

JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIA

**Contexto, fundamentos, y aplicación de un modelo de justicia alternativo para
“el conflicto armado interno más largo del mundo”¹**



Autor

Luis Gonzalo Lozano Pacheco

Director

Dr. Hernando Hernández Quintero

Entrega final

Tesis Doctoral

Universidad Libre De Colombia

Doctorado en Derecho

Bogotá D. C.

2019

¹ Concepto emitido por autores como: Nasi y Rettberg (2005); Sandoval y Martínez (2010); Cáritas, Cooperación Internacional (2010); Vinyamata y Benavides –eds. – 2011); Albert (2004).

Tabla de Contenido

Introducción	1
Capítulo 1. Contexto Teórico, Conceptual, Legal e Histórico en el cual se sitúa la Justicia Transicional.....	8
1.1. Descripción del problema.....	8
1.1.1 Fundamentos filosófico-jurídicos de la problemática de la justicia penal alternativa, desde la teoría del garantismo penal.....	8
1.1.2 Breve descripción aproximativa del problema	16
1.2. Problemas Jurídico-Penales Fundamentales de la Justicia de Transición	21
1.2.1 Significado para la sociedad de la aplicación del derecho penal de la justicia transicional.....	23
1.2.2 Problemas jurídicos fundamentales de la justicia transicional, frente a las reformas constitucionales y sentencias de la Corte Constitucional revisadas desde el Fast Track.	24
1.3. Elementos del problema de investigación	35
1.4. Preguntas de Investigación	35
1.5. Hipótesis de Trabajo.....	36
1.6. Justificación de la Investigación sobre la Justicia Transicional	38
1.7. Objetivos de la Investigación	39
1.7.1 Objetivo general.....	39
1.7.2 Objetivos específicos	39
1.8. Los Resultados Esperados frente al problema de Investigación sobre la Justicia Transicional.....	40
1.9. Marco Referencial	42
1.9.1 El estado del arte.....	42
1.9.2 El Marco Referencial General sobre el cual se ha Fundamentado la Investigación de	

Justicia Transicional	60
Capítulo 2. El Contenido Del Análisis Jurídico De La Pena, Evolución Histórica, Legitimidad, Principios, Funciones, Configuración Jurídica En El Marco De La Justicia Transicional En Colombia, Principales Modificaciones Del Sistema Penal En La Justicia Transicional En Colombia	87
2.1. Aproximación a la pena en Justicia Transicional	88
2.1.1 Generalidades.....	88
2.1.2 Concepto jurídico de la Pena, Fundamentos, legitimidad, significado.....	92
2.1.3 La pena en su evolución histórica.....	96
2.1.4 Esencia y fin de la pena.	106
2.2. Las teorías sobre la pena.....	108
2.2.1 La teoría absoluta. El fin retributivo.....	108
2.2.2 Teorías Relativas. La prevención general.....	111
2.2.3 La Prevención Especial.....	113
2.2.4 Tesis mixtas, integradoras o unificadoras.....	113
2.2.5 Análisis de la tesis de Roxin sobre la legitimación y funciones de la pena.....	116
2.2.6 La pena desde la dogmática penal en un Estado Social de Derecho.	117
2.2.7 Concepciones críticas de la Pena.	120
2.3. La pena en el sistema jurídico colombiano.	126
2.3.1 Pena y Derechos Humanos.	128
2.3.2 La pena en el Estatuto de Roma.....	134
2.3.3 La pena en la Justicia transicional.	139
2.3.4 La selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional.....	144
Capítulo 3. Los Fundamentos Excepcionales de Verdad, Justicia y Reparación del Modelo de	

Justicia Transicional.....	154
3.1. La excepcionalidad del conflicto armado interno de Colombia y su incidencia en cuanto a la escogencia del modelo de justicia requerido para su terminación.....	155
3.1.1 La caracterización “ <i>sui generis</i> ” del conflicto colombiano.	156
3.1.2 Principales actores del conflicto.	158
3.1.3 Principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a la persistencia del conflicto colombiano.	160
3.1.4 Los efectos e impactos más notorios del conflicto sobre la población.	173
3.1.5 Los impactos de la violencia en la economía, la equidad, la política y la cultura.	174
3.2. Hacia una noción explicativa de la Justicia transicional	179
3.2.1 Explicación introductoria sobre la Justicia de transición, sus objetivos, tipología, componentes fundamentales y explicaciones básicas.	179
3.2.2 Anotaciones preliminares sobre la Justicia de transición y los procesos judiciales, el perdón, la reconciliación.....	186
3.2.3 La Justicia Transicional frente a la impunidad, ¿cárcel para los victimarios?	190
3.2.4 La Justicia Transicional frente a la definición de justicia, los crímenes más graves y los beneficios penales a los victimarios, los derechos de los victimarios, y la participación en política de los victimarios en un proceso de Justicia Transicional.	192
3.2.5 Justicia tradicional, sanciones y castigos.	199
Capítulo 4. Situación Actual de las Medidas de No Repetición en el Modelo de Justicia Transicional en Colombia.....	201
4.1. Importancia de las garantías de no repetición, de su formulación e implementación como medidas permanentes que eviten la repetición de las violaciones a los derechos humanos como fundamento extensivo de la justicia transicional.....	201
4.1.1 Estabilidad de la justicia transicional y las garantías de no repetición, su aplicación al acuerdo con las FARC-EP, su temporalidad, y problemas de interpretación.....	202

4.1.2 El rol del derecho internacional y las instituciones internacionales en las garantías de no repetición	205
4.2. Pertinencia, alcance e importancia de las garantías de no repetición en el post conflicto bélico armado de las FARC-EP en Colombia.....	208
4.2.1 La caracterización de las garantías de no repetición en la Etapa final- del conflicto al posconflicto- con las FARC-EP.	210
4.2.2 El Estatuto de la oposición y el derecho de réplica al gobierno de turno, consagrado en el Estatuto de la Oposición, como garantías de no repetición resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno nacional.	213
4.3. Aplicaciones fundamentales de las garantías de no repetición en el modelo de justicia transicional para el aseguramiento de una paz estable y duradera.....	220
4.3.1 Implicaciones jurídicas en el derecho internacional de los intentos del actual Gobierno colombiano para restringir las competencias de la JEP.....	221
Capítulo 5. Estrategias Tendientes a la Incorporación de Controles, Reformas y Actividades que Garanticen una Paz Estable y Duradera como Resultado del Acuerdo de Paz Celebrado entre el Gobierno Nacional y Las Farc-Ep	226
5.1. Las causas que han originado el conflicto interno en Colombia	230
5.1.1 Algunas Conceptualizaciones sobre la Justicia Transicional y su relación con los DESC.....	243
5.2. Estrategias para evitar la complicidad empresarial en la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el conflicto bélico interno colombiano.....	243
5.2.1 La complicidad empresarial en Colombia en relación con graves violaciones de los derechos humanos en el conflicto bélico interno dentro de la concreción del mandato de la CEV.	245
5.2.2 Estrategias para evitar la complicidad empresarial en Colombia	246
6. Conclusiones	248
6.1. El marco de violencias y hostilidades en el cual se ha cimentado la historia del país.	248

6.2. Los interrogantes cuya respuesta ha fundamentado la investigación	254
6.3. Conclusiones respecto del capítulo 1, que analizó el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional.....	256
6.4. Conclusiones respecto del capítulo 2, sobre el análisis jurídico de la pena.	267
6.5. Conclusiones respecto de la Teorías sobre la pena.	270
6.6. Conclusiones respecto de la pena en el sistema jurídico colombiano.	274
6.7. Conclusiones del Capítulo 3. Los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional	278
6.8. Conclusiones respecto de la excepcionalidad del conflicto armado interno de Colombia y su incidencia en cuanto a la escogencia del modelo de justicia requerido para su terminación	280
6.9. Conclusiones en conexión con la temática sobre una noción explicativa de la Justicia transicional.	282
6.10. Conclusiones del capítulo 4. Situación actual de las medidas de no repetición en el modelo de justicia transicional en Colombia.	286
6.11. Conclusiones del capítulo 5. Estrategias tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen una paz estable y duradera como resultado del acuerdo de paz celebrado entre el gobierno nacional y las FARC-EP	288
6.11.1 Conclusiones sobre las causas que han originado el conflicto interno en Colombia.	290
6.11.2 Conclusiones sobre las Estrategias para asegurar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población afectada por las violaciones de sus derechos	291
6.11.3 Conclusiones sobre las Estrategias para evitar la complicidad empresarial en la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el conflicto armado interno en Colombia.	292
7. Referencias	293

Introducción

Uno de los acontecimientos acaecido en las últimas décadas en Colombia y que ha generado trascendentales cambios en el nivel político, jurídico e institucional, fue la suscripción el 24 de noviembre de 2016 del “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, pacto suscrito entre el Gobierno Nacional y los representantes del grupo guerrillero más antiguo en el país, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc-ep); acontecimiento que implica un cambio profundo en varios niveles de la actividad social, política, estatal y jurídica en Colombia.

A partir del citado Acuerdo se producen significativos cambios en la institucionalidad, entre los cuales están: la modificación del ordenamiento constitucional mediante el trámite de varios Actos Legislativos, algunos de ellos de carácter transitorio, se consolida una importante línea jurisprudencial sobre la paz construida por el tribunal constitucional patrio, se desarrolla una considerable producción legislativa, surgen nuevos organismos estatales con renovados objetivos misionales, entre otros; aspectos sobre los cuales se ha cimentado un conjunto de instrumentos jurídicos e institucionales que fueron creados mediante un procedimiento abreviado denominado “*fast track*”, que implementó un verdadero sistema de justicia alternativa en el contexto de la justicia transicional para la solución de un conflicto armado interno de especiales condiciones, el cual ha permanecido en Colombia por más de cinco décadas.

El citado Acuerdo tiene por finalidad modificar instituciones políticas, jurídicas y sociales para dar paso a un nuevo escenario que busca superar, en forma definitiva, el conflicto armado interno y procura a futuro, en prospectiva, concretar el anhelo por décadas de nuestra sociedad de obtener una paz estable y duradera.

Colombia se encuentra en fase del posacuerdo, en medio de un proceso en el cual se agota el fenómeno de la guerra para dar paso a la cesación de un complejo conflicto armado de hondas repercusiones sociales, transita hacia una etapa histórica de paz. Este escenario permite la legitimación de un nuevo orden social, como también una justicia de transformaciones que modifique las instituciones patrias y las estructuras sociales que permitan un reconocimiento adecuado de las comunidades afectadas. El tipo de justicia que permita hacer posible la

pacificación, el cese del conflicto, obtener en últimas la superación definitiva del conflicto, al igual que suministrar las garantías jurídicas necesarias para asegurar una paz duradera, es un modelo alternativo de justicia que conlleva aspectos novedosos en múltiples niveles y en especial, un nuevo modelo de justicia penal transicional para Colombia

Justificación y relevancia del estudio.

La justificación del presente trabajo está dada por los aportes teóricos, prácticos y metodológicos que se propuso desarrollar la investigación desde el comienzo y que se lograron obtener en el proceso de ejecución de la misma.

Desde la perspectiva teórica y normativa el trabajo investigativo presenta una valiosa justificación, dado que la investigación supone un aporte al conocimiento sobre las teorías y leyes relacionadas con el problema central de estudio. Así, la Constitución de Colombia dispone en el sector de los derechos fundamentales que: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Const. 1991, Colom.); y la libertad como atributo esencial de la vida humana, fecundadora de dignidad e igualdad se ha creado al fragor de la paternidad de las revoluciones y el derecho a la resistencia y a la transformación social. La lectura de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y las francesas de 1789 y 1793 concretan esta cláusula de seguridad y de reserva frente a los atropellos (Sánchez Ángel, 2015)², verdaderos instrumentos de control frente al poder.

Desde la perspectiva práctica, la investigación tiene su justificación a partir de esa categorización en consideración a que se propuso aportar un beneficio orientado hacia la solución de un problema concreto, relacionado con los derechos constitucionales de las víctimas del conflicto bélico interno de Colombia, frente a la considerable vulneración de sus derechos que han tenido que soportar, en especial el mandato de prevenir su quebrantamiento, tutelar los derechos de las víctimas, investigar, acusar y sancionar las graves violaciones a derechos humanos y al derecho internacional humanitario en medio del conflicto, por cuanto se ha afectado:

“un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y

² Es la proclama a todos los pueblos: “Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigidas invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad” (Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776).

de las víctimas”. “En virtud de este mandato existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario” (C.C. Sentencia C-579, 2013).

En cuanto al aporte metodológico la investigación tuvo por finalidad adelantar estudios y análisis, cuyo énfasis se orientó hacia las características y elementos metodológicos de la Justicia Transicional y la Jurisdicción Especial para la Paz, básicamente.

Objetivos e hipótesis de investigación

Estos dos aspectos fueron clave en la investigación.

Los objetivos, además de constituir la guía de la acción investigativa, fueron la razón de ser y hacer de la investigación. En cuanto al objetivo general o central se propuso en el presente trabajo: Analizar el contexto, fundamentos y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo, que permita adelantar la tarea ineludible de dar fin al fenómeno que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado, como el conflicto armado interno más largo del mundo.

Debe recordarse sobre el particular, el significado de los objetivos específicos en la investigación

“Los objetivos específicos se convierten en los pasos necesarios que deben conducir a dar una respuesta o solución al objetivo general y la pregunta central. Por lo que conducen a la formulación de las partes, preguntas, soluciones o simplemente enfoques que se deben considerar para que el objetivo general y la pregunta de investigación tengan una adecuada solución. De esta manera, se podría plantear que cada objetivo específico corresponde a cada uno de los pasos necesarios para contestar la pregunta de investigación y, así, alcanzar el objetivo general.”

Los objetivos específicos propuestos fueron:

- 1. Identificar el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de sus instrumentos de justicia alternativa, de carácter judicial o extrajudicial, que por una parte permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de conductas graves a nivel internacional, y

por otra, permitan alcanzar el derecho fundamental a la paz estable y duradera en la sociedad colombiana.

- 2. Categorizar los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, como instrumentos que tienen como finalidad prevalente, generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera
- 3. Determinar la situación actual de las medidas de no repetición que eviten la reproducción de los hechos relacionados con masivas violaciones de los derechos humanos.
- 4. Proponer estrategias dentro de los procesos de justicia transicional, tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados con masivas violaciones a los derechos humanos en los niveles del Estado y la sociedad, tomando como base los principios y directrices propuestos por la ONU que tratan sobre el control civil de las fuerzas de seguridad, la prevención y difusión de estas, así como las reformas institucionales, si estas fueren del caso.

En cuanto a la Hipótesis, se propuso la siguiente en la investigación:

En la actualidad, en el caso de un conflicto armado interno como el de Colombia, para lograr el desarrollo de una paz estable y duradera resulta de vital importancia contar con un marco de justicia, que como el transicional, permita definir parámetros para la garantía del respeto de los derechos de las víctimas, fundamentado en la verdad, justicia y reparación, que cuente con penas alternativas como contrapartida de la garantía de no repetición; mecanismos de desmovilización masiva, comisiones de la verdad; y demás instrumentos jurídicos propios de una justicia, que no deleve impunidad o amnistías generales a los responsables de violaciones de derechos humanos y que permita hacer efectivos los principios internacionales de protección de las víctimas.

Lo anterior, en consideración a que resulta imposible en la actualidad, adelantar en forma exitosa un proceso de paz que se fundamente en una perspectiva meramente política, que acuda a la expedición de una amnistía general, sin condiciones para quienes participaron en un proceso que busca superar un conflicto de enormes consecuencias, como se ha hecho en el pasado, que no respete los derechos de las víctimas, en razón a que daría lugar a una paz que eventualmente se desestabilizaría a futuro, por tanto su consolidación y permanencia serían inciertas.

Se hace necesario, por lo tanto, buscar una paz, a través de un sistema institucional, que respete los estándares establecidos a nivel internacional en favor de las víctimas, en el marco de los derechos humanos para el continente americano y en el mundo, desde el sistema de protección universal y regional de los mismos, asunto sin el cual no es posible el logro de una fórmula jurídica sostenible como instrumento de paz legítimo a nivel internacional.

Debe ser un modelo de justicia que no tolere la comisión de crímenes frente al derecho internacional, como secuestrar masivamente, utilizar armas no convencionales o reclutar niños o adolescentes por parte de actores del conflicto armado; aunque la paz es un derecho superior, se entienda que ese tipo de conductas genera responsabilidad necesariamente para los ejecutores, como tampoco que tolere aquellas acciones, que del lado de los militares o de los financiadores del paramilitarismo, bajo el pretexto de la defensa de valores del Estado, pretenda justificar desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y masacres; para estos últimos, igual que para los primeros, tiene que haber respuestas en términos de justicia, los cuales se definen en el modelo transicional.

Método y métodos utilizados.

El diseño y estrategias de investigación determinan la forma cómo se elabora la investigación. Para establecer la modalidad y la metodología del trabajo se partió del objetivo principal que busca Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo, que permita adelantar la tarea ineludible de poner fin al conflicto que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como el más largo del mundo.

Se adelantó una modalidad de investigación cualitativa, definida como un tipo de investigación que produce hallazgos a los que se llega sin utilizar procedimientos estadísticos o medios de cuantificación. Se trató de un estudio de tipo descriptivo, sobre la base de un componente metodológico cualitativo.

Este tipo de investigación: “permite llevar a cabo el estudio de tipo descriptivo, y sus conclusiones servirán de punto de partida para investigaciones futuras relacionadas con el cómo o el por qué se producen dichos fenómenos, es decir, estudios explicativos” (Yin y otros, 1994). De acuerdo con Hernández (2006), los estudios descriptivos sirven para “obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto a un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades

para investigaciones futuras o sugerir afirmaciones y postulados”, asimismo, estos autores destacan, que los citados estudios se caracterizan por ser más flexibles en sus métodos y más amplios que los correlacionales y los explicativos.

De acuerdo con el objetivo trazado, el tipo de fuentes fueron primarias y secundarias, las primeras tomadas de leyes, actos legislativos, tratados y decretos, las secundarias relacionadas con tesis, documentos especializados, jurisprudencias, textos, Convenios, Normas internacionales, artículos especializados y documentos consultados en internet. Se adelantó el trabajo investigativo a partir de la recolección de datos en libros, sentencias judiciales, jurisprudencias, artículos de revistas especializadas, sentencias de altos tribunales, normas relacionadas con el tema de la investigación, consulta de autores y tratadistas sobre el tema principal, cuerpos normativos, conceptos emitidos por autoridades relacionadas con el proceso de paz, entre otros, que fueron obtenidos y consultados en físico y a partir del análisis de documentos de internet.

Planteamiento y estructura de la investigación

La investigación plantea cinco capítulos, el primero se ocupa del análisis del contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional. El segundo, desarrolla tres aspectos esenciales con respecto del análisis jurídico de la pena: una aproximación a ésta en el marco de la justicia transicional, el examen de los elementos generales, su conceptualización jurídica, la evolución histórica y sus fines; las teorías sobre la pena, los fines absolutos, y relativos de la misma teniendo en cuenta las funciones de prevención general, especial y las teorías mixtas, integradoras o unificadoras para llegar finalmente a las concepciones críticas de la pena, con el propósito de sentar las bases del análisis de la pena en el sistema jurídico colombiano con miras a su significado respecto de los derechos humanos, el Estatuto de Roma, y la justicia transicional, se plantean elementos como la selección y priorización que son propios de la estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional.

El tercer capítulo analiza los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, como instrumentos que tienen como finalidad prevalente, crear el marco general que permita facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una

paz estable y duradera en el contexto del conflicto armado colombiano, caracterizado por su complejidad, especificidad y excepcionalidad.

El cuarto capítulo analiza la importancia de las garantías de no repetición, la formulación e implementación de tales instrumentos como medidas permanentes que eviten la repetición de violaciones a los derechos humanos como fundamento de la justicia transicional, las garantías de no repetición incluidas en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP, la pertinencia, alcance e importancia de las garantías de no repetición en el postconflicto bélico de las FARC-EP en Colombia e incluye una mirada al Estatuto de la oposición y al derecho de réplica al gobierno de turno consagrado en el mismo como garantías prácticas e inmediatas de no repetición, resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre el Gobierno Nacional con las FARC-EP

Finalmente, el quinto capítulo presenta como objetivo específico, proponer estrategias dentro de los procesos de justicia transicional tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos en los varios niveles del Estado y la sociedad, tomando como base los principios y directrices propuestos por la ONU, que están instituidos sobre el control civil de las fuerzas de seguridad estatal, la prevención, difusión de estas y las reformas institucionales a que haya lugar, si fuere del caso, para asegurar un paz estable y duradera.

Al final, se hace una relación de las conclusiones que permiten dar respuesta al problema de investigación, los objetivos, la hipótesis y los aportes del trabajo investigativo en relación con los hallazgos obtenidos en la misma.

Capítulo 1. Contexto Teórico, Conceptual, Legal e Histórico en el cual se sitúa la Justicia Transicional

Este capítulo analiza el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de los instrumentos de justicia alternativa, de carácter judicial o extra-judicial, que por una parte permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de graves violaciones a derechos humanos, y por otra, alcanzar el derecho fundamental de una paz estable y duradera en la sociedad colombiana.

1.1. Descripción del problema

El trabajo de investigación se orientó hacia la descripción del tipo de justicia que permita hacer posible la pacificación de Colombia, es decir el cese definitivo del conflicto armado interno, cómo lograrlo y superarlo, examinar las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera como aspectos esenciales del modelo de justicia penal transicional para Colombia; determinar la fundamentación filosófico jurídica del modelo de justicia, para lo cual se ha optado adelantar su análisis a partir de la teoría del garantismo penal creada por Luigi Ferrajoli. De igual manera se planteó la problemática del modelo de justicia penal alternativo para hacer una aproximación al tipo de justicia aplicable en el contexto antes citado.

1.1.1 Fundamentos filosófico-jurídicos de la problemática de la justicia penal alternativa, desde la teoría del garantismo penal.

La fundamentación filosófica de la obra de Ferrajoli, centrada en los derechos fundamentales, las garantías superiores, la reivindicación de la paz y la defensa de las garantías como instrumentos de limitación del poder, entre otros, puede ser concebida como la base del modelo de justicia transicional y alternativo que se utilice en el proceso de superación del conflicto armado interno en nuestro país; para lo cual se trae una referencia sobre el contenido teórico de la citada fundamentación:

“La publicación, en 1989, de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* colocó a Luigi Ferrajoli en el escenario internacional. Marcó un paso importante para el autor, pero no fue sino hasta 1998 cuando —en virtud de la polémica desatada por su artículo denominado *derechos fundamentales*— comenzaron serias discusiones sobre la propuesta.

Ello, porque con sus tres niveles (filosofía, ciencia y teoría del derecho) Ferrajoli abre una puerta a estudios de carácter multifacéticos que puedan —si no abarcar la totalidad— al menos aproximarse a un estudio integral del fenómeno jurídico, dejando atrás las aspiraciones de Kelsen sobre una teoría pura del derecho, pero que paradójicamente, se consolidan con la idea de una teoría axiomatizada del derecho, cuyo pilar —según las palabras del propio Ferrajoli— es su carácter convencional, pero sobre todo su rigidez lógica” (Moreno Cruz, 2017).

Varios aspectos son aportes clave en la investigación frente al tema que se desarrolló en cuanto al garantismo, según la filosofía de Luigi Ferrajoli: La garantía³, la Rigidez constitucional⁴, y el garantismo Penal⁵.

³ De acuerdo con Carbonell (2009), “El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico) (...) El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de garantía. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional. (...) Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)” Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008

⁴ Respecto de la rigidez constitucional, Carbonell (2009) señala según Ferrajoli: “A partir de la rigidez constitucional se crea una esfera de la indecidible, que puede tener una vertiente negativa (lo que no es decidible) o positiva (lo que no es decidible que no), dependiendo del tipo de mandatos que provengan del legislador. Lo no decidible comporta obligaciones de abstención, las cuales se desprenden por ejemplo de los derechos fundamentales de libertad. Lo no decidible que no comporta obligaciones de acción, las cuales se desprenden por ejemplos de los derechos sociales. Ferrajoli, Luigi, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006”.

⁵ “El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural. Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica Ferrajoli, Luigi, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México” (CNDH, 2006).

Vale la pena reiterar que:

“...el fenómeno jurídico, con la propuesta garantista, busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En la dimensión de la teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un *iuspositivismo* crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en criterios éticos-políticos” (Moreno Cruz, 2007).

Desde la perspectiva integral del fenómeno jurídico que caracteriza la postura de Ferrajoli, se fundamenta la pregunta y la posible respuesta al interrogante que atraviesa la presente investigación: ¿qué es la justicia penal alternativa desde el punto de vista del derecho?

- **El valor de la paz y el efecto de la misma en el garantismo penal de Ferrajoli**

Para Ferrajoli “la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político”. Para ello señala, recordando a Hans Kelsen en el prefacio de su libro de 1944: “La Paz por medio del derecho”, que: “la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura; y garantizar la paz debe ser nuestro principal objetivo político, un objetivo mucho más importante que la elección entre democracia y dictadura, o entre el capitalismo y el socialismo”⁶.

⁶ “H. Kelsen, La paz por medio del derecho (1944), trad. it. a cargo de L. Ciauro, Giappichelli, Turín 1990, pp. 35-36. Recuérdense también estos dos célebres pasos kantianos: Es sólo en sí jurídicamente y moralmente buena aquella constitución que por su naturaleza está en condiciones, por principio, de evitar la guerra ofensiva (y no puede ser, al menos en teoría, la constitución republicana), es decir que pone la condición para que la guerra (fuente de todo mal y de toda corrupción de las costumbres) sea evitada y sea por lo tanto garantizado negativamente a la especie humana, a pesar de toda su fragilidad, el progreso hacia lo mejor: cuánto menos que no sea obstaculizada en su progreso”. (I. Kant, Si la humanidad está en constante progreso hacia lo mejor [1798], § 6, en Id., Escritos políticos y filosofía de la historia y el derecho, trad. It. Joel Solari y Giovanni Vidari Edición póstuma a cargo de N. Bobbio, L. Firpo y V. Mathieu, Utet, Turín 1965, pp 219 220); “Lo que a este propósito se puede esperar y exigir de los hombres”, añade más allá Kant, sólo es “una sabiduría negativa, es decir que esos sientan el deber de hacer de la guerra, el obstáculo más grande de la humanidad , la eterna enemiga del progreso, sobre todo cada vez más humana , luego cada vez más rara, en última instancia suprimirla en absoluto como una guerra de agresión, para forjar una constitución que por su naturaleza, sin enflaquecerse, fundada en los principios puros del derecho, pueda progresar constantemente hacia lo mejor” (p . 228) .

Y, recuerda igualmente que este fundamento,

“está instituido expresamente en la Constitución Política de Colombia; al establecer que la paz es un derecho humano fundamental. La Paz, dice el art. 22 de la Constitución de Colombia, es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento: un derecho de la persona, y por ende, un deber correspondiente de la esfera pública, que es el principal deber que el Estado tiene que alcanzar. Consistiendo, el derecho a la paz, en un derecho fundamental, como cualquier derecho fundamental, es contra mayoritario, cuya actuación es deber de obligatorio cumplimiento, incluso contra la voluntad de la mayoría. Ferrajoli plantea que la realización de la paz y el nunca más a la guerra deben representar, ya sea sobre un plano teórico y filosófico o sobre aquel del derecho positivo, un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otro: un objetivo, entonces, que debe ser alcanzado a cualquier precio, y ese precio sería la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y por lo tanto la estipulación, para ellos, de un modelo diferente de justicia ordinaria: el modelo de la justicia transicional” (Ferrajoli, 2016).

• **Justicia para el post-conflicto según el garantismo penal de Ferrajoli**

Para Ferrajoli la justicia en el posconflicto modifica sus objetivos, debe diferenciarse de la justicia ordinaria y tener por fines específicos, el cese de la guerra y la realización de la paz en los combatientes, fundarse en los componentes reparación y reconciliación, debe promover la verdad histórica, superar la retribución y el punitivismo, como rasgos esenciales, En tal sentido considera el autor:

“si se acepta la paz como valor político supremo, prejudicial a cualquier otro, en un tipo de justicia dirigida a una obvia finalidad: el cese de la guerra interna y la pacificación entre todos los diferentes combatientes, la justicia para el post conflicto tiene entonces que consistir en un tipo de justicia dirigida a una obvia finalidad: el cese de la guerra interna y la pacificación entre todos los diferentes combatientes, sobre la base de una efectiva reconciliación nacional que no deje sobre el terreno odios, rencores, sentido de la injusticia padecida, deseos de venganza y por tanto el peligro de una reapertura de la guerra,(...) y no puede ser (...) , la justicia ordinaria” (Ferrajoli, 2016).

La justicia en general y en particular la justicia penal a configurar, será entonces aquella de carácter no “retributivo”, no punitivo, sino sencillamente “reparador” y “restaurativo”. “Justicia de reparación” ha sido llamada efectivamente este tipo de justicia, Rodas, (2013),⁷

“...basada en el reconocimiento de valores morales y políticos no menores del de la justicia retributiva y el severo castigo de los culpables: la reconciliación nacional, la reparación de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica, que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo públicamente sus sufrimientos y por lo tanto rehabilitándolas en su dignidad de personas. Ferrajoli deja claro que esta clase de justicia transicional -tendiente a la comprobación de la verdad y por tanto de las responsabilidades de los autores de las atrocidades cometidas y, juntas, al resarcimiento de las víctimas- no equivale para nada a la impunidad que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional. Una amnistía parecida, además de ser moralmente inaceptable, estaría en contraste con los principios del derecho internacional humanitario, comenzando con la exclusión de la impunidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y de la afirmación de su imprescriptibilidad establecida” “respectivamente, en el preámbulo y el art. 29 del estatuto de la Corte Penal Internacional, Se trata de un argumento jurídico no decisivo, pues este principio en efecto admite excepciones, con base en el mismo derecho Internacional”. “El artículo 6º par. 5º del II protocolo adicional de 1976 del convenio de Ginebra de 1949, dedicado específicamente a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter Internacional establece en efecto que, a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”⁸.

⁷ Al respecto Ferrajoli señala que no debe serlo por dos razones: “La primera razón es de orden jurídico: la violencia entre los alzados en armas realizada en el estado de guerra no puede ser valorada y calificada con el criterio del derecho penal ordinario. (...) argumenta que (...) En el estado de guerra, (...) nada puede decirse injusto, no habiendo en ello espacio para las nociones de justo y de injusto. La segunda razón es de carácter político: una efectiva pacificación nacional no puede alcanzarse tratando a los combatientes como delincuentes solo porque son combatientes, y castigando a los vencidos como criminales. Las acciones de guerra, los choques bélicos - las violencias inter arma - no pueden ser luego configuradas como crímenes sobre la base de las leyes penales ordinarias. Pueden serlo, con base en el derecho bélico humanitario, solamente si consisten en crímenes de guerra o en crímenes contra la humanidad” (Ferrajoli, 2016).

⁸ Véase en este sentido, el libro de N. Chaparro Castañeda, Amnistía e indulto en Colombia cit., que contiene un análisis crítico de las bien 17 leyes de amnistía e indulto, ocho entre 1965 y la Constitución del 1991 (pp.72-101) y nueve siguientes (pp. 101-132), “ninguna de las cuales ha alcanzado el efecto de la pacificación. Véase en este sentido a F. Cortés Rodas, El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía, que sin embargo limita la prohibición de amnistía a los casos de complicidad de los gobiernos con los criminales, y por lo tanto a las leyes de punto final, a las amnistías en blanco y a las autoamnistías producidas en el interés de los mismos gobernantes, y también no a los perdones judiciales tendiente,

Para Ferrajoli (2016), antes que las sanciones penales, las víctimas deben conocer la verdad, la reconstrucción histórica de los sucesos que les causaron graves daños, la construcción de la memoria colectiva y garantizar que no volverá a repetirse el conflicto, para obtener, con base en estos factores, la paz y la reconciliación como fines básicos de la justicia de transición, sobre el tema afirma:

“La pacificación requiere por tanto la reconciliación, a su vez solamente posible con fundamento en el resarcimiento moral de las víctimas constituido ante todo por el reconocimiento público de todos los crímenes de guerra padecidos por ellos durante el conflicto armado. Requiere, para que la guerra no vuelva a repetirse, la construcción de una memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado. Es justamente para este objetivo que se hacen necesarios los procesos contra quien se ha manchado de crímenes de guerra o contra la humanidad: los procesos, téngase en cuenta, antes que las penas; la comprobación de la verdad promovida por las víctimas o por sus familiares y basado sobre todo en sus testimonios, antes que en la ejecución de la pena; la reconstrucción histórica de las ejecuciones más graves y el descubrimiento de los responsables, mucho más que las sanciones. Objetivo y efecto de los procesos, en efecto, es poner término a la espiral de otro modo incesante de la venganza”.

En cuanto a las penas, Ferrajoli (2016) las concibe, como penas alternativas al encerramiento o privación de libertad, leves, incluso de carácter simbólico, sin que implique impunidad por el papel que se cumple frente a la obtención de la verdad y la reparación a las víctimas como el fin esencial del sistema transicional que reduce el papel sancionatorio de las penas, es decir, las penas se traducen en medidas sustancialmente diferentes en su naturaleza y fines a las de sistema penal ordinario, así se expresa sobre este tópico:

“las penas destinadas a ser aplicadas por la justicia transicional, esas pueden ser muy leves, incluso simbólicas. Para que esa clase de justicia alternativa sea aceptada por todos los

como en Colombia, a poner punto final a una guerra civil. Para apoyar esta tesis, Cortés Rodas vuelve a citar el art. 150, n. 17 de la Constitución colombiana, según la cual el Congreso puede conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar y, sobre todo, el art. 6, par. 5 del segundo Protocolo adicional del 1977 a la Convención de Ginebra del 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

contendores y sea por lo tanto un factor de paz, ellas tienen que consistir, en vez de un encierro, en penas alternativas a la prisión como las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria o la prohibición de estar en determinadas localidades, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares. En todos los casos -hasta en el caso de una posible amnistía así llamada “impropia”, es decir después del juicio y la condena, o de un amplio indulto de las penas-, si concurrieran la comprobación de la verdad y el resarcimiento de las víctimas, no podrá hablarse de impunidad”

- **Garantías para la paz en el modelo de justicia transicional del garantismo de Ferrajoli**

Tres aspectos son concebidos por el autor en el modelo de justicia transicional, denominados por el profesor italiano “garantías para la pacificación nacional”, propias de la filosofía política y de la dogmática jurídica o teoría del derecho: “la diferencia o asimetría entre Estado de derecho y violencia extra legal”, “la afirmación del monopolio estatal de la fuerza” y el “desarrollo de la democracia”, en todas ellas se busca la consolidación del Estado de Derecho, el rechazo de la guerra y la utilización de las armas, al extremo de prohibir el “porte de armas”, medidas concebidas hacia el avance y desarrollo de la democracia como forma de gobierno.

Un aspecto relacionado como fundamentos teórico consiste en la concepción de democracia frente a paz en las dimensiones: la política o formal y constitucional o sustancial. Para Ferrajoli, como lo señaló Hans Kelsen:

“La democracia es la forma política de la paz social, de la composición de los contrastes, de la recíproca comprensión sobre una línea mediana. Y si hay en general una vía sobre la cual el terrible conflicto de las clases que desgarran tan catastróficamente la unidad del pueblo no empuja a una sangrienta catástrofe revolucionaria, pero tiene que ser solucionado por vía pacífica, ésta es la vía de la democracia, que no es aceptada precisamente por todos los que no quieren la paz y lo que es el precio de la paz: el compromiso” (Kelsen, 1932).

Se trata, en relación con el compromiso de la paz de observar con precisión las dimensiones política y social en punto de la democracia, para lo cual agrega Ferrajoli (2016)⁹:

“...de un doble compromiso de paz: de un lado el compromiso político realizado, como dice Kelsen, por el método de gobierno, es decir de la dimensión formal o política de la democracia, la cual resulta de la representación de todos los ciudadanos en las sedes decisoriales¹⁰; del otro, el compromiso social y constitucional realizado por la dimensión sustancial o constitucional de la democracia la cual está expresada por los principios y por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos”¹¹.

En este aspecto el autor plantea que la democracia en relación con la paz exige, la garantía de la igualdad a todos los ciudadanos y la concreción de los derechos fundamentales a todos por igual, en una visión liberal y social como instrumentos adecuados de construcción de la paz, es decir, el tema de la paz está ligado a la realización social de la democracia formal y constitucional.

Con base en los planteamientos de Ferrajoli, se puede concebir un modelo de justicia penal alternativo en nuestro país, que implique la utilización de unos instrumentos que hagan parte de: “una justicia excepcional, transitoria, episódica, específica para cada país y por sobre todo de carácter coyuntural, que se adapta a un pasado de graves violaciones de los derechos de las víctimas e implica una tensión o enfrentamiento, entre los derechos a la verdad, justicia, reparación, memoria histórica y no repetición, frente al derecho a la paz sostenible de la sociedad en su conjunto” (Lozano, 2015).

En el contexto de la justicia transicional se inserta un modelo alternativo de justicia penal, que utiliza figuras jurídicas diferentes al sistema penal ordinario, entre ellos, penas alternativas,

⁹ H. Kelsen, *Defensa de la democracia* (1932) trad. it. en *Sociología de la democracia*, a cargo de A. Carrino, Esi, Nápoles 1991, p. 46. Análogamente N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, El Mulino, Bolonia 1979, Prefacio, pp. 14-15: “El ejemplo más alto y más convincente del método no violento para la solución de los conflictos sociales, no tenemos que ir demasiado lejos para encontrarlo. Lo experimentamos por suerte también cada día en nuestro país: es la democracia. Ya desde su primera aparición, la democracia ha reemplazado a la lucha cuerpo a cuerpo con la discusión, al golpe de gracia del vencedor sobre el vencido con el voto y la voluntad de la mayoría que le permiten al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana sine effusione sanguinis”.

¹⁰ “El primer papel de mediación pacífica de los conflictos está asegurado por la democracia cual forma y método de gobierno basado en la primacía del parlamento. Es en efecto el Parlamento, como escribió Kelsen, la institución que, a través de la confrontación entre mayoría y minorías crea la posibilidad de un compromiso; dónde compromiso significa: posposición de lo que divide los asociados en ventaja de lo que los une y, por lo tanto, recíproca tolerancia. H. Kelsen, *El problema del parlamentarismo* (1925), trad. it di A. Volpicelli, en *La democrazia*, con Introduzione de G. Gavazzi, El Mulino, Bolonia 1981, cap. VIII,” (pp. 169-170).

¹¹ Para Ferrajoli (2016) “Es esta dimensión sustancial de la democracia diseñada por la Constitución colombiana de 1991 que debe ser reconocida, también en Colombia como el principal factor de la convivencia pacífica y de una hallada unidad y solidaridad nacional. El constitucionalismo rígido de la segunda post-guerra ha integrado en efecto el papel de mediación de los conflictos, confiado, en el viejo estado legislativo de derecho, al solo compromiso político a su vez realizado en las formas de la representación, añadiendo el más importante compromiso social y constitucional estipulado una vez por todas con la constitución rígida de los derechos fundamentales y la imposición a las funciones legislativas y de gobierno de las prohibiciones y las obligaciones que son las garantías”.

mecanismos diferenciados para la ejecución de las sanciones impuestas, investigación y sanción de máximos responsables, procesos de selectividad y priorización de casos objeto de investigación y juzgamiento, la investigación en contexto para asuntos de macrocriminalidad y macrocriminalización, amnistías e indultos para los delitos políticos y conexos, entre otros, que hacen parte de un derecho penal transicional con características específicas, lo cual ha sido incorporado al régimen constitucional mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, denominado Marco Jurídico para la paz.

1.1.2 Breve descripción aproximativa del problema

“Colombia ha desarrollado el conflicto armado interno más largo del mundo”¹². “Su relevancia está no solo en la duración sino, sobre todo, en la lista de horrores”¹³. No es un “pasado remoto” sino “una realidad anclada en (el) presente”, “sobre la cual es posible y deseable actuar como una tarea ineludible en el contexto internacional”¹⁴ (Álvarez y Rettberg, 2008).

Colombia se encuentra actualmente en un proceso en el cual se agota un fenómeno de guerra para dar paso a tiempos de paz o la cesación de un conflicto armado. Este escenario permite la legitimación de un nuevo orden social dentro del país, como también una justicia de transformaciones de las instituciones y estructuras sociales que debe contener un debido reconocimiento de las comunidades afectadas. Sobre el particular, indica el informe del 23 de agosto de 2004, como documento oficial del Secretario General de las Naciones Unidas, lo siguiente:

“The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, se consideran elementos integrantes de la definición de la justicia transicional aquel evento que está integrado por:

“...the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve

¹² Ver Nasi y Rettberg (2005); Sandoval y Martínez (2010); Cáritas, Cooperación Internacional (2010); Vinyamata y Benavides –eds.– 2011); Albert (2004).

¹³ “Según el Centro Nacional de Memoria Histórica, se han producido 5,7 millones de víctimas de desplazamiento forzado, 1.982 masacres, 220.000 muertos de ellos, el 80% civiles inermes y el 20%, combatientes, más de 25.000 desaparecidos y casi 30.000 secuestrados” (CNMH, 2013). “Todos los colombianos hemos sido perdedores” (PNUD, 2003) en esta guerra que “se hizo cotidiana y en la cual la mayoría de quienes la sufren son personas anónimas” (CNMH, p. 18).

¹⁴ Vizcaíno G. (2015). “La justicia transicional: ¿un paso hacia la paz?”, en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 36, n° 100, enero-junio de 2015.

justice and achieve reconciliation” (Security Council, 2004)¹⁵

El Programa Integración de Tecnologías a la Docencia de la Universidad de Antioquia (2018) indica, que la justicia transicional es un nuevo campo jurídico-político para la superación de conflictos estatales relacionados con el abuso a los derechos humanos, como dictaduras, guerras civiles y regímenes autoritarios. Surge en la segunda posguerra (Juicios de Nüremberg 1945-1946), se desarrolla con los juicios a las juntas militares del Cono Sur, en la década de 1970, y se consolida con la creación de la Corte Penal Internacional bajo el estatuto de Roma de 1998. Sus elementos corresponden a mecanismos extrajudiciales como comisiones para la verdad, mecanismos judiciales como juicios penales, planes de reparación y purgas administrativas. Sus referencias jurídicas corresponden al Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales), al Derecho Internacional de los Derechos Humanos Declaración Universal de Protección de los Derechos Humanos, de 1945; Declaración Americana de 1948; Convención Americana de Derechos Humanos de 1969) y al Derecho penal de los Derechos Humanos (Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998). Universidad de Antioquia (2018).

El concepto de justicia transicional, entendido desde la óptica de académicos, organismos e institutos nacionales e internacionales que trabajan en la defensa de los derechos humanos y su necesidad en el marco de una transformación política, jurídica y social, se orienta a que la justicia transicional constituye un marco de justicia especial que facilita el paso de un *status quo* a otro, políticamente hablando. Por ejemplo, de una dictadura a una democracia o de un conflicto armado a un escenario libre de violencia política, mediado por un proceso de paz. (Lopera, 2011, p. 5).

Por tanto, se entiende que en estos períodos de transición es necesario desarrollar un proceso que juzgue las conductas punibles, pero desde una perspectiva que permita la estabilización del proceso democrático. En esta mirada la justicia transicional se mueve en un espectro jurídico y a la vez político, pero con el respeto debido al reconocimiento de la verdad, justicia y reparación y derecho a no repetición que tienen las víctimas. (Arango, 2007)

Según Botero & Restrepo (2006), “la mayoría de los procesos de transición se caracterizan por la difícil tensión existente entre el deber del Estado de perseguir el delito y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos y la garantía del respeto de los derechos de las

¹⁵ “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” (SGNU, 2004).

víctimas. En este proceso necesariamente se debe llegar a un acuerdo negociado entre las partes involucradas y estas, a su vez, deben comprometerse a cumplir lo pactado, generando un escenario de reconciliación propio para alcanzar la paz” (Botero & Restrepo, 2006).

La Corte constitucional de Colombia define la justicia transicional como:

“Una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes” (C. C., Sentencia C-052, 2012, Colom.).

Desde otra perspectiva doctrinaria en forma concreta se resalta como elemento básico de la Justicia Transicional, que no se trata de una forma especial o un tipo diferente de justicia sino aquella que se ocupa, es decir que tiene por finalidad, enfrentar en el tránsito de una etapa de conflicto o de marcadas violaciones a los derechos humanos en un régimen de represión por parte del Estado a una etapa de paz y reconciliación. (ICJT, 2009).

Es decir se trata de una justicia adaptada a procesos sociales específicos, con unas necesidades particulares que responden a cada sociedad, y como tal requiere también penas alternativas con fines diferentes a los de la justicia ordinaria, que se adecuen a la finalidad del proceso de transición, que es acabar con el conflicto interno y dar paso a condiciones de paz (Hernández Calderón, 2017).

En resumen, la justicia transicional debe ser entendida, como el conjunto de mecanismos empleados en el paso de un período de conflicto a un ambiente o fase de paz, en donde se pretenda la reparación a las víctimas por violaciones de los derechos humanos y un acuerdo preciso respecto a las responsabilidades de los grupos ilegales involucrados en las negociaciones de paz (Vizcaíno, 2015).

De lo expuesto emerge una conclusión preliminar:

“...la justicia transicional es una recuperación de derechos para cuantos han sido violentados dentro del conflicto armado. Pero, al mismo tiempo, porque lo supone y no es evidente su existencia plena, es una recuperación de deberes de los victimarios que deben

garantizar verdad, justicia y reparación respecto de los hechos pasados y no repetición hacia el futuro. Esto incluye al Estado por cuanto es el ente que toma las riendas de los procesos hacia el futuro, lo que significa que con las normas vigentes ejerce el control, la dirección y la aplicación de su poder sobre la población y sus territorios. Para poder cumplir adecuadamente los deberes, el Estado debe recuperar sus poderes plenos”

“En consecuencia, hay que prever las eventualidades descritas y definir las como objetivo para ser superadas con el compromiso de todos, combatientes o no, nacionales e internacionales, que ejercerían una veeduría proactiva y un control legitimado. Solo así estará asegurada la eficacia de la justicia transicional para entrar en el dominio de la paz. De ahí en adelante el reto es permanecer en ella y con ella, en un ambiente de democracia renovada” (Vizcaíno, 2015).

Desde esta primera concepción genérica, resulta clave especificar los fines de la aplicación de las penas alternativas en los procesos de justicia transicional. Tales medidas como se les ha denominado, más que instrumentos de carácter sancionatorio por un hecho cometido en el pasado por sus ejecutores, apuntan hacia el futuro, se combinan con el aporte de la verdad, reconstrucción del tejido social y reparación a las víctimas y a la sociedad, se han basado en ocasiones en planteamientos inexactos o prejuicios que consideran que el *telos* es el mismo que el de una pena ordinaria¹⁶. Lo anterior, resulta desacertado, la pena en su concepción tradicional solo genera resentimientos y posibles sensaciones de impunidad para las víctimas y los pueblos que viven el conflicto. La justicia ordinaria, no es un camino viable para la reconstrucción del tejido social, solo genera más fragmentación y división en el contexto de la transición.

La aplicación de penas ordinarias o tradicionales limita la posibilidad de las comunidades y países en conflicto de volver a una condición de paz, asimismo genera otras consecuencias como resentimiento, pobreza y desigualdad social, que son algunas de las causas que siembran el conflicto y pueden hacerlo retornar, ya que con el simple encarcelamiento o la desmovilización no se puede decir que ya hay transición, es un proceso más complejo. (Hernández, 2017).

Uno de los problemas más significativo de la pena alternativa, se relaciona con los objetivos o

¹⁶ Un *telos* (del griego τέλος, "fin", "objetivo" o "propósito") es un fin o propósito, en un sentido bastante restringido utilizado por filósofos como Aristóteles. Es aquello en virtud de lo cual se hace algo. ... La teleología es un concepto central en la biología para Aristóteles y en su Teoría de las causas.

finos que cumple en los procesos de justicia transicional, lo cual se deriva de la confusión que existe frente a los conocidos y tradicionales fines de la pena ordinaria y en la de JT. Dicha confusión hace que no se comprenda la importancia de las penas alternativas y se consideren simplemente mecanismos de impunidad, simplemente porque son concebidas como una concesión ilimitada e incondicional a los autores de graves delitos en medio del conflicto, que afectan los derechos de las víctimas y que por lo tanto genera impunidad sin nada a cambio.

La pena alternativa cumple finalidades diferentes a las que lleva consigo la pena en justicia ordinaria, la más importante es ser uno de los caminos más eficaces para la consolidación de un proceso de paz o un proceso de justicia transicional, se convierte en la aplicación d otro modelo de consecuencias penales llamadas penas alternativas, cuyo fin es la búsqueda de la Reconciliación, la Reparación colectiva –sin que se excluyan medidas de reparación individual- y la Reincorporación de los excombatientes a la vida civil.

La imposición de penas mediante el derecho penal ordinario no es garantía de perdón o reconciliación, por el simple hecho de que la pena ordinaria tiene finalidades divergentes a las finalidades de una pena alternativa en un proceso de justicia transicional, en las que se busca la interacción conjunta de los ejecutores de delitos con agentes del gobierno, víctimas y el conjunto de las comunidades.

La graduación de una pena alternativa, debe estar orientada a la determinación e identificación de cierto número de proyectos sociales para la comunidad, y no en años de privación de libertad. Es decir, los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales, requerirán un tratamiento especial al estar obligados a liderar mayores proyectos sociales que aquellos que estuvieron en mandos medios o inferiores, sin descartar otro tipo de sanciones.

Es importante señalar, que los niños o adolescentes que estuvieron en los grupos armados del conflicto, requieren un tratamiento diferencial y no se les podrá imponer un trabajo comunitario, sino que deberán estar asistidos haciendo parte de tratamientos clínicos y terapéuticos que permitan proyectar su vida civil futura lejos de las armas, al considerarse también en la condición de víctimas del conflicto. (Hernández, 2017).

La sanción de los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad y de guerra debe ser la bandera de los procesos de justicia transicional, no solo para blindar los acuerdos ante la comunidad internacional, sino también para garantizar la no impunidad y los derechos

internacionalmente reconocidos a las víctimas. La magnitud de tales violaciones, no puede ser suprimida de la memoria de un país y su tratamiento amnésico solo generaría odio y resentimiento en las comunidades, lo que impide la reconciliación futura. Pero el método sancionatorio debe darse mediante la imposición de penas alternativas que son las únicas medidas capaces de poder reparar, reconciliar y al mismo tiempo sancionar y reincorporar.

