *La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa*. Bogotá: Univeridad Militar Nueva Granada.
- Martínez, J. (2009). El Salvador . En K. Ambos, E. Malarino, & E. Gisela, *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (págs. 301-325). Berlin: Konrad - Adenauer - Stiftung E.V.
- Martinez, N. (2018). *Retención y ocultamiento permanente de personas por parte de las Farc-EP*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación .
- Martinez, N. (2018). *Victimización miembros de la Unión Patriótica (UP) por parte de agentes del Estado*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz .
- Martinez, N. (2018). *Vinculación y Utilización de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) por parte de las Farc-EP*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Martinez, N. (2019). *Movilización forzada por parte de las FARC-EP*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Ministerio de Justicia. (2015). *La ley de justicia y paz y el regreso a la vida civil: Régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Minow, M., Crocker, D., & Rama, M. (2011). *Justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Derechos Humanos (OHCHR). (16 de Diciembre de 2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Obtenido de [ohchr.org](http://www.ohchr.org): <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Orozco, I. (2009). Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. *CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 5. N.º 1*, 245 - 251.
- Parenti, P., & Pellegrini, L. (2010). Argentina . En K. Ambos, E. Malarino, & E. Gisela, *Justicia de Transición* (págs. 135-137). Berlín : Fundación Konrad.

- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. (29 de Junio de 2016). Sentencia 29/06/2016: Condena desplazamiento forzado. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.
- Romeike, S. (2016). *Caso de estudio No. 1 La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*. Núremberg: Academia Internacional de los Principios de Núremberg.
- Saffon, M., & Viviana, T. (2018). *La participación en las medidas de justicia transicional. Un estudio comparado*. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R. (2004). *Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones*. Bogotá.
- Uprimny, R., & Nelson, S. (14 de Agosto de 2011). *Ley de víctimas. Avances, limitaciones y retos*. Obtenido de Dejusticia.org: <https://www.dejusticia.org/ley-de-victimas-avances-limitaciones-y-retos/>
- Uprimny, R., Saffon, M., & Catalina, B. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJusticia .
- Verdadabierta. (11 de febrero de 2008). *La desmovilización: el proceso de paz (2003-2006)*. Obtenido de Verdadabierta.com: <https://verdadabierta.com/periodo4/>
- Verdadabierta. (29 de Agosto de 2013). De la curul a la cárcel. *Verdadabierta.com*.
- VerdadAbierta. (29 de Agosto de 2013). De la curul a la cárcel. *Verdadabierta.com*.