El tratamiento que se le debe dar a las penas alternativas, no puede generarse desde la perspectiva del derecho penal ordinario y en procesos que se le asemejen, tiene que ser ajeno o diferenciado, debe implementarse mediante la generación de políticas públicas de la paz y hacer menos punitiva y más acompañada a los fines de la justicia transicional, aportar verdad, propiciar reparación y restauración, reconstruir el tejido social y garantizar la no repetición, fines en medio de los cuales contribuyen las penas alternativas a las finalidades básicas de la justicia transicional.

Solo así, mediante estas condiciones, se podría hablar entonces, que se está haciendo un tránsito de la guerra a la paz, una paz bajo la luz de instrumentos nacionales e internacionales, una paz blindada contra el odio, la comunidad internacional y el resentimiento interno del país. De allí entonces que las penas alternativas tienen fines distintos, se deben desarrollar en medio del diseño de políticas públicas que materialicen la paz frente a los responsables que colaboren con la verdad, asuman la responsabilidad de sus actos, hay diversas formas de consecuencias jurídicas para los mismos y para que se reconstruya el tejido social, la reconciliación y la reincorporación, por lo tanto se trata de un sistema totalmente diferente al ordinario (Hernández, 2017).

1.2. Problemas Jurídico-Penales Fundamentales de la Justicia de Transición

Varios problemas jurídicos se presentan en punto del derecho penal en el escenario de la justicia transicional, que se convierten en asuntos propios del sistema jurídico para un proceso caracterizado por la excepcionalidad, temporalidad y fines específicos en la resolución de crímenes de mayor entidad y la construcción de paz sostenible, por cuanto los fines de la sanción se modifican, se transforma la homogeneidad de la aplicación de normas penales, se crean nuevas figuras, se diseñan y potencialización determinadas figuras del derecho penal, en general aparecen nuevos instrumentos jurídico-penales y se renuevan otros, como lo resaltan algunos autores.

Neumann (2017) ha estudiado el problemas penal de la Justicia de transición en el caso de Alemania y en la actualidad proyecta sus investigaciones hacia Colombia. De acuerdo con Ulfrid

Neumann el derecho penal funciona “normalmente” al interior de un sistema social caracterizado por la homogeneidad de sus normas sociales, pero, “El derecho penal carece de esa base social estable, allí donde se trata de castigar personas que han actuado dentro de un sistema social (o en un subsistema) con un orden social desviado, y probablemente también un sistema jurídico desviado. Aquí se presentan problemas específicos de la legitimidad y también de la funcionalidad del castigo” (Neumann, 2017).

Para Neumann, “tipológicamente hay que diferenciar aquí, por una parte, la constelación de un cambio de sistema político y por otra, la terminación de un conflicto violento al interior del mismo sistema político. En este último caso no se trata de sustituir el sistema político, sino de terminar un enfrentamiento armado muy próximo a una guerra civil. La literatura emplea aquí el concepto de sociedades posconflicto” (Krenz, Gefängnis-Notizen, 2009, pp. 35 ss; Widerworte, 2006, pp. 488 ss).

Unas nuevas características son propias del surgimiento de Acuerdos que origina un derecho penal en medio de la transición, en consecuencia,

“...en tanto el conflicto no fue terminado por la victoria militar total de una de las partes, sino a través de un acuerdo de paz que obliga a ambas partes a hacer compromisos, en estos casos el derecho penal, por razones de estabilidad del sistema, tiene que hacer concesiones, que pueden conducir a una renuncia total al castigo y con ello a una amnistía general de las dos partes implicadas. Frente a la pregunta, en qué medida el derecho penal debe ser empleado y puede ser empleado, después del final de una confrontación armada de décadas entre el Estado, los rebeldes y los paramilitares, como se encuentra Colombia luego del acuerdo de paz entre las partes en conflicto” (Gewaltkonflikte, 2015 p. 263).

En síntesis, Se debe examinar las relaciones Conveniencia y Justicia, el significado para la sociedad de estas concesiones en materia penal y la situación de la Justicia frente a los infractores en el escenario del derecho penal en justicia transicional, los crímenes de sistema, los derechos de las víctimas y la forma de investigación y sanción penal en este contexto específico, como fin último de la justicia transicional y de un derecho penal que recoge postulados básicos del sistema ordinario y crea nuevas instituciones o figuras jurídicas, que desde ya podemos denominarlo Derecho Penal Transicional.

1.2.1 Significado para la sociedad de la aplicación del derecho penal de la justicia transicional.

En esencia, el derecho penal en justicia transicional tiene como finalidad básica contribuir a la realización de los derechos de las víctimas del conflicto armado o del régimen de facto que vulneró sus derechos, reafianzar la institucionalidad y superar la violación precedente, una función social unida a otras finalidades propias del sistema de justicia transicional, es decir modifica considerablemente los fines que tradicionalmente se le han asignado en el régimen punitivo ordinario,

“La tarea del derecho penal de la justicia transicional de reafirmar su Derecho a la víctima de crímenes estatales, tiene así mismo una dimensión social. Luego también bajo este punto de vista, al derecho penal le corresponde una importante función en la superación de la criminalidad de sistema de un régimen dictatorial o de un conflicto pasado. Pues el derecho penal es un significativo canal de comunicación social, aspecto que ha ganado importancia en la discusión teórico penal actual” (Neumann, 2017).

• Justicia penal frente a los infractores

Frente a los infractores deben ser aplicadas todas las garantías del derecho penal liberal en el Estado Social y constitucional de derecho, esto es, todas las garantías reconocidas por el sistema penal, procesal penal y las instituciones propias del sistema alternativo de la transición a quienes participaron en la ejecución de esas graves conductas que ocurrieron en medio del conflicto armado, con diferentes figuras e instituciones, como nos lo recuerda el tratadista citado:

“Lo mismo vale bajo el aspecto de la justicia penal, pues la justicia frente a las víctimas amenaza con llegar a ser injusticia frente a los victimarios. Por esto, es de oponerse a todos los intentos de negarle a los infractores calificados como criminalidad fortalecida por el Estado, las garantías jurídicas reconocidas. Pues incluso frente a criminales implicados en un injusto de sistema consolidado, tienen que aplicarse fundamentalmente todos los principios que son constitutivos de un derecho penal ajustado al Estado constitucional de Derecho” (Neumann.2017).

- **Conclusiones preliminares respecto de los Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición**

En relación con unas preliminares conclusiones del derecho penal en transición debe resaltarse, que prevalecen las valoraciones ético - jurídicas, un cambio significativo de las penas o medidas alternativas, nuevos beneficios judiciales y administrativos, la inserción del derecho penal transicional en el contexto de la concreción de los derechos reconocidos en favor de las víctimas.

“.. Con respecto a la restricción del derecho penal por las estructuras de poder en sociedades posconflicto, estas no se tratan de construcciones teórico-jurídicas, sino de valoraciones ético-jurídicas y de decisiones jurídicopolíticas. Cuando se quieren castigar graves violaciones a los Derechos Humanos que fueron legalizados por una situación en un régimen ya superado, y para ello hay buenas razones, entonces se tiene (y se puede) hacer abiertamente caso omiso de la prohibición de una fundamentación retroactiva de la punibilidad. Ello, porque esa prohibición no es un dogma, sino un principio que como cualquier otro principio jurídico, tiene que ser ponderado con otros principios jurídicos, y en este caso con el principio de la justicia penal, que no está obligada frente a una idea metafísica de compensación de la culpa, sino frente a las necesidades legítimas de las víctimas que son las afectadas por las más graves violaciones a sus Derechos” (Neumann.2017).

1.2.2 Problemas jurídicos fundamentales de la justicia transicional, frente a las reformas constitucionales y sentencias de la Corte Constitucional revisadas desde el Fast Track.

- **Algunos antecedentes respecto de las problemáticas relacionadas con el Fast Track**

El Acto Legislativo por la Paz o fast track, como se le conoce, creó un procedimiento especial para tramitar las reformas legales y constitucionales derivadas de los acuerdos, además de otorgarle facultades extraordinarias al presidente para expedir decretos con fuerza de ley exclusivamente relacionados con el desarrollo del acuerdo de paz. Esas facultades extraordinarias plantearon una duración de 90 días, prorrogables por una sola vez, por el mismo período. Se trató de un “acto legislativo *sui géneris* en el derecho constitucional colombiano” que planteó varias transformaciones importantes. La primera “reduce el número de debates requeridos por el procedimiento legislativo ordinario” para aprobar proyectos de ley y proyectos de actos

legislativos (los que modifican la Constitución por el constituyente derivado)¹⁷. El Acto Legislativo por la Paz determinó que “el Congreso no puede introducir ninguna modificación ni enmienda a los proyectos de ley presentados para implementar los acuerdos de paz con las FARC que no tengan el aval del presidente; solo podría aprobarlos o no aprobarlos”.

Cabe anotar que entre las reformas necesarias para el desarrollo jurídico de lo pactado con las FARC están: la ley de amnistía general, la ley que reglamenta la Jurisdicción Especial para la Paz, la ley de creación de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, la ley de creación del partido político que surgió del desarme de la guerrilla y la ley de creación de la Comisión de la Verdad.

“Dentro del punto seis del Acuerdo Final: Implementación, verificación y refrendación de los Acuerdos de Paz, se fijó la priorización de una serie de proyectos, muchos de los cuales eran urgentes y prioritarios, que debían ser aprobados dentro de los seis meses posteriores a la ratificación por medio de plebiscito, entre ellos: ley de amnistía; Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); ley de aprobación del Acuerdo Final; incorporación del Acuerdo Final a la Constitución Política; suspensión de órdenes de captura a los integrantes de las Farc y participación política de esta guerrilla” (Olano, 2017).

El procedimiento abreviado permitió la expedición de un conjunto normativo que tuvo por finalidad el desarrollo de los principales temas jurídicos y políticos previstos en el Acuerdo, entre ellos, como se ha referenciado, algunos relacionados con la Justicia Especial para la Paz y la concreción de instituciones estatales pactadas para el posconflicto y su implementación.

• **Decretos sujetos al control de la Corte Constitucional**

El paquete de decretos que implementó de manera directa el Acuerdo de Paz se tramitó por la vía del procedimiento abreviado del *Fast track*, se caracterizó por el control constitucional previo, único e inmediato por parte de la Corte Constitucional en forma automática, permitió garantizar su compatibilidad con el Marco Jurídico para la Paz y la jurisprudencia de ese tribunal relacionada con el proceso de paz.

¹⁷ Normalmente, los trámites de nuevas leyes en el Congreso necesitan cuatro debates (dos en Senado y dos en Cámara de Representantes), mientras las reformas constitucionales necesitan de ocho debates (cuatro y cuatro). El fast track aceleraría ese proceso y estipula que su discusión y aprobación se daría en solo dos y cuatro debates, respectivamente.

“Dentro de ese grupo de normas, se expidieron una serie de decretos que llegaron al control de la Corte Constitucional. De ellos, el más relevante, fue el fallo relacionado con la revisión de exequibilidad del decreto Ley 298 de 2017, por el cual se exceptúa a la Unidad Nacional de Protección de las restricciones previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, que si bien cumplió con todos los límites formales que la Constitución impone al ejercicio de las facultades legislativas otorgadas al ejecutivo para la implementación de los Acuerdos de paz, la Corte encontró que el Presidente excedió sus potestades como legislador extraordinario¹⁸” (Olano, 2017).

“La norma en cuestión se ocupa de normas presupuestales y por eso tiene un rango especial. De esa forma, la Corte concluyó que esa norma alteraba los contenidos de una ley orgánica al exceptuar la aplicación de una de sus disposiciones para una entidad específica, que es la Unidad Nacional de Protección, a la cual le correspondía, de acuerdo con esa disposición, incorporar a los desmovilizados como cuerpo de seguridad del secretariado. Cuando una norma transgrede los límites constitucionales impuestos al legislador extraordinario, es decir, al Ejecutivo en uso de facultades, pues debe declararse inexecutable, como ocurrió con la Sentencia C-331 de 2017” (Olano, 2017).

- **Algunas sentencias fundamentales respecto del Procedimiento legislativo especial para la paz**

Por otro lado, aunque posteriormente se considerará con mayor detalle, la “Sentencia C-332 de 2017, analizó en sede constitucional el Procedimiento legislativo especial para la paz, consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2016 y se inhibió, es decir, no se ocupó de fondo, sobre el siguiente texto: Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia” (Olano, 2017).

Se caracteriza el control de constitucionalidad de las leyes estatutarias por ser de carácter previo por la Corte Constitucional, el de los Actos Legislativos se hará por vicios de procedimiento en el

¹⁸ Nota: Se declaró inexecutable el Decreto 298 del 2017 por violación a la reserva de ley. En dicha normativa el Gobierno Nacional realizó una serie de modificaciones a la Unidad Nacional de Protección, con el fin de implementar el esquema de seguridad y protección para los desmovilizados de las Farc.

proceso de formación y los términos previstos para la revisión o control constitucional tendrán un término reducido a una tercera parte con relación a los casos sometidos al procedimiento ordinario. (Olano, 2017).

“Además, ahora sobre la disposición de que los actos legislativos se tramiten en una sola vuelta de cuatro debates y que el tránsito del proyecto entre una y otra Cámara fuere de ocho días, ya había habido un fallo” (C.C. Sentencia C-699, 2016, Colom.)...Por otro lado, el alto tribunal se inhibió de pronunciarse sobre el literal k) del artículo 1º, el artículo 3º y el artículo 5º de esta reforma constitucional, por ineptitud sustancial de la demanda; tampoco decidió sobre el artículo 4º, por sustracción de materia, pues este fue derogado por el Acto Legislativo 01 del 2017. También decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-699 del 2016, el primer pronunciamiento judicial de la Corte frente a esta misma reforma, en relación con los cargos formulados contra el literal f) del artículo 1º y el artículo 2º. (Olano, 2017).

- **Reglas para el procedimiento legislativo especial para la paz**

De acuerdo con el fallo, el procedimiento legislativo especial para la paz se definió para el desarrollo legislativo correspondiente, de la siguiente manera:

- “1. Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante este procedimiento serían de iniciativa exclusiva del Gobierno, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final de Paz.
2. Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento tendrán trámite preferencial. En consecuencia, tendrán absoluta prelación en el orden del día sobre cualquier otro asunto.
3. El título de las leyes y los actos legislativos debe corresponder precisamente a su contenido y su texto precederá a una fórmula establecida.
4. El primer debate de los proyectos de ley debía surtir en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno Nacional. El segundo debate en las plenarios de cada una de las cámaras.
5. Los proyectos de ley se aprobarían mediante el sistema de mayorías previstas en el ordenamiento constitucional y en las leyes para su aprobación, de conformidad con el tipo de ley al que se refieran.

6. Los actos legislativos debían tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra cámara será de 8 días.

7. Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta.

8. Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrían tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional (este aparte fue declarado inexecutable).

9. Todos los proyectos pueden tramitarse en sesiones extraordinarias”

“10. En la comisión y en las plenarias se decidiría sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno Nacional, en una sola votación (este aparte fue declarado inexecutable).

11. Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia.”.

- Proyectos tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la paz

Si bien el Gobierno podía imponer sus mayorías para sacar adelante los proyectos del *fast track* con el contenido que determinara, la Sentencia C-332/17 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, declaró inexecutable los literales h) y j) del Acto Legislativo 01 de 2016. La decisión afectó directamente las siguientes iniciativas: (Ámbito Jurídico, 2017).

- P. A. L. 012/17C: Reforma política y electoral
- P. A. L. 010/17C: Destinación de regalías de municipios a proyectos del posconflicto
- P. A. L. 005/17S: Creación 16 circunscripciones territoriales para la Cámara de Representantes
- P. A. L. 004/17S: Garantía de monopolio de armas del Estado
- P. A. L. 004/17S-008/17C: Sistema de innovación agropecuaria
- P. L. 005/17S-009/17C: Propuesta del Gobierno para regular el servicio de adecuación de tierras

- Proyectos aprobados mediante ‘fast track’

No se afectaron por la decisión de constitucionalidad de la Sentencia C-332/17, pero debe mencionarse que son iniciativas que se aprobaron bajo la regla de que el Gobierno era quien aprobaba cualquier modificación: (Ámbito Jurídico, 2017)

- P. A. L. 003/17S-005/17C: Reincorporación política de las Farc.
- P. L. 003/17S-006/17C: Estatuto de la Oposición
- Acto Legislativo 01 del 2017: Crea la jurisdicción especial para la paz. Adicionó un nuevo título transitorio, el cual está conformado por 27 artículos, se crea la jurisdicción especial para la paz (JEP) La Unidad para la búsqueda de personas desaparecidas con ocasión del conflicto y “La Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición”.
- Acto Legislativo 02 del 2017: Se ocupa del tema relativo a la naturaleza y garantía de seguridad jurídica del acuerdo de paz. Sustituye el contenido del Acto Legislativo para la Paz en lo relativo a la seguridad jurídica del acuerdo final. Derogó el artículo 4° del Acto Legislativo 01 del 2016, puesto que el acuerdo final como acuerdo especial en los términos del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, ya no se incorpora como ley de la República, no entra al bloque de constitucionalidad y no se incorpora al ordenamiento jurídico colombiano, sino que se garantizarán unas precisas condiciones sustantivas y temporales de estabilidad y seguridad jurídica.
- Ley 1820 del 2016: Ley de amnistía para guerrilleros de las Farc. Anuló la acción penal, administrativa y fiscal por delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación, retención ilegal de mando y demás conductas relacionadas con el conflicto armado.
- Ley 1830 del 2017: Define participación de voceros de las Farc en debates de *fast track*. Permitió la transformación de las Farc como un movimiento insurgente armado para constituirse en partido político. Le permite a la agrupación política Voces de Paz y Reconciliación designar tres voceros en cada una de las cámaras, con el fin de garantizar su participación en los debates de los proyectos de ley que se tramiten en virtud del Acto Legislativo 01 del 2016.

- **Los problemas con el *Fast Track***

Este acápite incluye estudio de los problemas jurídicos fundamentales de la justicia transicional, para incluir algunos temas jurídicos considerados desde las reformas constitucionales que se han producido en ese marco jurídico y de varias sentencias de la Corte Constitucional que se han revisado desde el *Fast Track*, la legislación dictada a partir de la implementación del acuerdo entre Gobierno y Farc 2016, reformas constitucionales, actos legislativos, leyes estatutarias, jurisprudencia constitucional e instrumentos jurídicos relacionados con el control constitucional de tales estatutos.

Varios problemas fundamentales han surgido respecto del Acto Legislativo 01 del 2016, algunos se originaron respecto de la activación del Acto Legislativo por la Paz en razón a la refrendación popular adversa resultante del plebiscito del 2 de octubre de 2016, la Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de (2016) “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”; y frente a los literales h) y j) del artículo 1° del Acto Legislativo para la Paz (A. L. 01/16), por vulnerar el principio de separación de poderes y el juicio de sustitución de la Constitución; y, por la validez de los actos legislativos *fast track* en cuanto sus nociones de pertenencia, aplicabilidad jurídica y aplicabilidad moral de las normas” (Pulido-Ortiz, 2017).

Estos problemas se relacionan a continuación:

El problema del plebiscito y la Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales), del Acto Legislativo 01 de 2016.

Como antecedente, se señala que, al ser aprobado el Acto Legislativo por la Paz, quedó sujeto a la refrendación popular del acuerdo, y en razón a los resultados del plebiscito del 2 de octubre de 2016, en el que por una diferencia muy estrecha, el 51,2% de los votantes rechazaron el acuerdo de paz en las urnas, algunas voces plantearon que el llamado *fast track* no podía ser activado.

En condiciones normales u ordinarias es claro, que el *fast track* es un procedimiento de hecho que puede sustituir a la Constitución Política, porque el Congreso queda supeditado a todo lo que ordene el presidente, pero se trata de una causa excepcional y un momento extraordinario como el

que originó el Acuerdo de Paz en Colombia, un procedimiento de este tipo tiene justificación jurídica, una razón de ser admisible, tal como lo resalta Luigi Ferrajoli, que produce profundos cambios institucionales por una razón de mayor trascendencia y gran valor social, la paz.

Durante las discusiones que se llevaron a cabo en el Congreso para aprobar el acuerdo de paz, el jefe de la delegación del Gobierno en las negociaciones con las FARC, Humberto de la Calle, afirmó que “el *fast track* no es un capricho, no es un deseo de poner contra la pared a quienes se oponen, sino que es una necesidad” y fue enfático en que “la guerrilla no va a estar un año sentada esperando a ver qué pasa”, es decir, que un acuerdo como el de la paz tiene una justificación producto del consenso que modifica la tradición jurídica en Colombia, afecta el carácter rígido de la Constitución, la llamada en teoría constitucional resistencia al cambio.

La causa de este problema se remite al hecho de que al momento de discusión del Acto Legislativo por la Paz se decidió que se aprobaría con la condición de que el pueblo refrendara popularmente los acuerdos de paz, y esa condición no se cumplió. “No basta con que el Senado y la Cámara, en actos políticos, aprueben el acuerdo a pesar de que esté claro que representan al pueblo”. El mismo Congreso decidió que en este caso necesitaba de la aprobación del Constituyente primario.

La Corte Constitucional en el Expediente D-11601 (2016) que tuvo como demandante a Jesús Pérez González-Rubio y como Magistrada Ponente a la Dra. María Victoria Calle Correa planteó:

“en la Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016, toda vez que a juicio del actor eran fruto de un *vicio de competencia* del Congreso, pues como órgano constituido carecía de atribuciones para *sustituir la Constitución*. En su concepto, el artículo 1 (parcial) demandado sustituyó un eje definitorio de la Constitución, consistente en su superior dificultad para ser reformada, integrado por los principios de Estado Constitucional de Derecho, rigidez constitucional, supremacía de la Constitución y control constitucional de las leyes; y el artículo 2 (parcial) acusado sustituyó el principio de separación de poderes”.

Con relación al “cargo de sustitución, el juicio de competencia para introducir un procedimiento adicional de reforma constitucional, y la ausencia de límites materiales de intangibilidad en los mecanismos de revisión constitucional”, la Corte en sentencia C-699/16 (2016), determinó que si bien el Acto legislativo 1 de 2016 “autorizaba al Congreso para producir actos legislativos en una

sola vuelta con cuatro debates”, esta era una pieza funcional dentro de un procedimiento especial de reforma con otros engranajes jurídicos que resultaba razonable y necesario en el contexto de la búsqueda de la paz.

Señaló que cuando todas las piezas del mecanismo se articulaban podía observarse que:

“(i) su objetivo era lograr la paz, fin imperioso del orden constitucional a la vez que un modo de conservar su integridad, lo cual era a su turno lo que buscaba garantizarse con el principio específico de rigidez contemplado en la Carta de 1991; (ii) constituía un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adicionaba un procedimiento a los previstos en las cláusulas de enmienda constitucional, que no eran intangibles; (iii) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y de leyes se diferenciaban entre sí por sus distintos niveles de dificultad; y (iv) fuera del Acto Legislativo, el mecanismo especial de enmienda constitucional mantenía el nivel de resistencia al cambio de las normas constitucionales por encima del de las leyes, no petrificaba las cláusulas de reforma de la Constitución, no suprime ni reduce la diversidad en los mecanismos de enmienda o sus formas de activación, ni tampoco equiparaba el poder constituyente a la competencia de revisión constitucional. Estas variaciones en modo alguno remplazaban por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustaban al marco constitucional preexistente. De manera que no encontraba la Corte un vicio de competencia por sustitución. Como conclusión. El primer cargo no estaba llamado a prosperar” (Acto Legislativo 1 de 2016 no sustituía la Constitución, art. 1 literal f).

En cuanto al segundo cargo, referente a que el juicio de competencia para actos legislativos que asignaban facultades legislativas extraordinarias al Presidente de la República, y el principio de separación de poderes como rasgo de la identidad, la Corte explicó que:

“Como se observa, la habilitación legislativa es entonces temporal pues solo puede ejercerse dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016; está temáticamente limitada, por cuanto solo puede usarse para asegurar y facilitar la implementación del acuerdo final; cuenta con restricciones competenciales, ya que no puede ejercerse para expedir actos legislativos ni determinado tipo de normas; los decretos

ley expedidos en virtud de estas facultades se sujetan a control constitucional, el cual debe ser automático, posterior e integral, razón por la cual la Corte podrá revisar tanto el procedimiento de formación –que incluye la competencia- como su contenido”

Por ello, como conclusión puede sostenerse que: El acto reformativo cuestionado no sustituye el principio de separación de poderes.

Lo anterior llevó a que la Corte en la sentencia C-699/16 a declarar exequibles por los cargos examinados, los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 1 de (2016), cuyo objetivo se orientó a determinar algunos instrumentos jurídicos que permitieran el desarrollo normativo del Acuerdo Final y la implementación jurídica del mismo, con lo cual se dio vía libre desde la perspectiva constitucional al Acuerdo Final y al desarrollo legislativo futuro derivado del mismo.

• El problema de las disposiciones de los literales h) y j) del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016.

La Corte Constitucional en Sentencia C-332 del 2017 declaró la inexecutable de dos reglas importantes del procedimiento legislativo especial para la paz o *fast track*, tales disposiciones establecían que los proyectos de ley y de acto legislativo solo podían tener modificaciones que contaran con el aval previo del Gobierno Nacional, pero también que en comisión y en plenarias se decidiría sobre la totalidad de cada proyecto en una sola votación, lo que se conoce en el Legislativo como votación en bloque del articulado. De acuerdo con lo expuesto por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero, las principales razones que llevaron al alto tribunal a proferir dicha decisión frente a los literales h) y j) del artículo 1° del Acto Legislativo para la Paz (A. L. 01/16), se concretó en la vulneración el “principio de separación de poderes y el juicio de sustitución de la Constitución”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-332 del 2017 explicó, que tales disposiciones contenían limitaciones desproporcionadas a la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso en materias que pueden conducir a reformas estructurales del ordenamiento jurídico. Igualmente, esa corporación agregó, que las mismas resultaban incompatibles con el principio democrático y de separación de poderes, por consiguiente, sustituían parcialmente la Constitución.

Por otra parte, advirtió que, al excluirse la exigencia del aval previo del Gobierno, por lo menos en relación con las modificaciones introducidas por el Congreso a los proyectos de ley que se

cursaren mediante el *fast track*, quedaba, en todo caso, habilitada la posibilidad del Ejecutivo de objetar estas modificaciones.

Concluyó que las restricciones que se declararon inconstitucionales desnaturalizan las competencias deliberativas y decisorias del Congreso, en relación con la forma de implementar todos los ejes temáticos del acuerdo que versan sobre un conjunto extenso y complejo de materias, “circunstancia que se traduce en una correspondiente ampliación de las capacidades decisorias del Presidente de la República, en detrimento de las propias del Congreso”.

Un problema latente respecto de la validez de los procedimientos de reforma constitucional *fast track*.

En el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de (2016),

“se estableció un procedimiento legislativo especial para la paz” con la intención de “agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo. Por medio de este mecanismo se definió un proceso abreviado para la aprobación de leyes y actos legislativos. En este contexto, se estableció un mecanismo abreviado de reforma constitucional: los actos legislativos *fast track*”.¹⁹

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-699/2016) se observa, que no existió sustitución de la constitución por cuanto no se ha reemplazado uno de sus rasgos esenciales que se puedan considerar incompatibles con la Constitución de 1991, se mantiene la denominada rigidez constitucional al cambio, por lo que la normatividad creada por el procedimiento legislativo especial permite, que el ordenamiento legislativo relacionado con la justicia transicional se adapte al cambio normativo.

Sin embargo algunos autores sostienen, que determinados aspectos pueden resultar problemáticos entre al Justicia Especial para la Paz y las demás jurisdicciones previstas en la constitución, como los problemas de habeas corpus y la acción de tutela, los conflictos de competencia, roles de partes e intervinientes en la Justicia Especial para la paz, el tratamiento de

¹⁹ Colombia, Acto Legislativo 1 de 2016, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 49927 Diario Oficial, 7 de julio de 2016. La denominación *fast track* proviene del derecho constitucional estadounidense. De acuerdo con la constitución de los Estados Unidos, solo el Congreso puede aprobar las normas que rigen el comercio internacional. Al presidente, por su parte, le corresponde la negociación de esos acuerdos. Así, en los casos en que el presidente se comprometa en tratados que impliquen el cambio del orden jurídico interno, la implementación debe ser aprobada por el Congreso. Sin embargo, en estos casos el Congreso puede hacerlo mediante un procedimiento expedito conocido como *fast track procedure* (actualmente denominado *Trade Promotion Authority*)

agentes del Estado, la garantía del cumplimiento de las decisiones u obligaciones impuestas por la Justicia Especial para la paz y la revisión de las sanciones que imponga esta jurisdicción, entre otros (Caldas, 2016), tema superado posteriormente al mantenerse tales acciones constitucionales y demás instrumentos de control jurídico de carácter ordinario frente a las competencias de la JEP y definirse en la jurisdicción los citados aspectos.

1.3. Elementos del problema de investigación

Una primera aproximación a los elementos del problema, después de la revisión inicial de orden documental, permite establecer, de acuerdo con el ICTJ (2018), organización especializada que considera que la magnitud de los abusos y la fragilidad social conllevan a que no todas las violaciones de derechos se aborden como se haría en circunstancias normales, de ahí en adelante, se insiste en cuatro tipos de “enfoques”, definidos de la siguiente manera:

- “Respecto de juicios penales de máximos responsables en la ejecución de crímenes de guerra”.
- “Procesos de esclarecimiento de la verdad (o investigaciones) sobre las violaciones de derechos por parte de órganos no judiciales. Son iniciativas diversas, pero suelen centrarse no sólo en los acontecimientos, sino en sus causas y consecuencias”.
- “Reparaciones de diversas formas— individuales, colectivas, materiales y simbólicas— en caso de violaciones de derechos humanos”.
- “Reformas jurídicas e institucionales que pueden afectar a la policía, la justicia, el ejército y los servicios de información militar”.

Estos enfoques no deben considerarse mutuamente excluyentes. Por ejemplo, las comisiones de la verdad no sustituyen los procesos judiciales. Sus objetivos son distintos ya que ofrecen un grado de reconocimiento mucho mayor y combaten la cultura de la negación. Igualmente, las reformas constitucionales, jurídicas e institucionales no excluyen otras medidas, sino que apuntan directamente a la recuperación de la confianza, su interrelación y la prevención de nuevos abusos.

1.4. Preguntas de Investigación

De acuerdo con Marc Wyuts, del Instituto de Estudios Sociales de La Haya, lo que en realidad importa en la investigación son las preguntas adecuadas que dan sustento a la investigación fértil

(Wyuts, 1992). Encontrar una pregunta adecuada no es un asunto sencillo, pero según el investigador citado, al identificar una pregunta pertinente de investigación, la elaboración del trabajo tiene mayores posibilidades de terminar en una propuesta consistente para el evaluador y sobre todo, en un asunto realizable para el investigador.

La pregunta central de la investigación que se propuso fue:

¿Podrá el modelo de justicia transicional, y su controversial sistema de penas alternativas, contextualizados, fundamentados y con aplicaciones estratégicas de no repetición, dar fin al conflicto armado interno que por más de cinco décadas afectó a Colombia?

En cuanto a las preguntas específicas de esta investigación, se consignaron:

- Pregunta específica 1. ¿El contexto en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de sus instrumentos de justicia alternativa de carácter judicial o extra-judicial, permitirían garantizar los deberes estatales de investigación y sanción, y alcanzar el derecho fundamental de una paz estable y duradera en la sociedad colombiana?
- Pregunta Específica 2. ¿Los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, son instrumentos que tienen como finalidad prevalente generar bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera en Colombia?
- Preguntas Específicas 3. ¿Cuál es la garantía que tienen los ciudadanos de la no repetición? ¿Cuál va a ser la responsabilidad del Estado y de los grupos insurgentes? ¿dónde estaba el Estado mientras el conflicto se fraguaba, se recrudecía, se prolongaba y dejaba una estela de víctimas que hoy esperan verdad, justicia y reparación? ¿Están actualmente las medidas de no repetición en capacidad de evitar la reproducción de los hechos relacionados con nuevas y masivas violaciones de los derechos humanos en Colombia?
- Pregunta Específica 4. ¿Cuáles serían aquellas estrategias dentro de los procesos de justicia transicional que garantizarían a la sociedad, y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos?

1.5. Hipótesis de Trabajo

Se entiende la hipótesis como la respuesta anticipada al problema de investigación central que

se pretende comprobar o verificar en el desarrollo de la investigación, para tratar este aspecto se acude a una ilustrativa cita y se concreta enseguida para el trabajo que nos ocupa.

"La hipótesis es una conjetura que predice la respuesta a un problema, cuya veracidad depende de que sea corroborada en la investigación; es la respuesta, explicación o predicción tentativa que tiene el investigador frente a la pregunta de investigación que se formuló al momento de plantear el problema, de manera que si la pregunta contiene una incertidumbre, la hipótesis es su respuesta. La hipótesis constituye el eje transversal de la investigación y articula todo el proceso investigativo, de manera que esta se encuentra al servicio de la corroboración, verificación o falseamiento de aquellas. Las hipótesis surgen de los objetivos, el planteamiento del problema y las preguntas de investigación y una vez se realiza la evacuación de la literatura que la fundamenta, de manera que, la relación entre estos es muy estrecha" (Patiño, 2013, 18).

Con base en lo anterior, se propuso la siguiente hipótesis de trabajo en la investigación:

En la actualidad, en el caso de un conflicto armado interno como el de Colombia, para lograr el desarrollo de una paz estable y duradera, resulta de vital importancia contar con un marco de justicia, que como el transicional, permita definir parámetros que garanticen el respeto de los derechos de las víctimas, fundamentado en las garantías de la verdad, justicia, y reparación; que cuente con penas alternativas como contraprestación de la garantía de no repetición; mecanismos de desmovilización masiva; comisiones de la verdad y demás instrumentos jurídicos propios de una justicia, que no de vele impunidad o amnistías a los responsables de violaciones de derechos humanos.

Esta hipótesis se fundamenta en los estándares internacionales, según los cuales, en realidad resulta imposible adelantar exitosamente un proceso de paz que se fundamente en un desarrollo meramente político, en el cual se expida una amnistía general, sin condiciones para todas las partes participantes en el proceso, que no respete los derechos de las víctimas por cuanto produciría una paz inestable que eventualmente se fracturaría.

Se hace necesario, por lo tanto, buscar una paz que respete unos mínimos estándares como los que se han desarrollado a nivel internacional, a nivel constitucional en las Américas y en el mundo, sin los cuales no se logra una fórmula jurídica sostenible y aceptable, como aquella en la cual, si

bien se permite el derecho de rebelión, no se acepta la comisión de crímenes frente al derecho internacional humanitario como los crímenes de guerra por parte de los actores e intervinientes en el conflicto, por lo tanto, una fórmula de justicia debe dar respuesta válida y propiciar la solución jurídica a quienes cometieron esos graves abusos en medio de las hostilidades armadas, como puede ser la de la justicia transicional en un modelo alternativo de justicia.

1.6. Justificación de la Investigación sobre la Justicia Transicional

La justificación indica por qué vale la pena llevar a cabo la investigación. En el presente trabajo la justificación está dada por los aportes teóricos, prácticos y metodológicos que se propuso desarrollar la investigación.

Desde la perspectiva teórica y normativa, la investigación tiene una valiosa justificación en tales tópicos, dado que supone un aporte al conocimiento sobre las teorías y las leyes. Así, la Constitución de Colombia (art. 22) consagra que constituye un derecho de las personas y un deber para Estado el complejo fenómeno de la paz, (Const. 1991, Colom.); y la libertad como atributo esencial de la vida humana, fecundadora de dignidad e igualdad, creó al fragor de la paternidad de las revoluciones, el derecho a la resistencia, a la rebelión. La lectura de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y las francesas de 1789 y 1793 concretan esta cláusula de seguridad, de reserva frente a los atropellos²⁰.

Desde la perspectiva práctica, la investigación tiene justificación dentro de esa categorización, dado que se propone aportar un beneficio relacionado con la solución de un problema concreto, que afecta los derechos constitucionales de las víctimas del conflicto bélico interno de Colombia, en razón a que se han quebrantado sus derechos y los de la sociedad, en especial los relacionados con la garantías de las víctimas que constituyen el deber estatal de protegerlos, de reparar los efectos de su vulneración y de sancionar la afectación por razón del conflicto interno, una afectación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario producto de la ejecución de crímenes de guerra. (C-573/2013)

En cuanto al aporte metodológico la investigación se propuso adelantar estudios y análisis que

²⁰ Es la proclama a todos los pueblos: “Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigidas invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad” (Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776). Ricardo Sánchez Ángel -Cinco tesis sobre el derecho a la paz en Colombia. Facultad De Ciencias Humanas Universidad Nacional De Colombia, 2015.

pongan énfasis en las características y elementos metodológicos de la Justicia Transicional y la Jurisdicción Especial para la Paz.

Los anteriores planteamientos permiten destacar, que aunque los trabajos de investigación a nivel de doctorado presuponen aportes metodológicos y teóricos, en este caso adicionalmente, se proyectó hacer un aporte tanto a la problemática del conflicto bélico interno de Colombia como a la regulación jurídica del mismo a partir del proceso de paz.

1.7. Objetivos de la Investigación

Los objetivos son la guía de la acción son la razón de ser y hacer de la investigación²¹.

1.7.1 Objetivo general

El objetivo general o central, que se traduce en el resultado que debe presentar al final el trabajo investigativo debe enlazarse o relacionarse con el problema de la investigación, por lo que hace referencia al título del trabajo, al problema de investigación y a la forma como se orientan tales aspectos hacia el resultado.

Se propuso en la investigación como objetivo general: Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo, que permita adelantar la tarea ineludible de poner fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como el conflicto armado interno más largo del mundo.

1.7.2 Objetivos específicos

Los objetivos específicos se conciben en investigación como los segmentos o sectores que permiten resolver o solucionar el objetivo central y dar respuesta al problema de investigación formulado como base del trabajo.,

Los objetivos específicos que propusieron desde el proyecto fueron:

- 1.- Identificar el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de sus instrumentos de justicia

²¹ Los objetivos pueden definirse como el propósito buscado, el producto final de un proceso determinado. Se debe observar que en su construcción se describe el resultado esperado, más no el proceso utilizado para llegar a él.

alternativa de carácter judicial o extra-judicial, que por una parte permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción y por otra parte, permitan alcanzar el derecho fundamental de una paz estable y duradera en la sociedad colombiana.

- 2.- Categorizar los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, como instrumentos que tienen por finalidad prevalente generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera
- 3.- Determinar la situación actual de las medidas de no repetición que eviten la reproducción de los hechos relacionados con masivas violaciones de los derechos humanos.
- 4.- Proponer estrategias dentro de los procesos de justicia transicional tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados con masivas violaciones de los derechos humanos en los varios niveles del Estado y la sociedad, tomando como base los principios y directrices propuestos por la ONU que tratan sobre el control civil sobre las fuerzas de seguridad, la prevención y difusión de estas, y las reformas institucionales, si fueren del caso.

1.8. Los Resultados Esperados frente al problema de Investigación sobre la Justicia Transicional

En el cuerpo del presente trabajo se ha señalado que Colombia ha vivido “el conflicto armado interno más largo del mundo”²², y para resolverlo ha propuesto la justicia transicional como un tipo de justicia penal que sea capaz de favorecer y, aún más, hacer posible la pacificación, es decir el cese del conflicto, en tal sentido se ha señalado que:

Desde la elaboración del proyecto se consignó que,

“De acuerdo con Marc Wyuts, profesor de economía matemática del Instituto de Estudios Sociales de La Haya, lo que en realidad importa en la investigación no son respuestas geniales a preguntas intrascendentes; son las preguntas adecuadas las que dan sustento a la

²² Concepto emitido por autores como: Nasi y Rettberg (2005); Sandoval y Martínez (2010); Cáritas, Cooperación Internacional (2010); Vinyamata y Benavides –eds. – 2011); Albert (2004).

investigación fértil. Esto no quiere decir que encontrar una pregunta adecuada sea un asunto sencillo; más bien, el planteamiento sugiere que, al identificar una pregunta pertinente de investigación, la elaboración del trabajo tiene mayores posibilidades de terminar en una propuesta consistente para el evaluador y, sobre todo, en un proyecto realizable para el investigador” (Wyuts, 1992).

Frente a lo expuesto y en cuanto a los resultados esperados al final del trabajo de investigación, se formuló la pregunta. ¿Podrá el modelo de justicia transicional, y su controversial sistema de penas alternativas, contextualizados, fundamentados y con aplicaciones estratégicas de no repetición, dar fin al conflicto armado interno que por más de cinco décadas hostiga a Colombia?

Para responder a lo anterior se elaboró el trabajo a partir de la descripción del problema, teniendo en cuenta los fundamentos filosófico-jurídicos de la problemática de la justicia penal alternativa desde la teoría del garantismo penal, en la búsqueda del “modelo de justicia penal alternativo”, los Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición y los Problemas jurídicos fundamentales de la justicia transicional, frente a las reformas constitucionales y sentencias de la Corte Constitucional revisadas desde el denominado *Fast Track*, y, en el marco del objetivo central: “Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo que permita adelantar la tarea ineludible de dar fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como “el conflicto armado interno más largo del mundo”.

En el desarrollo de este objetivo, se adelantaron dos actividades fundamentales: elaborar en forma detallada un marco referencial que representara el marco de análisis bajo el cual se desarrolla la investigación. Su construcción se realizó por tanto, al igual que el estado del arte, a partir de la revisión de la literatura existente, por tal razón las referencias registradas corresponden al estado del arte y a los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación.

En razón a que el estado del arte consiste en la configuración de un mapa con autores relevantes sobre la justicia transicional, en el cual se han cartografiado las relaciones temáticas pre-existentes a la idea germinal de este tipo de justicia, lo cual ha permitido hacer la genealogía del problema, revisar de lo que se ha dicho al respecto. La elaboración del estado del arte debe aportar a la respuesta de la pregunta de investigación en los antecedentes del tema. Los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación adelantados permitieron revisar la literatura sobre la justicia

transicional y presentar una síntesis de los trabajos consultados sobre la justicia transicional, teorías, argumentos, contexto, fundamentaciones, aplicaciones y penas alternativas, así como la conceptualización, principios y jurisprudencia sobre el tema.

Se propuso el trabajo adelantar una investigación bajo la modalidad de investigación cualitativa, definida como el tipo de investigación que produce hallazgos a los que se llega sin la utilización de procedimientos estadísticos o medios de cuantificación o cuantitativa, y se definió que el estudio sería de tipo descriptivo, por cuanto utilizó un componente metodológico cualitativo.

1.9. Marco Referencial

El marco referencial representa el marco de análisis bajo el cual se desarrolla la investigación. Su construcción se realiza, al igual que el estado del arte, a partir de la revisión de la literatura existente sobre el tema. Las referencias registradas en este segmento corresponden al estado del arte y los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación.

1.9.1 El estado del arte

Siguiendo las pautas de Valencia (2014) se ha elaborado el estado del arte, el cual es tratado con base en la configuración de un mapa de autores relevantes sobre la justicia transicional, en el que se han cartografiado las relaciones temáticas pre-existentes a la idea germinal de este tipo de justicia, lo que permite hacer la genealogía del problema, enterarse de lo que se ha dicho al respecto, su génesis y evolución, todas estas son las acciones que constituyen la elaboración del estado del arte.

• Los orígenes de la justicia transicional

El estudio de la Justicia Transicional no es un tema contemporáneo, hunde sus raíces en la antigüedad, desde Grecia aparecen sus primeras manifestaciones por lo que sus orígenes se remontan a la antigüedad, tal como lo sostiene la doctrina autorizada, Elster, (2004),

“avanza desde la restauración de la democracia en Atenas (411 a. c.) hasta las numerosas transiciones en la Europa del siglo XX, como la de Francia de 1814 y 1815 luego de la restauración de las monarquías de los Borbones, como también en Sudáfrica y América Latina, lo cual pone de presente, como lo resalta el autor citado, que la existencia de la

Justicia Transicional no es un problema de la modernidad o de los regímenes democráticos sino que ha operado de antiguo, lo que permite sostener, que en estos casos se ha aprendido desde la experiencia y que ésta ha permitido avanzar hacia un segundo paso o nivel superior”.

“Los tribunales internacionales de Tokio y de Nüremberg fueron establecidos después de la segunda guerra mundial, para la investigación y juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por las dictaduras del eje, para entonces, la discusión jurídica estaba relacionada con la naturaleza jurídica de estos crímenes (Lachs, 1945) y el enjuiciamiento al que debían ser sometidos sus presuntos autores (Lemkin, 1947).

“Treinta años después de los regímenes autoritarios en el sur de Europa, la búsqueda de la responsabilidad volvió a tomar fuerza, mientras en España, las élites, preocupadas por la estabilidad de la transición optaron por un pacto amplio de perdón y olvido, con el problema de qué hacer con quienes violaron los derechos humanos en la dictadura anterior, frente a la posibilidad de llevarlos a responder al juicio penal; aunque el régimen Español ha sido considerado exitoso por la estabilidad del nuevo régimen democrático, las víctimas de la represión franquista no han sido rehabilitadas en debida forma y el responsable de la dictadura no fue condenado, sino que hasta el año 2002, en el parlamento Español, se expidió una ley de 1977, que no solo permitió la libertad a todos los miembros de ETA que estaban en prisión sino que impidió la revisión judicial del pasado dictatorial” (Aguilar, 2001).

En América del Sur, los nuevos regímenes democráticos de países como Argentina, Brasil, Uruguay y Chile, entre otros, experimentaron limitaciones serias al confrontar el pasado, lo que los condujo al establecimiento de “amnistías generales o mecanismos alternativos de rendición de cuentas, como las comisiones de la verdad. La experiencia de estos países ofrece ejemplos de formación de los intentos de abordar los aspectos fundamentales de las políticas de la transición y de la democratización” (Barahona, 2011).

En Europa del Este, luego de la caída del régimen comunista, se inicia una “nueva ola del proceso de transición en donde el alcance de las medidas de la justicia varía considerablemente según el caso, las políticas económicas se enfrentan a varios problemas entre ellos; la propiedad debe ser privatizada, los precios deben ser liberalizados y el

presupuesto de los Estados debe ser estabilizado” ante la fuerte presión inflacionista y el impacto económico de la crisis en la región (Offe, 1993).

En Suráfrica al finalizar el *Apartheid* se instauró un mecanismo de justicia transicional conocido como la “Comisión de Verdad y Reconciliación”, al que se le reconoce una importante contribución al estudio de la verdad, la reconciliación y la renovación democrática. (Krog, 1999).

• **La justicia transicional reciente**

En los últimos años aparece una serie de publicaciones sobre estudios de caso en Justicia Transicional, especialmente en Europa Oriental, América Latina y Asia (Boraine y Levi, 1995), (Steiner, 1997), (Henkin, 1998), sin embargo, se resalta “el estudio comparativo de comisiones de la verdad que describe 21 casos de entidades transicionales en América Latina, Asia y Europa, entre 1974 y 1999 se hace una exploración detallada de las comisiones de la verdad, la angustia, la injusticia y el legado de odio que tienen el propósito de resolver” (Hayner, 2001).

“En América Latina se comparan regularmente los casos de Brasil en el periodo de 1964 a 1979 y Uruguay entre 1973 y 1985, frente a la violación de derechos humanos producto de las dictaduras militares (Weschler, 1990), de igual manera argentina y Chile, que se han enfrentado al legado de graves violaciones de derechos humanos trataron de remodelar el campo de los derechos humanos en varios aspectos que van desde la institucionalización de los patrones de rendición de cuentas a los mecanismos de expiación y compensación, desde la política educativa a la reforma constitucional, de las políticas de reconciliación nacional a los debates sobre la historia y la memoria colectiva” (Roniger y Sznajder, 1999), Chile y Uruguay (Barahona del Britto, 1997), y Argentina, Brasil y Chile (Pereira, 2005).

“En África se destacan los esfuerzos por investigar los casos de Justicia Transicional frente a violaciones de derechos humanos” (Carver, 2004), (Bosire, 2006), “mientras que en Europa muchas personas se convirtieron en víctimas inocentes de la retribución mientras que criminales de guerra escaparon al castigo, ante lo que se observa la amnesia colectiva de los gobernantes europeos y de los pueblos frente a su propia responsabilidad por los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad” (Deak *et al*, 2000) y “algunas comparaciones con enfoques transnacionales” (Forsberg et al, 1998).

Colombia muestra un perfil especial sobre el tema, una verdadera caracterización específica,

singular, propia tal como lo señalan Guzmán, Sánchez y Uprimny (2010):

“cuenta con un marco normativo sólido y relativamente avanzado, en el cual se han incorporado los estándares internacionales de derechos de las víctimas y lucha contra la impunidad –bien sea por la vía legal o jurisprudencial-, los obstáculos que surgen en la práctica para el éxito de las investigaciones y juicios son múltiples y variados. Algunos se deben a la poca eficacia del marco normativo y la enorme distancia que hay entre éste y las prácticas judiciales”.

“El concepto de Justicia Transicional en Colombia no se ciñe al significado estricto de otros países en donde se ha pasado de un Estado autoritario a un Estado Democrático; se utiliza en su lugar, la transición de régimen a otro o de determinadas circunstancias a otro modelo, lo cual implica un esfuerzo mayor por tratar de ampliar el concepto de justicia transicional; aunque se siguen presentando violaciones a los derechos humanos el Estado insiste en generar procesos que reconozcan los abusos y se formulen soluciones hacia el futuro” (Maldonado, 2012).

“La idea de justicia transicional se empezó a introducir en Colombia con la desmovilización de algunos frentes paramilitares aglutinados en las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), específicamente con la ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz. La presencia de los derechos a la verdad, justicia y reparación no asegura su cumplimiento efectivo y a cabalidad de tales postulados, aunque la normatividad los reconoce como principios obligatorios existieron grandes dificultades para que se lograran efectivizar, las víctimas han tenido grandes problemas para hacer valer sus derechos en este proceso de justicia y paz” (Guzmán, Sánchez y Uprimny, 2010).

En este específico “caso se presenta una tensión entre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación frente al ideal de paz y reconciliación, por cuanto para que los victimarios decidan dejar las armas es necesario incentivarlos con beneficios como el perdón y el olvido de sus actos” (Uprimny, Saffon, 2005), sobre el particular señala la Corte Constitucional en la Sentencia C- 370/2006: *“Es posible lograr ese equilibrio entre justicia y paz?, si no es así, que tanto de justicia debe sacrificarse para lograr la paz?”*, interrogantes que ponen en entredicho el éxito o fracaso de este proceso en el que estaba para la época el Estado Colombiano interesado en sacar adelante.

“En los procesos de negociación y acercamiento de las partes en conflicto resulta trascendental, reconocer el papel que cumplen los diferentes instrumentos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, puesto que pueden contribuir a sobrepasar constructivamente las tensiones” (Bleeker, 2007:2) “entre los componentes justicia y paz. A su vez, estos componentes se convierten en elementos relevantes de emancipación social, al tener en cuenta como principio fundamental, la dignificación de las víctimas y la participación de estas durante todo el proceso de verdad, justicia y reparación, así como su reconocimiento como derecho-habientes, como ciudadanos.” (Bleeker, 2007).

“La Constitución determina un tipo de Estado que corresponde al Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, democrática, participativa y pluralista, luego plantea como núcleo esencial del mismo el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general”.

Bajo el anterior panorama esta modalidad de Estado debe garantizar estándares mínimos de protección de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, en razón al conflicto armado interno que ha existido por más de cinco décadas en nuestro país. Sobre el tema se formulan varios interrogantes, tales como: ¿El Estado Colombiano garantiza los estándares mínimos de protección de las víctimas de crímenes de lesa humanidad?, ¿Qué está sucediendo con el proclamado Estado Social de Derecho y la efectividad de sus pilares?, ¿Los fines de nuestro Estado se han desvirtuado y parece más un camino hacia la impunidad?, ¿Será que el Estado Social de Derecho es solo para unos pocos?” (Rodríguez, 2006).

El conflicto armado en Colombia muestra una singular complejidad por la variedad de factores que presenta, especialmente frente al movimiento de actores en diferentes orillas, las autodefensas y los insurgentes, caracterizado por una crisis ideológica, una prolongada permanencia del conflicto armado, un altísimo costo en vidas humanas, el variado número de grupos armados involucrados, la degradación del conflicto, las redes con el crimen organizado, la financiación del narcotráfico, múltiples actores armados implicados, la fragmentación interna de estos, es decir un conflicto complejo y singular, diferente al de otros países, por lo que se debe:

“acudir a procedimientos especiales que permitan y faciliten la reincorporación a la sociedad de las personas que conforman esos grupos, contribuyendo a lograr la pacificación del país. En tal virtud, se requiere buscar alternativas entre las cuales la vía jurídica para lograr la consecución y mantenimiento de la paz atendiendo los postulados de derecho constitucional e internacional” (Lopera, 2007).

En el año 2005 se expide la ley 975 bajo en nombre de ley de Justicia y Paz, en el marco de un proceso de negociación del gobierno nacional con los grupos paramilitares denominado “Proceso de Paz”, presentado como el primer paso expreso que acude a la justicia transicional que pretendía poner punto final a la guerra y a los graves efectos derivados de ella, con el paso de los años se ha podido concluir que los resultados de esta ley han sido deficitarios frente a las víctimas y sus derechos, se convirtió en una amplia, generosa y blanda negociación con quienes han cometido actos que se caracterizan por su atrocidad y extrema crueldad, sin que se haya hecho efectiva la verdad, la justicia y la reparación para quienes sufrieron los terribles efectos del accionar de esos grupos irregulares.

Como lo señala Uprimny (2004), los procesos de paz o de justicia transicional deben intentar en principio: “llevar a cabo una transformación radical del orden social y político de un país, o bien para reemplazar en estado de guerra civil por un orden social pacífico, o bien para pasar de una dictadura a un orden político democrático”.

Este proceso de justicia y paz resulta especialmente ilustrativo por la variedad de aspectos que lo configuraron, como lo anota un autor en forma precisa:

“...ya que el proceso de desmovilización de los paramilitares iniciado en el año 2002 y a partir del cual se ha generalizado el uso del vocablo justicia transicional, ha sufrido transformaciones importantes en virtud de los estándares jurídicos desarrollados por instancias internacionales y recepcionados en el derecho interno. Por ejemplo, la ley 975 de 2005, que no contemplaba ningún mecanismo para establecer la verdad, sufrió modificaciones en virtud de la sentencia C-370 de 2006. En ella la Corte Constitucional estableció que, en razón a que las víctimas y la sociedad tienen el derecho a saber la verdad, y no había mecanismos específicamente diseñados para este fin, en los procesos penales debía exigirse confesiones plenas por parte de los desmovilizados con el fin de acceder a

los beneficios punitivos consagrados a su favor, de lo contrario, la ley permitiría una vulneración a los derechos de las víctimas inaceptable en nuestro régimen Constitucional” (Guzmán, 2010).

Una de las características de la Justicia Transicional es precisamente, el carácter particular en cada caso concreto de los instrumentos jurídicos o políticos a utilizar, conforme a circunstancias propias de cada fenómeno en particular, cuya aplicación lograr un equilibrio entre los valores de la paz y la justicia.

Sobre el particular sostiene un reconocido autor:

“... cada proceso de transición tiene sus particularidades en la medida en que los mecanismos jurídicos y políticos se definen de acuerdo a las características culturales, históricas y las motivaciones de los actores de las sociedades en que se desarrollan. En ese sentido existen particularidades en los procesos de transición en Estados que han atravesado crisis democráticas, en tanto rupturas de sus regímenes democráticos, como ocurrió con las dictaduras en América Latina; así mismo el ámbito de situaciones de conflicto armado o de guerras donde no solamente se presentan el quebrantamiento de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sino también la conculcación de las normas del derecho internacional humanitario, lo que resulta en la variedad de instrumentos de la llamada geometría de la justicia transicional, que no es más que la existencia de un conjunto de mecanismos políticos y jurídicos que deben responder al necesario equilibrio entre los valores de la paz y de la justicia en un marco de Estado Social de Derecho” (Ardila, 2006).

La individualización de cada proceso de justicia transicional que lo diferencia de los demás depende de una serie de factores según el país o las circunstancias que le son propias, entre ellas:

“el desarrollo histórico del conflicto, su duración, el tipo de represión ejercida intensidad, extensión, métodos, las condiciones bajo las cuales se llega al proceso transicional, derrota militar, colapso del Estado, negociación, el perfil sociopolítico y el balance de poder entre los distintos actores, la solidez del sistema político y el sistema judicial, el grado de consolidación y participación de la sociedad civil, la continuación de los perpetradores en el poder, la actitud de las élites hacia la transición, la forma en que se define a la víctima y al perpetrador, la disponibilidad de recursos para la reparación y la reforma institucional ,

y la participación de la comunidad internacional” (Barahona de Britto, 2001, 320-329; González Enríquez, *et al.*, 2001: 303-314; Elster, 1998; Uprimny, 2006: 40) citados por González (2010).

El análisis de la Justicia transicional permite sostener, que en el marco general del abordaje y superación de un pasado marcado por la violación a gran escala de los derechos humanos de las víctimas, no existe una fórmula única para su aplicación y desarrollo, sino que a partir de las particularidades y características específicas de cada país y su problemática, debe definirse el marco de acción relacionado con el diseño y delimitación de las instituciones propias de esta forma de justicia que juega un papel fundamental en el tránsito de la guerra a la paz.

En Colombia se expidió la Ley 418 de 1997 durante la presidencia de Andrés Pastrana, época en la que se estableció la zona de distensión en el área del Caguán (Caquetá) para propiciar diálogos con las Farc, proceso fallido ante la inasistencia de las Farc, lo que dio lugar al fortalecimiento de las fuerzas militares y la suscripción del plan Colombia con Estados Unidos que luego arrojara contundentes resultados militares contra ese movimiento guerrillero.

Posteriormente Álvaro Uribe como presidente, inicia diálogos con el grupo paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia, en cuyo marco se expide la ley 975 de 2005 que tuvo por finalidad la dejación de las armas y la desmovilización de sus combatientes o integrantes.

Este modelo de justicia transicional se basó en el proceso de investigación y juicio penal a través del cual se sancionaba a los perpetradores, es decir se “imparte justicia, se busca la verdad y se repara a las víctimas. En este modelo la justicia es un derecho que se intercambia fácilmente con cualquiera de los dos derechos de la trilogía transicional (verdad y reparación), varios autores lo consideran moralmente impropio y estéril” (Peralta, 2010), (Torregrosa N. y Torregrosa R, 2008), “proponen una evaluación crítica del proceso de justicia transicional en Colombia en razón al contexto legal de la ley de justicia y paz frente a las normas del *Ius Cogens*, así como a la reducción y flexibilización de las penas a favor de la verdad, justicia y reparación, por lo que se ha sostenido que la justicia transicional en Colombia presenta serias anomalías que no contribuyen a una justa y verdadera paz en nuestro país”.

El ICJT a través de su unidad de investigaciones ha realizado múltiples publicaciones sobre asuntos nacionales e internacionales que evidencian los resultados de sus análisis. Para el caso colombiano, ante la consulta de la alternatividad penal como proyecto de ley estatutaria, en el

contexto del proceso de diálogo con grupos armados al margen de la ley en el año 2004, que buscaba la reincorporación a la vida civil de los integrantes de esas organizaciones, publicó un documento (Botero, 2004) sobre el citado proyecto de Ley Estatutaria, que buscaba recomendar mecanismos concretos y factibles para que las medidas jurídicas que se adoptaran pudieran cumplir con la obligación de buscar la paz sin desconocer el cumplimiento de las deberes originados en el nivel internacional, frente a la protección de los derechos humanos y en forma concreta, el deber de investigar, juzgar y sancionar evitando de esta manera la impunidad.

Las premisas del citado documento, (recomendaciones proyecto de ley 85 de 2003, MIJ), que resulta muy ilustrativo sobre el tema, son tres: la primera corresponde a la idea según la cual, la mejor manera de proteger los derechos humanos de la población colombiana es a través de la celebración de un acuerdo de paz con los grupos al margen de la ley, para lo cual resulta indispensable la inclusión de elementos de “justicia transicional” en donde se evite la violación de los derechos humanos de la víctimas y de los ciudadanos. La segunda premisa plantea que en el contexto de un proceso de paz no es posible adoptar medidas universalmente satisfactorias, que resuelvan las tensiones y/o conflictos generados al investigar y juzgar determinadas violaciones. Finalmente, la tercera premisa hace referencia a las obligaciones internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en materia de derechos humanos, las cuales deben ser cumplidas aún en un proceso de paz y reconciliación.

El investigador Nesiah junto con el ICJT, (2007), se refiere al tema de la siguiente manera:

“presenta una publicación sobre una serie de manuales temáticos y operativos sobre los temas de género y de justicia transicional. El objetivo de esta serie de publicaciones consiste en brindar asistencia a quienes trabajan con mecanismos de justicia transicional, para la comprensión de cómo los procesos de justicia transicional se enlazan con los esfuerzos de las mujeres que han sido víctimas de estas violaciones y que buscan justicia y reconocimiento, por eso consigna que: los manuales han sido diseñados para ayudar a establecer procesos que sean receptivos a la dinámica de género en la violación de derechos humanos y sean consecuentes con la realidad que se presenta al momento de un proceso de justicia transicional, concluyendo que cada proceso tiene problemas específicos que dependen de la historia, de la realidad política y social de cada comunidad” (CIJT, 2007).

Para el mismo año 2007, la directora de la Unidad de Reparación de la corporación citada en asocio con investigadores Rubén Carranza y Cristian Correa, presentan un texto relativo a los lineamientos que debe seguir una sociedad o un Estado para realizar un proceso de reparación en el que se abordan los aspectos teóricos y prácticos en un proceso de transición, para concluir que en la medida en que los autores nacionales estén comprometidos con el reconocimiento de la importancia de las reparaciones en la agenda de construcción de paz, se generan incentivos y apoyos internacionales que permiten el cumplimiento estatal de deberes relacionados con tal finalidad. (Margaret, 2007).

EL ICJT publica en el 2008 una serie de textos de Justicia Transicional, tres publicaciones en temas de memoria histórica, justicia penal y reparaciones, el primero, Romero, (2008).

“...se concentra en el tema de memoria histórica y se divide en tres secciones, en la primera se presentan algunos de los argumentos más importantes dentro del campo de la justicia transicional y en relación con los temas de la búsqueda de la verdad y la memoria colectiva. La siguiente sección aborda los mismos temas, pero desde la perspectiva comparativa mediante procesos ocurridos en América Latina. Europa y África, en donde se observan los diferentes resultados teniendo en cuenta el contexto político interno y externo de cada país. En la tercera parte se habla del examen del pasado y el presente por parte de familiares directos de víctimas en distintos contextos, entre ellos el caso Colombiano. Finalmente el autor concluye resaltando la existencia de la relación entre la memoria colectiva y las posibilidades de reconstruir la confianza de la sociedad que ha padecido las violaciones y el conflicto armado, para concluir con los resultados de las diferentes comisiones de la verdad en el mundo”

Como conclusión general de estas obras se muestran los tropiezos, desaciertos y dificultades que enfrentan los procesos de justicia transicional en el mundo, así como el papel preponderante de la verdad y la memoria colectiva en cada uno de ellos. Descubrir la verdad y recordar contribuye a que hechos similares no vuelvan a repetirse, como ha ocurrido con los sobrevivientes del holocausto de la segunda guerra mundial, proceso que se traduce en el llamado derecho a la memoria histórica lo cual contribuye a la no repetición, pero también requieren una justicia penal adaptada al contexto propio de la justicia transicional.

El segundo libro de esa serie (Díaz, 2008), muestra cuatro estudios de casos típicos (Argentina, Chile, Sudáfrica y Perú), hace referencia al vínculo entre las reparaciones, el esclarecimiento de la verdad y el efecto que produce en las víctimas, el apartado dedicado al: *“Derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”* puede servir de guía para el caso Colombiano por su similitud en este aspecto con el caso Peruano.

El tercer texto (Reed, 2008), compila artículos relacionados con algunos elementos dirigidos a los operadores judiciales sobre retos derivados de la persecución penal y judicialización de crímenes de tipo sistemático o de sistema, por cuanto desafían el derecho penal y el proceso penal tradicional, su aplicación y comprensión, en especial la forma de operar como maquinaria u organización criminal, Macrocriminalidad, gran dañosidad social, etc., *“tal como lo expone el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el documento iniciativas de persecución penal, la tarea del aparato de investigación y juzgamiento no es la de: sencillamente describir la comisión del acto criminal, sino la de elucidar la operación de los elementos de la maquinaria criminal”* (Reed, 2008).

La Defensoría del Pueblo en Colombia y el CIJT publica una guía institucional para explicar el concepto de víctima desde el Derecho Internacional y el Derecho Interno en Colombia (2009), partiendo del criterio interpretativo de la Corte Constitucional en nuestro país y en especial para su representación, asesoría y orientación de sus reclamaciones en los procesos derivados de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

El CIJT publica en el año 2010 Recordar y Reparar, Díaz, (2010) en el que:

“presenta los dilemas y dificultades en Colombia de la utilización de la Justicia Transicional. Resalta que en nuestro país la Justicia Transicional, puede presentar modificaciones no deseadas con los estándares y conceptos propios de ésta, aclara que el proceso de justicia y paz no es el único ni el más importante en materia de Justicia Transicional, el documento busca identificar otros escenarios de transición con respecto a las víctimas y el derecho a exigirle al Estado el cumplimiento de sus deberes en el modelo de Estado Social de Derecho”.

La Universidad del Rosario publica en el año 2006 un documento (Gamboa, 2006), el cual se caracteriza y resulta importante en tanto;

“que contiene textos jurisprudenciales y ensayos de autores sobre la teoría y práctica de la Justicia Transicional. Las dos primeras secciones abordan un análisis crítico acerca del dilema de cómo enfrentar las masivas y atroces violaciones de derechos humanos frente a la génesis de las guerras, dictaduras y el conflicto armado, se ocupa de los diversos aspectos de Justicia Transicional desde la perspectiva moral y política, en especial de estudios comparados en transiciones democráticas en países que lo han enfrentado”.

La tercera y cuarta parte hacen referencia al caso colombiano, concluyendo que es necesario que en los procesos de justicia transicional se den los tres componentes: Verdad, Justicia y Reparación, así como la construcción de una memoria colectiva para que hechos gravemente dañosos, las atroces violaciones a derechos humanos no vuelvan a ocurrir, resalta las víctimas como testigos históricos y como sujetos de justicia.

Existen estudios que sostienen que los derechos a la verdad, la justicia y reparación no son solo de la Justicia Transicional, sino que deben ser reconocidos a las personas por el hecho de ser víctimas de violaciones de derechos humanos, aunque afirman que es la Justicia Transicional el escenario propicio para que estos derechos se reconozcan y se verifique su cumplimiento. (Rincón, 2010).

En concreto, en el caso colombiano la aplicación de la Justicia Transicional implica partir del presupuesto constitucional del modelo de: “Estado Social y Democrático de Derecho, que aún no ha superado los factores generadores de violencia que permitan considerar la existencia de un posconflicto y la legitimación del Estado social, la Justicia Transicional se presenta como una situación de emergencia más que de transición, por cuanto no hay transición de la guerra a la paz al no haberse superado los motivos que originaron el conflicto armado. La justicia transicional se refiere a las labores que debe implementar un Estado cuando llega al posconflicto, por tanto la justicia Transicional lo que hace es descubrir caminos para lograr que esas soluciones sean definitivas”. (Lopera, 2011).

Los efectos de la vigencia de la Ley de Justicia y Paz examinados desde las altas esferas del Estado, muestran la incapacidad para desestructurar esas organizaciones de gran poder criminal y la necesidad de reformar profundamente el Estado sobre la base de la aplicación de la justicia transicional, es decir es poco alentador el balance de ese mecanismo jurídico y así lo reconoció en el año 2011 la Oficina del Alto Comisionado para la Paz en la página Web, al consignar que:

“era necesario reformar la ley 975 de 2005, la aplicación del derecho a la verdad sigue sin ser completa, no se han conseguido desmantelar completamente las estructuras políticas y económicas que fueron usadas por las organizaciones paramilitares para garantizar la no repetición y, solo se han proferido 6 sentencias (7 para el 2012), no se debe buscar solamente una reforma procedimental sino una reforma estructural, en el marco de todos los mecanismos posibles de justicia transicional particularmente la ley de Víctimas y Restitución de Tierras. La propuesta incluye las siguientes recomendaciones: establecer una duración determinada para la rendición de versiones libres, que además podrían ser colectivas; centrarse en la investigación de los delitos más graves y en la identificación de los máximos responsables, evitar las conciliaciones entre víctimas y perpetradores dada la gravedad de los delitos investigados; aclarar que los crímenes cometidos por niños, niñas y adolescentes deben ser imputados a los mayores de 18 años que los reclutaron, y señalar que las condenas deben empezar a cumplirse desde el momento de la sentencia. Informe ONU” (2011).

A partir de la ley de Justicia y Paz del año 2005, el tema de Justicia Transicional está a la orden del día en el terreno jurídico, político, social y de los derechos humanos, para buscar a través de su utilización, frente al conflicto específico de Colombia, superar el conflicto armado respetando los estándares internacionales sobre las víctimas, juzgando a máximos responsables.

Para el autor Paul Seils (2012), “En Colombia se hace necesario reorientar el proceso de justicia y paz hacia la identificación de los máximos responsables de dicho fenómeno, entre ellos los que establecieron y mantuvieron sus estructuras.” Esta concepción “...es útil en términos de eficiencia y permite un criterio éticamente justificable que se aplicará a la priorización de las investigaciones penales, en las que es probable que haya un gran número de sospechosos involucrados.”

En el año 2012, la Directora del Programa Colombia de ICTJ, en el evento: “Retos y Oportunidades de la Reforma de la Ley de Justicia y Paz”, afirmó que la principal preocupación del ICTJ frente a Justicia y Paz, es: “que la aplicación de este procedimiento especial de persecución penal todavía no asegura que al final se obtenga una verdad judicial mediante la cual se develen y expliquen la composición, la estructura y el funcionamiento de los grupos paramilitares, en tanto que son aparatos organizados de poder”. Hizo un llamado a la cautela en relación con los criterios de selección y priorización: “puesto que no se trata de una ley de

transición en sentido estricto”.

Además, señaló que: “Hasta la fecha, las iniciativas de justicia transicional registradas (en Colombia) han sido las posteriores a 2005, cuando se inició el proceso de desmovilización de más de 30.000 miembros de grupos paramilitares, responsables de cientos de miles de violaciones de los derechos humanos, entre ellas muchas consideradas crímenes por el derecho internacional.”

En Colombia la Justicia Transicional resulta ser una figura reciente, aparece desde el proceso de negociación del gobierno de Álvaro Uribe con la cúpula y mandos medios de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), como se ha dicho, que trató de pasar de la guerra a la paz, según Iván Orozco, en todo caso la Ley de Justicia y Paz se enfrentó a la denominada Justicia Restaurativa, por cuanto al hablar de Justicia Transicional no solo es necesario tratar el problema de la reparación de las víctimas sino tratar de proporcionar la reconciliación entre ellas: víctimas y victimarios.

En el citado texto se aborda el problema jurídico citado, pero además los enfoques pedagógico, filosófico y sociológico que colaboran en el debate de la justicia transicional en Colombia.

De igual manera, se encuentra el planteamiento de los profesores De Greiff, De la Calle, Mendoza, Saffon y Uprimny (2009) que distinguen dos valores en los procesos de justicia transicional: El diálogo y la desmovilización de grupos armados irregulares de una parte, identifican lo que algunos sostienen, que la justicia plena es la razón de ser y la garantía de la paz, es decir sin justicia no hay paz, otros consideran que la paz tiene un valor superior y que es necesario sacrificar la justicia para alcanzar la paz producto precisamente de la salida negociada.

En Colombia el problema de la Justicia Transicional resulta de vital importancia en la actual coyuntura política y jurídica del país, en especial atendiendo el principio según el cual, no existe una única fórmula de Justicia Transicional, dado que es indispensable determinar un complejo conjunto de circunstancias particulares del conflicto específico del país y del momento histórico por el que atraviesa, tal como lo resaltan los autores citados, por lo que este aporte resulta necesario para empezar a analizar el escenario de la justicia y la paz en Colombia en relación con el problema político y jurídico de la justicia transicional.

Del estudio de Los derechos que pretendió garantizar la ley de Justicia y Paz han surgido varios análisis y posiciones críticas, en especial el derecho a la reparación que ha sido entendido como el conjunto de medidas establecidas para resarcir a las víctimas de los daños causados por los delitos,

lo cual implica, no solo medidas de carácter indemnizatorio y económico sino también de restitución, con el objeto, en lo posible, de que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación de sus derechos, implica adicionalmente medidas de readaptación, lo cual comprende atención física y psicológica para su recuperación. Uprimny ha propuesto la noción de “*Reparaciones transformadoras*”, como instrumentos que permitan, no solo lo anterior, sino la creación de mejores condiciones de repartición de los recursos para el futuro (citado por Patiño, 2010).

Randy Barnett “propone como nuevo paradigma de la justicia criminal la Restitución. Sostiene que lo importante no es que el ofensor o agresor merezca un sufrimiento por el dolor que ha ocasionado, sino que la víctima acceda a una compensación por la pérdida que ha sufrido Barnett” (Peralta, 2010).

Una propuesta es “abordar el tema de las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, desde una perspectiva política a partir de tres dimensiones: dimensión justicia, dimensión administrativa y dimensión política, por cuanto usualmente se ha caracterizado solo por el enfoque normativo o jurídico” (Casas y Herrera 2008).

A lo anterior se adiciona la propuesta de “visibilizar las reparaciones simbólicas como parte de la reparación integral, los simbolismos reparadores buscan nombrar y dignificar a las víctimas, recordar lo ocurrido, la verdad y solicitar perdón asumiendo la responsabilidad por lo ejecutado. Así la sociedad siente el dolor, comprende los hechos victimizantes, asume su responsabilidad y busca la no repetición” (Patiño, 2010).

Uno de los textos que analiza el problema de Justicia Transicional en Colombia, la relación con el proceso de Justicia y Paz y el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Najar, 2009), “es un documento que se estructura sobre la base de cuatro (4) ejes temáticos: El derecho a la verdad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la verdad en el marco de los procesos de justicia transicional, el fenómeno paramilitar en Colombia”, la Ley 975 de 2005 y la garantía del derecho a la verdad en su aplicación. Se ocupa básicamente del contenido y alcance que en el contexto internacional se le ha dado a la verdad y examina si esa garantía existe en el proceso de transición hacia la paz en Colombia.

El caso Colombiano es un caso particular de Justicia Transicional, (Reed, Rivera, 2009),

“se resalta que el lenguaje de justicia transicional es ampliamente utilizado en el país para enmarcar intereses políticos y orientar diferentes iniciativas, lo que muestra, según este enfoque, que el caso colombiano es un ejemplo de justicia transicional aplicada por analogía, al considerar que no existe una transición en la mayoría de experiencias fundamentales que son estudiadas a la luz de la experiencia comparada.

Esta publicación se ocupa a profundidad del estudio de los objetivos políticos de los actores en el conflicto colombiano, especialmente en el proceso de Justicia y Paz, en el que expone cuál de los actores se beneficia con la aplicación de la eventual Justicia Transicional para poder concluir la verdadera realidad de nuestro conflicto.”

Las publicaciones a nivel de tesis doctorales y de pregrado que se han realizado en la Universidad Externado de Colombia, muestran las posturas encontradas sobre la temática. el primer trabajo se orienta a “examinar las implicaciones materiales desde la dinámica constitucional, en relación con la aplicación del marco normativo de la Ley de Justicia Transicional” (Castro, 2009), este trabajo aborda la experiencia de la justicia transicional en Colombia, la dimensión del derecho a la igualdad de las víctimas en un proceso de paz y finalmente, la manera como el Estado colombiano discrimina de manera injustificada las víctimas del conflicto armado transgrediendo los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Otro trabajo (Guerra & Polo, 2010), “realiza un estudio preliminar de la Ley de Justicia y Paz como principal herramienta de la Justicia Transicional el Colombia, para lo cual se ocupa de la descripción detallada de las múltiples violaciones de los derechos humanos contra los indígenas Wayuu residentes en el territorio de Bahía Portete”, especialmente evalúa el grado de satisfacción de los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición frente a la Ley de Justicia y Paz.

En otra investigación relacionada con el área de la sociología jurídica se encuentra la tesis de doctorado (Torregroza R., 2011), en la que el autor realiza una reseña histórica y contemporánea de la Justicia Transicional con base en investigaciones relacionadas con el impacto social que ha tenido en Colombia.

Otras publicaciones relacionadas con el tema aparecen en la revista indexada “*Diálogo de Saberes* de la Universidad Libre, la primera pertenece a la línea de investigación en derecho y ciencias sociales, titulada: La reparación a las víctimas del conflicto en Colombia,

presentando un concepto amplio de Justicia Transicional, sustentando que para su implementación en Colombia, por la existencia de un conflicto armado interno con demarcación especial, se hace necesario establecer el deber esencial de fortalecer a las víctimas respecto de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, lo cual conlleva a la identificación de los responsables y a la imposición de sanciones para evitar impunidad, así como el aseguramiento a las víctimas de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición” (Estepa, 2010)

Sostiene la autora de este documento, que la reparación no es un acto de caridad o generosidad del Estado sino que debe ir acompañado de un mensaje de reconocimiento de responsabilidad, luego de un análisis descriptivo en el contexto del derecho colombiano.

La siguiente publicación denominada: “Algunas reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia, desde el derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Torregroza, 2011), se describe como con la aprobación de la Ley de Justicia y Paz se produjo un estado de impunidad, la concesión de amplios beneficios, amnistía y perdón general, concluye que la Ley de Justicia y Paz no regula mecanismos jurídicos para conocer la verdad de los crímenes y las masacres ocurridas en Colombia por los grupos de autodefensa con la aquiescencia o connivencia de sectores estatales.

“Con relación a la verdad, resalta situaciones problemáticas relevantes, entre ellas, la renuencia de los desmovilizados a confesar plenamente sus crímenes que incluyen actos de ferocidad y barbarie, luego se ocupa del problema de cómo armonizar las expectativas de las víctimas a conocer la verdad, la necesidad de registrar los hechos, las tendencias manifiestas de revictimización. Se parte del reconocimiento de que a pesar de que los estándares jurídicos que inspiran y orientan la justicia transicional invocan a las víctimas, esto ocurre, por ejemplo, con las mujeres víctimas de violaciones a los derechos humanos, que se encuentran en las regiones, incorporar perspectivas sensibles a los efectos diferenciadores de la violencia en la vida de las víctimas, como el enfoque de género, y lograr una mejor articulación entre los procesos jalonados desde arriba y las realidades e iniciativas locales” (Guzmán, 2008).

Marcellan, (2010), se ocupa de plantear la utilización de mecanismos judiciales para efectivizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad, en tal sentido se pretende cumplir el

estándar internacional relacionado con el deber de los Estados de la debida diligencia en punto de la investigación, enjuiciamiento y sanción adecuada de quienes son responsables en el ámbito penal, de graves delitos para que puedan obtener las víctimas por esta vía, la efectiva protección de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral reconocidos en su favor a nivel internacional.

Al final de los conflictos alta o masivamente destructivos, autores sostienen que:

“debe darse prioridad a los derechos y deberes de la justicia social por encima de los de la justicia correctiva. Se reseña paradójicamente, que mientras más destructiva sea una guerra, menos fuerza tendrán los derechos a la reparación y más énfasis debe darse a las políticas de reconstrucción orientadas a garantizar derechos básicos de toda la población” (Kalmanovitz, 2010).

Mientras que el problema de la impunidad podrá llamarse el problema de la desmoralización, es un problema profundo en este nivel, se necesita su confrontación y superación desde los principios fundantes de la Justicia Transicional.

“La impunidad sigue siendo un problema estructural que afecta negativamente el disfrute de los derechos. Para combatirla se necesita una política criminal garantista de los derechos humanos, que ponga énfasis en la prevención del crimen y fortalezca la formación y la educación” (Informe ONU 2011).

En el lenguaje político se ha utilizado incorrectamente el término conflicto armado interno, en Colombia por ejemplo, “se ha dado cualquier tipo de interpretaciones que conlleva definiciones que no corresponden a la estructuración de un conflicto armado, de lo cual depende la correcta aplicación de la justicia transicional” (Rodríguez, 2010).

Normalmente se pueden identificar problemas que constituyen preocupaciones en los procesos de paz:

Los informes de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos (MAPP-OEA), en febrero de 2006 identificó tres preocupaciones principales:

1. El resurgimiento de grupos o bandas criminales conformadas por desmovilizados que se dedican a actividades ilegales y buscaban mantener el control de sectores o lugares

específicos. 2. Algunos grupos minoritarios que no se han desmovilizado de grupos ya existentes. 3. La creación de nuevos grupos armados o el crecimiento o reforzamiento de algunos ya existentes en lugares que antes ocupaban los reinsertados (Arnson, 2011).

El informe de la ONU del año (2011), evidencia esta problemática cuando consigna sobre la situación en Colombia:

“observo con preocupación la continua expansión de grupos armados surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares. [Grupos creados al lado del narcotráfico] La lucha contra estos grupos debe buscar una estrategia integral y no puede limitarse el uso de la fuerza armada por la Policía y el Ejército, que en esta tarea deben adherirse a estrictamente a la normativa de derechos humanos.”

1.9.2 El Marco Referencial General sobre el cual se ha Fundamentado la Investigación de Justicia Transicional

Este apartado presenta una serie de documentos que contienen la síntesis de los trabajos revisados en la investigación sobre la justicia transicional, teorías, argumentaciones, contexto, fundamentaciones, aplicaciones y penas alternativas, así como sus conceptos, postulados constitucionales, leyes, normatividad y jurisprudencia en los que se apoyan.

Los documentos enlistados corresponden a una revisión documental extensa que tiene relación con la investigación que se adelantó y en cada uno se han analizado los datos sobre los autores, fecha y edición, así como extractos que contienen los marcos de referencia, la metodología utilizada y los principales hallazgos de cada documento o referencia. Los trabajos resultantes de esta revisión documental son aquellos que se consideran de mayor pertinencia frente al tema problema de la investigación que abordó el presente trabajo.

Siete temas referenciales sustentan este análisis, la selección resulta de la revisión técnica documental que permite rastrear, ubicar, inventariar, seleccionar y consultar las fuentes y los documentos que se utilizan como materia prima en el trabajo frente al problema de investigación.

Se ha elaborado a partir de una selección preliminar de más de 300 autores que con autorizado criterio se han pronunciado frente a la justicia transaccional, sus teorías, sus argumentaciones, su

contexto, fundamentaciones, aplicaciones, instituciones penales y penas alternativas, así como sus conceptos, principios constitucionales, leyes, instituciones y enfoque jurisprudencial, una segunda selección se orientó hacia un marco selecto en el cual se condensaron siete temas de jerarquía en la investigación: el garantismo y la justicia transicional; la justicia transicional y el derecho penal, la conceptualización y constitucionalización de la justicia transicional, el fast track; el marco referencial, conceptual y legal sobre teorías de la justicia transicional, la teoría de la pena; y, el marco referencial sobre problemas fundamentales de la justicia transicional

- **Marco Referencial sobre el Garantismo y la Justicia Transicional**

Este marco incluye investigaciones como las de Carbonell (2009), Moreno (2007), Torres (2017), Contreras (2012), y Ferrajoli (2017). Extractos de sus trabajos, se incluyen a continuación:

UNO. Carbonell (2009) es autor de la investigación “¿Qué es el garantismo?”, en la cual desarrolla el concepto del garantismo como ideología jurídica, la considera como:

“una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Señala que su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)” (Carbonell, 2009).

DOS. Moreno (2007) describe:

“El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales, y señala que “uno de los logros indiscutibles de la propuesta de Luigi Ferrajoli ha sido la elaboración del concepto de garantismo como la base de una teoría del derecho. El artículo trata de ofrecer una visión panorámica de la obra de Luigi Ferrajoli y sus críticos” (Moreno, 2007).

TRES. Torres (2017) es autor del trabajo relacionado con:

“La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Este artículo capta los elementos centrales del paradigma garantista para evidenciar sus potencialidades

en el marco de la teoría general del derecho y disminuir la brecha entre las normas jurídicas y la realidad a partir del aseguramiento de los derechos fundamentales. La metodología utilizada es descriptiva-prescriptiva respecto al análisis de los fundamentos. Para ello se realiza un acercamiento a los significados del paradigma garantista, a los derechos fundamentales como garantías, a la garantía de derechos subjetivos e intereses legítimos y a la exigibilidad institucional y judicial de la garantía de derechos. De esta forma, el paradigma garantista se presenta como un modelo de derecho y de Estado de derecho que propone el aseguramiento de los derechos con base en una estructura de los ordenamientos jurídicos que tiene en la cúspide a la Constitución y a los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe sujetarse a estos presupuestos” (Torres, 2017).

CUATRO. Contreras (2012), refiere en su trabajo que,

“Ferrajoli y los derechos fundamentales señala que el garantismo penal ha ido invadiendo cada vez con más fuerza todas las ramas de la teoría y filosofía del derecho. Una de estas áreas que se ha visto especialmente influenciada por el garantismo de Ferrajoli es la teoría de los derechos humanos. En el presente trabajo, entonces, se pretende desarrollar la noción ferrajoliana de derechos fundamentales, haciendo hincapié en tres de sus características esenciales: lo universal de su imputación, lo puramente formal de su definición y su oposición radical a los derechos de carácter patrimonial” (Contreras, 2012).

CINCO. Ferrajoli (2017), se ha referido a la justicia transicional en Colombia, sostiene que:

“La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna un trabajo se refiere específicamente al garantismo aplicado como un discurso de carácter teórico relacionado el tipo de justicia penal que es capaz de favorecer y, aún todavía, de hacer posible la pacificación, es decir el cese del conflicto. La segunda cuestión concierne a las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir el mantenimiento y la consolidación de la pacificación nacional” (Ferrajoli, 2017).

• **Un Marco Referencial para la Relación Justicia Transicional y el Derecho Penal**

Este marco incluye referencias de autores como Neumann (2017), Pulido-Ortiz y Enrique (2017), Lozano (2014), Hernández (2017), y la Fundación ideas para la Paz (2015). Sus conceptos

y extractos de trabajos, se describen a continuación:

UNO. Neumann (2017) en su estudio referido a temas penales en justicia de transición, se ocupa del tema denominado: “Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición”,

“analiza la situación de restricción del derecho penal por las estructuras de poder para sociedades posconflicto, en tanto el conflicto no sea terminado por la victoria militar total de una de las partes, sino a través de un acuerdo de paz que obliga a ambas partes a hacer compromisos. En estos casos el derecho penal, por razones de estabilidad del sistema, tiene que hacer concesiones, que pueden conducir a una renuncia total al castigo y con ello a una amnistía general de las dos partes implicadas. Frente a la pregunta, en qué medida el derecho penal debe ser empleado y puede ser empleado, después del final de una confrontación armada de décadas entre el Estado, los rebeldes y los paramilitares, se encuentra Colombia luego del acuerdo de paz entre las partes en conflicto” (Neumann, 2017).

DOS. Pulido-Ortiz y Enrique (2017) adelantaron la investigación “La validez de los procedimientos de reforma constitucional del Fast track”, en donde señalan:

“Este modelo de justicia tiene por objeto, una serie de transformaciones institucionales y privadas, entre las cuales se cuenta con el castigo a los responsables de esos graves actos delictivos, el tratamiento de los autores o partícipes de tales actos, la investigación y juicio criminal de los responsables, el conocimiento de la verdad material o fáctica y sus efectos jurídicos, las sanciones a imponer, los beneficios punitivos a otorgar, la eventual renuncia a la persecución penal, la forma de investigar y juzgar esas modalidades de macrocriminalidad, por tanto, conlleva un enorme componente que compromete el sistema penal y el ordenamiento procesal penal que deberá adaptarse a esa nueva realidad jurídica punitiva” (Pulido-Ortiz y Enrique, 2017) .

TRES. Lozano (2014), de nuestra autoría, en la publicación que se presentó como un avance de la investigación, denominada: “Justicia Transicional y Derecho Penal, una aproximación en el contexto del marco jurídico para la paz en Colombia,” se sostuvo:

Se señala en este trabajo que “los instrumentos de la justicia transicional llevan consigo una justicia excepcional, transitoria, episódica, específica para cada país y por sobre todo de carácter coyuntural que se adapta a un pasado de graves violaciones de los derechos de las víctimas e implica una tensión o enfrentamiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación, memoria histórica y no repetición de las víctimas frente al derecho a la paz sostenible de la sociedad entera. Este modelo de justicia tiene por objeto, una serie de transformaciones institucionales y privadas, entre las cuales se cuenta con el castigo a los responsables de esos graves actos delictivos, el tratamiento de los autores o partícipes de tales actos, la investigación y juicio criminal de los responsables, el conocimiento de la verdad material o fáctica y sus efectos jurídicos, las sanciones a imponer, los beneficios punitivos a otorgar, la eventual renuncia a la persecución penal, la forma de investigar y juzgar esas modalidades de macrocriminalidad, por tanto, conlleva un enorme componente que compromete el sistema penal y el ordenamiento procesal penal que deberá adaptarse a esa nueva realidad jurídica punitiva” (Lozano, 2014).

CUATRO. Hernández (2017), señala en su estudio,

“Los fines de las penas alternativas en los procesos de justicia transicional: el caso colombiano”, afirma que los procesos de justicia transicional y las penas alternativas que se dan en dicho contexto, especialmente en el caso colombiano, deben tener una finalidad diferente a los fines tradicionales de la pena”.

En primer lugar, porque los procesos judiciales que se dan en justicia transicional, tienen un tratamiento distinto a un proceso penal ordinario; y en segundo lugar lo que se busca con la aplicación de una pena alternativa en justicia transicional, es reconstruir el tejido social de un país que se ha visto gravemente afectado por el conflicto. Es por ello que los fines retributivos, o de prevención general y específica en sus diferentes modalidades, aunque pueden llegar a ser una consecuencia de la aplicación de una pena alternativa, no deben ser vistos como sus fines, sino como fenómenos accesorios, ya que los fines de las penas alternativas deben estar dirigidos hacia la Reconciliación, la Reincorporación y la Reparación (Hernández ,2017).

CINCO. La Fundación ideas para la Paz (2015), en su estudio Especial: “Los debates sobre justicia transicional.” (2015) Indica que El Marco Jurídico para la Paz (MJP), es un instrumento para contribuir a la finalización del conflicto armado en Colombia y elevaba a rango constitucional

los principios de la Justicia Transicional (JT), la cual abarca todas las medidas orientadas a garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de las violaciones a los derechos humanos. A partir de la aprobación del MJP y de la instalación formal de la mesa de diálogos entre el gobierno y las FARC, se dio una amplia discusión en el país con múltiples aristas sobre el modelo de JT aplicable en un escenario de post acuerdo. Dicha discusión se ha concentrado en aspectos relacionados con la verdad, la reparación y especialmente la justicia: los responsables que cobijaría, las instancias de juzgamiento y el tipo de penas. En este documento la FIP presenta los principales debates sobre la Justicia Transicional que en su momento pusieron sobre la mesa diferentes actores nacionales e internacionales (Fundación ideas para la Paz, 2015).

• Un Marco Referencial sobre la Conceptualización y Constitucionalización de la Justicia Transicional

Este conjunto de referencias está conformado por investigaciones de autores como Rodríguez (2017), Uprimny y Güiza (2018), Duque (2015), Marín (2013), De Greiff (2011), Algunos trabajos de la Fundación Ideas para la Paz (2014), y de la Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF (2007) .

Sobre el particular, se describe y resume someramente lo tratado en las siguientes referencias:

UNO. Rodríguez (2017). El autor en su estudio: “Regulación holística de la institucionalidad para garantizar los derechos de las víctimas, Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017”, presenta las ideas del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- expuestas en la audiencia pública del 6 de julio de 2017 ante la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. Despliega la tesis jurídica que, en términos generales, el diseño institucional adoptado en el Acto Legislativo 01 de 2017 se ajusta a la Constitución Política y a los parámetros del derecho internacional definidos para la justicia transicional. Su argumento central es que el Acto Legislativo regula de manera holística la institucionalidad encaminada a garantizar los derechos de las víctimas, al crear componentes de verdad, justicia, reparación y no repetición que se consolidan en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) (Rodríguez, 2017).

DOS. Uprimny y Güiza (2018) son autores del estudio “Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 Senado”, el cual presenta reflexiones en relación con el proyecto de reforma constitucional que busca dotar de estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo de paz firmado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016. Este documento hace parte de una serie de textos cortos en los que se sustentan observaciones a algunos de los proyectos de reforma constitucional y legal a tramitar en el Congreso con el fin de implementar el acuerdo de paz. Este documento se divide en tres secciones: La primera resalta la relevancia y conveniencia de generar espacios de participación de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, en los debates legislativos que tienen relación con la implementación normativa del acuerdo de paz. La segunda parte muestra, por qué es importante otorgar fuerza jurídica a un acuerdo de paz, con el fin de dotar de estabilidad y sostenibilidad al proceso de construcción de paz; y las dificultades que se enfrentan al momento de dar valor jurídico a un acuerdo de paz suscrito entre un Estado y un grupo insurgente. La tercera y última parte sostiene, que la fórmula adoptada por el proyecto de reforma constitucional objeto de análisis es razonable, ya que, al mismo tiempo, garantiza la suficiente fuerza jurídica al acuerdo de paz para que su implementación normativa sea integral y fiel, y protege la supremacía de la Constitución de 1991 (Uprimny y Güiza, 2018).

TRES. Duque (2015), en su trabajo “El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, destaca que “La Corte Constitucional mediante sentencia C-579/2013” ejerció el control abstracto en algunos artículos de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No 01 de 2012. En este artículo se hace una síntesis de los aspectos más importantes de la sentencia a la luz de los requerimientos hechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado colombiano, respecto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral con ocasión de los fallos en los cuáles ha sido condenado por violación a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Duque, 2015).

CUATRO. Marín (2015), en su trabajo relacionado con el tema constitucional de la Justicia Transicional en Colombia, específicamente de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia, analiza la promulgación del Marco Jurídico para la Paz que adicionó los artículos 66 y 67 transitorios a la Constitución Política, que ha abierto toda clase de discusiones

acerca de la viabilidad de los mecanismos de justicia transicional en Colombia. Tiene como objetivo analizar la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional que declaró exequible dicho Marco. Se centra en los argumentos en torno a los mecanismos de selección y priorización de casos con base en el llamado juicio estricto de sustitución. En particular, busca resaltar la regla de derecho que se desprende de esta decisión y los debates que han surgido alrededor de los argumentos que soportan la regla y que constituyen los pilares de la justicia transicional en Colombia. La conclusión a la que se llega es que la Corte, en la sentencia bajo estudio, no realizó un juicio de sustitución riguroso, situación que provoca que la regla constitucional referente a la justicia transicional no esté clara. Por tanto, la ratio definida en la citada sentencia puede no ser seguida en posteriores fallos de constitucionalidad que versen sobre el mismo Marco (Marín, 2015).

CINCO. De Greiff (2011), hizo “Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional”, y en ellos, hace un recuento histórico completo del desarrollo de la justicia transicional durante las últimas tres décadas. Se concentra en (I) algunos hitos principales del desarrollo del campo y luego en el (II), algunos retos pendientes que tienen que ver tanto con las relaciones entre los diferentes elementos de una política de justicia transicional, como con las relaciones entre ésta y otros tipos de intervenciones relevantes a los procesos de transición. (III) Esboza una concepción normativa de la justicia transicional y, finalmente, (IV) concluye con algunas observaciones acerca de cómo esta justicia contribuye a enfrentar algunos de los retos pendientes (De Greiff, 2011).

SEIS. La Fundación Ideas para la Paz (2014), en su documento: “Negociaciones De Paz derechos de las víctimas” destaca que para profundizar en el entendimiento de la Justicia Transicional de cara al proceso que se adelante en Colombia con ocasión a las negociaciones con las FARC, deben considerarse varios parámetros, este documento resalta: primero, un marco conceptual general sobre la JT; segundo, cinco experiencias internacionales que ayudan a ilustrar los diferentes mecanismos asociados a la JT; tercero, una revisión del manejo que se le ha dado a este tema en procesos de negociación anteriores en Colombia; cuarto, la visión histórica y reciente de las FARC sobre el tema de las víctimas; quinto, las opiniones y posiciones que se han expuesto recientemente frente al tema; y sexto, algunas conclusiones generales. (Fundación Ideas para la Paz, 2014).

SIETE. La Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF (2007), en su trabajo “Después de procesos de justicia transicional ¿cuál es la situación de las víctimas? Los casos de Chile y Guatemala”, hace una evaluación preliminar sobre: a) las características generales de los procesos de justicia transicional en Chile y Guatemala; y b) los obstáculos actuales que enfrentan las víctimas que sufrieron abusos durante los regímenes autoritarios para obtener una reparación por dichas violaciones. Para llevar a cabo una investigación posterior que examine las reparaciones otorgadas a las víctimas por parte de los estados y a la vez determine el impacto que estas han tenido en las víctimas, se propone una agenda que contenga dos líneas de análisis, una objetiva y una subjetiva (DPLF, 2007).

- **Referencias sobre el Fast Track**

En este segmento específico se analizó la problemática relacionada con este tema.

UNO. Sobre el particular, Olano (2017), publicó el artículo: “La zancadilla al fast track” en el que revisa las problemáticas relacionadas con la aceleración de los procesos relacionados con la priorización de una serie de proyectos, muchos de los cuales son urgentes y prevalentes, que deben ser aprobados dentro de los seis meses posteriores a la ratificación por medio de plebiscito, entre ellos: ley de amnistía; jurisdicción especial para la paz; ley de aprobación del Acuerdo Final; incorporación del Acuerdo Final a la Constitución Política; la participación política del grupo guerrillero de las Farc-ep y la necesidad de suspender las órdenes de captura a sus integrantes mientras se define su situación jurídica a futuro.

DOS. Pulido-Ortiz y Enrique (2017), desarrollaron la investigación: “La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track”, señalan en este trabajo que los instrumentos de la justicia transicional llevan consigo una justicia excepcional, Este modelo de justicia tiene por objeto una serie de transformaciones institucionales y privadas, entre las cuales se cuenta con el castigo a los responsables de esos graves actos delictivos, el tratamiento de los autores o partícipes de tales actos, la investigación y juicio criminal de los responsables, el conocimiento de la verdad material o fáctica y sus efectos jurídicos, las sanciones a imponer, los beneficios punitivos a otorgar, la eventual renuncia a la persecución penal, la forma de investigar y juzgar esas modalidades de macrocriminalidad, por tanto, conlleva un enorme componente que compromete el sistema penal y el ordenamiento procesal penal que deberá adaptarse a esa nueva realidad

jurídica punitiva (Pulido-Ortiz y Enrique ;2017) .

• Marco Referencial, Conceptual y Legal sobre Teorías de la Justicia Transicional

Para la elaboración de este marco, se tuvieron en cuenta, investigaciones adelantadas por autores como Delgado (2011), Echeverría (2016), Cuervo y otros (2014), Lopera (2011), Peña (s/f), Zazueta (2014), Rodas (2017), Magarrell (2014), García (s.f), Uprimny (2006), Orjuela & Lozano (2012), Gómez (2008), Kalmanovitz (2010), Delgado (2015), Vizcaíno (2015), Uyabán (2015), Centro Internacional para la Justicia Transicional (2010), Palacio (2016), Melamed (2017), Salmón (2006), y Cuervo (2017).

Las referencias revisadas fueron:

UNO. Delgado (2011) en su estudio, “Una justicia transicional sin transición: verdad, justicia, reparación y reconciliación en medio del conflicto”, realiza una aproximación a una de las principales críticas realizadas al proceso de Justicia y Paz en Colombia, aquella que cuestiona la pertinencia y la legitimidad de emplear y apropiar los mecanismos de la justicia transicional al caso colombiano. En este sentido, el trabajo pone el énfasis en las dificultades que ha traído aplicar una justicia transicional sin transición, y por ende, en medio del conflicto. En particular en lo referente a los derechos de las víctimas, entre los que se incluye la facultad de otorgar perdón a los victimarios dentro de un marco jurídico y político, que tiene por objetivo manifiesto la reconciliación nacional” (Delgado,2011).

DOS. Echeverría (2016) en: “Justicia transicional: Derecho a la verdad como construcción de futuros”, busca determinar la eficacia de las leyes que establecen la justicia transicional en Colombia, particularmente en algunos casos ocurridos en el departamento de Bolívar entre los años 1999 y 2001. Dentro de los objetivos específicos del trabajo se propone conocer, cada uno de los derechos correlacionales a la justicia transicional: verdad, justicia y reparación. En particular, el artículo es un avance del citado proyecto de investigación y gira en torno a plantear que el conocer la verdad, vista ésta como construcción de la memoria histórica, puede facilitar los procesos de conciencia, colectividad, la sensibilización y el apoyo hacia las víctimas y así la posibilidad de la reconciliación y de la construcción de paz en Colombia. El texto propone la siguiente estructura: i) definir lo que en el trabajo se debe entender como verdad, ya que es un concepto con variadas acepciones y significados, ii) establecer como se relaciona la divulgación

de esa memoria histórica con la construcción de futuro y transformación del conflicto en un contexto de complejidad creciente; iii) Posteriormente, plantea como se puede convertir esta en la base de un proceso de transformación del conflicto (Echeverría, 2016).

TRES. Cuervo y otros (2014) en su trabajo “Origen y fundamentos de la justicia transicional” señala que este artículo es resultado del proyecto “Criterios de Aplicación de Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Colombiano en los procesos de la Ley de Justicia y Paz”.

Señala que los criterios sobre los cuales se sustentan las figuras jurídicas en el nivel internacional son el fundamento de la justicia transicional, por lo tanto debe partir de ellos, no puede desconocerlos para el juzgamiento de los delitos o crímenes de guerra, aun cuando la verdadera finalidad de esta es la solución del conflicto armado y posibilitar el logro de la paz, la construcción de memoria histórica y la reparación en la mayor medida posible de las víctimas para permitir el tránsito de la guerra hacia la paz. (Cuervo y otros, 2014)

CUATRO. Lopera (2011), desarrolló la investigación “Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia” y en ella analiza, el objetivo de la Justicia Transicional y se refiere a las labores que un Estado debe realizar cuando llega al postconflicto y carga consigo el legado de graves violaciones a los derechos humanos o lo que ella misma ha señalado: el paso del autoritarismo hacia la paz, a través de etapas de transición política que requieren el restablecimiento de la democracia. Frente a la aplicabilidad de la Justicia Transicional en Colombia, debe tenerse en cuenta que, aunque éste sea un Estado social y democrático de derecho, no ha superado los factores generadores de violencia que permitan considerar la existencia de un postconflicto y la legitimación de un Estado de Derecho, por lo que surgen varios interrogantes ¿por qué hablar de Justicia Transicional?, ¿qué puede aportar al estudio del conflicto en Colombia? Este artículo profundiza en estos tópicos a través del análisis de diversas investigaciones y el derecho comparado (Lopera, 2011).

CINCO. Peña (s/f), elaboró el estudio “De La Justicia Transicional En Colombia: Un Estudio de la Ineficacia de la Verdad”. Defensores Públicos en temas de justicia y paz, hace un breve recuento histórico de lo que ha sido la violencia en Colombia con orígenes políticos e ideológicos, denomina en éste documento la: “reseña histórica de la justicia transicional”, así como de la normatividad que rodea el tema de la justicia transicional, y finalmente de la experiencia actual nacional judicial transitada en el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz; Considera

que la verdad, como una de las garantías y condiciones que la justicia transicional reclama para su operatividad a título de condición *sine qua non* y como uno de los derechos fundamentales de las víctimas que han sufrido el flagelo de la violencia en Colombia, no es respetado o cumplido a cabalidad como lo exige la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana “Sentencia C-575 de 2006” y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (Peña, s/f).

SEIS. Zazueta (2014) en su trabajo “El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional como obligación del Estado mexicano ante la impunidad”, aborda el derecho a la verdad como obligación del Estado, a partir de los principios y elementos que rigen al estado social y democrático de derecho como garante de derechos fundamentales. Analiza la trascendencia del derecho a la verdad como derecho humano fundamental en el marco de la justicia transicional como obligación del estado de proteger los derechos fundamentales, investigar, sancionar y reparar a las víctimas ante la desaparición forzada o involuntaria (Zazueta, 2014).

SIETE. Rodas (2017) elaboró el trabajo “El lugar político de la justicia y la verdad en la justicia transicional en Colombia”. En este trabajo el autor hace una lectura contextual del concepto de justicia transicional para enfatizar la discusión sobre elementos como el perdón y la responsabilidad, para articular de mejor forma los fenómenos legales y morales que han sido tratados de manera unilateral en recientes procesos transicionales. Es importante destacar lo problemático que resultaría el proceso de justicia transicional en Colombia si no se equilibran las dimensiones jurídicas y políticas con la dimensión moral. La dimensión jurídica es fundamental y debe haber un castigo para los responsables de graves crímenes, pero es necesario adoptar una visión no retributiva del castigo. Para desarrollar los elementos de esta controversia se plantea si en las condiciones de la negociación política en Colombia es posible la aplicación de la justicia penal en un sentido normal. En la parte final se analiza la afirmación de los opositores del proceso de paz al considerar que no constituye más que una política de impunidad. El análisis se hace mediante la reconstrucción del Marco Jurídico para la Paz y del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto (Rodas, 2017).

OCHO. Magarrell (2014), es autora del estudio “Las Reparaciones En La Teoría Y La Práctica”. El estudio señala que la participación de las víctimas y de los grupos de víctimas en el diseño, implementación, y supervisión de los programas de reparaciones, puede ser decisiva para

garantizar que las reparaciones sean significativas, oportunas y tengan impacto. Garantizar la participación de las víctimas no es necesariamente algo fácil de conseguir, dada la habitual heterogeneidad de los grupos de víctimas, su frecuente falta de recursos y de organización y, en muchos casos, los riesgos de seguridad y de represión que pueden enfrentar cuando buscan resarcimiento. Proteger y ayudar a desarrollar organizaciones de víctimas, así como abogados que puedan representarlas de manera fidedigna, puede hacer las consultas más efectivas, y garantizar que las víctimas estén bien informadas. La reparación es una dimensión decisiva de la justicia transicional y se centra específicamente en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y los daños sufridos. El trabajo del ICTJ sobre políticas de reparaciones se debate con el difícil interrogante acerca de cómo pueden los países reparar el daño, restaurar los derechos y la dignidad y construir confianza a través de las reparaciones. Las diferencias en contextos nacionales, marcos institucionales y recursos exigen un enfoque matizado y diversas opciones de políticas para los programas de reparaciones. No obstante, los retos son similares: definir claramente conceptos y objetivos; solucionar cuestiones de financiación; responder equitativamente a un número masivo de víctimas y tipos de violaciones; atender a las disparidades de género y otras; reforzar la dignidad de las víctimas al vincular las reparaciones con la búsqueda de la verdad, la rendición de cuentas y la reforma (Magarrell, 2014).

DIEZ. García (s.f) es autor del trabajo “Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso”. Este trabajo trata numerosos temas relacionados con la justicia transicional. Sobre el Derecho penal internacional vinculado a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional destaca que esta institución tiene su propia autonomía operativa. El enjuiciamiento por la Corte de los crímenes sobre los que es competente tiene carácter supletorio. Quiere decirse que la Corte no abre el correspondiente proceso si el Estado está en condiciones de juzgar y en efecto juzga los delitos en cuestión. Como puede ocurrir que en un Estado que goza de plena capacidad para el enjuiciamiento de esos graves delitos durante el proceso de transición, se acuerden medidas de gracia para los mismos, sean generales, como una amnistía, sean caso a caso, como indultos o fuertes rebajas de pena. Esas medidas favorables a los antiguos criminales pueden ser condición de efectividad de la transición misma. Si la Corte Penal Internacional va a actuar en todo caso y si aquellos antiguos gobernantes responsables conservan fuerza suficiente como para condicionar el buen final de la transición, tal vez la transición se frustre y prefieran los criminales de antaño hacerse fuertes en el régimen o el estado de cosas anterior que los protegía. Autorizados expertos

en Derecho Penal Internacional señalan que en el Estatuto de la Corte hay instrumentos que garantizan la flexibilidad que puede convenir a efectos de favorecer procesos nacionales de transición (García, s.f).

ONCE. Uprimny et al (2006), en el documento que lleva por título: “¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia”, se suma a la bibliografía que en el ámbito nacional se ocupa de las dimensiones teóricas y prácticas de la justicia transicional; se destacan los textos compilados por Angelika Rettberg. “Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional”, Uniandes, IDRC, Bogotá, 2005; Camila de Gamboa (ed.). “Justicia transicional: teoría y praxis”. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Ambos textos reúnen una larga serie de contribuciones de diversos autores que abordan el problema de la justicia transicional en sus más variadas dimensiones. El texto ofrece una amplia discusión teórica acerca de los problemas fundamentales de la justicia transicional, sus variables y esquemas teóricos, se conecta con las implicaciones jurídicas que en el ordenamiento interno colombiano y frente al derecho internacional tienen los problemas de las transiciones en las que están implicadas violaciones de los derechos humanos, para terminar con el análisis de la ley de justicia y paz, análisis que por lo demás presupone estos desarrollos teóricos y de dogmática jurídica, haciendo coherente las premisas y conclusiones sobre el tema (Uprimny et al, 2006).

DOCE. Orjuela & Lozano (2012) son autores de “La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia”, el cual señala que la justicia transicional debe enfrentar la negación de las atrocidades. A pesar de la sofisticación del marco de derechos humanos presente en el sistema legal colombiano, el campo de la justicia transicional en Colombia adolece de un significativo grado de indeterminación normativa, como si dicho campo aconteciera en un “vacío constitucional”. Como consecuencia, ha sido objeto de uso estratégico por parte de distintos actores políticos dotados de intencionalidad en la fijación del sentido del arreglo institucional de la llamada justicia transicional (Orjuela & Lozano, 2012).

TRECE. Gómez (2008) adelantó una investigación “Perú y Colombia: un análisis comparativo de reparación dentro de los parámetros de la justicia transicional”. Analiza el conflicto colombiano desde la óptica de la justicia transicional que plantea opciones para la transformación de conflictos y su resolución. Dicho proceso supone una complejidad de dilemas tanto éticos como políticos,

sociales, culturales y jurídicos en sociedades que buscan la paz y la reconciliación cuando se han visto afectadas por periodos de violencia o dictaduras. Se trata de reflexionar sobre qué hace una sociedad después de una guerra civil; ya que ésta debe tener en cuenta tanto grados de justicia, como de memoria, verdad y reparación para transcurrir a la democracia; pero debe procurar no dar prioridad a ningún elemento sobre otro para conseguirlo.

La reconciliación es concebida como el acercamiento progresivo de narrativas opuestas, es difícil de conseguir si no se garantiza a las víctimas la reparación basada en los parámetros internacionales sobre derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario. Estos determinan la reparación integral dentro de los cinco componentes que son: rehabilitación, compensación, restitución, satisfacción y garantía de no repetición. Hace descripción de los procesos de la reparación en Perú y Colombia y analiza, si se cumple realmente con la normativa internacional y establece los elementos positivos del proceso de reparación peruano que puedan ser aplicados en el caso colombiano, para concluir si en Colombia y el Perú se cumple con los estándares internacionales al respecto, garantizando una reparación (Gómez, 2008).

CATORCE. Kalmanovitz (2010). El trabajo “Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado”, analiza aspectos que responden a las preguntas: ¿Cómo justificar la práctica de la justicia correctiva asociada con el fin de conflictos armados? El artículo pretende mostrar la fuerza y pertinencia de esta pregunta, así como argumentar que la justicia social debe tener prioridad respecto a la justicia correctiva en casos de guerras masivamente destructivas. Tomando como base una concepción liberal de John Rawls frente a la relación entre justicia correctiva y justicia social, se argumenta que, paradójicamente, mientras más destructiva sea una guerra, menos fuerza tendrán los derechos a la reparación y más énfasis deberá darse a políticas de reconstrucción orientadas a garantizar derechos básicos en toda la población (Kalmanovitz, 2010).

QUINCE. Delgado (2015), señala en “La ley de justicia y paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico-político y las luchas simbólicas por la inclusión”, que el Proceso de Justicia y Paz puede ser concebido como un campo jurídico- político que ha asignado tanto a las víctimas como a los victimarios del conflicto armado no sólo un lugar diferenciado, sino también,

los recursos simbólicos, sociales, políticos y materiales a través de los cuales se valida o se cuestiona este campo, y en especial, las estrategias jurídicas y políticas de clasificación impuestas desde el lugar privilegiado del Estado. En este sentido, el espacio jurídico- político configurado a partir de la Ley 975 de 2005, ha producido discursos dominantes, pero también disruptivos o de ruptura en torno al tema de la reconciliación, que permiten identificar formas concretas (Delgado, 2015).

DIEZ Y SEIS. Vizcaíno (2015) elabora el estudio “La justicia transicional: ¿un paso hacia la paz?”, en el que destaca que La justicia transicional resulta creíble y admisible en cuanto es posible aplicarla en forma práctica y surta sus efectos concretos, por lo que tratándose de un fenómeno de significativa complejidad, lleva consigo aspectos teóricos y conceptuales y aspectos prácticos en cada contexto y para cada caso concreto. Este artículo desarrolla la tesis de que la justicia transicional es el núcleo de la negociación entre el Estado y las fuerzas insurgentes, por cuanto define la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición; pero ella es creíble si, y solo si, es aplicable y aplicada. Los argumentos son tres: primero, los acuerdos sobre justicia transicional son controversiales; segundo, las tendencias del pasado reciente anuncian inseguridades sobre las expectativas anunciadas, y, tercero, en las circunstancias actuales, la “no repetición” es frágil por las probabilidades de reincidencia que frenaría la restitución de derechos y de deberes de parte del Estado y de los actores directos (Vizcaíno, 2015).

DIEZ Y SIETE. Uyabán (2015) en su estudio “Análisis de la justicia transicional en el marco de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: Caso Colombia”, analiza los instrumentos jurídicos desarrollados internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a fin de aportar a la construcción del proceso de justicia transicional en Colombia, teniendo en cuenta los elementos esenciales del actual marco jurídico para la paz y su análisis en materia de garantías judiciales (Uyabán, 2015).

DIEZ Y OCHO. El Centro Internacional para la Justicia Transicional (2010) analiza las “Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada”. Esta investigación presenta el contexto en el cual la justicia transicional está siendo implementada en Colombia. La justicia transicional es un campo en contención permanente por lo que un enfoque principal de este proyecto es mirar cuáles son los objetivos políticos de los actores en esta contienda que se benefician más con el uso del discurso y los

mecanismos de la justicia transicional en el país (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010).

DIEZ Y NUEVE. Palacio y otros (2016). Esta investigación trata sobre la “Jurisprudencia Constitucional Sobre la Aplicación De Modelos De Justicia Transicional, Restaurativa Y Comunitaria en Colombia.” Realiza un análisis de la justicia restaurativa, transicional y comunitaria desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional colombiana. Se estudia el paradigma restaurativo, transicional y comunitario como un marco válido y eficaz para la implementación de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos. Para esta investigación se tiene como fuente la normatividad que regula estos mecanismos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Palacio y otros, 2016).

VEINTE. Melamed (2017) en su investigación “Justicia transicional y alternatividad penal en Colombia, análisis comparativo de los modelos de justicia transicional aplicado a las AUC y aplicable a las FARC-EP”, desarrolla el concepto de Justicia transicional insertado en el epicentro de los esfuerzos políticos y jurídicos encaminados al cierre definitivo del conflicto armado en Colombia, en especial desde su incursión en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la adopción de la Ley 975 de 2005 en el marco del proceso de negociación entre el Gobierno de entonces y las AUC. Este antecedente normativo, sus desarrollos posteriores y otros instrumentos de Justicia transicional están en permanente escrutinio, en aras de verificar el impacto que ha sido desarrollado en el esfuerzo de construcción de la paz en el país y la efectiva protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (Melamed, 2017).

VEINTE Y UNO. Salmón (2006) en su estudio “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, destaca que la observancia o la violación del derecho internacional humanitario durante un conflicto armado influye, sin duda, en la conducta del sistema judicial, la situación de las víctimas y la correlación de fuerzas el período después del conflicto. En este trabajo, se pretende examinar el impacto del derecho internacional humanitario en el contexto de la justicia transicional. La autora examina la experiencia de algunos Estados latinoamericanos que han sido profundamente afectados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, para tal efecto se hace referencia a los casos de algunos Estados latinoamericanos que han sido afectados por tales efectos en este aspecto

y dentro del abanico de posibilidades que proporciona la teoría de la justicia transicional, los Estados latinoamericanos han optado básicamente por dos caminos disímiles, que muchas veces se han neutralizado entre sí: las comisiones de la verdad y las leyes de amnistía (Salmón, 2006).

VEINTE Y DOS. Cuervo (2017) en su tesis “Macrocriminalidad y política de priorización en el marco de la justicia transicional analiza el modelo de justicia transicional en la forma como fue concebido en la Ley de Justicia y Paz señalando, que no configura una verdadera transición de un estadio de guerra a un estadio de paz, sino que obedece a una política de delación, arrepentimiento y sometimiento a la justicia, que contraviene los principios mismos del Derecho Penal. La distorsión, las incomprensiones y las irracionalidades sobre los crímenes de mayor gravedad cometidos en Colombia en torno al conflicto armado y la exigencia de construcción de patrones de macrocriminalidad, como política criminal de la justicia transicional, distan mucho de dar cumplimiento a los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición para el logro de la paz.” (Cuervo, 2017).

Sobre el particular sostiene:

“La nueva Jurisdicción Especial para la Paz, como consecuencia de la firma de los acuerdos en La Habana con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP, tiene fines muy loables, pero serias contradicciones en la aplicación de los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición de la justicia transicional y simultáneamente, el carácter de retribución como forma de no impunidad como exigencia mínima, que no se podrán cumplir si en la aplicación de la justicia se siguen imponiendo criterios de irracionalidad para evitar la garantía de los derechos sustanciales y procesales, como está sucediendo con la aplicación de la Ley 975 de 2005, pues se sigue rindiendo culto a las teorías según las cuales se invierten las excepcionalidades de los derechos y sus restricciones se convierten en la regla general” (Cuervo, 2017).

• **Referencias Sobre la Teoría de la Pena**

Se revisaron los estudios de Jorge De la Rúa (2010), Daniela Paz De La Jara Moreira (2014), y los de Salinero, Sebastián; Morales, Ana María; Castro, Álvaro (2017). Estas referencias destacan importantes aspectos sobre la teoría de la pena, así:

UNO. Jorge De la Rúa (2010), en su estudio “Alternativas a la pena y alternativas a la prisión”,

plantea como cuestión teórica, las alternativas a la pena y alternativas a la prisión, propuestas que pueden ser objeto de un estudio dogmático en un sistema jurídico dado; como también, en un plano de solo política criminal; o pueden constituir una suerte de combinación con esos controvertidos límites entre ambos órdenes de conocimiento –entre dogmática y política criminal-, entendida ésta como el estudio de los principios que la dogmática establece y como crítica sobre los que debiera considerar.

Su objeto de exposición comprende un análisis relacionado con esta última alternativa. Todo ello, en un marco en el que no pueden excluirse desarrollos sobre la esencia del sistema penal incluida la finalidad de la pena, que, si bien no es el tema puntual, condiciona tanto el estudio dogmático como el estudio político-crítico que pueda hacerse. Del examen precedente se concluye que las alternativas reales derivan hacia evitar la imposición de pena “conjetural” o del evitamiento total o parcial del encierro que corresponde a una pena privativa de libertad efectivamente impuesta como tal (condena condicional, libertad condicional, ley penitenciaria, que admite incluso, como hemos visto, la sustitución por trabajos para la comunidad o, por fin, del evitamiento del régimen carcelario por la vía de la detención preventiva, que absorbe gran parte del cumplimiento de las pena. (De La Rúa, 2010).

DOS. Daniela Paz De La Jara Moreira (2014), en sus investigación “Las medidas alternativas a la prisión en el contexto de un estado democrático de derecho” pone de manifiesto, las funciones que dentro del Derecho Penal se entregan a la pena privativa de libertad y la crisis en la obtención de dichos propósitos, seguido de los fundamentos de diversas tendencias doctrinarias nacionales e internacionales que abogan por la legitimación de un sistema de penas sustitutivos de la prisión y que, en definitiva, han servido de base para la realización de diversas modificaciones legales en derecho comparado. Como la política criminal debe ajustarse a una realidad esencialmente cambiante, debe estar atenta a la inclusión de nuevos intereses a proteger, también frente a la exclusión de aquellos que, con el paso del tiempo, y conforme a nuevos conocimientos, han dejado de considerarse perturbadores. Esta exclusión también debe hacerse respecto de aquellas normas, conjeturas y valores que no contribuyen a la superación de los problemas que aquejan a la sociedad, como es, precisamente, la creencia desmesurada en la pena privativa de libertad como la única vía capaz de resolver los problemas de criminalidad que aquejan a la sociedad. Una política criminal moderna y acorde a los lineamientos señalados precedentemente, debe necesariamente: “insistir en el principio político de apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la

cárcel”. Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel (De La Jara, 2014).

TRES. Sebastián; Morales; y Castro (2017), en su trabajo “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad se refiere a la experiencia española, inglesa y alemana”, adelantan un estudio comparado de las sanciones alternativas a la prisión en España, Inglaterra y Alemania. Para tal efecto, se hace una exposición acerca de su evolución histórica, en la cual se abordan los principales hitos político-criminales y legales que inspiraron las modificaciones, para luego informar acerca de su regulación actual. Particularmente se ocupa de instituciones tales como la suspensión de la sentencia o de la ejecución de la pena, los sustitutivos penales y las denominadas sentencias en la comunidad, se analiza en cada legislación los instrumentos legales elegidos para la incorporación de las alternativas. Junto con lo anterior, aborda la naturaleza jurídica que le asigna en la doctrina y/o la jurisprudencia y se comparten las principales estadísticas acerca de su funcionamiento en relación al tipo de alternativas utilizadas, sus efectos en las tasas de encarcelamiento y de reincidencia. Asimismo, se incluye un capítulo de discusión, que busca reflexionar acerca de las virtudes y problemáticas acerca de las alternativas en las legislaciones analizadas, argumentando que el uso de las sanciones alternativas como verdaderas alternativas al encarcelamiento, no sólo depende de su regulación normativa adecuada, que aborde las justificaciones que las inspiran, cómo confluyen las distintas alternativas y el lugar que ocupan en el marco sancionatorio; sino que también dependen de la cultura jurídica en la cual se asientan y en el que sean percibidas por los sentenciadores y la comunidad general como sanciones “creíbles”, dotadas de un contenido punitivo adecuado. (Sebastián; Morales; y Castro, 2017)

• **El Marco Referencial sobre Problemas Fundamentales de la Justicia Transicional**

El marco referencial sobre problemas fundamentales de la justicia transicional expone diferentes problemas jurídicos, que se derivan del acuerdo de justicia al cual llegaron el Gobierno Nacional y los integrantes de las FARC-EP. Así mismo, analiza en detalle lo relacionado con la imposición de sanciones en la justicia transicional, la teoría de la pena y su aplicación al acuerdo de paz referido a efectos de establecer si lo acordado resulta conforme a la Constitución Política colombiana y a los instrumentos internacionales (Caldas, 2016).

Son importantes los trabajos de Caldas (2016), Gómez-Velásquez & Correa-Saavedra (2015), Fatou Bensouda (2003), López y Castellanos (2014), Duggan (2008), Rettber (2005), Botero y Restrepo (2005), Osiel (2005), Stahn (2005), Filippini y Magarrell (2005), Orozco (2005), Uprimny y Saffon (2005), Chaparro (2005, Cepeda y Girón (2005), Snodgrass, (2005), Torregrosa y Manrique (2015).

UNO. En este marco, se analiza lo que Gómez-Velásquez & Correa-Saavedra, (2015) denominan, la tensión irreductible entre justicia y paz que en los procesos de justicia transicional que están inmersos en un contexto de negociación política orientada a la terminación de un conflicto armado interno. Queda claro que en esta visión subsiste un paradigma predominantemente retributivo de justicia apuntalado en el deber internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, se anota que, en escenarios de justicia transicional, además de los problemas de legitimación de la justicia penal son mayores a los que hay en contextos “ordinarios”, este deber internacional no es absoluto y, en cambio, deja un margen importante para la concesión de amnistías e indultos condicionados y para la imposición de penas alternativas. Esto posibilita la adopción prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en los procesos de justicia transicional, lo que permite, por una parte, reducir considerablemente la tensión existente entre justicia y paz, así como desencadenar una auténtica reconciliación política nacional. Lo anterior conduce a que tal paradigma resulte más idóneo no solo para facilitar la firma de un acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP, sin renunciar a la justicia, sino también para impulsar un verdadero proceso de reconciliación política del pueblo colombiano (Gómez-Velásquez & Correa-Saavedra, 2015).

DOS. En los análisis de Fatou Bensouda (2003) se destaca, que en los procesos de paz o de transición hacia la democracia es necesario que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación sean efectivamente reconocidos, protegidos y garantizados por las autoridades nacionales. Esta autora, actual Fiscal de la CPI destaca, que si en tales procesos salen maltrechos esos tres bienes jurídicos primarios, con dificultad se podrá afirmar, que la paz se ha logrado, que la reconciliación se ha construido o que la democracia ha llegado. Por ello, no es legítimo en nombre de la paz, ni en nombre de la democracia despremiar los derechos de las víctimas. Nadie está autorizado a creer que la verdad, la justicia y la reparación son cosas que el Estado puede, discrecionalmente, otorgar o negar, (Fatou Bensouda, 2003).

TRES. En cuanto a la figura punitiva de la prisión, López y Castellanos (2014) elaboran un estudio que se construye para acopiar la información que pueda ser útil para los diferentes participantes del debate, sobre el modelo de justicia transicional colombiano (especialmente para los tomadores de decisiones) y presentar a la vez, algunas reflexiones que puedan enriquecer la manera de abordar la tensión acerca de la cárcel, sin perjuicio de las observaciones y recomendaciones que se puedan extraer para Justicia y Paz. Se estructura el estudio, en dos momentos principales: el primero reconstruye el lugar que ha tenido el castigo penal dentro del proceso de construcción del modelo transicional colombiano. El segundo, presentan los resultados de ejercicios de observación de cárceles, relacionados con los procesos de resocialización de desmovilizados y las vicisitudes que han surgido desde el Estado, para conceder las medidas de libertad en desarrollo de los compromisos derivados del proceso de paz con los paramilitares. Finalmente, se exponen algunas reflexiones en torno a la posibilidad de reorientar el debate de la sanción a una satisfacción más amplia del derecho a la justicia de las víctimas y la construcción de garantías eficaces de no repetición (López y Castellanos, 2014).

CUATRO. La investigación de Duggan (2008) entiende, que enfocarse únicamente en el proceso con las AUC opacaría, e incluso socavaría, las posibilidades de abordar opciones más allá de la corta lista de temas de negociación entre el gobierno y las AUC. No obstante, es consciente también de que las pasiones que desatan estos debates sirven para desentrañar algunas de las complejidades más particulares de este proceso. Señala, que evadir la reflexión acerca de las relaciones entre la coyuntura nacional y la justicia transicional -que por definición posee un carácter político e influye en las opciones disponibles, reduciría el debate a un ejercicio trivial y tecnocrático.

“Las numerosas disyuntivas y tensiones que rodean las iniciativas de justicia transicional deben ser analizadas y debatidas con rigor y profundidad; igualmente se deben sopesar todas las opciones. Tanto la sociedad civil como los gobiernos deben establecer los parámetros mínimos; es decir, deben fijar los límites que no se pueden violar durante las negociaciones de paz. De lo contrario, al calor de las negociaciones políticas entre las partes contendientes, las sociedades corren el riesgo de ser ahogadas por hechos que pronto se convierten en condiciones inalterables y no negociables durante el transcurso de las conversaciones de paz. El establecimiento de parámetros mínimos basados en obligaciones internacionales es importante para garantizar que las partes del conflicto negocien de buena

fe” (Duggan, 2008)

CINCO. Los trabajos de Rettber (2005), consignados en su libro “Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional” Ediciones Uniandes, 2005, “recoge los artículos basados en las ponencias que sobre los diferentes temas expusieron los participantes nacionales e internacionales en la conferencia internacional sobre uno de los temas de mayor relevancia para la construcción de paz: la justicia transicional. Partiendo de una perspectiva comparada, el libro propone una aproximación temática más que geográfica, es decir que busca identificar, en qué medida se han abordado preguntas y dilemas similares en diferentes partes del mundo”.

“Su propósito central es enriquecer la literatura académica sobre justicia transicional—en especial aquella accesible para un público hispanoparlante—, como aportar un marco conceptual para debates políticos presentes y futuros en Colombia como también en otros países. Al incluir las contribuciones de profesionales de múltiples disciplinas — politólogos, abogados, sociólogos, filósofos y activistas de derechos humanos— el libro ofrece a los lectores una mirada multi e interdisciplinaria muchas veces ajena a los trabajos sobre estos temas, permitiendo así una apreciación más completa de los retos y las respuestas exploradas. De igual manera, debe facilitar su utilización en círculos que van desde lo académico hasta el diseño legislativo y la formulación de políticas públicas (Rettber, 2005).

SEIS. Botero y Restrepo (2005) en su investigación sobre los Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, muestra brevemente cuáles son los requerimientos básicos de la justicia de transición a la luz de las normas, la doctrina y la jurisprudencia internacional y el derecho constitucional vinculantes para el Estado colombiano, los cuales obligarían al país en caso de celebrar un acuerdo de paz a afrontar su vasto legado de violaciones de derechos humanos. El documento examina seis aspectos el tema: El primero muestra cómo el Estado colombiano, de manera soberana, decidió acogerse a normas constitucionales e internacionales que guían y limitan sus facultades a la hora de firmar acuerdos de paz con grupos que han cometido graves violaciones de derechos humanos. El segundo resume los aspectos centrales de las pautas generales de la justicia transicional, mientras que el tercero se ocupa de las reglas que en materia de justicia deben ser respetadas por el Estado colombiano a la hora de celebrar acuerdos de paz, amnistías o indultos. La cuarta y quinta parte resumen las reglas que en materia de verdad y de reparaciones,

respectivamente, deben ser tenidas en cuenta por el Estado al celebrar acuerdos de paz, amnistías o indultos. Finalmente, la sexta parte muestra los distintos recursos y garantías judiciales -nacionales e internacionales- que ha arbitrado el ordenamiento jurídico para hacer respetar dichas pautas y garantizar así los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (Botero y Restrepo, 2005).

SIETE. Osiel (2005), “en su estudio Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, anota que las sociedades que salen de una guerra civil marcada por atrocidades masivas cuentan con varias opciones para decidir cuál es la mejor forma de enfrentar su pasado reciente. Existen cuatro opciones básicas: purgas, juicios, comisiones de la verdad e indemnización o compensaciones del Estado. Cada una de ellas, a su turno, tiene diferentes variedades que se pueden combinar, como de hecho ha ocurrido en muchos países. En este artículo se presentan las ventajas y desventajas de cada una de estas alternativas, a la vez exponen las condiciones bajo las cuales cada una ha sido exitosa. El documento deja a consideración la relevancia de estas alternativas para la situación en Colombia” (Osiel, 2005).

OCHO. Stahn (2005), en el conocido texto “La geometría de la justicia transicional” deja planteado, que la revisión de la aplicación de la Justicia transicional indica la existencia de diferentes modelos de ella o perfiles en los Estados donde ha sido implementada, permite observar una fusión entre instituciones y juicios de tipo internacional combinados con mecanismos de justicia alternativa. Varios de estos fenómenos han sido examinados en estudios de caso individuales; sin embargo, se han hecho pocos intentos por unir las piezas del rompecabezas y analizar los méritos y problemas de las distintas opciones que ofrece la justicia transicional. Este ensayo busca suplir esta deficiencia, estudia diferentes diseños institucionales de justicia transicional desde una perspectiva comparada basada en el impacto; de otra parte, pretende identificar algunos de los parámetros contextuales que pueden contribuir al éxito o al fracaso de fórmulas específicas de diseño institucional. Se deja en claro que la consideración de varios aspectos de tipo internacional y de orden interno de los países, en especial en materia de investigación y juzgamiento criminal, sobre la garantía de los derechos de las víctimas y su aplicación específica para el logro central de la obtención de la paz y su estabilidad a futuro, permiten la compatibilidad de la JT con el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. (Stahn, 2005).

NUEVE. Filippini y Magarrell (2005) en su estudio “Instituciones de la justicia de transición y contexto político, explican que el éxito de los procesos de transición democrática depende en gran medida de la valoración que una sociedad haga tanto del pasado a resarcir como del contexto sobre el cual las medidas de reparación habrán de ser aplicadas. Para ellos, el contexto internacional, enmarcado en la creciente cultura de protección de los derechos humanos exige el cumplimiento de pautas imposibles de obviar por los Estados: el derecho a la verdad, a conocer lo ocurrido, que busca beneficiar a la víctima como individuo y como sociedad, respetando el derecho de duelo de los familiares de las víctimas y la necesidad colectiva de contar con una narrativa común sobre un pasado abusivo; el derecho a la justicia, que demanda la imprescriptibilidad de crímenes atroces y la identificación y penalización de los victimarios; y finalmente, el derecho a la reparación, que pretende compensar a las víctimas no solo material sino colectiva y simbólicamente. Por su parte, en la consideración del contexto nacional convergen factores difícilmente aplazables: la correlación de las fuerzas políticas, la fuerza de las demandas sociales de justicia, los estímulos y obstáculos políticos externos y el marco normativo nacional e internacional. De la imbricación de estos factores y el manejo que una sociedad haga de la misma dependerá en gran medida el éxito de la consolidación democrática y la transición de un conflicto hacia la paz. Profundizan sobre lo enunciado, y presentan ejemplos de experiencias internacionales que pueden brindar luz sobre la compleja relación entre el contexto político y la justicia transicional” (Filippini y Magarrell, 2005).

DIEZ. Orozco (2005) hace “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia” ofrece una perspectiva de la importancia del contexto en la definición de las opciones y mecanismos de la justicia transicional. El documento sugiere que —aún en defensa de las víctimas— “la nueva conciencia humanitaria, promulgada desde los países del centro hacia los países periféricos, oculta el hecho de que la justicia es una construcción histórica y no un conjunto de valores que surgen en vacíos políticos.”

“En consecuencia, el documento hace un llamado a la consideración de las necesidades particulares de los países en situación de conflicto, donde a veces es difícil distinguir a víctimas de victimarios que exigen espacio de maniobra en la solución y negociación de sus conflictos, al igual que alguna vez lo tuvieron aquellos que hoy los enfrentan con un

marco normativo hegemónico y limitado. El documento finaliza con una discusión acerca del proceso de negociación con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), grupo armado ilegal colombiano” (Orozco, 2005).

ONCE. Uprimny y Saffon (2005) desarrollan el tema “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en el que buscan resolver un interrogante: ¿conviene o no utilizar el esquema de la justicia restaurativa como paradigma dominante para enfocar los problemas planteados por la justicia transicional en Colombia? Este interrogante es relevante ya que muchos defienden la idea de que los procesos transicionales en curso deben fundarse en la justicia restaurativa. Para resolver esta cuestión, el texto enuncia los orígenes conceptuales y el significado de las categorías "justicia transicional" y "justicia restaurativa". Luego estudian varias complementariedades entre una forma de justicia y otra, pero igualmente analizan las importantes tensiones que existen entre ellas. Lo expuesto señala que hay grandes límites para que el enfoque restaurativo sea el paradigma de justicia dominante en contextos transicionales. El documento concluye que los procesos de justicia transicional, en especial aquéllos que hayan de tener lugar en Colombia, deben contener dosis inevitables de castigo para los responsables de graves violaciones de derechos humanos y, por ende, sólo deben contemplar la posibilidad de perdones cuando éstos sean proporcionados y responsabilizantes (Uprimny y Saffon ,2005).

DOCE. Chaparro (2005) en su estudio: “La función crítica del [perdón sin soberanía] en procesos de justicia transicional, indica que muchos procesos de justicia transicional se hacen en medio de situaciones de excepcionalidad jurídica que otorgan un exceso de soberanía a la figura del ejecutivo. Aunque en medio de fuertes presiones jurídicas y políticas, tanto a nivel interno como a nivel internacional, ese es el caso del presidente Álvaro Uribe frente al conflicto armado en Colombia”.

“La primera parte de este texto plantea una instancia no soberana de la acción política y, en particular, la posibilidad de concebir un 'perdón sin soberanía' de parte de las víctimas—esto es,

un perdón no jurídico, en principio secreto y personal, indelegable e incondicionado respecto de los procesos políticos—que permita deconstruir los fundamentos de la soberanía presidencial para perdonar a los victimarios y que otorgue legitimidad a las víctimas en la iniciativa para orientar los procesos de desmovilización hacia un verdadero proceso de reconciliación. En la segunda parte, se mide la eficacia crítica de ese perdón sin soberanía en la definición de una política de verdad, justicia y reparación aplicada a la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Aunque en forma incipiente todavía, del análisis de esas tensiones entre el perdón soberano y el perdón sin soberanía se puede deducir un esquema deliberativo aplicable a procesos de justicia transicional” (Chaparro, 2005).

TRECE. Cepeda y Girón (2005) en “La segregación de las víctimas de la violencia política”, abordan la cuestión de la reparación integral de los sectores afectados por la violencia en Colombia. Con base en un detallado recuento del aniquilamiento del movimiento político de izquierda Unión Patriótica, reclama la necesidad de categorizar la experiencia de este grupo como un auténtico genocidio y propone abordar seriamente las responsabilidades que quepan. Esto no sólo para resolver la marginación individual de los miembros del movimiento sino también para dar contenido a un sistema político que los autores consideran basado en la exclusión de la disidencia. El documento sugiere que la eliminación física y la estigmatización de un grupo social y político constituyen pobres pilares y comprometen seriamente la legitimidad de un eventual post-conflicto (Cepeda y Girón, 2005).

CATORCE. Snodgrass, (2005), analiza en su estudio “Una perspectiva [invertida] de la justicia transicional: lecciones de Guatemala”, el tema de la justicia transicional. Señala que se centra, a menudo, en la importancia de procesar los delitos cometidos por motivos políticos, relegando así el procesamiento de delitos comunes a manos de expertos técnicos como la policía y los criminólogos. Sin embargo, este enfoque no reconoce la importancia del tema de la seguridad para la mayoría de los ciudadanos que viven bajo un régimen de justicia transicional y, de paso, cede un importante terreno político a quienes proponen una política de mano dura y defienden una reducción en la defensa de derechos democráticos fundamentales bajo el argumento de estar brindando seguridad. De manera inadvertida, al ignorar el delito común podríamos estar fortaleciendo justamente a aquellas fuerzas comprometidas con la violencia del pasado cuyos records de represión se traducen en aceptación política durante la postguerra, en aras de la lucha contra el delito común. Al mismo tiempo, si hacer justicia "por lo alto" mientras se ignora la

violencia en las calles constituye un enfoque miope, que a su juicio no es menos desacertado. (Snodgrass, 2005).

QUINCE. Torregrosa, y Manrique (2015), han elaborado el artículo de revisión “Las tendencias de investigación en el campo de la justicia transicional en Colombia. Al efecto han identificado el estado de desarrollo de algunas de las categorías de investigación del tema justicia transicional en Colombia, buscando la forma como los diferentes autores han tratado el tema y qué tendencias se han desarrollado. Para la realización del artículo se trabajó la investigación de tipo documental, que constituye el estudio de una búsqueda sistemática de información por palabras clave y las categorías seleccionadas, para la primera etapa de la investigación, como justicia transicional, justicia transicional en Colombia, Ley de Justicia y Paz, marco jurídico para la paz y transición, en bases de datos, tanto en español como en inglés, como Proquest, Ebrary, Dialnet, Lex Base y Jstor. Utilizaron algunos de los motores de búsqueda disponibles en la red como Google académico. La principal conclusión es que la justicia transicional se ve como una institución jurídica capaz de lograr efectivamente la transición de la guerra a la paz, y generar con ello la reconciliación social; en la práctica se presenta como una gran acción. (Torregrosa, y Manrique, 2015).

Capítulo 2. El Contenido Del Análisis Jurídico De La Pena, Evolución Histórica, Legitimidad, Principios, Funciones, Configuración Jurídica En El Marco De La Justicia Transicional En Colombia, Principales Modificaciones Del Sistema Penal En La Justicia Transicional En Colombia

Este capítulo desarrolla tres aspectos esenciales relacionados con el análisis jurídico de la pena: una aproximación a la institución de la pena en el marco de la justicia transicional, examina sus elementos generales, los conceptos jurídicos básicos, la evolución histórica y sus fines; luego se ocupa de las teorías sobre la pena en cuanto a sus concepción absoluta y relativa teniendo en cuenta los fines de prevención general, especial y las teorías mixtas, integradoras o unificadoras para llegar a las concepciones críticas de la pena, con el propósito de sentar las bases para analizar la pena en el sistema jurídico colombiano, todo ello con miras a su conceptualización respecto de los derechos humanos, el Estatuto de Roma, y la justicia transicional, haciendo referencia a los

instrumentos de la selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional.

2.1. Aproximación a la pena en Justicia Transicional

Analizar el fenómeno de la pena en el marco de la Justicia Transicional implica estudiar su legitimidad, naturaleza, evolución histórica y configuración jurídica en el sistema punitivo, como examen previo para conocer el problema de las medidas sancionatorias aplicables a partir de las modificaciones de las instituciones penales en el Acuerdo de Paz, en especial desde el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantía de no repetición -SIVJRNR- que le da origen, específicamente el sistema de justicia penal alternativa en Justicia Transicional, por tanto, resulta indispensable determinar el significado de los fenómenos mencionados para avanzar hacia el modelo de sanciones, funciones y características del derecho penal en el marco de la Justicia Especial para la Paz.

2.1.1 Generalidades.

El estudio jurídico de la pena constituye un problema de especial singularidad y complejidad para el sistema penal, es una institución que puede ser examinada desde diferentes aspectos en la teoría del derecho; para el sistema penal, en específico, se considera un instrumento propio de esta disciplina, sometido a unos principios de naturaleza constitucional y a una regulación legal definida mediante reglas jurídicas que la estructuran desde sus fines, legitimación y funciones.

La pena está concebida como el mecanismo de control social formal o institucional de mayor drasticidad en el escenario jurídico, aplicable como consecuencia de la comisión de conductas de efectiva o considerable dañosidad o lesividad social denominadas conductas delictivas o punibles, está vinculada en su origen a unos intereses políticos y económicos específicos representados en una determinada forma de Estado que predomina en una época histórica concreta, por tal razón, el derecho penal responde al grado de desarrollo de la humanidad y en ese sentido, diseña y sustenta una concepción específica de la pena en cada fase histórica determinada.

En la actualidad, el derecho penal se encarga de proteger bienes jurídicos significativos o intereses jurídicos de mayor valor de las personas, por lo que la imposición de sanciones punitivas, como ejercicio de la violencia legítima del Estado, le permite sancionar a los infractores de la ley

penal en procura de mantener la convivencia pacífica, la interacción y la coexistencia social, desde la protección de los intereses jurídicos más relevantes denominados bienes jurídicos de protección o intereses jurídicos de tutela

Conforme al tipo de formación o modelo de Estado y al grado de desarrollo de la sociedad surgirá una concreta justificación o legitimación de la pena, esto es, unas específicas razones de la sanción penal que legitiman su imposición, en consecuencia, para cada etapa histórica de la sociedad habrá un tipo de sanción punitiva y unos fundamentos básicos que como razón de ser y soporte axiológico, le sirven de fundamento y legitimación.

La pena, por las razones citadas, se encuentra directamente relacionada con la concepción política que la sustenta, su finalidad se enmarca en los intereses estatales del momento histórico, en medio del cual el ordenamiento jurídico la configura o regula; refleja por tanto, una particular concepción política, ideológica, ética y cultural de la sociedad y del Estado en la que se inserta, este planteamiento es el soporte del sistema penal, por lo que la concepción de la pena hace parte del fundamento que se tenga del derecho penal, de las funciones que cumple el sistema punitivo en la sociedad y de la forma como se llevan a cabo o se concretan esas funciones en una específica forma de Estado.

La concepción de la pena como producto de una determinada etapa histórica responde en forma directa a unas razones o postulados propios de esas particularidades, por lo que ha de entenderse como un fenómeno jurídico dialéctico, transformador que modifica su legitimación y fundamentación en la medida en que cambia el soporte político y social que está llamado a regularla, esto es, desde el modelo de Estado del cual depende su fundamentación.

El término pena proviene en su etimología del latín *Poena* y éste a su vez del griego *Poine*, que significa dolor, sufrimiento, el vocablo pena está relacionado desde sus orígenes del sánscrito *Punya*, que equivale a purificación, por lo que la pena desde tiempos remotos implica un dolor, un castigo o sufrimiento que se deriva de haber causado un mal a otro mediante una acción dañosa, de cuya imposición o sufrimiento se obtiene la purificación, de ahí lo ritual y simbólico de la pena, por una parte y el carácter retributivo, por la otra, los cuales son elementos que siempre lleva consigo la pena o castigo desde sus orígenes hasta nuestros días.

La pena puede ser analizada como un fenómeno regulado desde el sistema jurídico, es decir como institución del ordenamiento legal o puede ser visto como un concepto independiente,

extrajurídico, como un verdadero hecho social, por fuera de la explicación jurídica de causa y efecto o de carácter consecuencialista, propia del sistema jurídico, al observarla como un hecho social se concibe como un objeto independiente de los sujetos, tal como lo entiende la criminología crítica, donde la criminalidad es una realidad social creada a través de procesos de definición y selección de conductas e individuos como criminales desde el sistema penal (Baratta), en la criminología crítica confluyen al menos tres posturas: el abolicionismo, el derecho penal mínimo y el nuevo realismo (Muñoz Gómez; 1992), la pena es reacción social institucional como instrumento de control social.

Para verificar el carácter transformador, político y cambiante de la pena, basta observar la concepción de la pena que fundamenta algunos ordenamientos jurídicos, como ocurre en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, donde es considerada como una respuesta internacional fuerte o radical en relación con la comisión de crímenes internacionales de mayor gravedad a nivel universal, considerados en el preámbulo del Estatuto como: *“una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”*, *“que no deben quedar sin castigo”* en razón a la mayor: *“trascendencia para la comunidad internacional”*, cuya regulación, en ese instrumento se funda en que la comunidad universal se encuentra unida con los estados: *“decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”*, como los fundamentos esenciales frente a las más graves conductas a nivel universal.

El citado estatuto, aplicable por la Corte Penal Internacional, Tribunal Penal con competencia universal, cuyo fin es la persecución y sanción de los crímenes internacionales más graves a nivel global, consagra dos modalidades de pena: la reclusión conforme al art. 77: *“por un número determinado de años que no exceda de treinta (30) años”* o *“La reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado”* (art. 77), las cuales permiten su revisión y modificación en el proceso de ejecución de la sanción, la primera cuando el condenado ha cumplido en prisión las dos terceras 2/3 partes de la pena o el caso de la pena de cadena perpetua, la revisión de la misma cuando el penado ha cumplido 25 años de privación de libertad en los términos del art. 110 del Estatuto; normas indicativas de la extrema gravedad de las sanciones previstas en el ERCPI frente a los delitos de competencia de la misma, los más reprochables o abominables a nivel universal.

De igual manera, se establecen otros institutos jurídicos que demuestran la gravedad de los crímenes internacionales, como la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de Corte Penal Internacional, la responsabilidad personal, individual e intransferible, la exclusión de responsabilidad de los menores de 18 años de edad al momento de la presunta comisión del crimen internacional, la improcedencia del cargo oficial y la responsabilidad de los jefes y otros superiores en la ejecución de esas conductas; todo lo cual ha sido previsto como esencial para definir a nivel universal, la concepción de la sanción penal aplicable en el escenario del Tribunal Universal Penal vinculado al sistema de Naciones Unidas, con facultades para intervenir en los Estados en forma complementaria o subsidiaria respecto de la jurisdicción penal interna o nacional de los Estados.

En el contexto de la ley de Justicia y Paz, donde por primera vez en Colombia se acude por el ordenamiento jurídico a la modalidad de Justicia Transicional en forma expresa, se denominó pena alternativa a las sanciones imponibles a los postulados a ese régimen jurídico, los límites oscilaban entre 5 y 8 años de privación de la libertad para los responsables de los delitos en el marco de la justicia diseñada para la reinserción y reincorporación de los integrantes de los grupos de Autodefensas bajo los lineamientos de la ley 975 de 2005, régimen jurídico que diseñó una modalidad diferente de la pena en su configuración y efectos sancionatorios en razón a la concepción política que la sustentaba, a pesar de ocuparse de delitos de similar entidad o naturaleza que son de la competencia de la CPI hubo una delimitación muy laxa o flexible para los responsables de tales crímenes de honda gravedad para las víctimas.

En el sistema de justicia utilizado en el Acuerdo de Paz, aplicable en el momento político y jurídico por el que atraviesa nuestra nación, por su incorporación constitucional, basado en la pretensa superación del conflicto armado cuya duración excede más de 5 décadas, se construye una nueva concepción de la pena diseñada en el marco del proceso de verdad, justicia, reparación y no repetición SVJRN en favor de las víctimas, que se ocupa de los crímenes de guerra y los delitos conexos ejecutados en el contexto del conflicto armado interno, denominada pena alternativa o pena transicional, con modalidades y límites temporales graduales en tres niveles, que evidencian una nueva concepción de la medida sancionatoria sobre la cual se fundamenta y legitima a partir de la justicia restaurativa y la garantía esencial de los derechos de las víctimas, como núcleo central del acuerdo de paz, que atenúa la privación de libertad o la reduce como recurso extremo en el marco de un amplio catálogo de medidas sancionatorias y de restauración de los derechos de las víctimas.

Así pues, la pena cumplirá unos objetivos específicos en determinada fase histórica de la sociedad, que serán diferentes en relación con otra etapa histórica, tal como lo expone el maestro Juan Bustos Ramírez (1982): la pena, sus funciones y finalidad no pueden entenderse desde la perspectiva jurídica si no son analizadas dentro de un sistema socioeconómico concreto y desde una forma de Estado imperante específica, fijada en un momento histórico determinado.

2.1.2 Concepto jurídico de la Pena, Fundamentos, legitimidad, significado.

El estudio jurídico de la pena se relaciona en forma directa con las funciones que cumplen las sanciones penales como monopolio de la violencia del Estado frente a la ejecución de conductas punibles por los asociados. La pena es el eje central del sistema penal, toda la construcción teórica y dogmática del saber penal gira en torno al problema de la pena, por tanto, constituye el fenómeno jurídico de mayor trascendencia en los estudios del derecho penal, la construcción dogmática de las categorías penales apunta a la eventual declaratoria de responsabilidad penal y a la aplicación concreta de la pena por un juez o tribunal penal, esto es, la imposición de la pena depende de que una persona sea declarada responsable de haber ejecutado una conducta delictiva, por tanto este fenómeno jurídico constituye el epicentro del derecho penal, de la sistemática penal.

El tema inicial está referido, en últimas, a determinar cuál es la legitimación de la autoridad judicial penal en el Estado Social de Derecho al imponer una sanción punitiva como la privación de libertad en establecimiento penitenciario, pena homogénea prevista como principal sanción en la legislación contemporánea, pena privativa de la libertad por excelencia en nuestro medio orientada hacia la restricción de la libertad como privación de ese derecho fundamental, como es el caso de la pena de prisión por la comisión de un delito; por esta razón resulta necesario identificar los fundamentos por los cuales el Estado impone una aflicción, un tormento, un sufrimiento al culpable, lo que constituye, en últimas, la razón de ser de la sanción penal y de la teoría del derecho penal.

El análisis de la pena implica tratar de resolver uno de los aspectos de mayor trascendencia en el mundo jurídico, el interrogante central es: *¿por qué el Estado utiliza la pena criminal?*, del cual se derivan otras preguntas de singular importancia: *¿Cuál es el fundamento de las sanciones penales y como se debe limitar la intervención punitiva del sistema penal?*, *¿Qué postulados básicos debe cumplir la pena como un instrumento de control social en el Estado Social de*

Derecho, adoptado por la Constitución de 1991 en Colombia?, estos interrogantes hacen referencia a varias áreas del conocimiento de las ciencias sociales y del saber jurídico, sin embargo tienen una relación directa con la estructura y fundamento de la sanción punitiva en el derecho penal.

Por lo anterior, se pretende en este apartado, hacer una reflexión jurídico penal y normativa frente a la pena desde su racionalidad, legitimación y aceptación, lo cual implica asumir una postura sobre su legitimidad, funciones y necesidad en razón a que las normas penales desarrollan formal y materialmente principios, valores y derechos de naturaleza constitucional, que determinan en qué medida es legítimo para el sistema penal restringir la libertad individual de acción de una persona (Hörnle, 2015,19).

Múltiples interrogantes se presentan en torno a los temas relacionados con el fin y justificación de la pena, ¿conlleva la pena emociones atávicas que justifican la amenaza de pena y su imposición por el Estado en el sistema penal?, ¿debe restringirse la imposición de la pena a partir de las anteriores razones? ¿Existe diferencia entre el sentido de la pena y la legitimación de la misma?, son cuestionamientos básicos relativos a la justificación y legitimidad de la sanción punitiva, entre otros.

La idea de la prevención general de intimidación acompaña la conceptualización de la pena desde la más antigua teorización sobre ella. Se une el efecto preventivo disuasorio como fundamento de las leyes penales para que la amenaza de pena produzca una expectativa inhibitoria en la colectividad mediante la posible persecución sancionatoria, que motive y disuada la ejecución del delito por el infractor y por los demás miembros del grupo social se impone la pena, lo cual resulta insuficiente para justificar el fenómeno punitivo y sus efectos de violencia institucional sobre las personas.

La legitimación de la pena busca identificar la racionalidad que utiliza el Estado para fundamentar la imposición de la sanción punitiva, institución que no es más que un instrumento de violencia que somete y en ocasiones degrada a niveles extremos, al ser humano en el momento de su ejecución o cumplimiento; la legitimación de la pena no puede agotarse solo en lo expuesto por el derecho positivo, sino que debe fundarse en la racionalización del poder punitivo del Estado a partir de los principios, valores, derechos fundamentales, instrumentos internacionales de derechos humanos, principios político-criminales, la protección de bienes jurídicos esenciales,

entre otros, como mecanismos que permitan identificar la justificación y fundamento al poder estatal para sancionar en el ámbito punitivo, todos ellos verdaderos referentes materiales que la deben controlar y limitar para evitar la arbitrariedad, el abuso, la discrecionalidad y permitir básicamente, justificar la imposición de la sanción punitiva como máxima reacción estatal frente al delito.

La legitimidad de la sanción se relaciona en forma directa con su fundamentación, la cual se debe encontrar más allá de la legalidad penal, de la facultad del Estado para imponer sanciones penales, el Estado no puede legitimarse solo en la legalidad formal, se trata, en este nivel, de identificar los criterios materiales que justifican su imposición y ejecución, por tanto se busca determinar los postulados que le sirven de soporte racional a la pena, que permitan su justificación, como la teoría de los derechos humanos o la protección efectiva y material de los bienes jurídicos esenciales, entre otras, es decir, deben existir razones que se traduzcan en explicaciones aceptadas socialmente, que permitan respaldar la credibilidad social, la aceptación y el entendimiento colectivo para afianzar el derecho penal y racionalizar la imposición de tales sanciones.

La legitimación es el instrumento que permite el control punitivo, evita el exceso del Estado en la imposición de la pena, controla la utilización pública de la sanción penal, permite que los individuos que integran la sociedad la acepten, asuman el carácter obligatorio de la pena, el deber ser de su actuar, tratándose de la más grave injerencia del Estado en los derechos de los ciudadanos, la causación de dolor que entraña la pena y la violencia pública e institucional con graves efectos en los sujetos que la soportan debe tener fundamentos más allá de la mera formalidad, un autor nacional describe con claridad la extrema gravedad de la pena así:

“La pena, es decir, la institución que por excelencia define al derecho penal, es la más grave intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, la pena es violencia institucionalizada, es inflicción de dolor, es privación de los atributos inherentes a la calidad de ser humano, implica el sometimiento del hombre a un proceso de regresión hacia etapas ya superadas de su existencia. La pena priva o restringe derechos fundamentales. Es una intervención radical del Estado en la persona humana, Una intervención violenta y grave; tan grave que aun hoy en muchos Estados, implica no solo la negación de la vida sino la negación de la dignidad del ser humano, la pena lo cosifica, lo instrumentaliza, lo convierte en materia moldeable en las manos del poder”. (Urbano, 2001:51).

Ante el sombrío panorama de los efectos de la pena, resulta necesario identificar los fenómenos que determinan en qué medida es legítimo para el Estado y el sistema penal en concreto, imponer a una persona una aflicción o pena, que por esencia es una grave afectación a la persona y que se traduce en la restricción o privación la libertad individual con enorme significado del ejercicio de la violencia hacia un ser humano. (Hörnle, 2015,19).

La búsqueda de la legitimación de la pena, implica desentrañar en términos jurídicos la respuesta a algunos interrogantes, tales como: ¿por qué se sanciona con penas a los ciudadanos? ¿Para qué se determina la pena en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana? ¿Cómo se justifica la pena frente a los estándares de protección y garantía previstos a nivel universal en los tratados de derechos humanos?, entre otros.

Un gran avance en la historia de la sanción penal ha sido la consolidación del postulado básico de la responsabilidad personal, individual e intransferible en materia penal, principio cardinal que representa un avance cualitativo de la forma más ancestral de reacción vindicativa del grupo del ofendido contra el sujeto infractor y sus allegados. El paso de la responsabilidad objetiva y grupal como primera forma de reacción sancionatoria acaecida ante una conducta dañosa por parte de un sujeto al grupo social y al afectado fue la reacción primigenia; en la antigüedad, los grupos sociales a los que pertenecía el infractor disponían sanciones a partir de la venganza ilimitada, que en algunos casos comprometía a los parientes y círculos sociales en su totalidad, justamente a los que pertenecía el ejecutor, en Esparta se extendía a la mujer, hijos y amigos del culpable, en los crímenes de *lesa majestad* los parientes varones eran castigados con la misma pena del infractor o a una la pena lenta y dolorosa, si eran parientes próximos, en caso de que el parentesco fuera lejano pasaban a ser esclavos del emperador (Tisoot, 2008).

Para desarrollar el tema de legitimación de la pena ha de partirse de la necesidad de buscar su respuesta más allá del derecho penal, no puede legitimarse semejante consecuencia por el mero hecho del poder normativo que la define, un acto de violencia y de deterioro del ser humano no puede explicarse racionalmente desde la normatividad positiva de la dogmática penal, el derecho penal por sí mismo no ofrece la justificación material de la sanción penal y sus graves efectos.

Varios razonamientos se han ofrecido para legitimar el derecho penal y la imposición de la pena, un sector contemporáneo de autores (Roxin, 1972) acude a la política criminal como eje fundante de la sanción penal, desde el ámbito de la prevención y sanción de las conductas de mayor

dañosidad social, la lesividad de los bienes jurídicos de tutela bajo la concepción del derecho constitucional como fundamento material de la pena, lo cual resulta ser un planteamiento de justificación y legitimidad que se soporta en pilares extrapenales frente a la fundamentación de la pena.

La supremacía constitucional y la subordinación de la institución punitiva a los principios, derechos y valores del ordenamiento dogmático constitucional en un Estado Social de Derecho, exigen que la pena deba estar instituida para servir a unos fines constitucionalmente válidos, por tanto, sancionar solo por la comisión de un delito no resulta compatible con los citados postulados, la mera retribución es insuficiente para la imposición de la pena, vale decir, la realización de un mal no debe seguir necesariamente una retribución de igual naturaleza si se entiende al sujeto autor del delito como un ser racional, autónomo, automotivable y capaz, como concreción del principio central de dignidad humana, en la imposición de la sanción penal están en juego valores y principios propios de un sistema constitucional antropocéntrico que se orienta y funda en el respeto de la dignidad del ser humano, por lo cual humanizar la pena y permitir la rehabilitación, reintegración y recuperación del hombre para la sociedad debe ser el propósito central de la sanción penal.

2.1.3 La pena en su evolución histórica.

La pena desde sus orígenes se asocia a un sacrificio, un rito con efectos simbólicos que logra una clara eficacia en la comunidad; ha implicado desde la antigüedad, una modalidad de violencia sobre un sujeto que debe soportar la sanción para cumplir un propósito. La función primaria de la pena tiene por fin, desde las formas más ancestrales o primitivas de la humanidad, eliminar la rivalidad entre víctima y victimario, evitar la venganza ente el agredido y el agresor, a partir de allí, interrumpir la eventual cadena de venganza privada desbordada que generaría una reacción ilimitada de represalias entre estos; por modo que, en sus orígenes y para las comunidades ancestrales, la pena pretendió resolver el conflicto entre víctima y victimario en forma definitiva, con una finalidad clara: poner fin al conflicto entre quienes se involucraban en el delito, en razón a que la sanción punitiva se orientó, desde sus orígenes, a restaurar la armonía en la comunidad y a reforzar la unidad e integración social (Girard, 1972).

La pena se ha fundado desde sus inicios y en su evolución histórica en el principio de venganza

privada y luego en la retribución pública, al confiársele a una autoridad soberana su imposición en nombre de la sociedad. En todo caso, el objetivo central de la pena se orienta a evitar o inhibir la venganza privada, al intentar poner fin a la eventual reacción en cadena o escalada vindicativa ilimitada que produce el deseo de venganza entre agresor, agredido y su entorno, con el grave riesgo del aniquilamiento de los miembros de la comunidad; de esta manera la pena logra desde sus orígenes y en su evolución, en última instancia, mantener la unidad del grupo social y la cohesión de sus miembros.

Venganza, sacrificio y castigo legal se unen intrínsecamente en la imposición de la sanción a una persona que integra el grupo social, de ahí que la venganza pública ejercida sobre éste, transforma y purifica la violencia privada maléfica causada mediante el efecto dañoso a la víctima, por lo que el sacrificio como consecuencia, se convierte en violencia legítima sobre el agresor, de esta manera la afectación sancionatoria que ejerce el Estado resulta legítima y permite cerrar el ciclo de la eventual violencia privada, es decir impide el desencadenamiento progresivo e ilimitado del carácter violento que genera, precisamente, la violencia privada.

Se resalta en los estudios originarios de la pena, la relación que ha existido entre el sacrificio y el rito, en medio de lo cual se hace referencia al “*chivo expiatorio*” y a la ofrenda o sacrificio de animales y personas, hecho reconocido en los textos religiosos como una forma de expiación de las culpas del grupo social, sobre estas víctimas descargaba la comunidad en forma unánime sus males y se purificaba a través del rito del daño causado sobre el colectivo, fenómeno que ha recibido el nombre de violencia fundadora, para enfrentar la violencia privada, la desgracia, los males colectivos, etc., esta práctica del sacrificio ritual que conlleva a la sanción y la pena se mantuvo como práctica cultural, la cual desde sus orígenes, tuvo por fin mantener la cohesión y armonía social dada la participación colectiva tanto en el ritual como en el sacrificio.

La pena implicó desde la antigüedad, el ejercicio de una violencia unánime, colectiva o fundadora, en el marco de lo mítico y ritual, lo ritual sugiere que el acto siempre ocurrirá de la misma forma como la primera vez, es decir garantizará que su aplicación a futuro se reproduzca, por lo que el sacrificio se ata al pasado. Los ritos y símbolos de los sacrificios significaron limpieza y purificación que permitían la unidad en ceremonias rituales y la cohesión de la comunidad mediante su práctica grupal.

A través del sacrificio ritual se produce una función social que permite ejercer violencia pública

para transformar la maldad y el daño de la violencia privada en un acto colectivo, mediante un sacrificio que purifica en nombre de la víctima y la comunidad el daño real o potencial que se pretende conjurar, tal fenómeno explica que la violencia pública sea legítima, frente a la que causa la pena que enfrenta otra violencia de carácter privado e ilegítimo del autor, la del agresor, resultando la primera permitida, compensatoria, retributiva desde que se impone al afectado en nombre del colectivo.

La pena hunde sus raíces en ritos, símbolos, limpieza y purificación, es decir, en formas ancestrales de cohesión social, en ceremonias que garantizaban el orden y la tranquilidad de las comunidades primitivas como mecanismo de purificación y unidad del grupo.

Resulta oportuna la reflexión que enmarca la pena desde sus orígenes en el sacrificio, la violencia y el rito frente a fenómenos naturales y sociales, para transformarse racionalmente en la contemporaneidad, sin mucha diferencia, en el castigo y la aflicción, el sacrificio y sufrimiento al culpable que debe soportar el efecto de su actuar dañoso, la forma de enfrentar el delito cometido.

El carácter coactivo de la justicia penal contemporánea, esto es, la imposición por la fuerza de la pena, descarga en la sanción penal el anhelo de venganza privada que produce en la víctima la ofensa causada por el injusto, la diluye o extingue; razón por la cual, la pena lleva consigo un componente de venganza pública que sustituye la venganza privada de las víctimas e impide los efectos de posibles represalias, vale decir, racionaliza la venganza y el carácter retributivo de la pena, de ahí el fundamento de la conocida prohibición de hacer justicia por mano propia y el principio de proporcionalidad entre dañosidad del injusto y sanción que debe irrogarse al autor del delito.

El sistema penal, al monopolizar la violencia pública mediante la pena, hace razonable la venganza privada de la víctima y de esta manera evita la venganza y la disuelve o aplaca, fenómeno que opera a partir del principio de independencia y autonomía del sistema judicial. El sistema penal al imponer la pena actúa en nombre de la víctima y del colectivo social, materializa la relación que subsiste hasta nuestros días, entre sacrificio, pena y monopolio de la violencia. La pena así concebida, cumple fines curativos y preventivos de violencia, por lo que el principio de venganza privada evidencia una estrecha relación con el principio de justicia penal.

Es unánime el planteamiento de los doctrinantes en cuanto a que las penas antiguas eran corporales, infamantes y capitales, la muerte era una de ellas, aplicada tanto como las mutilaciones,

azotes, torturas y sufrimientos corporales que implicaban sectarismos, inspiración religiosa, apaciguamiento de grupos sociales entre otras motivaciones, (Pérez, 1989), orientadas a producir dolor y tormento físico, daño corporal, para buscar expiar el mal causado por el agresor, como la *fustigatio* de los romanos que se realizaba con azotes, correas, férulas, hasta con balas de plomo sobre el cuerpo del condenado, modalidad que se empleó en Alemania por delitos como el homicidio e incendio, en los siglos XVII y XVIII, algunas penas corporales eran mutilaciones a miembros u órganos del cuerpo del infractor, labios y lengua en la blasfemia, los ojos contra los sublevados, manos para evitar el adulterio femenino, practicas utilizadas en Roma, Egipto y Europa para dar lugar, posteriormente, a las galeras donde se les sometía al látigo y azotes para obligarlos al trabajo forzado (Pérez, 1989: 169).

Posteriormente, tal como lo resalta el maestro Luis Carlos Pérez, el sentido originario de la prisión que segregaba a la personas a recintos cerrados se utilizó inicialmente, para mantener a los procesados durante la investigación en cautiverio, que por su similitud puede ser la génesis de la detención preventiva, se consagró en las partidas de Alfonso el sabio, se utilizó en la inquisición y en el esclavismo, se denominó *el ergastum*, que consistía en recluir a los esclavos en una dependencia especial construida por los amos o esclavistas. Pero en su origen no tuvo efecto sancionatorio o punitivo hasta cuando se decide en la inquisición, encerrar a los herejes y a quienes eran condenados por las autoridades eclesiásticas, el encerramiento buscaba que el condenado se arrepintiera, expiara su culpa (Pérez, 1989, Tomo II).

En el citado contexto, se ubican en términos generales, tres grandes etapas por las que ha transitado el fenómeno jurídico de la pena: la fase de la venganza privada, desproporcionada y grupal, la segunda conocida como la fase de venganza pública o colectiva fundada en la responsabilidad individual pero a nombre del Estado y la sociedad, que era la imposición a partir del medioevo por la fusión pecado y delito, la tercera fase, a partir de la revolución francesa y las ideas del iluminismo y la ilustración o la enciclopedia, denominada fase del humanismo de la sanción.

En el Estado Feudal, donde aparece clara la unidad o fusión entre religión y poder político, época histórica que reflejó la máxima expresión de la concentración del poder religioso, político, militar y judicial en el monarca, caracterizada por el uso ilimitado e incontrolado del poder, Estado y religión se entremezclan por la unión moral y derecho. El castigo impuesto por el soberano se

concebía como una expiación del mal o del pecado, se imponía la pena como mecanismo que debía soportar quien rebelado contra el soberano que ejercía la autoridad en nombre de la divinidad, las personas no tenían derechos sino deberes, entre ellos el más importante: el acatamiento de las decisiones del monarca representante de la deidad en la tierra.

Para la época, no se cuestionaba el fundamento de la pena, pues se consideraba que el hombre estaba hecho a imagen y semejanza de dios, lo que se castigaba era, precisamente, la rebelión contra el soberano y el Estado, que eran manifestaciones simultáneas del poder teocrático, la pena era una venganza para castigar a quien obraba mal (Nicos Poulantzas, 1976), (Bustos Ramírez, 1982).

En la transición de la baja edad media, hacia los albores de la sociedad liberal, emerge un nuevo sistema económico producto del ascenso de una nueva clase económica: la burguesía, sus integrantes no eran aristócratas, reyes, ni siervos, era un nuevo sector de la sociedad en evolución, lo que generó unas relaciones económicas novedosas y a partir de ellas una nueva concepción del Estado y del ejercicio de la autoridad.

Para esta forma de Estado la pena empieza a tener un nuevo fundamento: la explotación de la mano de obra, el infractor era enviado a las colonias descubiertas, a las casas de corrección, casas de trabajo, hospitales generales, entre otros, todos estos antecedentes en los orígenes de la prisión y de la fábrica, tal como lo reseñan Rusche y Kirschheimer en su análisis de la pena y estructura social, lo que a su vez es resaltado por Michelle Foucault, en el origen de la prisión desde su enfoque genealógico, se concreta finalmente, en que la pena es una mercancía y por tanto un instrumento de regulación del mercado de trabajo, en los albores de la sociedad capitalista.

En el Estado liberal, en donde resulta disfuncional la concentración del poder en el soberano o monarca absoluto, se sustituye el fundamento del poder omnímodo del gobernante y el origen divino por la voluntad soberana del pueblo en el constituyente primario y así lo concibe el ordenamiento constitucional contemporáneo, al disponer que la soberanía “*reside exclusivamente en el pueblo*” y de él emanan los poderes públicos (art. 3 C.P.).

Aparece la teoría del contrato social como el trasfondo o sustento teórico de la nueva organización política y jurídica, se consolida como una conquista central de la sociedad la división de poderes para controlar el ejercicio de la autoridad a partir del avance político de la nueva clase social, hacia un Estado liberal clásico bajo los postulados de la libertad, igualdad, legalidad y

propiedad preconizados por la Revolución Francesa, proceso que acontece en el período comprendido entre 1789 y 1848, la pena va a ser criticada en esta concepción por su crueldad, arbitrariedad, sufrimiento y dolor causado bajo el fundamento de corrección del culpable, expiación, retribución y purificación del infractor los cuales provenían de la inquisición.

Necesariamente la pena va a tener una nueva fundamentación en este escenario, aparecerán nuevos fines en el Estado Liberal, filósofos del derecho como Kant y Hegel se ocupan del tema, en sus estudios le dan el sustento jurídico necesario a la sanción penal, dejan de considerar la pena como un mecanismo de expiación del pecado, para pasar a ser el medio de retribución por la afectación del orden jurídico que los hombres han acordado en forma consensuada.

Bajo esta concepción, la pena se convierte en el mecanismo propicio para restaurar el orden jurídico que sufre un daño o menoscabo por el delito, el papel preponderante de la justificación de la sanción punitiva resulta de la relación o unidad entre infracción y merecimiento de pena; a partir de esta novedosa argumentación aparece un relevo teórico sustancial en donde la afectación o quebranto de la razón divina es sustituida por la afectación al orden jurídico producto del consenso social, cuya titularidad le pertenece al Estado, es decir, la sanción penal reemplaza la ley divina por ley civil de los hombres.

La edad moderna, tal como lo expone Stratenwerth, se concibe como la etapa fundada en los aportes teóricos de la ilustración y el iluminismo que caracterizaron la revolución francesa, con sus aires de renovación se ocupa de cuestionar, en lo relacionado con la pena, la atrocidad del castigo, los sufrimientos corporales, las torturas y la crueldad propia del régimen inquisitivo medieval y pretende obtener un fundamento racional a la pena; por tanto, introduce dos elementos jurídicos centrales: la pena se justifica en cuanto protege bienes jurídicos de la sociedad y se orienta o tiene como finalidad básica, la evitación del delito; de esta manera la dañosidad efectiva al bien jurídico y el fin de prevención de la pena son los ejes centrales del Derecho Penal moderno en la denominada dogmática penal contemporánea, tanto la prevención especial como la lesividad al bien jurídico fundamentarán en lo sucesivo la sanción punitiva.

En esta etapa, la pena empieza a fundarse en un concepto basado en la razón, que permanecerá hasta nuestra época: el libre albedrío. Este postulado señala que el hombre tiene la capacidad de diferenciar lo justo de lo injusto, comprender en forma libre y voluntaria su entorno, dirigir su comportamiento a través de un margen de libertad de acción, tal planteo será el pilar básico del

derecho penal y de la sanción penal, así pues, en tanto el sujeto tiene la posibilidad de determinarse de manera voluntaria y autónoma, puede elegir conscientemente su acción, puede direccionar u orientar su conducta hacia un objetivo predeterminado, de manera que cuando realiza un acto contrario a derecho, lo hace por regla general, sin coacción alguna.

La anterior reflexión, permitió fundar la pena sobre la base de la libertad de acción o libertad de elección, sobre el libre albedrío, a pesar de la relatividad del concepto de libertad en la que el hombre actúa y su difícil demostración, tal como lo señala la literatura jurídica contemporánea, este planteamiento resulta esencial en la concepción liberal clásica de la pena.

Del anterior criterio surge un nuevo postulado que va a ser base esencial en la fundamentación de la pena: el paso de la retribución a la Prevención General, principio según el cual, la pena se justifica en cuanto sanción que disuade o impacta a las demás personas, un efecto o mensaje que se envía al colectivo social al que se acude, en medio de la tensión entre la utilización del miedo y la racionalidad del hombre para no caer en el terror, como lo recuerda Roxin, al decir, que para intimidar el Estado pretende castigar tan duramente como sea posible (Roxin, 1976), lo cual implica una doble ficción, primero la capacidad racional absolutamente libre del hombre, basada en el libre albedrío como capacidad de decisión, lo cual es indemostrable, y en segundo lugar, la existencia de un Estado completamente racional, lo cual también resulta ser una mera ficción (Bustos Ramírez, 1982).

En el terreno de los efectos, el cambio de fundamentación implica una transformación del cuerpo humano como el receptor de los castigos, suplicios y sufrimientos, que soportaba físicamente las sanciones en la época del medioevo, en plena vigencia del feudalismo y del absolutismo monárquico, hacia la disciplina, el sometimiento del alma, el control de la psiquis y de la espiritualidad, que tiene su aplicación en la modernidad a partir de la revolución francesa y el auge del iluminismo, con el surgimiento del aislamiento celular, el coche panóptico y la pena de prisión, tal como lo resalta Foucault en el nacimiento de la prisión.

Se transforma de esta manera el poder de la sanción, el fin no está dirigido a causar sufrimientos físicos o corporales sino a impactar o afectar, mediante la aflicción, el fuero interno del hombre en su aspecto psíquico, esto es, en su interioridad. El cambio de finalidad marca un nuevo paradigma: el paso de la pena como instrumento de producir dolor o aflicción en lo físico o corporal propio del medioevo para hacerlo en el aspecto interno del hombre: su alma, su siquismo, su subjetividad.

Para recordar a Foucault sobre el tema una frase resulta clave en esta precisión: “*Los iluministas que han descubierto las libertades también han inventado la disciplina*”, el citado tránsito permitió, en la primera fase del sistema liberal clásico del derecho, como estado capitalista basado en la garantía de libertad y reducido a las funciones de mera vigilancia, fundar en la prevención general y en la retribución del mal por mal, la restauración del orden jurídico, a partir de estos dos criterios se legitima la imposición de la pena en el derecho penal contemporáneo.

Para la ilustración, el origen de la sanción penal está fundado en el origen y concepción del poder político que se fundamenta en el contrato social y el paso del estado de naturaleza al estado de civilidad, una sociedad regida por la legalidad, igualdad, propiedad y fraternidad; la pena en este nuevo panorama tendrá como fundamento la racionalidad, proporcionalidad, necesidad, la prontitud de su imposición y su cumplimiento, la gravedad de la conducta como parámetro de definición, el control previo mediante el principio de legalidad de la sanción y el objetivo central de limitar la arbitrariedad, la necesidad de su justificación como pilares básicos de la enciclopedia, desde el manifiesto de Beccaria según lo resalta Nódier Agudelo (1989) en sus estudio sobre los apartes del clásico texto “*de los delitos y las penas*” publicado por el Marqués de Bonnesana en 1764, retomados por la revolución Francesa como pilar esencial para fundar el derecho penal clásico.

Los postulados relacionados con la pena, sostenidos por la concepción liberal clásica de la ilustración se van a concretar en 1789 en un instrumento jurídico esencial a nivel universal, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que consignó en forma expresa en el artículo 8º, que las penas debían estar previamente determinadas por la ley y que solo debían establecerse “penas estrictas y evidentemente necesarias”, con lo cual los principios de legalidad de las pena, taxatividad, humanismo y necesidad forman el corpus central de la teoría penal relacionada con la sanción punitiva desde el siglo XVIII.

Posteriormente, va a aparecer el concepto de defensa social para intervenir de manera específica y particular en los individuos, un criterio que va más allá de la simple prevención y retribución, un nuevo concepto teórico se estructura como la base y justificación del delito, el cual no es solo un acto que causa un mal a la víctima y a la sociedad, por lo que debe ser retribuido mediante una pena para restaurar el orden jurídico, sino que, por su naturaleza lesiva produce un daño social, se justifica de esta manera que el Estado y el derecho deban reaccionar a través de la defensa social,

para proteger al colectivo social del infractor, por cuanto el delincuente constituye un peligro para la sociedad, se conoce como el dilema de la defensa social frente a un fenómeno correlativo: la peligrosidad social, postulado básico en la concepción de la escuela positiva del derecho penal.

A partir del criterio casualista, básico de la concepción positivista, fundado en la relación causa y efecto propio del positivismo, el delincuente es un anormal, por lo que el Estado debe proteger a la comunidad de su potencial dañoso, real o efectivo y de su capacidad de afectar la sociedad; de esta concepción se consolida la figura de la peligrosidad social por un lado y su equivalente por el otro: la defensa social, postulado central de la escuela positiva del derecho penal que fundamentó la pena en la primera mitad del siglo XX.

La razón de ser de la pena en el positivismo se basa en el principio según el cual, el sujeto infractor es un ser diferente a los demás, en su esencia dañoso por su patología intrínseca, por lo que debe ser apartado del entorno social para proteger a los demás miembros de la sociedad, las penas no son sanciones frente a actos libres y voluntarios de los sujetos dotados de libre albedrío, personas con capacidad racional de escoger el direccionamiento de sus acciones, sino medidas de tratamiento que se adoptan para enfrentar la perversidad del delincuente, un sujeto concebido como el resultado de fenómenos que le producen alteraciones patológicas de origen biológico, psíquico, antropológico o social.

De esta forma emerge un nuevo concepto que legitima la reacción sancionatoria del Estado frente al peligro social que entraña un sujeto que constituye un posible daño a la sociedad real o potencial, criterio que va a justificar ideológica y jurídicamente la pena para evitar el daño social, por lo que se va a considerar la sanción penal como el mecanismo que garantiza la inocuización, neutralización o tratamiento del delincuente en el marco de la defensa social, aún antes de actuar o modificar el mundo social debe intervenir el derecho penal, la reacción social es justificada sobre la base de defender la comunidad del peligro que puede causar un sujeto anormal.

Un pasaje de Juan Bustos ilustra el planteamiento citado:

“...sino que es el (delincuente) intrínsecamente perverso, un ser diferente a los otros, alguien que es necesario separar de la sociedad para protegerla. Su patología será biológica o social. Por ello, consecuentemente, se prefiere hablar de medidas no de penas. El positivismo naturalista o sociológico entrega nuevas armas ideológicas al Estado para la legitimación de su reacción sancionatoria frente al disidente” (Bustos R., Juan, 1982).

Gran parte del siglo XX mantuvo una de las posiciones mencionadas o la preponderancia de una sobre la otra, en torno a la justificación de la pena. De un lado el retribucionismo y, de otro, la prevención general, como el caso alemán, el positivismo naturalista o sociológico como ocurrió en Francia y Estados Unidos. En todo caso fueron estas dos posiciones las que justificaron la sanción punitiva en el siglo anterior.

El paso del Estado gendarme al modelo liberal del intervencionismo de Estado se caracterizó por la modalidad de democracia neoliberal que necesitó crear fundamentos ideológicos sobre el orden, el consenso colectivo y el equilibrio, en ese contexto aparece el enfoque funcionalista que resulta central para esta nueva concepción, una teoría remozada de la defensa social bajo un replanteamiento novedoso. La sociedad se construye sobre procesos de comunicación, el Estado debe intervenir para lograr la funcionalidad de esos procesos comunicativos y de esta manera mantener el consenso colectivo, el orden y el equilibrio, cada persona juega un rol en la sociedad y ésta espera que no se defrauden las expectativas sociales que le corresponde a cada asociado, la sociedad funciona como un sistema del cual todos los subsistemas o componentes deben cumplir su actividad, cada quien debe cumplir el rol que está llamado a desarrollar en el mundo social, de esta manera se logra una constante reproducción permanente de los intereses de una mayoría y el *statu quo* de la sociedad, ni más ni menos.

La pena bajo estas premisas, es una respuesta contrafáctica para recuperar el equilibrio social causado por el delito, despersonaliza al individuo y lo toma como un objeto de la racionalidad del consenso, sanción que busca la reeducación, reinserción y reintegración hacia la comunidad jurídica, pretende en suma, someter al individuo al dominio del funcionamiento capital - trabajo, la reafirmación social, muestra un fin de aparente neutralidad de la sanción, la pena en esta concepción es un instrumento de manipulación del hombre en el mantenimiento del sistema social despersonalizado, tal como lo señala Muñoz Conde, 2007.

La crítica más fuerte a la resocialización consiste en la contradicción que se produce al pretender integrar al infractor a la sociedad sacándolo del seno de la misma comunidad, excluyéndolo de la sociedad y estigmatizando al individuo. La pregunta que formulan los críticos es: ¿resocialización para cuál sociedad y para qué? interrogantes que unidos a lo expuesto señalan el fracaso rotundo del fin de la reinserción y de la resocialización de la pena contemporánea.

2.1.4 Esencia y fin de la pena.

El vocablo pena lleva implícito múltiples significados, es polisémico, entre ellos: satisfacción de una ofensa, castigo, expiación, sufrimiento, sacrificio, dolor, tormento, aflicción. La pena se identifica con la satisfacción de un mal mediante la causación de uno similar (venganza privada), restauración del orden colectivo perturbado (venganza pública), compensación de un mal (expiación), reacción social para evitar su repetición individual e imitación por otros (prevención especial y general), facilidad de condiciones para que el sujeto tenga la oportunidad de asumir un mejor comportamiento y el fin de orientar a futuro una conducta adecuada (reinserción).

La pena para filósofos como Platón y Aristóteles se refiere a un mecanismo de corrección del culpable, un bien para éste y el temor del castigo a quienes quieren imitar ese comportamiento. Aunque el último de los filósofos citado resalta la satisfacción que causa o produce su imposición (Tissot, 2008).

La venganza es un sentimiento que lleva a producir un maltrato por haber recibido una afectación, genera daño y produce una sensación de satisfacción o descarga emocional del afectado, una especie de placer que apacigua ese deseo al realizar el castigo por mano propia, la venganza es ejecutada por el mismo ofendido a quien le produjo la ofensa. La venganza es una pasión humana que está en la esencia de la pena privada o pública.

Desde el estado de salvajismo del hombre nómada en la época primitiva, la venganza dependía de la cólera y fuerza del agredido, se caracterizaba por ser desmedida y sin moderación. Fue la primera forma de pena frente al agresor, una forma de defensa que buscaba inhibir el deseo de renovar la agresión; para la época era evidente la inexistencia de autoridades, reglas, leyes e instituciones que regularan este tipo de fenómenos.

La pena, con el paso del tiempo y la evolución social, como toda institución jurídica, está sometida a unos principios que constituyen los presupuesto éticos, políticos, jurídicos y sociológicos que le dan soporte teórico y conceptual en su definición y regulación, los principios son normas superiores o supremas que tienen valor jurídico por si mismos e irradian el plexo jurídico en general, tal como lo expone un conocido autor nacional:

“Los principios jurídico normativos descansan, pues, en supuestos éticos, políticos, político-criminales y sociológicos del ordenamiento jurídico, de suerte que su origen y

fundamentación no dependen de la ciencia jurídica misma sino de disciplinas extrajurídicas y, sobre todo, de la configuración histórico cultural de la ética social que desde luego incluye la ética política. Los principios ideales son también suministrados por la razón práctica -moral crítica o racional-” s.f.t. (Fernández Carrasquilla, 1999).

Aunque el legislador ha regulado la actividad de jueces y magistrados en el proceso de individualización cualitativa y cuantitativa de la pena, al momento de imponer al declarado penalmente responsable la sanción penal, esta actividad judicial está precedida de la respuesta que pasa por la legitimación por parte del Estado para la proceder a su imposición y por los fines de la pena, lo que implica desentrañar en términos jurídicos por qué se sanciona con penas a los ciudadanos y para qué se realiza esta función penal en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho, que tiene por justificación y fin esencial el respeto por el principio fundante de la dignidad humana y por la protección y garantía de los derechos inherentes a ésta.

Todas las escuelas del pensamiento penal que han existido en el desarrollo histórico y jurídico del derecho penal se han ocupado del fundamento a la pena, buscan encontrar las razones y principios para imponerla, por cuanto constituyen la razón de ser de esta institución, la esencia o legitimación le permite al Estado a través del sistema penal cumplir unos supuestos previos para imponerla, efectivizar unos propósitos que la legitiman, mediante esa fundamentación se excluye la arbitrariedad o el autoritarismo del Estado al irrogar una pena, como ocurre con la privación de la libertad, pena generalizada u homogénea como sanción principal no solo existe en el sistema interno sino también en el nivel del Derecho Penal Internacional que se ocupa de los crímenes que habilitan la persecución y sanción en el Estatuto de Roma como tribunal universal, por lo que en relación a la pena existe toda una construcción teórica, jurídica y dogmática que gravita alrededor de la imposición y justificación de esta institución central del derecho penal.

Un gran avance en la historia de la sanción penal ha sido la consolidación del postulado básico de la responsabilidad personal, individual e intransferible en el avance histórico de la sanción punitiva.

La pena no puede considerarse un fin en sí misma, su finalidad debe estar dirigida a la garantía de los supremos valores y principios constitucionales mediada por el grado de culpabilidad del agente (Zaffaroni), por lo que debe revisarse las teorías de la pena como a continuación se realiza.

2.2. Las teorías sobre la pena

2.2.1 La teoría absoluta. El fin retributivo.

El derecho penal ha creado varias teorías contemporáneas que explican o legitiman la imposición de la sanción penal, la primera de ellas conocida como la teoría absoluta, en su más antiguo significado implica razones éticas, religiosas y jurídicas, fundadas en un reproche para el sujeto que ha dirigido su comportamiento en forma contraria al orden jurídico. Recibe el nombre de teoría absoluta porque no pretende un fin u objetivo socialmente útil, sino el logro de valores universales independientemente de finalidades sociales de la misma, tal como lo sostiene un sector de la doctrina, la teoría absoluta de la pena busca la “*realización de la justicia*” o “*el imperio del derecho*”. El rechazo de la violencia mediante la violencia.

La pena en esta concepción, retribuye, equilibra y expía un mal derivado de la culpabilidad del autor, se justifica por sí misma y no es más que un mal causado al infractor como equivalente al mal ocasionado con el delito (Balmaceda Hoyos, Velásquez, Ortiz /Arévalo, 2010), el Estado reacciona frente a la violación de un derecho en un claro acto de retribución del mal o daño causado legitimado solamente en el imperio del derecho. El castigo se funda en la conocida frase mal por mal.

Desde un enfoque religioso, delito y pecado han tenido el mismo fundamento, en el medioevo el delito también era un pecado, por cuanto se consideraba un atentado contra el monarca que representaba tanto el poder de la divinidad sobre la tierra como el poder político y judicial en la comunidad, existe una semejanza entre justicia divina en la noción del pecado y la pena, la que en este contexto, se funda en la retribución absoluta al cumplir una función de expiación del delito, como el arrepentimiento por quien cometió el pecado.

La perspectiva ética y jurídica de la teoría retributiva se debe a Kant, quien consideró que si el hombre es un fin en sí mismo no podía ser instrumentalizado con la imposición del castigo penal por motivos de utilidad social, la ley penal es un “*imperativo categórico*” independiente de cualquier reflexión utilitaria, como sería la protección a la comunidad, la pena debe imponerse en todo caso al infractor, aun cuando no se persiga un fin diferente a la retribución y la justicia, tal finalidad descarta cualquier objetivo utilitarista, al extremo de considerar que la pena debe imponerse aun cuando el Estado y la sociedad dejen de existir. (Kant, La metafísica de las

costumbres, 1798), la Justicia penal debe ser absoluta, inflexible y obligatoria frente a cualquier consideración interesada, la pena es el efecto jurídico necesario de un delito, sostenía el filósofo.

Hegel (Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, 1821) fundamenta la concepción jurídica de la teoría retributiva con un argumento adicional que consiste en que la pena, ante la realización de un delito, no es otra cosa que la negación de la voluntad general representada en la ley el Estado, por tanto, ante esta negación, se debe imponer la pena bajo el principio de constituir una *“negación a la negación”* expresada a través del castigo, que se dirige al pasado y al restablecimiento del orden jurídico, sin proyectarse al futuro, hacia los demás, hacia el colectivo social o con fines utilitaristas.

Los clásicos del derecho penal (Carrara, Beccaria, Romagnosi, Filangeri) en la misma línea de la teoría retributiva comprendieron la pena como un fenómeno que se relacionaba con un hecho pasado y lo solucionaba, la pena estaba justificada por sí misma, cuyo objeto era restablecer la ley quebrantada o vulnerada, consideraron la retribución como un límite al poder del Estado, dado que la ejecución de un delito implicaba una infracción a la ley del Estado, al postular que el delito es un ente jurídico permitía controlar el poder punitivo, se buscaba defender la libertad de los ciudadanos mediante la regulación legal del delito y la sanción, por lo que planteaban una franca oposición a la pena de muerte, la tortura, las penas desproporcionadas y arbitrarias por su deshumanización, ferocidad y desconocimiento de los principios humanitarios de la justicia.

La obra del profesor Nódier Agudelo, dedicada básicamente al estudio de Carrara como máximo exponente de la escuela clásica, epígono del pensamiento de la ilustración para el derecho penal en el análisis de la pena señala, que como la responsabilidad del infractor se fundamenta en el libre albedrío postulado según el cual el hombre es libre y por lo tanto es responsable en el nivel penal por sus actos o acciones, el grado de libertad con el que actúa determina la medida de su responsabilidad; por tal razón los clásicos consideraron la pena como un mal aplicado al reo y un mecanismo de restablecimiento del derecho quebrantado por el delito, sin tener en cuenta fines de corrección o enmienda, de expiación, talional, ni el terror de la venganza o el resarcimiento del daño.

Una cita del maestro Carrara permite ilustrar el carácter o fin aducido, en los siguientes términos: *“el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad* (Agudelo Betancur, 1988), con lo cual señala el esfuerzo por defender al individuo frente al Estado

y el control de la función punitiva oficial mediante el conocido aforismo “*Nulla Poena sine lege*”.

Hans Welzel creador de la teoría final de la acción y de la escuela finalista del derecho penal, considera que el mayor aporte de la teoría de la retribución consiste en justificar la pena y buscar la medida de la misma a partir del concepto de retribución justa, criterio que de alguna manera determina la magnitud de la pena en relación a la culpabilidad del infractor en la acción delictiva.

El Derecho Penal en Colombia atendiendo el principio de supremacía constitucional debe fundarse en los principios del Estado Social de Derecho, respetuoso de la dignidad humana y de la protección de los derechos fundamentales inherentes a ella, que resultan obligatorios para el Estado y sus autoridades en razón al carácter inalienable e irrenunciable de tales derechos, por lo que deben fundamentar directamente la pena, sus fines y funciones a partir del modelo de Estado previsto en la Constitución de 1991.

El citado planteamiento implica, que el sistema punitivo debe partir del reconocimiento de la autonomía, responsabilidad y capacidad de las personas en la ejecución de sus actos y entiende la función de las autoridades públicas y la estructura del aparato estatal tal como fue planteada por los clásicos, como la delegación de la soberanía reside en el constituyente primario o poder constituyente y debe garantizar un orden político y social justo, fundado en la prevalencia del interés general y la garantía de los principios, derechos y deberes previstos en el ordenamiento constitucional debe irradiar el derecho penal y la pena..

La anterior reflexión permite sostener, que la función meramente retributiva de la pena en la imposición de sanciones en el Estado Social de Derecho frente a conductas delictivas ejecutadas por los ciudadanos, resulta abiertamente incompatible con el modelo de Estado adoptado por el sistema constitucional vigente, el carácter retributivo, talionario o vindicativo de la pena que no es otra cosa que causar sufrimiento (pena), por la realización de un mal (delito) por sí mismo, excluye peyorativamente los fines referidos a la comunidad, es disfuncional y contrario al Estado Social de Derecho, máxime cuando el sistema penal y la pena se conciben en la actualidad como el mecanismo de protección de bienes jurídicos, como la reacción de *última ratio*, fragmentario y subsidiario del sistema penal, por entender al delito como un fenómeno dañoso en forma significativa de intereses relevantes en la sociedad, los llamados bienes jurídicos de tutela, de donde emana el poder del Estado y de las autoridades en el área penal.

2.2.2 Teorías Relativas. La prevención general.

Sobre la base de fines de utilidad social, alejados de objetivos moralistas, religiosos o ideales, surge el postulado según el cual, la pena resulta indispensable para la protección y mantenimientos de bienes jurídicos. En este sentido, el fin relativo de la pena tiene por objeto prevenir la realización de futuros delitos, es decir, se conciben los efectos de la sanción penal en una proyección a futuro de sus objetivos, supera esta postura el carácter retributivo de la misma que se basó en el daño producido por un hecho pasado; bajo esta premisa, la prevención, pretende disuadir, inhibir o desanimar a las demás personas del colectivo social para que se abstengan de ejecutar conductas delictivas y pretende evitar que el infractor vuelva a delinquir, es decir persigue un claro propósito de intimidación general y especial procurando la reinserción o readaptación social del culpable, lo que compensaría el sufrimiento que lleva consigo la pena.

Cambia la legitimación de la pena en esta perspectiva, pues deja de justificarse por sí misma para cumplir una finalidad de tipo utilitario, traducida en el fin preventivo de la misma, el cual se ubica en dos niveles, general o intimidatoria hacia la comunidad (prevención general negativa), o de carácter integrador (prevención general positiva), frente al sujeto opera mediante la prevención especial positiva (rehabilitadora) o negativa (inocuidadora), en ambas variables la pena pretende evitar la comisión de nuevos delitos a futuro.

A partir de esta concepción la pena deja de fundarse u ocuparse de un fenómeno pasado, para cumplir un nuevo objetivo frente al porvenir del infractor y de la comunidad, es la esencia del fin preventivo de la pena (Tissot, 2008).

La prevención general es relativa en cuanto a la amenaza penal como instrumento intimidatorio hacia la comunidad, busca evitar la comisión de delitos a futuro, consiste en el efecto intimidante de la pena hacia la sociedad, en especial para quienes están en riesgo de perpetrar delitos, de ejecutarlos, inicialmente se atribuye su creación al penalista alemán Anselm Von Feuerbach, quien la denominó “teoría de la coacción psicológica”.

La prevención general positiva tiene por finalidad fortalecer la certeza jurídica de la comunidad sobre el ordenamiento jurídico, le asigna un mayor valor que el enfoque intimidante, se sustenta en que la pena debe orientarse a la prevención de delitos en la comunidad afianzando los valores sociales para que sea socialmente estabilizadora (Mir Puig), para otro sector de autores, se legitima

la pena como una reacción o respuesta del Estado a la defraudación de las expectativas que tiene la comunidad sobre una persona que ha infringido deberes al cometer el delito, se traduce en una respuesta a la expectativa social del cumplimiento de la norma, en donde la pena reafirma la vigencia del sistema jurídico (Jakobs).

En síntesis, la función preventiva de la pena hace referencia al doble propósito que la legitima, por un lado, busca la protección efectiva de la comunidad mediante la inhibición al delito por medio de la intimidación general o prevención general negativa y, de otra parte, el afianzamiento y la reafirmación del sistema jurídico que establezca los valores de la sociedad (prevención general positiva).

Esta función que algún sector crítico de la pena denomina actividad funcional declarada del sistema penal o de intimidación general, al lado de la denominada protección del condenado, (Sandoval Huertas, 1994), surge en plena etapa correccionalista, ubicada teóricamente a partir de los estudios del Estado liberal clásico de John Locke (1689), el Marqués de Beccaria Cesar de Bonnesana y Jeremías Bentham, quienes sentaron las bases de la función de prevención general y especial hoy declarada formalmente en la ley penal.

El primero expuso que la pena tenía como fin impedir, mediante el ejemplo intimidador a quienes no hubiesen realizado un delito para que no llegasen a ejecutarlo, lo que en materia penal se ha entendido como la disuasión o prevención general; el segundo de los teóricos citado, en su clásica obra de los delitos y las penas, entendió la pena como el mecanismo para impedir que el delincuente ejecutara nuevos delitos y le causara una impresión eficaz y durable en el ánimo de los demás hombres, el último de los autores, en su teoría de las penas y sus recompensas, se refirió expresamente a la prevención general dirigida a quienes tuviesen los mismos motivos para cometer igual delito y en particular, la pena se orienta hacia la persona infractora para inhibir su nueva dañosidad.

La función de prevención general positiva y negativa presenta varias contradicciones o inconsistencias básicas frente al principio fundante de dignidad humana en un Estado Social de Derecho; el modelo de Estado considera que la persona humana es un fin en sí mismo, resalta el carácter antropocéntrico del sistema jurídico y prohíbe su instrumentalización o cosificación. Al asignarle funciones de disuasión o prevención a la pena frente a la sociedad a la persona se convierte en un medio o instrumento para la obtención de ese fin social, lo cual afecta o desconoce

la esencia del axioma de dignidad humana, de igual manera recibe objeciones porque no contiene dimensiones para la determinación de los límites o extensión de la pena y no encuentra fundamento alguno a la ejecución de la misma, en razón a que su único sustento es la coacción psicológica a la sociedad.

2.2.3 La Prevención Especial.

La prevención especial de la pena va dirigida al sujeto infractor, es una teoría relativa, su creación se le atribuye a Franz Von Liszt y está destinada a evitar o prevenir la ejecución de delitos, busca impedir que el delincuente reincida a través de la educación y la reinserción social, en últimas utiliza una coacción psicológica indirecta de intimidación al autor seguida de la resocialización y posterior inserción social del infractor.

La principal crítica a esta teoría consiste en que no determina cuáles son los límites o mecanismos para la duración de la pena, pues resulta problemático definir cuanto tiempo requiere una persona sancionada para obtener su resocialización sin más parámetros que la obtención de dicho fin, no establece en que consiste el concepto de resocialización y cómo se desarrolla éste para obtener su eficacia, también resulta compleja su aplicación en los casos donde el sujeto no necesita resocialización, como en los delitos imprudentes o culposos, los que se cometen en condiciones de difícil repetición y en general, en donde no hay peligro de reincidencia (Roxin, Tiedemann).

Un gran interrogante que surge en la actualidad frente a la prevención especial consiste en definir cuáles son los criterios e instrumentos en un proceso de rehabilitación y reinserción social del penado, al lado del cual se derivan otros cuestionamientos, entre ellos: ¿cuál el contenido de un programa de rehabilitación o reinserción?, ¿cómo se reinserta una persona a la sociedad cuando la pena lo que hace es excluirlo del medio social para evitar su reincidencia?, ¿cómo se logra la prioridad de los Estados en la definición de la reinserción, rehabilitación y readaptación social?, son problemas no resueltos de esta finalidad de la sanción penal que le restan solidez jurídica.

2.2.4 Tesis mixtas, integradoras o unificadoras.

La unificación o asociación de la tesis retribucionista y de la prevención general y especial,

busca la aplicación integral de las anteriores finalidades para dar lugar a la tesis mixta o integradora, en donde el fundamento de la sanción radica en la reacción estatal frente a la comisión de una conducta delictiva o punible y los fines, son prevalentemente preventivos, pero el elemento retribucionista está limitado por la culpabilidad del autor del delito en razón a que ninguna de ellas ha logrado determinar en forma suficiente y adecuada, por sí sola, los límites y la justificación de la sanción punitiva.

La función de la pena está concebida en la actualidad, sobre la tesis mixta, en donde la retribución como producción de un mal no es un fin aceptado y tampoco la prevención por sí sola, por el choque con la dignidad humana, en su lugar el principio de culpabilidad es un medio de limitación de la pena, por referirse a factores subjetivos del autor, por tanto, el límite de la pena en cuanto a su duración depende de la culpabilidad del agente, lo cual tiene importancia aún en lo relativo a la exigencia preventiva y descarta la instrumentalización del hombre como medio hacia la sociedad, afectando su dignidad, pues se parte del juicio de reproche realizado al autor del delito por ser considerado libre, capaz, responsable y autónomo, por haber decidido incurrir en la prohibición aun cuando pudo haber actuado conforme a derecho, es la teoría sostenida por el profesor Claus Roxin, también llamada unificadora, preventiva, dialéctica.

En la obra de Günter Jakobs, exponente de la teoría sistémica y normativista del delito, autopoietica y autorreferente, basada parcialmente en la teoría sociológica de los sistemas de *Niklas Luhman* aplicada al derecho penal, fundamenta la pena en la estabilización social, los roles que desempeñan en sociedad los ciudadanos, las expectativas sociales, la defraudación de las expectativas, la fidelidad al derecho, los procesos de comunicación y el sistema social en general, los subsistemas que interactúan en él y en la necesidad de reafirmar los valores aceptados en la estructura social que se reflejan en la norma jurídica.

El planteamiento del autor citado, hace una reformulación de las categorías y conceptos básicos del derecho penal, entre ellos la pena. Se inscribe en una concepción que supera el concepto ontológico-causalista del delito y se enmarca en un nuevo paradigma filosófico y metodológico, denominado axiológico-normativo o valorativo-normativo (Grosso, 2001), que modifica la visión naturalista u ontologicista del delito hacia una perspectiva valorativa o axiológica a partir de la norma jurídica.

El postulado central radica en que la sociedad está compuesta por un complejo proceso de

comunicación, en el que cada persona asume un rol en la sociedad y esta espera la fidelidad del sujeto, frente al cumplimiento de esas expectativas sociales, de lo que se deriva una relación funcional entre la persona, las normas y la sociedad.

El delito es un comportamiento defectuoso de comunicación que afecta la vigencia de la norma jurídica fenómeno que entra en contradicción o choque con los valores sociales que subyacen y mantienen la norma jurídica, por lo que la culpabilidad del autor resulta relevante en su conformación y permite que la pena se produzca como una respuesta que afianza la sociedad al restablecer la vigencia de los valores sociales que la soportan; en últimas es la respuesta contrafáctica del derecho penal que permite la autoconstatación de la identidad jurídica, tanto de los valores socialmente aceptados como de las normas sociales (Grosso, 2001).

La pena se legitima en cuanto busca recuperar la estabilización o vigencia del sistema, es la contraprestación de la actividad delictiva, a través de la cual, se intenta mantener la vigencia de los valores fundamentales (axiología) representados en las normas jurídicas (normativa), por eso la pena contribuye a la confirmación y autoafirmación de la identidad de la sociedad (Jakobs, 1995).

La fundamentación teórica de esta concepción del delito y de la pena se sustenta en que la sociedad acepta racionalmente una serie de valores que reconoce como básicos e indispensables, los que se garantizan mediante la aplicación de las normas jurídicas, en este principio surge una relación directa entre valores sociales y normas jurídicas.

El delito y la pena se definen a partir de esa relación, por lo que la pena tiene como fundamento mantener y reafirmar el sistema social imperante, deja de lado la trascendencia y potencialidad del hombre como el eje central del aparato estatal y del derecho para relevarlo por la estabilidad del sistema social, el orden de valores, lo cual entraña el mantenimiento de las condiciones sociales imperantes en una interrelación superior de valores y sistema normativo, en donde la pena está diseñada para lograr el autoafianzamiento, la autoafirmación y el mantenimiento de esos valores y normas, en fin, el *statu quo* social, en consideración a que la fuente directa de las instituciones penales es la estabilidad del orden social materializado en la norma jurídica.

La tesis de prevención general positiva es acogida por el citado autor en donde la pena tiene por

fin la protección de la vigencia de la norma, por cuanto lo significativo para la sociedad no es la lesión o afectación a un bien jurídico de protección sino la defraudación a las expectativas sociales, como consecuencia la sanción reafirma la estabilización y validez del sistema jurídico, la pena asegura la vigencia de la norma, se aplica para restablecer la confianza de los miembros de la comunidad hacia la prevalencia y fidelidad de las normas, en últimas la razón de ser es la reafirmación de la vigencia del sistema social y la integración del mismo alejado de la realidad material y del hombre como ser capaz y fin del derecho penal, frente a un modelo estatal y jurídico ideal, perfecto e inmodificable, como objetivo central de la pena.

2.2.5 Análisis de la tesis de Roxin sobre la legitimación y funciones de la pena.

Para el profesor Alemán Claus Roxin, la teoría de la pena abarca la más radical de las intervenciones soberanas y de la teoría del Estado, resalta que en los últimos siglos tres concepciones han sido predominantes en la fundamentación de la sanción punitiva.

La teoría retributiva, que independiente de cualquier efecto social pretende retribuir un hecho pretérito causando un mal, busca servir a la justicia sin tener en cuenta alguna otra consideración frente al sujeto infractor o la comunidad.

La teoría de la prevención especial que pretende impedir que el autor cometa otros delitos, imperó en Alemania de la Posguerra y busca motivar o disuadir a la sociedad, es decir a la generalidad de la población para que se abstenga de realizar conductas delictivas, busca que los miembros del grupo social orienten su comportamiento hacia una conducta legal.

Por los objetivos que persigue cada una de las concepciones citadas se señala el carácter absoluto de la teoría retributiva y la concepción relativa a la prevención general y en especial que por estar vinculada a fines o efectos sociales, influye tanto en el autor como a la comunidad, con lo que se pretende utilidad social en su imposición.

En un reciente trabajo el profesor Roxin (2007), el problema es concebido así: para que la pena sea compatible con una constitución democrática, *“solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho”*, por tanto, la pena no puede fundarse en ideas metafísicas de compensación retributiva, sino en la idoneidad y necesidad para el cumplimiento de fines estatales.

En síntesis, para el autor, *“la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable”*; bajo esta visión, no solo debe cumplir fines preventivos, sino que debe partir de entender al autor como merecedor de la pena, lo que ocurre cuando la sanción es justa, esto es, cuando se vincula a la culpabilidad del sujeto, principio establecido en la Constitución Política. En esta visión el autor enfatiza el fin de la prevención general y enlaza el concepto diversificado de la pena a la resocialización, es decir, en palabras de profesor Roxin: *“esto significa que se tienen que introducir alternativas a la privación de libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización, lo que yo evalúo como un cambio fructífero de la teoría de los fines de la pena.”*, una afirmación de este tipo modifica la fundamentación de la privación de la libertad y permite pensar en otro modelo de sanción punitiva diferente a la privación de la libertad del condenado, anclando su justificación en la prevención general y el principio de culpabilidad, para ser tenido en cuenta en el escenario de la JT.

2.2.6 La pena desde la dogmática penal en un Estado Social de Derecho.

El carácter público del Derecho Penal y en su lugar, la facultad o potestad que radica en el Estado de crear modelos de conducta y elevarlos a la categoría de conductas delictivas o punibles, con la consecuencia sancionatoria por su realización conocido como el proceso de criminalización primaria o derecho penal subjetivo, se realiza a través del principio básico de legalidad previa o preexistente del delito y la pena, postulado axiomático de carácter central en el Estado democrático contemporáneo.

El principio citado cumple dos funciones básicas en el ordenamiento jurídico: la primera denominada función de control o límite dirigida a los servidores públicos que tienen a su cargo la investigación, juzgamiento y sanción de las conductas punibles, de otro lado la función de seguridad o garantía está creada en favor de los asociados, de los integrantes del colectivo social, como destinatarios de la ley penal.

La primera función pretende controlar y mantener dentro del ámbito de sus precisas competencias u órbita funcional a las autoridades que actúan en el proceso penal: investigadores, fiscales, jueces y magistrados, que están habilitados por razón de sus funciones para adelantar la investigación, juzgamiento y sanción de los infractores de la ley penal, con el objeto de evitar el abuso, discrecionalidad o arbitrariedad de los agentes del Estado, lo cual permite el control, unidad

y seguridad de las actuaciones penales dentro de los límites funcionales de los servidores públicos, marco jurídico que debe estar previamente definido por el legislador.

A través de esta función surge una relación directa entre el axioma de la legalidad sustancial del delito y la sanción frente al principio constitucional de responsabilidad de los servidores públicos previsto en el art. 6o del ordenamiento superior, según el cual, son responsables por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, por tal razón, esta primera finalidad recibe el nombre de función de control o límite y se dirige a los funcionarios públicos en materia penal; permite que las decisiones tomadas por estos deban estar fundadas en el marco legal de sus competencias y excluye el margen de subjetivismo o arbitrariedad, en una clara defensa del hombre frente a la eventual autoridad desbordada, que se convierte en el fin último de la legalidad desde la revolución francesa, con lo cual se hace efectivo el principio de igualdad formal y material que resulta fundante en un estado democrático.

La otra función del principio de legalidad del delito y de la pena como garantía esencial de los ciudadanos se conoce como la función de garantía o seguridad jurídica, tiene por objeto proteger o blindar mediante el conocimiento de la ley por parte de los destinatarios de la ley penal, esto es del colectivo social. Consiste en garantizar a la sociedad a través de la precisión, claridad e inequívocidad en la determinación del supuesto de hecho y de la sanción penal definida en cada modelo típico por el legislador, que todos obtengan el conocimiento, publicidad y taxatividad del comportamiento prohibido por la ley penal, así como la eventual consecuencia sancionatoria en términos cualitativos y cuantitativos que pueden ser aplicable al ciudadano que incurra en su realización, lo cual garantiza la publicidad y el conocimiento previo de las conductas prohibidas y de las consecuencias punitivas por su realización.

Mediante esta función, el principio de legalidad permite que las personas conozcan e interioricen individualmente las características básicas del tipo (tipicidad inequívoca) y las penas en caso de su realización fáctica, de ahí la función de garantía, taxatividad o seguridad jurídica. En virtud de la cual el ciudadano tiene la plena confianza que solo por los hechos descritos en forma exhaustiva por el legislador podrá ser juzgado y sometido mediante la coerción estatal, a la pena previamente definida por el legislador en forma previa, estricta y cierta.

Hace referencia la dogmática penal contemporánea, en punto del principio de legalidad del delito y la pena, a la clasificación entre derecho penal objetivo y subjetivo. El primero está

conformado por el conjunto normativo positivizado, esto es, el compendio legislativo consagrado en el ordenamiento legal de tipo punitivo, el derecho escrito o positivo; el segundo, es decir, el derecho penal subjetivo, se traduce en el derecho o la facultad de la cual es titular el Estado, que le permite crear tipos penales e imponer una pena a quienes incurren en su realización, también conocido como el *Ius Puniendi*

Para un sector de doctrinantes, Zaffaroni entre ellos, no se debe considerar que la criminalización de conductas y la definición de la pena constituyen un derecho a favor del Estado, razón por la que no admiten la existencia del derecho penal subjetivo, entienden la citada facultad relativa a la creación de delitos y penas, como un deber del aparato estatal, entendido como la potestad punitiva a cargo del Estado que es considerada como un ejercicio derivado de la obligación o el deber del Estado, que le corresponde frente al fin de garantizar a los asociados la coexistencia social, la convivencia pacífica y la protección de los intereses jurídicos de mayor valor que permiten la armonía social, intereses que reciben el nombre de bienes jurídicos de tutela, sobre los cuales radica la misión básica del derecho penal en la teoría del delito actual.

Para el autor citado, debe sustituirse el concepto de derecho penal subjetivo, porque no se trata de un derecho en favor del Estado sino de la facultad o potestad punitiva estatal que resulta del deber público a cargo del aparato estatal de garantizar o posibilitar la coexistencia social como razón básica del Estado moderno, es decir, la facultad de criminalizar e imponer penas resulta ser un deber público esencial, deja claro que, desde lo jurídico, un derecho es diferente, en su naturaleza a un deber o a una obligación pública, para sustentar este razonamiento se interroga el autor: ¿de dónde se deriva el límite para criminalizar y penar o la injerencia del Estado en materia penal para ser un derecho?, luego no debe hablarse de derecho penal subjetivo sino de la potestad punitiva estatal. (Zaffaroni, 1987)

Una razón esencial que justifica el derecho es permitir la coexistencia social y para ello debe armonizar la vida en comunidad a través de la seguridad jurídica no como una garantía abstracta sino como la efectiva protección de esta, es decir, el fin del derecho se justifica bajo un concepto real, material y social no meramente formal, el fin es la seguridad y la coexistencia social, de esta forma se realiza el principio constitucional de la paz como derecho y deber estatal. De ahí que el delito al afectar bienes jurídicos valiosos, lesiona la seguridad jurídica tanto en el nivel de lo

objetivo (lesión o afectación) como en el plano de lo subjetivo (sujetos) en la comunidad; de esta manera la legalidad resulta ser un instrumento central para su garantía.

Así pues, tanto la legalidad del delito y de la pena, como el derecho penal objetivo y subjetivo o la potestad punitiva como deber estatal, así como la construcción dogmática de principios y garantías en relación con la sanción punitiva permiten efectivizar la seguridad jurídica en cuanto dotan de precisión conceptual su aplicación e impiden la irracionalidad, improvisación y autoritarismo por parte de los organismos encargados de la función penal.

La pena no puede entenderse como un fin en sí mismo. En un Estado Social de Derecho, su existencia jurídica, legitimación y eventual aplicación, debe estar dirigida a la concreción de los valores superiores y principios constitucionales a partir de la concepción del hombre como un ser digno, racional, autosuficiente, dotado de capacidad y autodeterminación.

El principio de dignidad humana constituye el epicentro de la sistemática jurídica y de la actividad estatal, por lo que irradia la pena que impone el Estado, razón por la que tal sanción no debe fundarse en el pasado de su conducta, como el fin retributivo de la pena, sino en el horizonte del futuro, es decir en función de la prevención general y especial de donde surge como principio fundante la resocialización, la reinserción y el tratamiento humano y digno que le otorga una constitución antropocéntrica, como la que ha adoptado el constituyente de 1991.

2.2.7 Concepciones críticas de la Pena.

En estas concepciones se destacan:

- **Tesis de EMIRO SANDOVAL HUERTAS.**

En un intento por redefinir el concepto de pena, el autor parte de un presupuesto esencial que permite su estudio más allá de la consideración legal o normativa, ese postulado consiste en desligar la pena de la mera definición jurídica con el fin de desentrañar la crisis permanente de la privación de la libertad, como sanción básica en el sistema punitivo contemporáneo. Pone de presente, en ese marco, la diferencia entre los objetivos o funciones declaradas, conocidas u oficiales de la pena frente a los no declaradas o no reconocidas de la sanción penal por el sistema jurídico, aunque no son expresamente admitidas por el sistema jurídico, no obstante, tienen ocurrencia, a juicio del autor, esto es, se producen materialmente, de ahí la distinción existente

entre el origen histórico y el origen jurídico de la pena.

La conexión entre el aspecto histórico y el jurídico permite la revisión de las circunstancias sociales en las que surge el fenómeno jurídico de la pena, de esta manera hace posible identificar el fin, objetivo o función de la sanción penal, como un fenómeno relacionado con la razón de su existencia, legitimidad o justificación, tal como se ha expuesto, constituye el por qué se impone un castigo, dolor o sufrimiento, esto es, permite evidenciar las razones que legitiman la pena.

Distingue el autor la fase vindicativa de la pena que se basa en la primera respuesta del hombre ofendido, relacionada estrechamente con el instinto de conservación del homínido como reacción primaria frente a la ofensa, que apareció como venganza privada y gradualmente asume el carácter de vindicta pública. La querrela del directamente afectado en el proceso penal contemporáneo es una manifestación de la retaliación del perjudicado esencial en esta fase de la pena.

- **Concepción actual de pena en la teoría del delito.**

La existencia del Estado Social de Derecho como un modelo avanzado del clásico Estado liberal de Derecho, fundado en la supremacía constitucional y en el reconocimiento del principio antropocéntrico de la dignidad humana como fin esencial del Estado y del Derecho Penal, la garantía de la efectividad de los derechos inherentes a la dignidad humana, la jurisdicción constitucional, el reconocimiento del carácter vinculante del sistema internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, generan un cambio en la legitimación y fundamentos tradicionales de la pena, exigen una nueva perspectiva jurídica compatible con el modelo de Estado Social, en razón a la crisis del principio retributivo desde Hegel y Kant, de la concepción preventiva en su vertiente general (Franz Von Liszt) y especial (Anselm Von Feuerbach), que de antaño soportan o legitiman la pena de prisión desde hace más de un siglo, para buscar una reformulación que la legitime en el actual sistema jurídico.

El profesor Roxin sostiene sobre el particular, que la justificación de la intervención coercitiva de la pena en la sociedad es entendida como la más dura de las injerencias o afectaciones del Estado sobre el individuo, por tanto, no puede basarse en la teoría de la retribución como teoría absoluta e independiente de los efectos sociales, cuyo significado es la producción única de la justicia y no tiene utilidad práctica alguna por oponerse a los fines del Estado Social de derecho, como tampoco la prevención general y especial, porque en forma excluyente justifican la pena por

cuanto son teorías relativas, que buscan sus efectos influyendo en el autor para que expíe los efectos de la sanción y no reincida en el delito, que en síntesis, fundamentan el fin de prevención especial o la disuasión para la comunidad, con el propósito de impedir la comisión por otros del delito que constituye la esencia de la prevención general.

La justificación de la pena frente a una constitución democrática exige una compensación retributiva dependiendo el grado de culpabilidad del autor, como presupuesto legitimador de la pena desde la perspectiva del autor citado.

- **La pena, legitimidad.**

La pena ha sido en la teoría penal uno de los aspectos más relevantes en las diferentes concepciones del sistema jurídico, se trata de uno de los pilares básicos del derecho punitivo; sobre el tema han tomado posición todas las escuelas del pensamiento penal y constituye uno de los objetos de obligatorio de estudio en la teoría del delito, por lo que presenta varios enfoques y posiciones diferenciadas o enfrentadas en la doctrina penal.

El instituto de la pena en el sistema punitivo se ha caracterizado por una crisis de legitimidad del discurso jurídico que lo fundamenta, tema que se ha analizado en diferentes disciplinas afines, entre ellas la criminología, la política criminal y el mismo discurso teórico jurídico que han ofrecido diferentes explicaciones en torno al citado fenómeno. Dos grandes teorías se han ocupado, en líneas generales, de la explicación relacionada con los fundamentos de la pena en la teoría jurídica.

Una de las tendencias propone limitar su interpretación o comprensión desde la concepción legislativa, positivista, estrictamente normativa y fundamentalmente exegética, sin sobrepasar el texto jurídico, esto es, sin considerar dato alguno desde la realidad social o cultural que la soporta, se concreta en la teoría absoluta de la pena fundada en el retribucionismo de orden preventivo general o metafísico, antes que en una concepción reparadora del daño causado que implique tener en cuenta a la parte afectada o víctima del delito, como tampoco al agresor en la solución del conflicto que los involucra, solo observa el hecho dañoso ocurrido en el pasado, sin fines utilitarios o a futuro de la sanción.

La otra forma de interpretar el significado de la pena, hace referencia a las funciones o fines no declarados expresamente por el ordenamiento jurídico, tales fines se encuentran implícitos en la

pena, fundamentación que pone de presente el verdadero fin u objetivo que conlleva la sanción punitiva en el sistema penal, esta concepción resulta más crítica y realista del problema de la pena cuyo fundamento es de carácter material, es decir más allá de la concepción formal, jurídica o normativa.

En la concepción sistémica criticada por Zaffaroni, la pena no pretende fines preventivo generales, es decir, no busca evitar la comisión de delitos por otros sujetos, ni tampoco tiene por fin evitar que el autor cometa nuevos delitos (función preventiva especial), sino que sirve de equilibrio del sistema, aleja el hombre como centro del discurso penal y de la pena, produce una pérdida de las garantías liberales como la afectación o dañosidad al bien jurídico, priva la sanción penal de toda referencia ética y antropológica al sostener un criterio de pena simplemente instrumental o útil para afianzar o autoafirmar el “sistema”, planteamiento compatible con un discurso penal autoritario, donde el hombre es solo un subsistema que debe cumplir roles y expectativas sociales cuya defraudación justifica imponer la sanción para restablecer el equilibrio.

Desde el plano político criminal frente a la negativa de la legitimidad de los sistemas penales, las agencias penales y la pena en concreto, tal como operan en la actualidad, se conocen dos teorías: la primera que propone un derecho penal mínimo, caracterizada como teoría del minimalismo o la contracción del derecho penal y una segunda teorización conocida como el abolicionismo penal. La primera de ellas admite la utilización de la pena como un mal menor en función de una alternativa o contracción de la pena al mínimo posible y la segunda, propone una abolición radical del modelo formal punitivo, incluyendo la pena, para postular la solución de los conflictos a través de instancias o mecanismos informales de la sociedad, por fuera del enfoque formal o institucional.

El problema de la legitimación de la sanción penal exige analizar los fundamentos racionales de la imposición de la pena como un acto de violenta injerencia en el hombre, que produce dolor y aflicción en la persona condenada, el límite del poder punitivo y el carácter simbólico de la misma involucran fines y funciones de las penas, comprometen principios constitucionales del Estado Democrático, busca evitar la arbitrariedad y permite la credibilidad social, el reconocimiento y la aceptación en el colectivo social; esto es, que las personas asuman la pena como fenómeno creíble y obligatorio, por lo que la legitimidad de la pena trasciende el derecho positivo, no se puede encontrar en el simple ordenamiento jurídico y en las figuras jurídicas creadas

por al dogmática penal, hace referencia a contenidos de mayor entidad.

Ferrajoli se identifica con un derecho penal mínimo que se justifica bajo una concepción utilitarista, en esta perspectiva, el fin de la pena sería la minimización de la reacción violenta por parte del Estado contra el delito, justificada en tanto evita o impide la venganza, por lo que la función preventiva general además de evitar otros delitos sería el medio para prevenir las reacciones desproporcionadas, la pena como la ley del más débil que se justificaría siempre como un mal menor, por lo que el derecho penal debe cumplir una doble función: prevención general del delito y prevención general de penas arbitrarias o desproporcionadas, la primera en el límite mínimo y la segunda en el límite máximo, en términos del autor.

La concepción abolicionista tiene varias tendencias, entre ellas las postuladas por Michel Foucault, Nils Christie, Hulsman, Mathiesen, (Zaffaroni,1990), que finalmente son rebatidas por Ferrajoli quien resalta el peligro de alternativas peores al derecho penal ante la posible reacción vindicativa descontrolada en cadena y el denominado disciplinarismo social, mediante rígidos controles como formas de autocensura o expresiones de moral colectiva en manos del Estado, razón por la propone el garantismo como el instrumento de derecho penal mínimo que defiende las garantías de los afectados o víctimas y de los agresores o infractores penales, así como de la sociedad en general, lo que a su juicio, conlleva una nueva concepción limitadora, un cambio en la red del poder social y un modelo diferente de sociedad.

El derecho penal mínimo resulta ser una propuesta aceptable en la actualidad frente a la crisis de legitimación del sistema penal y de la pena mientras se considera la utilización de instrumentos diferentes a la sanción punitiva que restringe la libertad prevista en el actual sistema abstracto, dogmático y formalizado para la solución de los conflictos más lesivos en el entorno social; aun cuando se pone de presente que en la realidad social resulta innecesario el ejercicio del sistema penal para evitar que se generalice la venganza social, en razón al reducido número de casos que el sistema penal resuelve e impone penas frente al alto nivel de inoperancia e impunidad de los delitos realmente ocurridos en la sociedad, la conocida diferencia entre la criminalidad real y la judicializada o cifra negra de la criminalidad por parte de las instancias del aparato judicial, sin que haya reacciones de venganza social en su lugar.

La aceptación del derecho penal mínimo se fundamenta en una razón más sólida: la reacción o intervención del sistema penal en el menor nivel posible implica una actividad menos violenta que

la utilizada por el ordenamiento punitivo actual, también llamada mínima intervención penal, lo que significa que el conflicto penal debe buscar alternativas diferentes a la solución violenta de la pena para que quede por fuera del poder verticalizador del sistema penal.

En esta concepción, la utilización de mecanismos alternativos a la pena como los de la JT emerge con fuerza como un derecho penal alternativo, ante los planteamientos resaltados por la tesis del abolicionismo, como los que deslegitiman el sistema penal, privaciones de libertad, muerte y victimización de sectores mayoritarios de la sociedad que pertenecen a los niveles más bajos y excluidos de la misma, la indiferencia del Estado y de las agencias penales en relación con las víctimas del delito, difícil control sobre las agencias penitenciarias o de ejecución de la pena, una reducción creciente de la actividad investigativa y juzgadora de las instancias penales y la incapacidad en la persecución de delitos de cuello blanco, económicos y de los crímenes de poder, lo que implica una selección de los asuntos objeto de juzgamiento, de los ejecutores materiales y de quienes finalmente integran los establecimientos penitenciarios (Zaffaroni, 1990).

La crisis de la pena y del sistema penal ha generado posturas que señalan que es tal el grado de disfuncionalidad que se traduce en uno de los mayores obstáculos de la paz social, ante una sociedad que interioriza relaciones de verticalidad o autoridad frente a relaciones horizontales o de tipo colectivo y comunitario que han impedido la solución del conflicto penal a través de mecanismos alternativos a la pena de prisión; la sistemática violación de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad o el estado de cosas inconstitucional como lo ha denominado la Corte Constitucional en Colombia, el neopunitivismo, la desproporción de las penas, la falta de coherencia en la práctica legislativa, el aumento desmesurado de las penas, la restricción o prohibición de manera general de beneficios y mecanismos alternativos a la privación de libertad, entre otros, son fenómenos que contribuyen a la deslegitimación de la pena con sobradas razones en la sistemática penal colombiana.

Desde la formación del Estado nación se configuró un sistema penal que desplazó a las partes involucradas en el conflicto: la víctima y victimario de la posibilidad de optar por un mecanismo de solución del conflicto diferente a la pena, al fundarse la titularidad de la acción penal en cabeza del aparato estatal resultó relegada la víctima y en su lugar asumió el Estado el carácter soberano, se proclamó única víctima en nombre de afectado y de la sociedad, de esta manera se creó el

ejercicio de un poder excluyente, vertical y centralizado que ha mantenido por siglos a la víctima del delito por fuera de la órbita penal, hasta que el papel transformador de los tratados de derechos humanos han vuelto la mirada hacia ella y le han otorgado derechos que empiezan a reivindicarlas para que sean partícipes de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, derechos universalmente reconocidos cuya titularidad les pertenece por ser quienes han resultado afectadas del delito, por tanto, resulta obligatorio para los sistemas penales hacer realidad estas garantías en la investigación y el juzgamiento punitivo contemporáneo.

2.3. La pena en el sistema jurídico colombiano.

Desde la perspectiva constitucional debe señalarse, que no existe una definición que se ocupe en forma concreta del significado de la pena para la legislación penal, no se detiene el ordenamiento constitucional en la definición de este importante fenómeno, aun cuando hace referencia a dos principios centrales que constituyen valores y derechos fundamentales de los asociados los que a su vez, sirven de soporte desde la vigencia del Estado Social de Derecho y la protección a los demás derechos, se enuncian por la constitución dos ejes centrales así: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte,”* y *“nadie podrá ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*. (r.f.t.) y la jurisprudencia ha decantado el tema relativo a la proporcionalidad, razonabilidad, ponderación y necesidad en la afectación de derechos fundamentales como ocurre con la libertad personal.

Los anteriores enunciados constituyen en forma expresa el marco general en el ordenamiento constitucional para construir el fundamento de la sanción penal en el modelo de Estado Social de Derecho, muestran el humanismo de la pena, la proscripción de la crueldad, de la barbarie y la atrocidad de otras etapas como fundamento de la sanción penal, valores que buscan respetar la intangibilidad del ser humano y evitar su cosificación o instrumentalización bajo los cánones del respeto por la dignidad humana, el ser humano es un fin en sí mismo y el sistema jurídico debe posibilitar su autorrealización en un proyecto de vida, conocido como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual parte del supuesto de comprender a la persona como un sujeto capaz, racional y autodeterminable que puede actuar sin más límite que los derechos ajenos y el marco jurídico que lo vincula, sujeto que puede proyectar su futuro de tal manera que en un sistema constitucional antropocéntrico la finalidad esencial de la pena es la reinserción, rehabilitación y resocialización del infractor de la ley penal.

El carácter de derecho fundamental respecto de la prohibición de pena de muerte, desaparición forzada, tortura y proscripción de tratos crueles inhumanos o degradantes, se traduce en verdaderos derechos subjetivos en favor de los ciudadanos, es decir potestades jurídicas positivas en favor de las personas, que pueden ser reclamadas mediante una acción diseñada por el ordenamiento constitucional para su protección y amparo; de otra parte, constituyen prohibiciones para las autoridades públicas, por lo tanto, se busca garantizar con su declaración positiva, que los servidores públicos se abstengan de realizar tales acciones, son verdaderas prohibiciones que generan responsabilidad imputable tanto al aparato estatal como a los funcionarios que vulneren tales derechos.

Por tratarse de derechos fundamentales, constituyen garantías básicas o medulares del Estado Social de Derecho, en tal sentido el artículo 2º de la Constitución, que está previsto como el principio que proclama los fines esenciales del Estado desde el ordenamiento constitucional y legitimación del ESD, al sostener:

“servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”

Por la razón citada, la garantía y protección de estos derechos constituyen la razón de ser o la legitimidad del Estado y sus autoridades. El carácter esencial del derecho significa que son la razón básica, central, el núcleo, el fin último de la constitución y el diseño del aparato estatal, de otro lado, el efecto que produce todo derecho fundamental, como los que fundamentan la pena, es irradiar toda la actividad estatal en los diferentes niveles, incluyendo al sistema punitivo patrio.

Pero, además, por el carácter de derechos fundamentales, llevan consigo la primacía o prevalencia en el ordenamiento jurídico, son de aplicación inmediata y se consideran inviolables, irrenunciables, inalienables, no pueden ser desconocidos o suspendidos ni siquiera en estados de excepción y existe un interés superior en su aplicación y garantía, al otorgarle a los ciudadanos poderes o facultades jurídicas para su defensa y cumplimiento.

La pena en Colombia está condicionada por dos (2) etapas, inicialmente depende del órgano legislativo en donde se configura cada tipo penal mediante la potestad o facultad punitiva del Estado, la cual le permite determinar el supuesto de hecho o presupuesto fáctico de cada conducta (tipo penal) y asignarle una pena definida en el margen de unos límites mínimos y máximos, que se traduce en los principios de legalidad previa, estricta, cierta y de tipicidad inequívoca o tipicidad

taxativa en cuanto a la creación abstracta de la descripción de cada conducta punible y de la sanción o consecuencia jurídica.

En segundo lugar, la pena se supedita a la fase judicial, esto es a la decisión definitiva emitida al finalizar el juzgamiento en un caso concreto por un tribunal mediante la sentencia condenatoria, cuando hay mérito para su imposición, en este evento debe hacerse un proceso manifiesto y fundado de la individualización cuantitativa y cualitativa de la pena a cargo del juez o tribunal de conocimiento que imponga la pena, en tal caso debe consignar las razones que llevan al órgano jurisdiccional a definir dentro del ámbito previsto por el legislador, la naturaleza de la sanción y su individualización, esto es, determinar en concreto la afectación o restricción de algunos derechos como la libertad, el patrimonio económico, la inhabilidad para ser servidor público, entre otras y establecer la cantidad y naturaleza explícita y motivada de la pena impuesta al declarado penalmente responsable.

2.3.1 Pena y Derechos Humanos.

El estudio jurídico de la pena tiene una directa relación con los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema jurídico de los derechos humanos, dicha conexión se deriva de la importancia y preeminencia que poseen sobre el ordenamiento jurídico interno, y en concreto, frente al fenómeno punitivo o instituciones sancionatorias en materia penal, en razón a que los instrumentos internacionales de derechos humanos constituyen el umbral mínimo de legitimidad internacional para las naciones frente a la regulación interna, se traducen en instituciones que deben ser incorporadas a la legislación nacional de los Estados lo cual relativiza el principio de soberanía nacional; por tanto, los principios consagrados en los derechos humanos resultan obligatorios para los Estados democráticos en cuanto al diseño y configuración de las instituciones jurídicas nacionales como ocurre con lo relacionado con la pena, por tratarse de la sanción más drástica prevista en el sistema penal, que emiten autoridades judiciales a nombre del Estado en contra de los infractores de conductas delictivas y como consecuencia restringen sus derechos.

El citado postulado exige la incorporación en la sistemática jurídica interna de los países de las garantías reconocidas en el ámbito internacional en favor de las personas, tales postulados se consideran indispensables para la convivencia pacífica y la legitimidad del ordenamiento jurídico de las naciones, de este planteamiento surge la conexión entre la sanción punitiva y el nivel

internacional de los derechos humanos, por lo que tales principios se deben incorporar a nivel interno, como la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y el genocidio, que son delitos y sanciones de facto, el respeto por la intangibilidad del principio nuclear de dignidad humana que irradia el ordenamiento punitivo, la prohibición de la pena de muerte, el carácter resocializador de la pena, la prohibición de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la necesidad de la autorización judicial para la privación de la libertad, la legalidad del delito y de la pena, entre otros.

La relación entre la pena y el sistema internacional de los derechos humanos se deriva de la necesidad de dar cumplimiento de los principios y normas que integran el contexto de esta sistemática, complejo normativo que resulta aplicable para el Estado colombiano al momento de diseñar e imponer una pena privativa de la libertad a la persona declarada responsable de la comisión de una conducta punible, normatividad que extiende su aplicación a la fase de ejecución o cumplimiento de la sanción proferida en la sentencia condenatoria, que en Colombia le corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Los derechos humanos se entienden como aquellas facultades inherentes a los seres humanos que deben garantizarse por el solo hecho de la existencia física o biológica de las personas, por lo que el Estado y la sociedad deben protegerlos sin distinción alguna por razones étnicas, raciales, religiosas, políticas o de cualquier índole, son garantías o derechos que materializan o permiten el reconocimiento de la dignidad de las personas por el solo hecho de su existencia para que puedan realizarse, satisfacer sus necesidades individuales y sociales, desarrollar un proyecto de vida, lograr su proyección y realización en forma individual y colectiva como seres sociales por naturaleza, estos derechos se caracterizan por ser indivisibles, inalienables, interrelacionados e interdependientes (Camargo, 2006).

En el proceso de evolución histórica, se reconocen los derechos que se derivan de la autonomía personal y las libertades individuales, pro hijados por la filosofía liberal como derechos civiles y políticos; en segundo nivel la búsqueda de la igualdad entre las personas que configura los derechos económicos, sociales y culturales, y en tercer lugar, los derechos que tienen como fundamento la solidaridad, como el derecho a la paz, el medio ambiente, el desarrollo a la libre determinación de los pueblos, en todo caso, unos y otros se consideran, indivisibles, universales progresivos e interdependientes.

Al integrarse el contexto internacional de los derechos humanos como parámetro de constitucionalidad por la vía del bloque de constitucionalidad, según el cual, se incorporan los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario al sistema constitucional colombiano (Const., 1991, Colom. art. 93, 94, 214-2), surge el efecto vinculante o de irradiación hacia el ordenamiento jurídico interno, para hacerlo compatible con los estándares universales determinados por la comunidad internacional, instrumento mediante el cual se fundamenta la legitimidad del sistema nacional en relación con el carácter universal de estas garantías.

Los derechos humanos tienen una triple dimensión: en primer lugar de carácter ético, en cuanto permiten la regulación y aceptación universal de la convivencia civilizada de los seres humanos, en segundo nivel la dimensión política, porque contienen reivindicaciones sociales que limitan la actuación de los poderes públicos y, finalmente, una última dimensión de tipo jurídico internacional, en tanto son valores positivizados que imponen obligaciones de hacer y de no hacer a los Estados, vale decir obligaciones para los Estados que son aplicables en el momento de proferir y ejecutar la pena (Scheller D'angelo, 2018, p. 74).

Existe un amplio catálogo de instrumentos internacionales relacionados con el fenómeno punitivo respecto de la pena de prisión por excelencia, que hacen referencia a una serie de derechos cuya titularidad le corresponde a las personas privadas de la libertad, le imponen un conjunto de obligaciones y deberes para los Estados tanto de carácter positivo como negativo, los cuales constituyen normas humanitarias que pueden ser agrupadas, según algún grupo de la doctrina, en tres sectores: los que hacen referencia al control del abuso o extralimitación de los Estados en el ejercicio de la función judicial sancionatoria, como la prohibición de torturas, desaparición forzada, tratos crueles inhumanos o degradantes; en segundo lugar, las que están destinadas a satisfacer o proteger el aspecto personal e íntimo de los reclusos, se refiere a la salud, higiene personal, la religión, derechos individuales y sociales; en último lugar, los que se relacionan con la infraestructura y condiciones locativas de los establecimientos penitenciarios (Scheller D'angelo, 2018, p.78).

Entre los instrumentos internacionales que se relacionan con el fenómeno punitivo se encuentran:

- Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (ONU, 1955), régimen que establece elementos esenciales de los sistemas penitenciarios, instrumento que se ocupa de

determinar los principios y reglas para la adecuada organización penitenciaria y la forma de realizar el tratamiento de los reclusos.

- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, aprobado el 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reitera el tratamiento a los reclusos bajo los principios de dignidad e igualdad, el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o Prisión, Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, ONU. Individualiza los principios de legalidad de la sanción y ejecución, trato apropiado y digno, comunicación con el abogado, derecho a un traductor, prohíbe el sometimiento a experimentos médicos o científicos perjudiciales para la salud de los reclusos, consagra la comunicación y confidencialidad con sus parientes, las garantías judiciales en el caso procesal, la legalidad del régimen disciplinario en fase de ejecución de la sentencia, entre otros.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984. Prohíbe los actos de tortura para intimidar, sancionar o coaccionar a cualquier persona, excluye invocar la orden de funcionarios superiores como justificante de la tortura, no admite acudir a argumentos relacionados con circunstancias excepcionales, como estado de guerra o inestabilidad política para las prácticas de tortura, proscribire los actos de tortura en todo territorio de los Estado Parte, ordena investigar y sancionar tales conductas en el ámbito nacional.

Sobre el tema, resulta de particular importancia, los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional en relación con la sistemática violación o quebranto a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, la falta de protección y garantías de los derechos fundamentales o esenciales a la población reclusa, la problemática estructural del hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria, la situación generalizada de indignidad, inseguridad, violencia, corrupción y en general las condiciones infrahumanas de la población carcelaria, lo que se convierte en un problema de significativa magnitud institucional, jurídica y social que exige una revisión profunda de esta problemática para modificar tales abusos.

El desconocimiento de los derechos humanos en la población carcelaria ha dado lugar a la aplicación de la figura jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional de los reclusos, población en estado de detención o en cumplimiento de condenas penales, tema que excede el presente trabajo, pero que amerita, dado el impacto de la pena frente a los derechos humanos como se ha reseñado en precedencia, por lo menos resaltar el incumplimiento por parte del Estado colombiano de los estándares mínimos previstos en los tratados internacionales frente a los derechos de los reclusos, en los aspectos citados: la vida, dignidad, salud, familia, resocialización e instalaciones de infraestructura adecuadas para el proceso de reingreso a la sociedad.

La descripción que ha hecho la Corte Constitucional al fundamentar el estado de cosas inconstitucional como una violación flagrante y a gran escala de los derechos de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios y carcelarios, resulta dramática en grado superlativo, respecto del conjunto de derechos fundamentales que desarrollan los derechos humanos a nivel nacional, al considerarlos letra muerta desde la sentencia de la Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, que sobre el particular dejó consignado:

“Con todo, las prescripciones de los códigos penal, de procedimiento penal, penitenciario y carcelario, de los tratados y convenios internacionales y la misma jurisprudencia acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad persona, su derecho a la familia”, “... Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen generadoras de ocio, violencia y corrupción”.

Recuérdese que un estado de cosas inconstitucional conforme a los lineamientos que la Corte condicional ha fijado implica la convergencia de una serie de requisitos, todos ellos ocurridos en contra de las personas privadas de la libertad, en detención o en ejecución de la pena, tal como lo recuerda la sentencia T-388 de 2013, que estudió de nuevo el problema y mostró un panorama aún más complejo en términos de violación y desconocimiento masivo o generalizado de los derechos

humanos de la población carcelaria:

“i) Los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivada de tales derechos han sido incumplidas en forma prolongada, iii) el sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano; iv) hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia; iv) la solución de los problemas estructurales compromete la intervención de varias entidades, que deben realizar acciones complejas y coordinadas; y finalmente; v)) si todas las personas privadas de la libertad que se ven enfrentadas al mismo estado de cosas presentaran acción de tutela (u otros mecanismos de defensa de sus derechos), tal como lo hicieron los accionantes de las tutelas acumuladas en esta oportunidad, el sistema judicial se congestionaría aún más de lo que está ocurriendo” (C.C. Sentencia T-388, 2013, Colom.).

Los problemas de sobrepoblación carcelaria, hacinamiento carcelario, violencia desmesurada al interior de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, la precariedad en la asistencia de los bienes y servicios básicos para la población reclusa, las pésimas condiciones estructurales, locativas, de higiene y salubridad de los establecimientos carcelarios y en general, las condiciones indignas e inhumanas de las personas de “*especial sujeción con el Estado*”, los reclusos, que define el tribunal constitucional como un quebranto masivo de esos derechos, demuestran la clara violación por parte del Estado de los derechos humanos de miles de personas privadas de la libertad, situación que reclama una profunda reforma estructural del sistema penitenciario y carcelario, para ponerlo a tono con el cumplimiento de las garantías mínimas reconocidas en el contexto de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en favor de las personas privadas de la libertad.

Una nueva concepción de la pena alternativa, sobre la base de justicia restaurativa y los demás fines de la JT que supere el tradicional concepto de justicia retributiva que ha sido el fundamento hasta ahora de las consecuencias del delito en el sistema penal, se traduciría, al lado de otras reformas integrales en justicia transicional, una alternativa a la grave situación reseñada por el tribunal constitucional, que deshonra al Estado colombiano en relación con el deber de protección y garantías de los derechos humanos cuyos titulares integran los miles de personas privadas de la

libertad por decisión de las autoridades judiciales, que resultaría afín a la garantía de los derechos humanos de los ejecutores de los delitos objeto de persecución penal en la justicia transicional..

2.3.2 La pena en el Estatuto de Roma.

La Corte Penal Internacional se crea en el mes de julio de 1988 por la ONU como un tribunal penal universal, que tiene por función básica llevar a cabo el deber internacional de investigar y juzgar los crímenes internacionales de competencia de la Corte, conductas consideradas de mayor dañosidad contra la especie humana: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, creada como una jurisdicción complementaria e independiente a la jurisdicción nacional de los países que se activa ante la incapacidad de estos de investigar en forma seria, imparcial y adecuada tales crímenes, bien por la manifiesta incapacidad en la investigación y juzgamiento de los autores o por la intención que refleje un ánimo diferente a tales propósitos, como favorecer a los responsables de tales acciones.

El problema de la sanción punitiva en el contexto del Estatuto de Roma implica determinar, que penas se consideran adecuadas frente a los declarados responsables de los delitos internacionales que son de conocimiento de la Corte y que fines cumple la pena en el nivel del derecho penal internacional. En especial por la relación que al interior de los países debe tener la recepción y aplicación del Estatuto de Roma y por razón de la naturaleza de las sanciones previstas desde el mismo instrumento.

El tribunal internacional de carácter permanente instituido por el ER pretende evitar la impunidad de crímenes atroces, hacer efectiva la protección de la comunidad internacional de los atentados que ofenden la conciencia universal de los seres humanos para que no se realicen en el planeta, tiene como objetivo central poner en práctica los fines superiores de protección de la comunidad internacional previstos en el preámbulo del Estatuto, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad como valores esenciales que inspiran este instrumento de derecho penal internacional y justifican el deber de investigar y sancionar, en debida forma, los atentados de mayor gravedad a nivel universal.

La sanción punitiva aplicable a los responsables de los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, puede ser la imposición de prisión hasta 30 años o la prisión perpetua, penas que están prevista en el Estatuto y que encuentran su justificación en el inciso 5 del preámbulo, el cual

dispone que la punición debe contribuir a la prevención de nuevos crímenes internacionales, es decir, el fin de la pena es la disuasión o prevención general y especial a nivel universal, busca evitar la comisión en el futuro de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Como consecuencia de la finalidad preventiva aducida en el Estatuto, al imponer la pena de prisión la sanción se orienta hacia la protección de todos los seres humanos, de los bienes o intereses jurídicos de mayor importancia en el contexto internacional, instituciones jurídicas indispensables para la convivencia pacífica, el ejercicio de sus derechos y las garantías internacionales de las personas y colectividades sociales a nivel universal, son ellos la vida, la paz y la convivencia pacífica en caso de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Los fundamentos y fines de la pena en el Estatuto de Roma se enmarcan en la aflicción o castigo que afectan el derecho a la libertad y por tanto causa sufrimiento al condenado por haber realizado una conducta intencional y gravemente dañosa de los valores más preciados de la humanidad, esto es, por la ejecución de crímenes internacionales que ameritan el rechazo universal en razón a la atrocidad con la que se ejecutan.

En consideración a que el Estatuto de Roma tiene como cometido esencial investigar, juzgar y sancionar a nivel global, las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, finalidad que se concreta en la persecución internacional de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión, de donde se deriva el deber de los Estados de perseguir y sancionar conforme a los ordenamientos jurídicos internos tales crímenes, mediante la aplicación de normas nacionales e instituciones internas, principio conocido como la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de tales conductas, se traduce en el deber de garantía de la prevalencia y obligatoriedad de los derechos humanos, la protección de las víctimas a nivel de los estados para con la comunidad internacional, principio que resulta vinculante para los estados.

Unido al anterior objetivo, surge el principio de complementariedad previsto en el texto del ER según el cual La Corte Penal Internacional mediante el denominado “examen de admisibilidad”, determina si asume la competencia y aplica en consecuencia la totalidad del estatuto, a partir del estudio relativo a la seriedad y exhaustividad de las investigaciones, juzgamiento y sanciones aplicables a los ejecutores o autores de esas conductas a nivel interno de los países, conocido como el principio de complementariedad o subsidiariedad, en el que prevalece la autonomía e

independencia de los estatutos nacionales pero deben cumplirse los estándares relacionados con la obligación de la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción a nivel interno de los crímenes internacionales de competencia de la CPI.

De conformidad con los eventos previstos en los art. 17 y 20 del ER. La Corte puede ejercer su jurisdicción, cuando respecto de la investigación interna en particular iniciada por el Estado que tiene competencia para adelantarla, se constate cualquiera de los cuatro eventos que activan la competencia de la CPI, aun cuando se haya adelantado el juicio y se haya proferido sentencia en el nivel interno de los Estados.

Lo cuatro eventos son: que exista: *“indisposición del Estado para investigar o juzgar”*; que *“exista incapacidad del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración de justicia”*; que el caso haya sido investigado y decidido por el Estado *“pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal”* y habiendo sido investigado y decidido por el Estado que tiene jurisdicción para ello: *“pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido en forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”*. En estos eventos se puede activar la competencia de la CPI.

Sobre el tema de la admisibilidad de la competencia de la CPI, la jurisdicción nacional y el principio de complementariedad, se pronunció la Corte Constitucional en la revisión del Estatuto de Roma, en donde resaltó la prevalencia de la soberanía nacional, de la legislación e instituciones jurídicas internas y la competencia subsidiaria o complementaria de la CPI, resaltando que siempre que cumpla el estándar de debida diligencia en la investigación y sanción de los ejecutores de esos abominables crímenes internacionales no interviene la CPI, frente al evento del ejercicio complementario de la competencia de la CPI, sostuvo:

“...El reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional, no constituye una sustitución de la jurisdicción para el juzgamiento del genocidio, de crímenes de guerra de crímenes, de lesa humanidad o del crimen de agresión, sea que tales hechos ocurran en nuestro territorio o los responsables se encuentren en él después de haberlos cometidos en otro territorio, como quiera que la Corte ejercerá su jurisdicción, si y solo sí, se presenta una de las cuatro situaciones enumeradas anteriormente, en ausencia de tales circunstancias

la Corte Penal Internacional debe respetar la jurisdicción interna de los Estados e inadmitir el caso de que se trate.

El Estatuto de Roma establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la parte II del mismo...Pero autoriza un ejercicio complementario de la Corte Penal Internacional para la investigación y juzgamiento de tales crímenes en el evento en que los Estados no puedan o no quieran hacerlo” (C.C. Sentencia C-578, 2002, Colom.) s.f.t.

Ahora bien, en relación con la pena en el ER, se dejó consignado por la Corte en el examen de constitucionalidad del ER que en el citado instrumento se concibe un tratamiento diferente al régimen punitivo nacional, dado que las sanciones imponibles por este tribunal internacional conforme a lo previsto en el art. 77 del estatuto, puede ser:

- “a) la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”

Tales sanciones difieren del régimen punitivo colombiano porque en el marco constitucional está prohibida expresamente la prisión perpetua (art. 34 C.P.) y porque existe la prohibición de indeterminación de la pena conforme al principio de la legalidad de la sanción penal previsto en el art. 29 superior, sin embargo, resalta la Corte, no se quebranta el principio de legalidad de las sanciones por cuanto las previstas en el estatuto resultan proporcionales a la gravedad de los crímenes internacionales, conforme a las condiciones del delito y a las circunstancias personales del sujeto declarado responsable de la comisión de esas conductas, las cuales deberán ser tenidas en cuenta como circunstancias de agravación y atenuación punitiva en cada caso concreto.

De otra parte, sostiene el tribunal constitucional. que en todo caso, estas penas pueden ser revisables en fase de ejecución, lo cual incluye un tratamiento diferenciado que está autorizado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con la aclaración según la cual, este tipo de sanciones en ningún caso puede ser aplicadas por la jurisdicción penal nacional frente a los juicios por los delitos de competencia de la CPI y su eventual aplicación se circunscribe, únicamente, al ejercicio de las competencias del Estatuto de Roma asignadas a la Corte Penal Internacional.

Sobre el particular, sostuvo el tribunal constitucional en la referida sentencia:

“En cuanto a las penas que puede imponer la Corte Penal Internacional, el artículo 77 numeral 1 del Estatuto establece un límite de la pena la reclusión. Esta solo puede ser hasta por 30 años. La cadena perpetua está sujeta a revisión luego de 25 años (art. 110.3 ER). De esta norma se deduce que no existe un mínimo de reclusión, solo un máximo. La pena será dosificada según la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba. Atendidos los factores objetivos para la determinación de la pena ella debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las circunstancias personales del condenado.

En cuanto al tratamiento de la pena de reclusión a perpetuidad, prohibida en nuestro ordenamiento, pero previsto en el Estatuto de Roma, se tiene que el Acto Legislativo 02 de 2001 autorizó dicho tratamiento diferente solo para los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, pero no faculta a las autoridades nacionales para aplicar este tipo de pena cuando juzguen algún tipo de crimen señalado en el Estatuto de Roma.

Según el Estatuto la Reclusión a perpetuidad como pena no es absoluta ni definitiva: por el contrario, después de 25 años, la Corte Penal Internacional está obligada a revisar la pena para determinar si esta puede reducirse, con lo que deja a salvo la esperanza para el condenado de algún día recobrar su libertad y concilia el principio de dignidad humana con los principios de justicia y protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares...” (C.C. Sentencia C-578, 2002, Colom.) (s.f.t.).

En síntesis, dos conclusiones pueden ser resaltadas respecto de la pena y su aplicación en el Estatuto de Roma, la primera, que el citado tratado resulta compatible con los principios, valores y derechos a nivel constitucional en consideración a que solamente aplica las instituciones sustantivas y procesales, como lo deja claro la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con las modificaciones de carácter material o sustancial previstas en el tratado, como ocurre con las penas y su sistema de revisión en sede del cumplimiento o de ejecución de la misma, que opera en el ámbito del ejercicio exclusivo de las competencias de la CPI; por tal razón, no afecta las garantías previstas en el ordenamiento constitucional ni de orden legal, dado que no está permitido a las autoridades judiciales nacionales acudir a las instituciones previstas por el estatuto para resolver los procesos a nivel interno, lo cual debe hacerse conforme a las instituciones de orden nacional

por lo son de exclusiva aplicación del ER.

La segunda conclusión tiene relación directa con el sistema penal transicional y en concreto con la pena en el escenario de la Justicia Transicional en Colombia, se refiere a que no hay impedimento o prohibición alguna con relación a la creación o diseño de penas alternativas diferentes a la prisión y la concesión u otorgamiento de amnistías e indultos por delitos políticos y conexos, siempre que se lleven a cabo mediante el procedimiento y trámite previsto en el ordenamiento jurídico interno, es decir, su concesión debe hacerse conforme a los postulados de naturaleza constitucional y en plena concordancia con la regulación legal, en desarrollo del principio de DIH según el cual, en procesos de paz debe aplicarse en la mayor medida posible amnistías e indultos, como instrumento permitido a nivel internacional para la resolución de un conflicto armado y la obtención de procesos de pacificación..

Por lo expuesto, se concluye, que el Estatuto de Roma no modifica el derecho penal o procesal penal nacional o interno, estos ordenamientos deben ser aplicados en forma prevalente y obligatoria por las autoridades judiciales en Colombia, en ejercicio de las funciones que les corresponde en fase de investigación y juzgamiento como concreción del principio de soberanía nacional, incluyendo los instrumentos internos de extinción de la acción y de la pena, el diseño de penas alternativas y el otorgamiento de amnistías e indultos, sin perjuicio del deber de investigar y sancionar los crímenes internaciones y de la aplicación por la vía del principio de complementariedad de las competencia integral, esto es sustantiva y procesal del Estatuto de Roma para la CPI si fuere el caso.

2.3.3 La pena en la Justicia transicional.

El sistema de investigación y juzgamiento en el marco de la justicia especial para la paz trae consigo una serie de cambios a nivel penal sustancial, se modifican las sanciones penales, se crea la pena alternativa, se instituyen beneficios judiciales y administrativos, se desarrolla en gran medida el problema jurídico penal de las amnistías y los indultos con relación a delitos políticos y conexos, se modifican los subrogados penales y beneficios aplicables en fase de ejecución de penas o de las sanciones penales, se adelantan los procesos mediante la aplicación de los criterios de selectividad y priorización, se potencializa la investigación de máximos responsables, se aplica la figura de la autoría mediata en la mayor medida posible, entre otras instituciones que son

transformadas en el escenario de la JEP relacionadas con el derecho penal lo cual da origen a un verdadero derecho penal transicional.

En Colombia la primera legislación que incorpora al sistema jurídico interno la figura de la Justicia Transicional fue la ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, utilizada en el denominado inicialmente proyecto de Pena Alternativa que permitió ser aplicado para la desmovilización y reinserción de las autodefensas AUC, que inició con más de 30.000 postulados y doce años después solo ha proferido 20 sentencias condenatorias definitivas.

El proceso de Justicia y Paz aplicó el modelo de pena alternativa para el caso de los paramilitares o autodefensas en Colombia en medio de un grave conflicto armado que ha sido denominado por algún teórico, un fenómeno “Heterodoxo de Justicia Transicional” (Aponte Cardona, 2010), en razón a que su configuración y diseño se hizo en medio de una situación de macrocriminalidad de las autodefensas que revela la tensión existente entre la paz y los derechos a la verdad justicia y reparación real de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario, el referido proceso procuró la desmovilización, desarme y reincorporación de quienes hacían parte de la Autodefensas Unidas de Colombia.

Para el citado proceso se utilizó el marco jurídico de la Justicia Transicional en medio de un conflicto existente que reflejaba un fenómeno militar cruel, degradado y permeado por el narcotráfico, que en el año 2003 inicio bajo el nombre de: “*Proyecto de alternatividad penal*”, mediante el cual se diseñó una rebaja excesiva de penas y la sustitución de las mismas para los postulados, planteamiento que tuvo que ser modificado ante la presión internacional y la exigencia de las víctimas de la necesidad de materializar los estándares internacionales previstos en los derechos humanos y relativos a la verdad, justicia y reparación, que algún sector de la doctrina le ha dado el nombre de justicia transicional desde abajo. (Gómez Sánchez, 2014).

El ámbito original de regulación previsto en la ley de Justicia y Paz fue modulado por la Corte Constitucional para adaptarlo a los presupuestos mínimos de un proceso de justicia transicional y a los estándares internacionales en favor de las víctimas, en tal sentido se condicionaron los beneficios previstos en esa legislación especial a la contribución por parte de los postulados al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, se excluyó el delito político de sedición que aplicaba a los miembros de la AUC, que los consideraba, sin serlo, delincuentes políticos para concederle amnistías e indultos por cuanto no actuaban en contra del Estado ni tenían

el interés de derrocar o modificar el régimen constitucional o legal vigente sino, por el contrario, en muchos casos, actuaron con la aquiescencia o connivencia de autoridades estatales, especialmente de la fuerza pública.

En el marco del Acuerdo de Paz se consignó una nueva perspectiva de JT como eje axial la participación y el reconocimiento de los derechos de las víctimas, la centralidad de las víctimas y sus derechos, por lo que el régimen de sanciones o medidas aplicables a los responsables de las conductas ocurridas en el contexto del conflicto armado por más de cinco décadas, tiene como fundamento básico dos objetivos centrales: el primero, satisfacer los derechos de las víctimas en la mayor medida posible y a partir de este aspecto, el segundo, pretender la consolidación de una paz estable, sostenible y duradera a futuro. En tal sentido se construye una justicia restaurativa y reparadora de las víctimas frente a los daños ocasionados y el reconocimiento de la responsabilidad en la participación de esas graves afectaciones, el aporte y el reconocimiento de la verdad, reparación y no repetición, en el que el nivel punitivo, junto a la interconexión de las medidas se define como el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Desde la concepción jurídica, el Acuerdo hace referencia a una nueva fundamentación teórica de la justicia transicional, que es definida como Justicia Prospectiva, más allá de la Justicia Restaurativa que ha sido implementada por los Tribunales Internacionales sobre la base de la reparación de las víctimas en forma amplia e integral, la cual tiene consagración expresa en el Acuerdo de Paz, esta nueva forma de Justicia Prospectiva supera la concepción retributiva e indemnizatoria y trae a colación, como elemento definitorio, considerar los: *“valores de las generaciones futuras”*, *“una prospección generacional”*, una manera de enfrentar la reconstrucción social como medio para evitar retaliaciones, venganza y rencores, sin más sufrimientos entendiendo que una etapa histórica influye en las siguientes para superar el pasado del conflicto degradado, compatible con la Justicia Transicional, Tal como lo indica el Uruguayo Juan Llambias de Acevedo, en 1949, citado por el profesor Francisco Barbosa:

“Para este autor, este tipo de justicia permite resolver asuntos extremos, instando a que la sociedad del conflicto no deba limitarse a considerar los valores de las generaciones presentes y pasadas sino, tener en cuenta las generaciones futuras, con lo cual, se ´podrían superar los odios, los rencores y se deja atrás el conflicto” (Barbosa, 2017, p. 155).

El Acuerdo de Paz crea tres tipos de sanciones penales o medidas aplicables a los responsables

de los delitos ejecutados en desarrollo del conflicto armado que se acojan al sistema que bien puede denominarse un sistema progresivo de sanciones, mediante el cual se pretende cumplir los deberes de investigación, juicio y sanción previstos en el nivel internacional y adaptarlo al escenario de la Justicia Transicional, teniendo en cuenta que a nivel internacional no se ha determinado cual es la naturaleza de esas sanciones o medidas aplicables en la Justicia Transicional y de qué manera deben ejecutarse.

Tales medidas tienen unas características particulares y pertenecen a la facultad soberana e interna de los países de configurar tales medidas a los propósitos de cada país, conforme a sus propias consideración y producto de la evaluación de las particularidades del conflicto que pretendan poner fin, estas sanciones previstas en el Acuerdo a nivel general son:

En primer lugar, un mínimo de sanción penal de cinco a ocho años, para quienes hayan reconocido la responsabilidad de los hechos, se comprometan a revelar la verdad y asuman o acepten la responsabilidad en la comisión de esas conductas delictivas. Medidas que implican “*restricciones efectivas de la libertad y derechos*”, sin limitar la participación en la actividad política de carácter activo o pasivo. Se consideran medidas restaurativas sin la utilización de penas carcelarias.

En segundo nivel, se impondrán sanciones de privación de libertad de dos a ocho años, en los eventos donde no se reconozca la responsabilidad en la comisión de los hechos antes de la sentencia, las cuales deberán serán ejecutadas en establecimiento carcelario.

El tercer esquema impondrá una pena de quince a veinte años de prisión a quienes no revelen la verdad, es la sanción más drástica del sistema punitivo en el marco de la justicia transicional, una vez cumplida la pena regresan a la libertad los sancionados y pueden llevar a cabo labores de no repetición de los daños causados.

El tema relacionado con la pena a imponer en el escenario de la Justicia Transicional derivada del Acuerdo de Paz, así como las demás instituciones penales modificadas en este especial proceso fue concebido inicialmente en la reforma constitucional prevista en el Acto Legislativo 01 de 2012, posteriormente en el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1922 de 2018 y finalmente en la Ley Estatutaria de la JEP, que ha transitado por el trámite legislativo y el control automático de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-080 de 2018, sistema que integra los instrumentos jurídicos esenciales relacionados con las instituciones aplicables en

el sistema de la JEP cinco actos legislativo, seis leyes y 25 decretos ley.

Desde el punto de vista jurisprudencial, debe resaltarse que la Corte Constitucional efectuó el control automático de constitucionalidad realizado a la Ley Estatutaria de la JEP mediante Sentencia C-080 de 2018, que revisó el proyecto de ley estatutaria No. 08 de 2017 del Senado y No. 016 de 2017 de la Cámara de Representantes que desarrolla el Acuerdo Final del 16 de noviembre de 2016 entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, punto cinco, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantía de no repetición de noviembre 16 de 2016 el cual fue declarado exequible por su conformidad a la constitución política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en relación con el problema de las penas alternativas y los asuntos propios del sistema penal que se diseñan y regulan en el marco de la citada Ley.

En el ordenamiento de la ley estatutaria se formularon argumentos dignos de analizar.

En el título tercero del Proyecto de Ley Estatutaria se reguló el denominado Tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado, se analizó lo relativo a las amnistías, en el título IX se hace referencia a las formas de sanciones consideradas como propias, alternativas u ordinarias en el contexto de la normatividad que permitirá el funcionamiento de la JEP y las instituciones jurídicas aplicables, para quienes deben resolver su situación jurídica en la Justicia Transicional derivada del Acuerdo de Paz.

La Corte hace referencia a la afirmación general proferida en la Sentencia C-579 de 2013 en virtud de la cual se dejan sentadas las bases generales de la Justicia Transicional, en medio de la cual se insertan las reformas relacionadas con las instituciones penales que trae el Marco Jurídico para la Paz y la Ley Estatutaria objeto de revisión, reafirmando la tensión entre la justicia y la paz una vez se han cometido graves violaciones a los derechos humanos, la centralidad de los derechos de las víctimas y la búsqueda de la terminación del conflicto, en los siguientes términos:

“La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades.”

En relación con las consecuencias punitivas previstas en la ley estatutaria debe señalarse, que se concretan en el denominado tratamiento penal especial a quienes sean sujetos de la JEP, regulación basada en el carácter restaurativo y resarcitorio de las sanciones más que el fin

retributivo de las mismas o de la mera imposición de castigos, asunto propio del sistema penal ordinario. La ejecución de las conductas realizadas en el marco del conflicto armado buscan la reconciliación y reinserción social de los victimarios, se traduce en un sistema caracterizado por llevar consigo un tratamiento llamado diferenciado, simétrico y equitativo, según características asignadas por la propia Corte Constitucional en el control de constitucionalidad, que se traducen en los siguientes aspectos de carácter general:

“Constituyen tratamientos especiales de justicia, los cuales se encuentran regulados por diferentes instrumentos normativos de implementación del Acuerdo Final como el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, entre otros, los siguientes: (i) el tratamiento penal especial; (ii) el tratamiento penitenciario especial; (iii) la exención de la responsabilidad disciplinaria y administrativa; (iv) la extinción de la obligación de indemnizar, en algunos casos, sin perjuicio de la obligación general de reparar de los responsables y del Estado; (v) la garantía de no extradición; y (vi) el tratamiento especial en materia de inhabilidades. (s.f.t.)

Por otra parte, como ya se planteó, la aplicación del componente de justicia se hará de forma diferenciada respecto de los sujetos sometidos a la JEP y, por lo mismo, atendiendo a su distinta naturaleza, razón por la que a los terceros se les otorgará tratamiento especial que las normas determinen, y a los miembros de la fuerza pública y agentes del Estado, un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, previo cumplimiento del régimen de condicionalidad previsto en cada caso, el cual será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.” (C.C. S-080/2018 Sentencia Colom.)

2.3.4 La selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional.

La investigación y juzgamiento penal de los crímenes ejecutados en contextos de macrocriminalidad y macrovictimización propios de los escenarios de justicia transicional, se refieren a la ejecución de actividades realizadas por organizaciones criminales altamente estructuradas, caracterizadas por la participación activa de un número significativo de autores, gran cantidad de víctimas de los crímenes ejecutados en medio del conflicto armado interno, actuación judicial que se realiza en forma diferente a la tradicional forma de procesamiento penal utilizado

por el sistema jurídico, es decir, se aparta de los casos ordinariamente conocidos por el proceso penal tradicional.

Los asuntos objeto de investigación y juzgamiento que debe adelantar el sistema penal diseñado en la JEP presentan una caracterización específica frente a los instrumentos ordinarios en materia penal y probatoria, en especial por razón de la magnitud y complejidad de los delitos ocurridos en el periodo del conflicto armado, la forma de impartir justicia, los instrumentos para identificar autores y partícipes que han ejecutado a gran escala graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra, las sanciones o medidas a imponer, entre otros, que los diferencia de los mecanismos jurídicos utilizados por las instituciones o agencias penales en tiempos de normalidad penal.

Los esquemas tradicionales de investigación, acusación y juzgamiento utilizados en forma ordinaria resultan insuficientes de someter al proceso penal la totalidad de los delitos ocurridos en un largo período de violencia generalizada y de graves violaciones a los derechos humanos derivadas de crímenes ejecutados a gran escala, en especial por ser el producto de planes sistemáticos que afectan a las víctimas, por tanto resulta necesario recurrir a instrumentos o fenómenos que hacen parte de una nueva metodología, la gestión investigativa de crímenes a gran escala o crímenes de sistema, orientada hacia la utilización de “criterios de selección y priorización” para filtrar dicha labor.

El sistema penal ordinario ha utilizado en forma tradicional mecanismos de selección conocidos como los procesos de criminalización primaria, secundaria y terciaria; el primero se lleva a cabo mediante la creación legal de normas penales que se materializa en el diseño legal de los tipos penales o normas de prohibición punitiva, mediante lo cual selecciona las conductas susceptibles de sanción penal y le asigna sanciones, se denomina “selección penal positiva”; el segundo, en el nivel judicial, acontece en la búsqueda y descubrimiento de los infractores de las normas penales y que adelanta por las agencias estatales de investigación y juzgamiento penal (González Monguí, 2014), pues no todos los infractores son investigados y juzgados en el proceso penal y el tercero, en fase de ejecución de la sentencia, tiene lugar en sede de la ejecución de la sanción, es decir ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y la actividad administrativa de los funcionarios del INPEC, por cuanto, no todos los eventos investigados son sancionados, ni todas las sentencias condenatorias ordenan el cumplimiento de la pena de manera

efectiva e intramural, todo lo cual conduce a un conjunto de mecanismos de selectividad en diferentes niveles institucionales.

El sistema procesal penal utiliza métodos de investigación y juzgamiento que le son propios al diseño o arquitectura constitucional o legal interno del proceso judicial, en el procedimiento ordinario en Colombia se conoce la técnica investigativa del caso a caso, que implica, por cada actuación –unidad procesal-, una imputación, acusación, juicio oral y sentencia. En materia de justicia transicional cambia la forma, protocolo o metodología para adelantar la investigación y el juicio penal mediante un nuevo método se enfoca en la creación de contextos donde ocurrieron los sucesos de macrocriminalidad y criminalidad de alto impacto, ubicación de patrones criminales, tipos de víctimas, regiones donde operaron las organizaciones que ejecutaron las conductas, actuación de máximos responsables, *modus operandi* de las organizaciones involucradas en el conflicto, responsabilidad de los superiores implicados en esas graves conductas y la utilización de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, figuras típicas del derecho penal que permiten la identificación de la manera de operar las citadas estructuras criminales, los delitos ejecutados a gran escala, la identificación de víctimas y grupos poblacionales afectados y los crímenes de sistema ocurridos en periodos de criminalidad organizada.

La utilización de los criterios de selección y priorización resulta compatible con el cumplimiento de los deberes de investigación y juzgamiento en el marco de la JEP frente a los estándares internacionales que debe cumplir el Estado colombiano, sin perjuicio de acudir a la figura de la doble imputación de crímenes de mayor gravedad, que consiste en la imputación de carácter grupal o colectivo y la atribución de responsabilidad individual de los ejecutores y en forma personal al sujeto autor o partícipe que planeó o perpetró los mencionados crímenes, lo que se cumple bajo los citados criterios.

La categoría puesta de presente por la criminología bajo el nombre de criminalidad oculta o cifra negra de la criminalidad, muestra el alto nivel de selectividad que adelantan los órganos judiciales del Estado ante la incapacidad de resolver la totalidad de los asuntos que ingresan a las agencias investigativas penales, en especial el subregistro judicial frente a la totalidad de las conductas punibles que ocurren en la realidad social, de una parte, por el alto número de afectados que no acuden a denunciar una significativa cantidad de conductas delictivas y por la marcada inactividad de los funcionarios judiciales en la celeridad de los trámites, que trae como

consecuencia, que la totalidad de los delitos ocurridos en un período y lugar específicos no se investiguen y juzguen por los organismos judiciales, verdaderos filtros que seleccionan los casos que se investigan y sancionan por las agencias penales.

Lo anterior revela, la manifiesta incapacidad de las entidades del Estado encargadas de adelantar la totalidad de las investigaciones, acusaciones y juicios penales frente a la demanda de justicia penal requerida por la sociedad, una relación que no es directamente proporcional frente a los resultados finales de los procesos terminados por la evidente imposibilidad de adelantarlos en su totalidad, debido a razones humanas, materiales y logísticas que impiden cumplir ese propósito. La aplicación del principio de oportunidad es una herramienta procesal que permite la renuncia, suspensión e interrupción de la facultad investigativa y juzgadora del sistema procesal penal, aunque exista fundamento probatorio para tramitar el juzgamiento, un verdadero filtro institucional de orden procesal que selecciona los procesos penales por razones de política criminal con control judicial posterior del juez en función del control de garantías, según el esquema colombiano donde la Fiscalía renuncia a la pretensión punitiva del Estado.

No solo en el proceso penal ordinario existen fenómenos o criterios de selección positiva o negativa de casos, sino que se utilizan en forma directa o expresa como herramientas legales en el sistema de justicia transicional, estos fenómenos se convierten en instituciones jurídicas indispensables de directa aplicación en materia penal en este escenario, para poder resolver sobre la responsabilidad punitiva de quienes llevaron a cabo conductas de mayor entidad relacionadas u ocasionadas en medio del conflicto armado, su consagración es manifiesta en el AL. 01 de 2012, al haberse integrado al nivel constitucional la utilización de tales fenómenos jurídicos:

“Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso, se aplicarían mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”.

“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. 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.”

Difiere a una ley estatutaria determinar aspectos como la gravedad de las conductas y representatividad y masividad de las mismas para la determinación de los criterios de selección (Acto Legislativo 1, 2012, Colom).

El Marco Jurídico para la Paz previsto en el Acto Legislativo 01 de 2012 estableció un trato diferenciado para quienes sean investigados en el contexto de la Justicia Especial para la Paz, como *“la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados”*, de otra parte, la obligación de investigar a *“máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática conforme a lo estándares internacionales”*, también fijó criterios de selección en sede de ejecución de la sanción, al autorizar mecanismos de atenuación o flexibilización de la ejecución de pena frente al rigor del cumplimiento de la sanción impuesta, tales como la aplicación de *“Penas alternativas”*, *“sanciones extrajudiciales”* y las *“modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena.”*, que son típicos eventos jurídicos de selectividad secundaria y terciaria.

El papel fundamental del sistema penal en la Justicia Transicional se orienta hacia la utilización de una serie de instrumentos alternativos, es decir, instituciones de naturaleza diferenciada, frente a las que utiliza en forma regular tanto el derecho penal y el proceso penal ordinario, instrumentos que se consideran alternativos por cuanto son producto de la creación de varias opciones, diferentes entre sí, que son aplicables en búsqueda de la paz y la sostenibilidad de esta; en tal sentido, se ocupan de resolver el pasado con énfasis en la no repetición y la construcción de la verdad histórica que implica la aplicación de la justicia penal respecto a crímenes de gran magnitud, ocurridos durante el conflicto armado o con ocasión o por causa del mismo, en donde

los derechos de las víctimas deben ser considerados en forma prevalente, se tienen en cuenta en forma prioritaria para la superación del pasado la garantía de no repetición, la reconciliación y la reconstrucción del tejido social.

En la perspectiva citada, el derecho penal en el escenario de la transición, utiliza dos mecanismos especiales en el juzgamiento de estos graves crímenes: de una parte, acude a la renuncia la persecución penal de algunos autores que han incurrido en esas conductas por la vía de la aplicación de los fenómenos jurídicos de amnistías e indultos y en segundo lugar, adelanta el juzgamiento de máximos responsables, utilizando como filtro para su incorporación, los criterios de selección y priorización de las investigaciones penales, al cabo de los cuales, las resultas del proceso conducirán a la imposición en la sentencia de penas alternativas e instrumentos punitivos diferenciados del régimen ordinario de carácter sancionatorio penal.

El fundamento jurídico de las anteriores medidas penales es la aplicación del principio de proporcionalidad y en concreto, el método de la ponderación, mecanismo que es resaltado por la Corte Constitucional en la revisión constitucional de la ley de Justicia y Paz y en el contexto de la Justicia Transicional adoptado desde el Marco Jurídico para la Paz, donde se utilizan penas alternativas y otros beneficios punitivos para juzgar los responsables de graves infracciones al DIH, la citada ponderación vincula dos extremos, la justicia y la paz, específicamente sopesa los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición frente al derecho a la paz estable y sostenible, la sanción alternativa no resulta desproporcionada, refiere la Corte, siempre que haya garantía de la responsabilidad de los ejecutores de esos crímenes, quienes deberán contribuir a la verdad, reparación y no repetición de esas crueles acciones del pasado y las demás exigencias diseñadas desde el ordenamiento jurídico, así se respetan los estándares mínimos en favor de las víctimas.

La Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, en relación con el tema que le corresponde resolver a de la Justicia Transicional, donde se aplica el aforismo de *“tanta justicia como la paz lo permita”* y sobre el carácter excepcional de las instituciones penales donde se insertan los criterios de selección y priorización, sostuvo lo siguiente:

“Una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto,

hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción, frente a lo que resultaría de la aplicación de instituciones penales corrientes” (C.C. Sentencia C-579, 2013, Colom.).

El fin de la Justicia transicional es centrar la investigación penal en una estrategia no maximalista que sancione a todos los responsables ante la imposibilidad de juzgar la totalidad de los delitos ocurridos en el conflicto armado, sino dirigirla a la investigación de máximos responsables, para lo cual debe determinar el contexto y los patrones en los que ocurrieron las graves violaciones a los derechos de las víctimas en los casos de macrocriminalidad, es decir una concepción minimalista que implica modificar la estrategia ordinaria de la investigación penal, la técnica del caso a caso utilizada en forma tradicional en el sistema penal sustituirla por criterios de selección y priorización de las investigaciones en macroprocesos penales, mediante los cuales enfoca la actuación procesal para satisfacer de esta manera, en la mayor medida posible, los derechos a la verdad, justicia y no repetición de las víctimas.

Sobre los criterios de priorización se fijaron pautas por el tribunal constitucional de la siguiente manera:

“Para efectuar la priorización es necesario adoptar criterios, esto ocurre por las siguientes razones: **(i)** la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población, **(ii)** las prioridades iniciales y la dirección de las investigaciones tienen gran impacto en el desarrollo que haga la Fiscalía en el proceso, **(iii)** en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso, **(iv)** reconsiderar y ajustar los criterios usados en el pasado no es una debilidad, si este cambio se hace como producto de un análisis profesional y objetivo, **(v)** absoluciones derivadas de la falta de evidencia pueden tener un impacto negativo en el alcance de la justicia y la sensación de abandono a ciertos grupos, **(vi)** el respeto al derecho a la igualdad, no implica una igualdad matemática, **(vii)** la legitimidad o confianza en la persecución penal se debe basar en la experiencia profesional y los estándares aplicados a la situación particular de un crimen.” (C-579-13).

Los máximos responsables son aquellos sujetos que han tenido un rol esencial, protagónico, de dirección o ejecución en la realización de las conductas de mayor relevancia en el conflicto armado, cuya participación o concurrencia responde a un plan adelantado o una política trazada en forma definida para la comisión de los crímenes en el conflicto armado, es decir, dirigieron las hostilidades o poseen un nexo relacionado con la elaboración y ejecución de los planes, que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos de las víctimas.

Los procesos y criterios de selección y priorización permiten solo adelantar determinados procesos penales frente a determinados sujetos, por tanto, excluye otros presuntos autores y produce impunidad en muchos casos como consecuencia lógica de la implementación de los mismos, ante la incapacidad del sistema de investigación y juzgamiento de la totalidad de los casos ocurridos en contra de los ejecutores o partícipes de un pasado marcado por un periodo considerable de graves crímenes contra las víctimas, resulta necesario en consecuencia, fijar algunos aspectos que permitan la ubicación de máximos responsables como ocurre con “la calidad y representatividad del sospechoso en la realización de esos crímenes, el estatus dentro de la organización los sujetos más responsables en la estructura criminal, el interés público en el hecho, la viabilidad de la persecución, la capacidad del órganos de investigación, la situación probatoria en el caso concreto” (Kai Ambos, 2011), entre otros.

En los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, al igual que en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, se ha aplicado la figura de máximos responsables como metodología de investigación de los crímenes internacionales ocurridos en escenarios donde se han instituido los citados Tribunales, tal como lo recuerda Kai Ambos resulta una obligación internacional adelantar la investigación de los máximos responsables como una forma de impartir justicia en procesos de transición de la guerra a la paz, con lo cual se cumple o satisfacen los derechos a la verdad y la no repetición de las víctimas de esos graves atentados contra sus derechos, en tal sentido la ONU permite la renuncia a la persecución penal de quienes no sean priorizados o seleccionados, mediante el otorgamiento de amnistías o indultos, figuras que en ningún caso resultan aplicables para máximos responsables, en razón al deber internacional de investigar y sancionar con debida diligencia los graves atentados a gran escala contra las víctimas.

La Corte Constitucional acepta la investigación, acusación y sanción solo de los máximos responsables luego de ponderar los derechos en tensión mediante una concepción amplia de

quienes deben ser investigados y juzgados en el marco de la Justicia Especial para la Paz; en tal sentido la categoría máximo responsables hace referencia a:

“Aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya dirigido o tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”

Entre ellos:

“-Los líderes.

- Los que hayan tenido un rol esencial en la comisión de esos crímenes.

- Los mandos medios.

- Es un criterio ascendente que permite incluir a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito como el criterio de responsabilidad del superior o de dominio de aparato organizado de poder.

- Debe analizarse cada caso concreto y la intervención de los partícipes.

- Puede haber formas de redes con autoridad compartida no todas son jerárquicas y piramidales. Caso en donde hay que hacer análisis de contexto como punto de partida” (C.C. Sentencia C- 579/ 2013).

Con base en la citada enunciación, tal como lo indican algunos doctrinantes, múltiples aspectos deben considerarse para la utilización de los criterios de selección, priorización y la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como postulados básicos que orientan la investigación en el contexto específico de Justicia Transicional derivado del Acuerdo de Paz.

En cuanto a la responsabilidad de los superiores debe tenerse en cuenta que:

“a) Debe ser un superior, bien sea militar o que actúe efectivamente como tal.

b) tener mando y control efectivo sobre los subordinados.

c) los inferiores deben haber cometido delitos por omisión del superior

- d) el superior no ejerció un adecuado control con relación a esos subordinados.
 - e) Este conocía o debía conocer lo que estaban cometiendo sus subordinados
 - “f) no adoptó las medidas para evitar o castigar esos hechos.
 - g) En los casos de autoría mediata en aparatos organizados de poder requiere;
 - h) La existencia de una organización con estructura jerárquica y piramidal.
 - i) En esa estructura debe haber mandos definidos
 - j) Tales mandos imparten las órdenes
 - k) Debe existir niveles o sujetos inferiores encargados de ejecutar las órdenes.
 - l) Son estos sujetos fungibles, sustituibles o cambiables
 - m) Puede ocurrir que quien da la orden no conoce a quien deba ejecutarla hay certeza del cumplimiento de la orden en todo caso independiente de quien la ejecute
 - n) El ejecutor que la realiza obra libre y voluntariamente, por tal razón es responsable.”
- (Ambos, 2011).

Los anteriores fenómenos jurídicos son propios de la actuación penal en el sistema de justicia transicional, por tanto, constituyen los mecanismos básicos para cumplir con los deberes de investigación y sanción de quienes se consideran máximos responsables, de esta manera se cumplen los estándares previstos por los tratados internacionales con base en el margen amplio de configuración legislativa relacionado con los sujetos que deben asumir las consecuencias jurídicas previstas en el diseño jurídico de las penas alternativas, sanciones propias del sistema de justicia transicional que se diseña a partir de la libertad de configuración jurídica por el país inmerso en un proceso de paz por la vía de la negociación, como ocurrió con el Acuerdo de Paz con lo cual se pretende resolver de esta manera la situación jurídica de los demás actores del conflicto.

El sistema analizado se enlaza con el capítulo que a continuación se examina, el cual se relaciona con los fundamentos de verdad, justicia, reparación del modelo de justicia transicional adoptado a partir del Acuerdo de Paz.

Capítulo 3. Los Fundamentos de carácter excepcional relacionados con la Verdad, Justicia y Reparación en el Modelo de Justicia Transicional.

Una breve reflexión a manera de introducción del capítulo, lustra la dimensión del conflicto que aborda el modelo de Justicia Transicional en Colombia:

“El conflicto en Colombia es distinto de otras guerras civiles en el mundo que suelen tener causas étnicas, económicas o religiosas claras. Aquí hay un enredo de actores armados: dos guerrillas -las Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN)-, el Ejército Nacional apoyado por los Estados Unidos, y una cantidad de milicias paramilitares de derecha y pandillas criminales. Caleidoscopio de factores históricos y sociales, este conflicto es casi imposible de resumir con palabras. Incluso para los colombianos es un reto definir la naturaleza de la guerra y existe una variedad de interpretaciones” (Ferry, 2016).

Según las cifras de la Universidad de Uppsala y del Instituto Internacional de Investigación sobre Paz de Oslo, el conflicto armado en Colombia es una de las guerras civiles más viejas del mundo, junto con las de Myanmar y Filipinas. El conflicto armado en Israel no se considera como una guerra civil, por tratarse de una disputa entre dos comunidades políticas claramente diferentes (Uribe, 2013).

La existencia de guerras civiles de larga duración está relacionada con algún tipo de desajuste o desequilibrio en el estilo de desarrollo de las naciones. Aquellos pocos países con guerras civiles largas que no exhiben alta incidencia de la pobreza o grados muy elevados de desigualdad vertical, presentan desigualdades horizontales o tienen mercados con alta vulnerabilidad del empleo y fuerte exclusión de la población juvenil masculina. Los países con guerras prolongadas y baja desigualdad normalmente son países de renta baja (Uribe, 2013).

Actualmente, en Colombia, vale la pena recordarlo, “se presenta un momento histórico único que enmarca la aplicación de un nuevo esquema de justicia -justicia transicional-, tema que hace parte de los mecanismos legales para transformar una sociedad desde el conflicto interno hacia el tránsito a la paz, el cual se generó en el enfrentamiento -rebelión armada- entre el grupo denominado FARC- EP –Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo-, y

Estado colombiano -Estado de Derecho”-

Este capítulo analiza los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional como instrumentos que tienen como finalidad prevalente, generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera en el contexto de un conflicto armado signado por la excepcionalidad.

En Colombia, se ha incorporado mediante reforma constitucional reciente (2012) vía órgano derivado o poder constituido (congreso), de manera expresa los instrumentos de justicia transicional en el que se ha denominado el Marco Jurídico Para La Paz, los cuales han sido desarrollados con posteriores reformas constitucionales y por la vía de leyes estatutarias.

Lo anterior implica categorizar los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional como instrumentos que tienen como finalidad prevalente, generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y la obtención o logro de una paz estable y duradera.

3.1. La excepcionalidad del conflicto armado interno de Colombia y su incidencia en cuanto a la escogencia del modelo de justicia requerido para su terminación

Por su duración y caracterización, el conflicto armado interno colombiano puede clasificarse como excepcional. Ha sido el conflicto interno más antiguo del hemisferio occidental y por su prolongación en el tiempo, más de 50 años de existencia, puede señalarse que no hay ningún colombiano cuya vida no haya sido afectada por este conflicto. “Las cifras son impactantes: más de 260.000 muertos, decenas de miles de desaparecidos, más de siete millones de desplazados, violaciones, secuestros e incontables tragedias personales” (Cosoy, 2016).

Para la presente investigación resulta importante establecer la caracterización del conflicto armado que ha vivido Colombia en las últimas décadas, tema que ha sido objeto de prolongado debate en el país tanto en el plano jurídico como en el académico, la determinación de cuales han sido los actores del conflicto que ha afectado al país, determinar los factores que han incidido en la violencia, destacando cuales han sido los que principalmente han contribuido a la persistencia del mismo, así como los efectos e impactos más notorios de este conflicto sobre la población, la economía del país, la justicia, la equidad, la política y la cultura son elementos todos que conjugados sistemáticamente revelan la excepcionalidad del conflicto que ha permitido la

persistencia del mismo a través del tiempo, para que fundados en su incidencia se pueda definir el modelo de justicia requerido para su terminación.

3.1.1 La caracterización “*sui generis*” del conflicto colombiano.

Caracterizar los aspectos específicos del conflicto armado interno que permaneció desde la segunda mitad del siglo anterior hasta las dos primeras décadas de esta centuria, es decir, por más de seis décadas ha sido objeto de múltiples estudios en el país, análisis de carácter jurídico, político y académico, tema sobre lo cual no existe todavía un amplio consenso sino posiciones disímiles. Lo cierto es que notoriamente ha sido un conflicto prolongado, ya sea que se haya iniciado desde la etapa conocida como la fase de la Violencia²³ (o antes), o desde que surgieron las guerrillas post-revolución cubana o a partir los años ochenta del siglo pasado. En cualquiera de los tres casos, la confrontación armada en Colombia constituye una de las más antiguas del mundo²⁴.

La relatoría de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (2015) explica, que se trata de un conflicto complejo, por una parte, en consideración al número de actores involucrados, como son el Estado, con políticas cambiantes a lo largo del tiempo, y en muchas ocasiones fraccionado entre las diversas instituciones que atienden el conflicto y entre los niveles central, regional y local; y por otra por los grupos guerrilleros, con distinta orientación político-estratégica y finalmente por las bandas paramilitares.

Expertos de la CHCV (2015) como Vicente Torrijos sostienen, que el conflicto armado irregular no es complejo “exclusivamente por el número de actores comprometidos”, sino, además, por su “carácter multidimensional y multifactorial (CHVC, 2015)”, es decir, debido a la superposición y articulación de conflictos de distinta naturaleza. Por otra parte, Daniel Pécaut refiere, que “uno de los principales rasgos del conflicto armado en Colombia ha sido su enorme dispersión territorial y la considerable fragmentación de los propios grupos enfrentados entre sí.” Añade que: “Los grupos

²³ Nota del autor: “Aunque algunos historiadores lo sitúan entre 1946 y 1966, para la mayoría de ellos el periodo de La Violencia queda situado entre 1948 y 1958. (Fals Borda, 2005). “La Violencia es la denominación de un período de Colombia que se dio durante el siglo 20, en que hubo confrontaciones entre prosélitos del Partido Liberal y el Partido Conservador que, sin haberse declarado una guerra civil, se caracterizó por ser extremadamente violento, incluyendo asesinatos, agresiones, persecuciones, destrucción de la propiedad privada y terrorismo por la afiliación política” (Salamanca, 2007) “El conflicto causó entre 200.000 y 300.000 muertos y la migración forzosa de más de dos millones de personas, equivalente a casi una quinta parte de la población total de Colombia, que para ese entonces tocaba los 11 millones de habitantes. (Rueda Bedoya, Rafael. El desplazamiento forzado y la pacificación del país. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, 2000.) Al final del conflicto, por medio de las amnistías, más de diez mil guerrilleros liberales dejaron las armas. (Fals Borda, 2005)

²⁴ Al respecto la relatoría de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (2015), integrada por 12 expertos, señala que el número especial de la revista *New Routes* (No. 4, V. 5, 2010) dedicada a los conflictos prolongados en el mundo y, en particular, el artículo de Marcus Nilsson and Joakim Kreutz, “Protracted conflicts: Issues or dynamics at stake?”, así lo indican.

paramilitares no han estado jamás verdaderamente unificados y las BACRIM, mucho menos” (Pécaut, 2015). Incluso, en el interior de grupos guerrilleros como en el ELN, ha primado más la autonomía regional que la centralización político-militar.

“Adicionalmente, el conflicto colombiano ha sido básicamente un conflicto discontinuo, un fenómeno armado con enormes diferencias regionales, caracterizado por heterogéneas formas de poblamiento y ocupación de la tierra, de relacionamiento de la población local con las autoridades nacionales y con otros factores, han generado una multiplicidad de dinámicas en el conflicto armado. Esta diversidad regional está íntimamente ligada a la enorme complejidad geográfica de Colombia, una de las cinco mayores del mundo.” (Montenegro, 2008)

El aspecto geográfico y su variedad han permitido el repliegue rápido y la operación armada tanto de los movimientos guerrilleros en el país, como las Farc-ep, al igual que de los grupos contrarrevolucionarios como las Autodefensas en Colombia, que les permitió consolidar sus frentes por la variedad y complejidad geográfica del país, lo cual ha incidido en la prolongación temporal del conflicto armado interno en suelo patrio. Sobre el particular, Ancur Olson señala que, “la complejidad geográfica no sólo favorece la persistencia de grupos armados ilegales, sino en general hace más costosa la provisión de bienes públicos, como defensa y seguridad” (Montenegro, 2008).

Pero ciertamente, lo que distingue al caso colombiano es el nivel sanguinario e inhumano del mismo, la degradación de la forma como se ha venido desarrollando, la atrocidad y crueldad que lo ha caracterizado. Una afirmación de un investigador sobre el tema señala:

“la relación entre las muertes como resultado de confrontaciones entre los distintos grupos armados y las víctimas civiles fue de alrededor de 80 víctimas civiles por cada miembro de un grupo armado muerto en combate entre 1985 y 2000, y de 380 víctimas civiles por cada uno de los muertos en combate en los años siguientes” (Giraldo, 2015).

Ahora bien, se trata de un conflicto con raíces políticas, en la medida en que involucra proyectos

de sociedad que los actores percibieron como opuestos y, por tanto, fundados en una enemistad absoluta. La ensayista de la CHVC (2015), María Emma Wills no duda en calificar el conflicto colombiano como de dimensiones nacionales y de naturaleza política (Wills, 2015), pero otros ensayistas de la CHVC (2015),

“prefieren introducir un viso diferente, dado que el conflicto armado ha involucrado tanto a actores claramente políticos, como los grupos guerrilleros (a pesar de la utilización de recursos criminales como medio de financiación, como el secuestro y el tráfico de drogas ilícitas); otros en los cuales el lustre político es más superficial y la dimensión criminal más pronunciada, como los grupos paramilitares; y otros abiertamente criminales pero que han contribuido al debilitamiento del Estado, tales como los grupos de delincuencia organizada”.

De ahí que igualmente pueda definirse al conflicto colombiano como conflicto con raíces políticas, que entre los expertos ensayistas de la CHVC (2015), esta denominación tenga mayor consenso, quienes afirman que no hemos estado ni estamos actualmente en presencia de un conflicto bipolar con dos campos claramente definidos, sino, frente a un conflicto multipolar y altamente fragmentado, si se tiene en consideración el tipo de organizaciones involucradas o las regiones afectadas.

En todo caso, el conflicto ha estado ubicado o sectorizado en determinadas regiones del país debido al sectarismo partidista desde la violencia liberal conservadora y luego desde el surgimiento del alzamiento en armas de los grupos guerrilleros, entre ellos las Farc-ep, que estuvo focalizado en determinadas áreas, por lo que el conflicto ha tenido dinámicas regionales con proyectos estratégicos de carácter político o económico que han acompañado al conflicto armado, tal como lo señala uno de los estudiosos sobre el tema (Pécaut, 2015), quien además señala, que incluso, un departamento particularmente pacífico en el pasado reciente, hoy ocupa las primeras planas: Nariño.

3.1.2 Principales actores del conflicto.

Si se considera, siguiendo las pautas cronológicas del CHVC (2015) como punto temporal del conflicto armado interno que ha afectado al país, los inicios del Frente Nacional se precisan dos fases del mismo, se anota que han participado dos actores principales en la primera fase (1964-

1980) y tres actores principales en la segunda fase (1980-2015)²⁵. Alrededor de estos siempre han existido otros que han intervenido como actores sociales o políticos en un nivel secundario.

En la Fase 1964-1980, se señala que en América Latina hubo dos “olas revolucionarias” claramente diferenciadas: la primera a partir de la revolución cubana y la otra desde la revolución nicaragüense, en 1959 y 1979, respectivamente.

El conflicto en Colombia ha tenido en general, dos etapas, la primera que corresponde al comienzo del mismo a partir de la década de los años 60, que puede denominarse incipiente y de menor entidad o nivel, que afectó el sector rural en primer lugar, y una segunda etapa que se demarca entre 1980 y el 2014 donde el conflicto adquiere dimensión nacional e ingresan otros actores, como las autodefensas o paramilitares y el nivel se agrava por el tipo de enfrentamiento del movimiento guerrillero, los grupos armados contrainsurgentes, algunos sectores del Estado y de la fuerza pública que los apoyaron, como también de particulares, que ante la ausencia del Estado directa o indirectamente, promocionaron o subsidiaron grupos armados de autodefensas que dieron lugar a las AUC, con terceros o particulares que intervinieron en medio del conflicto, todo lo cual hizo parte de dinámicas particulares y diversidad de características frente a la complejidad y particularidades del conflicto armado y sus dimensiones en términos de gravedad, efectos, forma de ejecutarse y actores comprometidos, tal como lo resalta Daniel Pécaut.

Sobre los grupos de autodefensa o paramilitares, su origen fue variado, grupal, regional, apoyados por varios sectores económicos e incluso políticos y con un gran nivel de atrocidad y barbarie en sus hostilidades militares.

“En cuanto hace a los grupos paramilitares estos tuvieron orígenes disímiles, dependiendo de los objetivos de sus promotores, su nivel de organización, modalidades de acción y su disciplina interna. A pesar de los intentos de crear una organización nacional a partir de 1996, mediante las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), lo cierto es que siempre predominó una lógica regional y las AUC, más que un aparato unificado, era una coalición inestable cuyos enfrentamientos internos le generaron problemas de acción colectiva y de apoyo político y social” (Fajardo, 2015). “La mezcla de un discurso político

²⁵ Vega, en su ensayo “Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado”, considera que se debe añadir otro actor en el conflicto: los Estados Unidos. “A la hora de analizar las causas del conflicto social y armado, así como las variables que lo han prolongado y el impacto sobre la población civil, Estados Unidos no es una mera influencia externa, sino un actor directo del conflicto, debido a su prolongado involucramiento durante gran parte del siglo XX” (p. 1). Otros autores, como Darío Fajardo, respaldan esta visión.

contrainsurgente y unas acciones criminales en beneficio particular hicieron de los grupos paramilitares una mezcla sui generis de actor político y actor criminal, con probable predominio de esta última connotación”.

3.1.3 Factores esenciales y condiciones básicas que han permitido la pervivencia del conflicto armado en Colombia

Este segmento se ocupa de “la reflexión sobre los factores que permiten comprender la extensa prolongación del conflicto” por cuanto permite identificar los elementos que tienen influencia en el conflicto armado en Colombia, su dinámica, extensión, prolongación e interrelación, lo cual resulta necesario frente a la búsqueda de la paz sostenible y estable que justifica la aplicación de la Justicia transicional en el paso de la guerra a la paz.

Las principales condiciones que han contribuido a la persistencia del conflicto serían, especialmente, las siguientes²⁶:

A. El narcotráfico ha sido uno de los insumos más importantes en el avance del conflicto y en la extensión en términos de factores, dinero, efectos, corrupción, intervinientes, la consolidación de organizaciones criminales como el paramilitarismo y sus efectos en otros niveles sociales, como la parapolítica, que jugó un papel fundamental en la mutación o transformación del conflicto inicial de carácter agrario en uno de mayores dimensiones en términos geográficos, militares, económicos, frente a los efectos sociales, políticos y especialmente en relación con la vulneración de los derechos de las víctimas que han soportado los efectos de esa modificación o avance del conflicto. (Duncan, 2015), (Molano, 2015).

Daniel Pécaut afirma que “el factor mayor de la mutación fue (...) el tráfico de drogas”²⁷,

“Jorge Giraldo explica, que aun cuando la producción, comercialización y venta de la marihuana tuvo su apogeo en los años setenta, estos recursos financieros solamente

²⁶ En este caso se ha seguido el orden propuesto por la CHVC (2015) , pero cabe anotar que el orden de los factores no altera el producto. No se está proponiendo ninguna jerarquización. Se trata, simplemente, de resaltar los múltiples factores considerados por los distintos autores, los cuales deberían estar, en el corazón de un programa de paz para el postconflicto.

²⁷El ensayista de la CHVC (2015, Daniel Pécaut considera, sin embargo, inadecuado aplicar las tesis de Paul Collier, para el caso de Colombia. Según Collier, en la mayoría de los conflictos armados actuales predomina más la codicia (“greed”) que el agravio (“grievance”), es decir, que la apropiación privada de recursos sería sido el motor determinante de la guerra más que las motivaciones ideológicas (p. 24). Esta visión no es, según Pécaut, compatible con la experiencia de Colombia, en la cual las motivaciones político-ideológicas han sido predominantes, al menos en cuanto hace a dos actores centrales: la guerrilla y el Estado. Pero, es probable que sí sea el caso de los grupos paramilitares (que combinaron motivaciones políticas y criminales) y, ante todo, de los “terceros oportunistas”, cuya participación en el conflicto sí estuvo motivada casi que exclusivamente por la acumulación privada de capital.

redundaron en las regiones productoras y exportadoras, particularmente en la Costa Atlántica. Los carteles de la droga produjeron profundos cambios en la estructura de la sociedad colombiana al ejercer una honda influencia en la política mediante una combinación de amenazas, corrupción y violencia, que les permitió un lugar prominente en los gobiernos locales e incluso, en el nivel nacional. La economía de las drogas ilícitas incidió también en las finanzas de los grupos guerrilleros” (Giraldo, 2015).

Sin embargo, tal como lo señala uno de los más importantes estudiosos del tema agrario y su influencia en el conflicto, al comienzo el movimiento guerrillero no estaba interesado en relacionarse con el narcotráfico, pero con el paso del tiempo encontró una fuente de recursos extraordinaria cobrando el gramaje o tributos a los narcotraficantes para la sostener el conflicto, por lo que dejaron de lado la extorsión y el secuestro que fue en otra época la fuente directa de recursos para la guerra. (Molano, 2015).

Para el ensayista Gustavo Duncan la masificación del narcotráfico y del secuestro determinó en buena medida el cauce del conflicto armado contemporáneo en Colombia, especialmente en tres aspectos: uno, incidieron en las estrategias de guerra tanto de las guerrillas como de las distintas modalidades de contrainsurgencia privada, pues ambos grupos debieron adecuar su acción para dominar los recursos criminales o impedir que estos cayeran en manos de sus adversarios; dos, esa economía ilegal influyó en la postergación del conflicto, pues, pese a los profundos trastornos que provocaba en las economías regionales (por ejemplo, en la producción agrícola o ganadera debido al ausentismo de los empresarios locales ante el secuestro y la extorsión), a su turno, generaba recursos que permitían mantener viva la vida económica local así fuesen estos capitales de origen ilegal; y, tres, porque esas formas de criminalidad no solo permitieron definir interrelaciones entre actores insurgentes y contrainsurgentes privados, sino también para establecer los vínculos entre las élites nacionales y las élites de la periferia, cuya acumulación de recursos económicos les permitió obtener autonomía frente a los poderes centrales, y les reconoció la oportunidad de acumular recursos económicos que habrían de tener efectos en la dinámica política nacional y en algunos de sus dirigentes. La “parapolítica” fue, una consecuencia directa de ese fenómeno criminal (Duncan, 2015).

Es importante destacar que desde los años ochenta del siglo pasado hasta hoy, las modalidades

de financiamiento de los grupos armados fueron, además del narcotráfico, que ya se ha descrito, el secuestro, la extorsión, los mercados negros paralelos (oro, esmeraldas y el robo y comercialización de combustibles), el lavado de activos y el “clientelismo armado” (Peñate, 2015) sobre regalías, transferencias y otros recursos municipales (PNUD, 2003, p. 285). Según el CHVC (2015), estos recursos generaron una “estructura de oportunidad” para el crecimiento exponencial de los grupos guerrilleros y paramilitares en los años ochenta y noventa, lo que permitió que las FARC, por ejemplo, pudieran pasar de mil hombres en armas en 1982 a alrededor de 18.000 cuando se disolvió la “zona de distensión” en el Caguán. Los grupos paramilitares desmovilizaron alrededor de 32.000 miembros en el marco de la Ley 975 de Justicia y Paz aprobada en el año 2005.

Cuando un grupo armado dispone de importantes recursos y actúa bajo ciertas condiciones sociales como la desigualdad en los ingresos, la pobreza rural o el alto desempleo, su capacidad de reclutamiento se facilita (Uribe López, 2013).

Los campesinos cocaleros enfrentados a las políticas de erradicación terminaban encontrando en los grupos armados un canal de resistencia. Como sostiene Jorge Giraldo, uno de los efectos políticos que han tenido los cultivos ilícitos sobre la guerra ha sido que, cuando la actividad económica de la coca fue boyante, los recursos para los grupos armados ilegales crecieron; cuando el Estado atacó las zonas cocaleras, la principal alternativa para los trabajadores de la coca era integrarse a los grupos armados ilegales” (Giraldo, 2015).

El ensayista de la CHVC (2015) Francisco Gutiérrez, anota que:

“el control de capos del narcotráfico sobre poderes locales y regionales profundizó las tendencias centrífugas del sistema partidista, dado que, con el auge de los recursos financieros de la cocaína, los liderazgos políticos en esos dos niveles dejaron de depender de los directorios políticos nacionales para su financiamiento, y la narco-política se convirtió, en este contexto, en un eje del poder local y regional. El binomio armas y actividad electoral, tuvo influencia notoria en dos sectores políticos antagónicos con perspectivas del estado diferentes, opuestas, tanto a la izquierda como de derecha.

La parapolítica que se originó y mantuvo como una fusión entre élites regionales, representantes políticos de estos y grupos de autodefensas, se tradujo en un complejo fenómeno que interrelacionó armas, partidos políticos y elecciones que representaban sectores de extrema derecha, como

también ocurrió con la llamada teoría de la combinación de todas las formas de lucha del marxismo que fundamentó el conflicto armado desde la izquierda radical.

La coca generó una economía de guerra, se vinculó con todos los grupos ilegales del conflicto y tuvo una enorme incidencia en su dinámica y desarrollo.

Por otro lado, en las áreas andinas, con alta densidad demográfica, se fue poblando su periferia a través de una constante ampliación de la frontera agrícola, pero con acceso limitado de servicios del Estado y, por lo tanto, se generó una mínima regulación e institucionalización, por lo que bajo estas condiciones, los habitantes de estos territorios, sin mayores alternativas, entraron bien sea en esquemas de gobernanza rebelde, o bien sea en dinámicas políticas locales de fracciones de los partidos de gobierno, pero que buscaban evadir el lejano control regulatorio del Estado central.” (Ramírez, 1993).

“Es un hecho que la economía de la coca le permitió a las FARC no solo desarrollarse militarmente sino, convertirse en la autoridad regulatoria en unos espacios territoriales en los cuales el Estado estaba ausente y, por esta vía ampliar su capacidad de representación y de reclutamiento” (Gutiérrez, 2015). Al efecto, Duncan afirma que el narcotráfico generó una economía política que incidió en la agudización, pero sobre todo en la prolongación del conflicto. “Tanto las comunidades de la periferia como guerrillas y paramilitares construyeron órdenes y proyectos de gobierno, al margen del Estado central, que estaban fundados en los excedentes de una actividad ilegal. Estos proyectos de gobierno fueron formas de gobierno capaces de funcionar indefinidamente y coherentes con las posibilidades de acceso a los mercados globales dadas las restricciones de capital en la periferia” (Duncan, 2015).

B. Patrones de violencia contra los civiles:

Dentro de estos patrones, uno de enorme incidencia es el papel del secuestro y la extorsión, que experimentó un crecimiento exponencial en los años ochenta y noventa del siglo pasado y, fueron, en un doble sentido, otros dos importantes “combustibles” del conflicto armado. De un lado, estos patrones sirvieron de fuente financiera para la rápida expansión de los grupos guerrilleros, que multiplicaron sus ingresos y, por tanto, su capacidad de reclutamiento, pero, de otro lado, desataron la reacción de las víctimas, lo cual sirvió de estímulo para la formación del paramilitarismo²⁸. El

²⁸ “El secuestro, sin lugar a dudas, constituye una de las explicaciones más plausibles del nacimiento y proliferación del paramilitarismo”, como lo señala Francisco Gutiérrez, “¿Una historia simple?”, p. 23. La mejor descripción del impacto del secuestro y la extorsión en la emergencia de los

violento incremento del secuestro en estos mismos años le dio un “acerbo al conflicto armado al vincular los motivos generales de la contrainsurgencia con los de la supervivencia personal de los involucrados” (Gutiérrez, 2015).

Para Gustavo Duncan, el uso del secuestro y la extorsión fueron en gran medida los ejes políticos y económicos utilizados por la guerrilla en el conflicto armado, en la lucha armada contra el Estado, ante lo cual reaccionaron las autodefensas con acciones militares de exterminio, no solo contra los miembros de la guerrilla sino contra auxiliadores, líderes sociales y representantes de grupos de izquierda en Colombia, como ocurrió con el exterminio de la Unión Patriótica, considerado un verdadero genocidio político con posterioridad. (Duncan 2015)

C. La precariedad institucional del Estado colombiano

Este elemento es clave, frente al cual el ensayista Jorge Giraldo sostiene que, el caso de Colombia ha sido particularmente grave. Este hecho permite explicar, según Giraldo,

La permanencia de la guerrilla en Colombia y la correlativa privatización de la seguridad y contrainsurgencia se debieron, en gran medida, a la precariedad del Estado Colombiano en zonas de conflicto y posteriormente a nivel nacional.

Jorge Giraldo (2015),

“asevera que la debilidad crónica del Estado colombiano ha tenido tres componentes interrelacionados que han limitado su capacidad para cumplir con sus responsabilidades legales y constitucionales en el plano de las garantías del orden público, la prestación de servicios y la seguridad ciudadana: (a) la eficacia para obtener los recursos necesarios para el adecuado funcionamiento de las instituciones públicas; (b) el tamaño y la calidad de la fuerza pública; y, (c) la integración efectiva del territorio mediante una infraestructura adecuada²⁹. Si bien no existen mayores discrepancias en relación con la baja capacidad del Estado para obtener recursos y llevar a cabo sus múltiples responsabilidades (educación, salud, justicia, etc.), ni con el atraso en la infraestructura vial del país, el tema del gasto

grupos paramilitares se encuentra en el libro de Carlos Medina Gallego, Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia. Origen, desarrollo y consolidación. El caso de Puerto Boyacá, Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990.

²⁹ Frente a este problema, para otros ensayistas, más incidente que estas variables, son los vacíos de la justicia y los altos niveles de impunidad que afectan a Colombia, los que generan un incentivo perverso para la justicia privada y constituyen el principal factor de la debilidad institucional en nuestro país.

militar sí es objeto de importantes debates y discrepancias.

Agrega Jorge Giraldo, que el gasto militar en Colombia había estado muy por debajo del mismo gasto en el resto de América Latina hasta años recientes, en los cuales Colombia comenzó a ocupar los niveles más altos del continente. Según Santiago Montenegro, la política colombiana mantuvo, en la práctica, un presupuesto para las Fuerzas Armadas (...) muy por debajo de lo que exigían las condiciones del país” (Giraldo, 2015).

Es muy probable, según Giraldo, que este bajo nivel del gasto militar durante un período considerable en Colombia explique en gran medida la privatización de la seguridad y de la lucha contrainsurgente por parte de grupos paramilitares aliados a élites regionales y locales y, en muchas ocasiones, con el apoyo de miembros de las Fuerzas Armadas. A lo que habría que añadir la débil capacidad del aparato judicial en Colombia, que derivó en el florecimiento de diversas modalidades de justicia privada

Un aspecto a tener en cuenta, es que Colombia aumenta el gasto militar a niveles muy altos comparados con otros países en América Latina y a pesar del aumento prominente del gasto militar y policial en Colombia en las últimas dos décadas y de la capacidad del Estado para hacer presencia en el territorio nacional, María Emma Wills sostiene que uno de los principales “nudos” sin resolver en Colombia, son las limitaciones para promover sanciones internas en las Fuerzas Armadas con respecto a quienes son responsables de acciones que afectan los derechos humanos (Wills, 2015).

D. El suministro privado de la seguridad y el fenómeno paramilitar

Ante la ausencia de presencia del Estado, las autoridades públicas han permitido la provisión privada de seguridad, unido a la autorización oficial para que los particulares puedan proveer su propia seguridad y el manejo de armas para tal fin, hechos que han contribuido a la formación de ejercitos de autodefensas.

“La debilidad crónica del Estado colombiano ha sido, particularmente en coyunturas críticas, compensada con la provisión privada legal³⁰ y, en muchas ocasiones, la ilegal de coerción y seguridad.”

³⁰ “Las agencias de seguridad privada que pululan tanto en Colombia como en el resto de América Latina son la mejor expresión de esta privatización” de la seguridad ciudadana. Cf., (Vega, 2015, p. 31).

Históricamente el Decreto 1814 del 13 de junio de 1953 asignó al Ministerio de Defensa la Policía Nacional que esta municipalizada y sectorizada,³¹ de esta manera se buscó poner fin a la figura de policías subnacionales o sectorizadas en regiones del país, que “habían actuado como coordinadores y legitimadores de redes civiles radicalizadas” (Gutiérrez, 2015).

Tal situación, la nacionalización de la Policía Nacional ocurrió mientras se expedían normas mediante “decretos dictados durante los gobiernos de Valencia y Lleras que permitían la conformación de grupos de autodefensa integrados por civiles” (Vega, 2015)³².

“El paramilitarismo y la consiguiente privatización del uso de la violencia es, un elemento clave para entender la prolongación del conflicto en Colombia. Señala que el auge de los grupos paramilitares se sostuvo gracias al apoyo de cuatro tipos de agentes: (a) La insubordinación de élites rurales legales, que se sentían desprotegidas por parte del Estado frente al secuestro y la extorsión; (b) el protagonismo de élites ilegales, en especial las mafias de las drogas ilícitas; (c) la participación de amplios sectores de la clase política y (d) la participación de miembros de las agencias de seguridad del Estado” (Gutiérrez, 2015).

En los meses finales de la administración de César Gaviria se dio un paso adicional hacia la provisión privada de seguridad con la firma del Decreto Ley 356 de 1994, el cual estableció las condiciones para regular nuevos "servicios especiales de seguridad privada" que operarían en regiones en las cuales hubiese alteración del orden público³³.

³¹El Decreto 1814 del 13 de junio de 1953, Rojas Pinilla le cambió el nombre al Comando General de las Fuerzas Militares por la actual denominación, Comando General de las Fuerzas Armadas. El objeto fue incorporar a la Policía Nacional al Ministerio de Defensa (del cual hace parte desde entonces), al lado del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, pero con presupuesto y organización propia. Más tarde, mediante la Ley 193 del 30 de diciembre de 1959, la nación asumió el pago de la totalidad del cuerpo de Policía Nacional, con lo cual se completó el proceso de su nacionalización. (CHVC, 2015)

³² “Aunque existe poca evidencia de que estas redes armadas se hayan realmente conformado, en los años ochenta, con la eclosión del narcotráfico y el paramilitarismo, aquellos decretos sí servirían para justificar su creación. Este es uno de los gérmenes, según Francisco Gutiérrez, de la expansión paramilitar. En efecto, en 1965, ante el fenómeno del bandolerismo y la formación de las guerrillas postrevolución cubana, el gobierno nacional promulgó, bajo el estado de excepción, el Decreto 3398 que establecía en su artículo 25 que (...) todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad”. Y, en el art. 33, parágrafo 2, el Decreto añadía que “el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Este Decreto fue convertido en legislación permanente en 1968. Francisco Gutiérrez, ¿Una historia simple?” (CHVC, 2015).

³³ “Este Decreto se dictó en gran medida debido a que el país estaba viviendo ya un desbordamiento de grupos de seguridad privada, por fuera del marco legal. El 19 de abril de 1989 el Gobierno Nacional, preocupado por este auge creciente de grupos de autodefensa y paramilitares, había dictado el Decreto 0815 mediante el cual se suspendió la aplicación de los artículos 25 y 33(3) del Decreto 3398 con el fin de evitar que fueran interpretados como una autorización legal para organizar grupos civiles armados al margen de la Constitución y las leyes. El objetivo del nuevo Decreto Ley 356 era, por tanto, intentar someter a las organizaciones ya existentes al control y vigilancias del Estado, lo que resultó siendo en este contexto explosivo de un optimismo ingenuo y de hecho se habrían de producir consecuencias no previstas ni deseadas. En efecto, el 27 de abril de 1995, ya bajo el gobierno de Ernesto Samper, una resolución de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada le otorgó a dichos nuevos servicios el nombre de Convivir. Muchas de estas cooperativas rurales fueron rápidamente cooptadas por los jefes paramilitares en auge, agravando

E. Armas y urnas, “Este aspecto se refiere a la incidencia de las elecciones populares de alcaldes y gobernadores en el contexto del conflicto bélico. En 1986, mediante una reforma constitucional, fue aprobada la elección popular de alcaldes y cinco años más tarde, mediante la Constitución de 1991, la elección popular de gobernadores”

“Estas reformas fueron consideradas un avance en la democratización del sistema político en Colombia, pues la descentralización municipal y departamental debía producir una mayor autonomía para estas entidades territoriales, gracias a la participación local y regional en la elección de sus mandatarios. Sin embargo, paradójicamente, estas elecciones locales y regionales en medio de una agudización extrema de la confrontación armada, tuvieron también consecuencias negativas en muchas regiones debido al asesinato sistemático de líderes políticos señalados de apoyar al enemigo o de convertirse en estorbo para el proyecto de control territorial de un actor armado ilegal” (Wills, 2015).

Sin embargo a la par de la descentralización política, la elección popular de alcaldes y gobernadores, la autonomía de las regiones y de la comunidad a nivel local y regional, se inician alianzas entre grupos políticos y actores armados y grupos privados que utilizan armas y que tendrán acuerdos con dirigentes políticos para incidir en el manejo político y económico de las entidades locales y regionales.

“La relación entre políticos y grupos armados se hizo más compleja debido, igualmente, a que muchos líderes regionales empezaron a pactar alianzas pragmáticas o ideológicas con actores armados, ya sea para que les permitiesen llevar a cabo actividades políticas en una región determinada o ya fuese para hostilizar e, incluso, liquidar a sus adversarios políticos” (Gutiérrez, 2015).

Los citados acuerdos y la alianza armas y urnas tuvo efecto tanto en sectores que apoyaban grupos de derecha como a quienes pertenecían a grupos e izquierda.

“En este contexto, se crearon redes ilegales que apoyaban la derecha y la izquierda en urnas y votos, mediante las cuales se hostigaba a los ciudadanos que votaban en contra del grupo político y armado dominante en una región determinada. Esto significaba, en términos de

la privatización de la seguridad rural. Javier Giraldo, “Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos” (CHVC, 2015).

persistencia del conflicto, que la guerra fue creando -vía violencia oportunista- incentivos para su propia perpetuación” (Gutiérrez, 2015).

“Probablemente el impacto mayor de la descentralización fue la transferencia de recursos nacionales a los municipios. Como los recursos no provenían de la tributación local, se convertían en un tesoro inesperado que llegaba del centro. La política local influida en muchas regiones por redes del narcotráfico, grupos paramilitares y, en menor escala, guerrillas, se convirtió en un esfuerzo por controlar, como un gran botín, los recursos municipales que crecían sin esfuerzo local. Esto produjo nuevos recursos como combustible de la violencia.”

El manejo del dinero por dirigentes locales que fue transferido desde el nivel nacional o central, la posibilidad de liquidar adversarios políticos y el mantenimiento del control en sectores del país, robustecieron la alianza entre armas y urnas, como lo reseñan investigadores que han estudiado este fenómeno.

En este contexto, el asesinato de líderes políticos, funcionarios públicos y autoridades electas tales como concejales, diputados, alcaldes y parlamentarios se convirtió en un hecho frecuente. Al respecto, Jorge Giraldo señala que la guerra también afectó el orden democrático no solo por las disfuncionalidades generadas en las instituciones, sino también por la vulneración de la vida y la libertad de los representantes locales. Cita este ensayista que, entre 1986 y marzo de 2003 fueron asesinados 162 alcaldes, 420 concejales y 529 funcionarios, el 53% de los cuales eran inspectores de policía; además, fueron víctimas mortales 108 candidatos a alcaldía y 94 candidatos a concejos municipales. A su vez, entre 1970 y 2010 fueron secuestrados 318 alcaldes, 332 concejales, 52 diputados y 54 congresistas, la mayoría de ellos en la cima de la guerra entre 1996 y 2002” (Giraldo, 2015).

F. Inequidad, derechos de propiedad y cuestión agraria

La imposibilidad de producir una reforma agraria en Colombia equitativa, que transforme y modifique el statu quo de la propiedad rural ha incidido en el problema del conflicto agrario de manera directa.

“En general, todos los ensayistas coinciden en los efectos negativos que ha tenido para el país el fracaso recurrente en los diversos intentos de impulsar un sólido reformismo agrario.

Tanto la Ley 200 de 1936 sobre el régimen de tierras como la de 1961 sobre reforma social agraria, sufrieron una suerte similar: una fuerte reacción a favor del statu quo e, incluso, diversas medidas tendientes a liquidar los pocos logros reformistas alcanzados” (Molano, 2015).

Frente a la Ley 135 de 1961 se ha sostenido que los efectos fueron adversos a un proceso de democratización de la tierra, una autoridad sobre el tema sostiene que:

“el balance de la reforma agraria fue muy pobre. La concentración de tierras se intensificó; las medianas propiedades no se fortalecieron; los aparceros y arrendatarios disminuyeron; avanzó la colonización del piedemonte amazónico, Magdalena Medio, Urabá, Catatumbo y Costa Pacífica”.

“Este fracaso de la reforma agraria en las regiones en donde el poblamiento ha sido más intenso en Colombia, la región andina y la Costa Atlántica, condujo a hacer de la colonización mediante la expansión de la frontera agrícola, la válvula de escape de la población campesina antes sedentaria, es decir, sin tierra y sin empleo rural. Alfredo Molano lo sintetiza en una frase: En dos palabras, la principal acción del INCORA fue la colonización”

Aun cuando sería justo añadir que hubo importantes inversiones en distritos de riego en varios departamentos (Tolima, Valle del Cauca, Atlántico y Bolívar). Los autores coinciden en que el problema agrario y la distribución inequitativa de la propiedad, el abandono del estado hacia la población rural ha tenido incidencia en el conflicto armado como uno de los principales factores generadores de violencia en Colombia.

“La desigualdad agraria ha incidido en el conflicto en Colombia no debido tanto a la desigualdad en sí misma³⁴ sino, según Francisco Gutiérrez, a tres razones principales: (a) la asignación política de los derechos de propiedad de la tierra no solamente por parte de grandes propietarios (concentración), sino también por especialistas de la violencia; (b) la expansión permanente de la frontera agraria, articulada con distintos tipos de economía, la cual genera un quantum de violencia debido al conflicto en torno a los derechos de propiedad a través de la ocupación; (c) la articulación entre el poder político y la gran

³⁴ El coeficiente Gini para medir la desigualdad en la tenencia de la tierra muestra que América Latina tiene los índices más altos en el mundo, el 85% de los países superan el 0.6 y, en el caso de Brasil y Argentina el 0.7, siendo los dos casos más extremos del continente (Organización de los Estados Americanos, “Tenencia de la tierra: compartiendo información y experiencias para la sostenibilidad”, en Serie de Políticas, No. 10, abril de 2006). Mientras Colombia tiene un millón de propietarios agrícolas, Argentina tiene solamente 300 mil, en un territorio dos veces superior en tamaño. (CHVC, 2015).

propiedad agraria” (Gutiérrez, 2015).

Muchos de los problemas que deben ser resueltos para lograr cambios en la estructura agraria en América Latina, tal como lo muestran los estudios de la Organización de Estados Americanos (Organización de los Estados Americanos, citado por CHVC, 2015), tienen ocurrencia en Colombia, entre ellos:

“a. Altos niveles de inseguridad en la tenencia de la tierra. b. Gran número de propietarios informales. c. Falta de seguridad para los derechos de propiedad de las mujeres, los indígenas y las poblaciones afrodescendientes. d. Sistemas de administración de tierras complejos y poco accesibles. e. Falta de información y/o desorden en las bases de datos sobre registros de propiedad. f. Exceso de centralización política y administrativa. g. Ausencia de mecanismos para el acceso al crédito usando la tierra como garantía. h. Conflictos por la tierra y falta de mecanismos para la resolución alternativa de conflictos. i. Resistencia por parte de grupos políticos y económicos. j. Ausencia de un marco legal e incumplimiento de normas. Queda claro que este cúmulo de factores se torna muy propenso para graves conflictos sociales que, en un contexto de fuego cruzado entre organizaciones armadas, termina alimentando la violencia, como lo muestra la experiencia de Colombia” (CHVC, 2015)).

G. Sistema político clientelista/localista.

Después del régimen político o acuerdo de la élite política en Colombia para poner fin a la violencia partidista, liberal - conservadora de la década de los 40 a los años 60, acuerdo conocido como el frente nacional, facilitó la creación de cierta autonomía regional, el debilitamiento de los partidos y la filtración de recursos de origen ilícito que va a generar una relación entre élites locales y actores armados en ascenso que se consolidaron posteriormente en verdaderos ejércitos privados como las autodefensas.

Destaca la CHVC (2015), que “uno de los mayores éxitos del Frente Nacional fue la disminución de la cultura sectaria bipartidista. Sin embargo, algunos de los ensayistas consideraron que esta modalidad de movilización sectaria con un hondo contenido emocional fue sustituida por redes clientelistas y localistas. Esta fractura entre la dimensión

nacional y la dimensión local y regional³⁵ se facilitó, gracias a la irrigación de recursos ilegales provenientes del tráfico de drogas y la apropiación indebida de bienes públicos y condujo a una creciente autonomía de las élites políticas regionales y locales frente a los directorios políticos de ámbito nacional. En pocas palabras, la honda fragmentación de los partidos y la autonomía total de las élites locales y regionales afectaron la capacidad de representación política y de canalización de los intereses sociales por las vías institucionales, lo cual fue aprovechado por actores armados ilegales para intentar -en ocasiones con algún éxito- canalizar esas expectativas frustradas”.

H. El círculo vicioso de la violencia.

La violencia crea un círculo ascendente de violencia con enormes efectos y consecuencias sociales, una espiral de violencia o círculo vicioso que cada vez produce una dimensión mayor del conflicto, una retroalimentación de la violencia, su propio crecimiento y aumento, tal como lo señalan los investigadores.

“las consecuencias imprevistas y desgraciadas de esta acumulación de violencias y victimizaciones, es la retroalimentación de la guerra. La dinámica bélica crea las condiciones para su propio crecimiento” (Giraldo, 2015).

Los conflictos prolongados en el tiempo agravan las condiciones sociales de la población en donde operan, sustituyen al Estado ante la precariedad de éste para solucionar los problemas en las localidades y regiones y debilitan la ética social, producen el abandono de la legalidad por la comunidad, el debilitamiento de la institucionalidad, es decir surge una espiral de crecimiento de la violencia y del conflicto con hondas repercusiones sociales y culturales, en últimas, la violencia produce más violencia.

Gustavo Duncan, por ejemplo, mostró cómo la masificación del secuestro y la extorsión por parte de la guerrilla fue uno de los principales factores que produjo la conformación de los grupos paramilitares, ante la precariedad del Estado para proveer seguridad y control a los potenciales víctimas del secuestros, cuyos delitos de honda significación y dañosidad por más de tres décadas dispararon todos los índices de violencia en el país (Duncan, 2015, p. 32).

³⁵ Al respecto, la CHVC (2015) rescata la reflexión de Philip Mauceri al comparar la dinámica de la violencia en Perú y Colombia. En ambos casos, el debilitamiento de la mediación partidista fue copado por organizaciones armadas que buscaron dominar el ámbito local (Jo Marie Burt y Philip Mauceri eds., *Politics in the Andes*, University of Pittsburgh, 2004).

El autor Jorge Giraldo, planteó en su análisis, cómo a medida que los grupos armados se fortalecían los jóvenes de las regiones veían como única oportunidad hacer parte de esos ejércitos, lo cual condujo al fortalecimiento y crecimiento de la violencia armada contrainsurgente.

“las posibilidades del desarrollo y la democracia en los escenarios locales, la única oportunidad de supervivencia y reconocimiento para los sectores jóvenes de la población era la vinculación a los ejércitos privados” (Giraldo, 2015, p. 34).

En relación con el tema tratado, sostiene otro reconocido autor:

“Una de las consecuencias de la desestructuración de las economías locales y el desplazamiento forzado de la población es la generación tanto de un ejército de reserva para los sectores empresariales urbanos, como para el reclutamiento masivo por parte de grupos armados ilegales y redes criminales. Jóvenes desarraigados en los centros urbanos o viviendo en medio de la confrontación armada y la desestructuración de las redes sociales y económicas en las zonas rurales, han sido la base principal del reclutamiento de todos los grupos armados ilegales” (Duncan, 2015, pp. 5, 8, 9).

Otro aspecto relevante sobre el particular, hace referencia a la extracción social de la que proceden tanto los integrantes de la base que integra la guerrilla, el ejército y los paramilitares, en general proceden de regiones rurales y provienen de sectores campesinos que encuentran en la pertenencia a esas organizaciones, un modo de vida ante la ausencia de oportunidades en la regiones rurales donde han vivido. (Duncan, 2015).

3.1.4 Los efectos o impactos relevantes del conflicto armado en la población.

Según el Registro Nacional de Víctimas, al sumar las víctimas directas e indirectas³⁶, pueden alcanzar la impresionante cifra de 6.8 millones de personas, es decir, alrededor del 8% de la población total del país. Jorge Giraldo, subraya que “esta cuantificación del horror le da sentido a la afirmación de que la nuestra ha sido una ‘guerra injusta’, debido a que las hostilidades se han conducido de una forma sistemática (violando) los preceptos del derecho humanitario y sin ninguna consideración hacia la población civil” (Giraldo, 2015)

Para medir los impactos más relevantes del conflicto sobre la población, el CHVC (2015) presentó la Tipología de la victimización, número de víctimas y los agentes responsables. Sobre el aspecto, se consideran:

“tanto los análisis como las bases de datos de las dos instituciones que han sido utilizadas por distintos ensayistas como marco de referencia, es decir, la Unidad de Víctimas y la Comisión de Memoria Histórica, se pueden diferenciar trece modalidades principales de victimización en Colombia en el marco del conflicto armado interno, así: (1) Desplazamiento de población (2) Despojo de tierras (3) Secuestro (4) Extorsión (5) Reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes (6) Tortura (7) Homicidio en persona protegida, asesinatos selectivos y masacres (8) Amenazas (9) Delitos contra la libertad y la integridad sexual (10) Desaparición forzada (11) Minas antipersonas, munición sin explotar y artefactos explosivos no convencionales (12) Ataques y pérdidas de bienes civiles (13) Atentados contra bienes públicos.”

La información analizada por los autores muestra que los agentes estatales han incurrido en determinado tipo de delitos en medio del conflicto, como muertes selectivas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas básicamente; mientras que los grupos guerrilleros han realizado principalmente delitos de desplazamiento forzado, ataques a poblaciones y personas incluyendo la muerte y el secuestro de personas, el uso de artefactos no convencionales, utilización y siembra de minas antipersonas, extorsión y secuestro extorsivo, reclutamiento forzado o ilícito y considerables daños ambientales. (Torrijos, 2015)

³⁶ Las primeras son aquellas víctimas que han sufrido directamente la agresión (por ejemplo, un secuestrado), mientras las segundas son fundamentalmente, pero no exclusivamente, los familiares que han sido afectados por ese crimen

Este conjunto de delitos se enmarca, ya sea en la dinámica del conflicto armado interno, ya sea, en el caso de las organizaciones paramilitares o los “terceros oportunistas”, en el proceso de acumulación de bienes y tierras para uso privado. Como recalca Daniel Pécaut, “la mayor parte de las acciones tienen un “objetivo predeterminado”: los protagonistas no tienen proyectos de “depuración” global de una población como en los casos de Bosnia Herzegovina o de Ruanda, sino que “actúan en función de objetivos precisos tanto políticos como económicos” (Pécaut, 2015, p. 40).

La dinámica del conflicto ha señalado, que no solo existe la confrontación militar entre adversarios, sino que intervienen terceros con otros objetivos de tipo oportunista, que han mostrado otros intereses, como ha ocurrido con la apropiación de tierras y bienes de las víctimas en medio del conflicto, que ha permitido evidenciar la participación o complicidad de funcionarios públicos como notarios corruptos, dirigentes locales que se han beneficiados de tierras e inmuebles de las víctimas, élites económicas que han comprado los predios ilegalmente, obtenidos a precios irrisorios en medio de la amenaza, la coacción, la muerte y el desplazamiento forzado de grupos armados que obtienen el despojo primario, tal como es resaltado por un estudiosos del tema (Fajardo, 2015).

3.1.5 Los impactos de la violencia en la economía, la equidad, la política y la cultura.

Los impactos o efectos de la violencia son producidos en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta y traen como consecuencia un gran impacto negativo a nivel institucional, cultural, en materia económica, política y social, entre otros, que causan un grave deterioro en la comunidad y en los lazos sociales de esta, difíciles de recuperar en transición, que demandan la superación de las causas del conflicto para la sostenibilidad y consolidación de un proceso de pacificación.

Para establecer estos impactos, la CHVC (2015), analizó las Raíces y prácticas culturales, el capital social, el impacto sobre el Crecimiento económico, y el sabotaje de bienes públicos y privados

- Raíces y prácticas culturales y el capital social

El conflicto armado destruye el tejido social, genera más violencia, implanta y acrecienta la cultura de la ilegalidad, debilita la confianza de las personas en las instituciones y en las mismas organizaciones sociales, (Gutiérrez, 2015), a su vez, causa un gran impacto en el capital social, en

las tradiciones y en el proceso económico, en las prácticas sociales y económicas, debilita los lazos comunitarios y el respaldo institucional, normativo, judicial y estatal.

- El Sistema político

Los efectos en este aspecto resultan claramente reseñados por los doctrinantes, ante la pérdida irreparable por la muerte violenta en el conflicto de dirigentes, representantes, agrupaciones e instrumentos de representación popular ante el Estado y la canalización legal de las aspiraciones y problemáticas sociales mediante las instituciones legales, veamos las referencias de los estudiosos del tema:

“Destaca la CHVC (2015), que el impacto negativo del conflicto armado sobre el sistema político ha sido muy profundo si se analizan, según Francisco Gutiérrez, tres dimensiones principales: primero, los costos que le genera a un sistema democrático el asesinato de líderes sociales políticos y cívicos; segundo, el ingreso masivo de agentes y dinámicas ilegales al sistema político; y tercero, la perversa combinación de armas y urnas. En relación con el asesinato de miles de líderes políticos, cívicos y sociales, el enorme potencial cívico, de destrezas, capacidades y energías de participación en los públicos, que fueron abruptamente mutiladas en el curso de estas décadas” (p. 37).

“Se trata tanto de la erosión del liderazgo social y político, como del impacto en la construcción partidista y de organizaciones sociales que fueron devastadas del todo o, al menos, seriamente debilitadas. En este sentido, no es posible olvidar el asesinato sistemático de cientos de militantes y dirigentes del Partido Comunista y la Unión Patriótica” (Zubiría, 2015).

“O el desangre sufrido por los partidos Liberal y Conservador o sus facciones o disidencias a manos de distintos grupos guerrilleros, con el objeto de consolidar su poder local e impedir cualquier competencia política local” (Duncan, 2015),

“o el asesinato, en el seno de los partidos tradicionales, de contrincantes políticos por parte de miembros de su mismo partido, fracción o disidencia con el fin de ganar unas elecciones sin adversarios a la vista, utilizando en muchas ocasiones los grupos paramilitares como aliados para este propósito o el asesinato masivo contra los desmovilizados del EPL en Urabá, quienes habían conformado un grupo político legal: Esperanza, Paz y Libertad, por parte de una fracción disidente del EPL y los frentes de las FARC que actuaban en aquella región”. (Villarraga y Plazas, 1994).

Todo lo anterior, sin contar el asesinato de centenares de líderes sindicales, populares y miembros de ONG por parte de grupos armados ilegales, especialmente, grupos paramilitares y agentes del Estado. El desmantelamiento o debilitamiento de organizaciones sindicales y de representación social, organizaciones no gubernamentales, comunitarias, entre otras, ha sido una de las consecuencias más nocivas del conflicto armado. Estas repugnantes experiencias constituyen un ejemplo claro de los terribles efectos de la violencia en una sociedad, entre ellos: se genera una desconfianza profunda entre los ciudadanos, los adversarios comienzan a ser calificados y percibidos como enemigos radicales y, en este contexto, surgen teorías y prácticas sociales que justifican el aniquilamiento del otro, uno de los efectos más graves de la dinámica del conflicto armado y el exterminio del adversario.

De las expresiones más significativas relacionadas con el conflicto y el sistema política es la vinculación de líderes políticos con estructuras criminales para representar intereses políticos en corporaciones públicas del orden nacional como el Senado y la Cámara de Representantes, o local y regional como Alcaldías, Gobernaciones y Asambleas, la demostración jurídica palmaria de este grave problema en las instituciones se relaciona con la condena de un alto sector, casi la tercera parte de la composición del Congreso Nacional, algunos años atrás, por vínculos con organizaciones armadas, especialmente de autodefensas, fenómeno jurídico y político evidenciado en las múltiples sentencias condenatorias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y que se conoce como la Parapolítica. (Gutiérrez, 2015).

Otro hecho muy negativo en la dinámica política del país ha sido la mezcla perversa de armas y urnas”, “practicada por igual por sectores de izquierda y de derecha”. (Dudley, 2008)

La mezcla de armas y urnas se utilizó no solo para ganar elecciones, sino para eliminar adversarios políticos, para lo cual han sido fundamentales aparatos militares organizados, como mecanismos utilizados por algunos sectores políticos que avalan un caudal electoral o ejecutan acciones criminales en favor de determinados sectores o candidatos políticos. (Gutiérrez, 2015, p. 38).

- Crecimiento económico

Resulta evidente el retraso económico que genera el conflicto, el aumento de las cifras de pobreza, miseria y exclusión social, pobre o nulo crecimiento económico, la proliferación de capitales ilícitos, ausencia de captación legal de tributos, ingresos por debajo de los mínimos establecidos por parte del grueso de la población en zonas afectadas por el conflicto, las condiciones de pobreza de gran parte de la población rural, notables diferencias económicas y de calidad de vida frente a población urbana, entre otras, tal como lo muestra un sector de analistas del tema (Fajardo, 2015).

A manera de conclusión preliminar:

La observación detallada de la problemática y los efectos del conflicto armado en Colombia, permite formular el siguiente interrogante. ¿La dinámica del conflicto, los medios que se utilizaron, los efectos en las víctimas y la sociedad fueron proporcionales a los objetivos que se propusieron los actores del mismo para justificarlo?

Ciertamente la caracterización del conflicto interno más antiguo del hemisferio occidental, y uno de los más antiguos a nivel mundial indica que las cifras de más de 260.000 muertos, decenas de miles de desaparecidos, casi siete millones de desplazados, violaciones, secuestros e incontables tragedias personales, unidos a su atrocidad, “carácter multidimensional y multifactorial” (Torrijos, 2015), la multiplicidad de dinámicas, fragmentación regional, y factores y condiciones “*sui generis*” del mismo, no solo son impactantes sino excepcionales por su crudeza, atrocidad y realismo en el que se llevó a cabo.

La confrontación armada en Colombia ha coexistido con la democracia, lo cual indica la relación violencia y democracia, el citado factor destructivo de la sociedad y el tejido social se observa en términos de crecimiento económico, vidas humanas, participación política, pobreza, atraso rural, pobreza y exclusión social, filtración en entes estatales, entre la variedad gama de graves efectos, por lo tanto el objetivo más importante en la actualidad de la sociedad colombiana es la superación de la violencia que por décadas nos ha causado un grave problema en todos los niveles. (Gutiérrez, 2015)

Frente a tal propósito, la pregunta que surge es: ¿cómo hacerlo? ¿Cómo puede lograrse a partir del actual Acuerdo entre Estado y FARC, desarrollar una paz estable y duradera?

Ciertamente los estudios y análisis de la CHVC (2015) sobre los Principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a la persistencia del conflicto colombiano, son una de las más completas y eruditas investigaciones sobre esta materia. Todos estos factores y condiciones son importantes, por supuesto, pero si se aplica la metodología de la búsqueda de las causas primeras, básicas, la precariedad institucional del Estado colombiano podría seleccionarse o identificarse como la causa fundamental respecto del origen y la persistencia del conflicto bélico interno más largo del mundo occidental y posiblemente del mundo.

Por lo anterior, cabe anotar, que frente a la precariedad institucional del Estado colombiano, en el presente trabajo respecto de la justicia transicional, un elemento clave que puede ser esencial como causa fundamental, de nuestro conflicto, corresponde a lo anotado por varios ensayistas del CHVC (2015), en el contexto de este déficit institucional, claramente expusieron que: *“más incidente que estas variables, son los vacíos de la justicia y los altos niveles de impunidad que afectan a Colombia, los que generan un incentivo perverso para la justicia privada y constituyen el principal factor de la debilidad institucional en nuestro país”*. (s.f.t.)

Frente al detallado e integral estudio de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, titulado **“Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia”** de febrero del 2015, estudio analizado en la presente investigación, que debe considerarse como un instrumento o insumo clave para entender la problemática del conflicto colombiano, se debe plantear un interrogante fundamental respecto de los vacíos de justicia:

¿Qué cualidades específicas, noción, caracterización, y análisis de los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, como instrumento fundamental que tiene como finalidad prevalente generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera, en el contexto de este conflicto signado por la excepcionalidad, debe revestir la justicia transicional en Colombia, frente al actual proceso de paz entre el Gobierno Colombiano y el grupo de guerrillas FARC - EP?

El análisis investigativo relacionado con este interrogante es el tema que se resuelve y examina en los siguientes segmentos de este capítulo.

3.2. Hacia una noción explicativa de la Justicia transicional

La Justicia Transicional en su más genérica concepción busca permitirle al país recorrer el puente hacia la paz. Por supuesto, que este sea un camino sin retorno dependerá de otros factores, como fortalecer la justicia alternativa, que haya mejores herramientas tecnológicas para que las instituciones sean más eficaces contra los criminales, investigar y sancionar los graves abusos, así como de garantizar la reparación a las víctimas y la reintegración de victimarios.

En este acápite se presenta una noción fundada de la Justicia transicional, a manera de introducción de esta. Posteriormente en el capítulo cuarto de esta investigación se profundizará en la misma para proponer estrategias tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados con masivas violaciones de los derechos humanos, en los varios niveles del Estado, y la sociedad y los cambios y adiciones que hagan que sea la Justicia adecuada, que tras el largo, complejo y violento conflicto bélico interno, del que se considera uno de los más antiguos y persistentes del mundo sea aquella que cuente con las cualidades específicas sobre la noción, caracterización, y contenidos de los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional como instrumento fundamental que tenga como finalidad prevalente, generar bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera en el contexto de este conflicto, signado por la excepcionalidad frente al actual proceso de paz entre el Gobierno Colombiano y el grupo de guerrillas FARC-EP.

3.2.1 Explicación introductoria sobre la Justicia de transición, sus objetivos, tipología, componentes fundamentales y explicaciones básicas.

Antecedentes de la Justicia Transicional

Durante la segunda mitad del siglo XX, muchos estados africanos, latinoamericanos, asiáticos y europeos que han sufrido conflictos bélicos internos o dictaduras, han generado complejos y desafiantes procesos de transición política hacia la democracia y la paz, ensayando diversas fórmulas para combinar verdad, memoria, castigo, depuración, reparación, reconciliación, perdón y olvido, en un esfuerzo inédito por ponerse en regla con su propio pasado de barbarie e impunidad, honrar a los damnificados de la injusticia política y establecer o restablecer un constitucionalismo más o menos funcional (Valencia Villa, 2007).

Con base en los resultados de la jurisprudencia internacional se ha construido y fortalecido un conjunto de principios relacionados con las obligaciones de los Estados frente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (DDHH), que son aplicables tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra y, sobre todo, en tiempos de transición. Como parte de estos avances, se destaca el documento básico que recoge los llamados Principios de Joinet, presentados por Louis Joinet, ex Relator Especial de la ONU para los Derechos Humanos, en su Informe Final sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos a través de la Lucha contra la Impunidad de 1997 (Organización de las Naciones Unidas, 1997).

En el informe se establecieron cuatro principios fundamentales bajo los cuales las víctimas se reconocen como sujetos de derechos y el Estado adquiere cuatro grandes obligaciones frente a ellas, son los derechos: (1) a saber, (2) a la justicia, (3) a obtener reparación, y a que, (4) no se repitan las violaciones (Organización de las Naciones Unidas, 1997).

Colombia, en el año 2012, mediante el Acto Legislativo 01, se incorporó a la constitución las bases de la justicia transicional. El concepto de justicia transicional no se encuentra claramente definido en ningún cuerpo normativo. Sin embargo, a lo largo de la doctrina, jurisprudencia y normatividad nacional e internacional es concebida desde diversas conceptualizaciones dependiendo del espacio, situación fáctica y momento, está compuesta por una variedad de ideas de justicia que se complementan, para hacer frente a una realidad social y proporcionar un horizonte teórico para el tránsito social desde el conflicto armado hacia la reconciliación.

En términos generales, la Justicia de Transición hace referencia a todas las herramientas que le permiten a un país enfrentar un pasado de graves violaciones a los derechos humanos. Por lo general, estas violaciones solo se cometen en un conflicto armado, como el colombiano o en dictaduras en las que la mayor parte de la violencia la ejecuta el Estado para mantenerse en el poder. A través de enfrentar el pasado bélico del país busca poder salir del conflicto armado lo cual no se obtiene si quedan abiertas las heridas causadas a las víctimas. Por lo tanto, es una justicia que examina el pasado y pretende sanar esas heridas, y eso solo se consigue enfrentando el pasado. Solo así se garantiza que la paz perdure en el tiempo (ABC de La Justicia Transicional en Colombia, 2015)

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia, sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. “Al tratar de

conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de Derecho” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2016).

El informe del Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de agosto 3 de 2004, entiende por justicia de transición, aquella que 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.

Rettberg (2005), agrega al respecto:

“Así, tal y como se comprende en la actualidad, la justicia de transición hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia.”

“De hecho, por un lado, los procesos de esta naturaleza se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos —en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz— negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos” (p. 146).

En cuanto a su tipología, el marco conceptual para comparar el modelo de justicia que propone la transición se fundamenta en una de tres posibles situaciones: La primera donde los lineamientos de la justicia transicional se basan en un concepto pretérito de justicia y la alusión a la transición

sea solo una adecuación de aquel modelo a unas circunstancias especiales; una segunda situación con la que se puede enfrentar, es el contraste de la primera, y en ese caso entender la justicia transicional como un concepto de justicia que se sustenta por sí misma, y en el que, por sus elementos específicos y especiales, no se relaciona con concepción alguna, o sea, que tiene fundamentos propios que la hacen una idea *sui géneris* de justicia. Por último, una visión sincrética de justicia que podría ser el resultado aplicable en la presente investigación. Se trataría de una formulación sincrética al confluir en el concepto de justicia transicional, varias ideas de justicia antes mencionadas y la interrelación de ellas para que surja en últimas, lo que conocemos por justicia transicional (Valderrama y Ortiz, 2017).

“Se conoce que la justicia transicional es una opción política a la que se llega como consecuencia de un contexto social, en donde las diferentes fuerzas sociales desean transformar un *statu quo* bélico y transitar hacia un estado donde impere la armonía pluralista y democrática. No podría resultar la aprehensión de la justicia transicional de una concepción a priori y ex ante de justicia.

Por el contrario, es esta una decisión política que se toma con base en unos sucesos precedentes. Por lo tanto, su génesis no está fundamentada en la libertad de los sujetos en optar por ideales éticos que gobiernen sus actos, sino en que la justicia transicional es una justicia *ex post facto*, producto de la necesidad de la sociedad de transitar hacia la paz. Es necesaria porque no se encuentran instrumentos diferentes, unos menos aflictivos que consiguen llevar la sociedad del terror de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario hacia una aventajada democracia” (Valderrama y Ortiz, 2017).

Por lo anterior, debe la justicia transicional ser empleada como una herramienta última para lograr el fin deseado por no existir otro medio político, jurídico o militar para alcanzarlo. En la que, las medidas jurídicas constituyen la plataforma desde donde se construye la transición; el objetivo de las leyes en periodos de estabilidad debe transformarse para permitir el tránsito; según la profesora Teitel (2000), las leyes son los cauces por donde deben correr las ideas políticas convenidas para acabar el conflicto.

“Estas leyes deben ser entonces los resultados de la convención de las fuerzas sociales orientadas a la transición. En el marco de la necesidad de acabar el conflicto se encuentran

las voluntades y se pacta un proyecto legal, lo que lleva a reflexionar sobre la adaptación de la justicia transicional sobre alguna de las concepciones voluntaristas de justicia. Sin embargo, la necesidad niega la libertad, presupuesto para comprender la voluntad como motor del actuar humano. Los valores iusnaturalistas en los que se motivan los derechos, en especial los derechos humanos, son producto de una concepción ético racional del ser humano y se concretan o positivizan en normas rectoras.” (Valderrama y Ortiz, 2017).

“Estos derechos humanos constituyen una cultura de las libertades, que en su conjunto inspira su sistematización en sentido jurídico-positivo en instrumentos internacionales, donde se reconocen derechos intransigibles y de imperativo cumplimiento, derechos que, más que convenidos, son impuestos por la fuerza de la razón. Con estos elementos (la necesidad y el sistema internacional de derechos humanos) se observa un conflicto que limita el arbitrio del actuar político. Por ello se ve en organizaciones como las Naciones Unidas y la Corte IDH un concierto de parámetros para la ejecución de la justicia transicional, que son ciertamente límites materiales a la voluntad de las fuerzas sociales que pretenden el tránsito, recordando a Manuel Quinche Ramírez en el sentido que los “renovados escenarios del derecho internacional hacen que en la actualidad no puedan desarrollarse procesos de transición simplemente domésticos” (Huertas, 2014).

La justicia transicional es y debe ser enfocada hacia las víctimas del conflicto; son ellas quienes ocupan la posición más desventajosa en el contexto bélico, han sufrido como lo hemos reseñado en el segmento anterior, lesiones y afectaciones en el ámbito material, esto es, en su vida, familia, bienes, hogar y su patrimonio. Pero, más grave aún, las víctimas han recibido graves afectaciones en el campo psíquico y espiritual; estas son huellas de difícil reparación que las lleva a cargar con la condición de víctima, inclusive cuando ya se han reparado las consecuencias que el delito tuvo en el aspecto material. (Valderrama y Ortiz, 2017).

María Paula Saffon (2011) en el prólogo del libro titulado: Justicia Transicional, afirma que:

“[...] en las últimas décadas [...] ha ocurrido una importante evolución normativa que se ha traducido en la consagración de unos derechos cada vez más vinculantes de los que son titulares las víctimas de crímenes atroces. Esta evolución ha sido dinamizada por cuatro tendencias: el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y los principios del derecho internacional orientados

a combatir las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario” (p. 14).

La importancia que ostentan las víctimas en un proceso de justicia transicional exige incorporar modelos de justicia entendida como la verdad, que es un instrumento indispensable para sustentar los hechos de las acusaciones o procesos judiciales, pero es, a la vez, y por sí, la aplicación misma de justicia³⁷, “el valor de la verdad es sacrosanto para las víctimas y la sociedad” (Mani, 2011).

“La reparación pretende recomponer a la víctima en sus condiciones de vida y resocializarla, esto es, una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; sin embargo, toda reparación es utópica, ya que en realidad, no se puede volver a recomponer lo que ya se ha descompuesto. Y para los victimarios se consideran importantes las teorías sobre el castigo expuestas con antelación a saber, la teoría retributiva y la restaurativa. El castigo es un término amplio e indeterminado en el ámbito internacional, que ha implicado infligir sufrimiento o dolor mediante la constricción de derechos como la libertad de manera proporcional y humana, y que se considera razonable, en el sentido de que resocialice al sujeto infractor” (Valderrama y Ortiz, 2017).

También este fin es alcanzable por medio de otras formas de concebir el castigo, como lo es el mecanismo de justicia entendido como restaurativa, que pretende reparar a la víctima en lo económico y psicológico; esta reparación debe provenir del victimario conforme al “principio general del derecho según el cual el responsable de un daño o agravio debe repararlo o compensarlo.” (Corte Constitucional, 2014). No podría avanzarse hacia la reconciliación si quienes buscan eximir las culpas son terceros ajenos a la victimización. “Cuando las reparaciones se plasman en castigos económicos para los individuos responsables y el Estado los implementa, pueden ser un mecanismo de disuasión igual de efectivo que los castigos penales, incluso tal vez más efectivos” (Mertel, 2005, p. 155).

³⁷ “Algunos sostienen la idea de que las omisiones de verdad van más allá de la justicia penal y retributiva y se dirigen a la justicia restaurativa” (Crocker).

“No obstante, optar por el mecanismo de la justicia restaurativa³⁸, por la retributiva³⁹ o por ambas puede hacer parte del voluntarismo político y del contexto social, así como de la intensidad y gravedad de los delitos y, además, del lapso transcurrido entre el proceso de justicia el acaecimiento del hecho victimizante. Así, a mayor gravedad del delito, menor período de tiempo y permanencia de las secuelas; la sociedad buscará inclinarse mayoritariamente hacia la opción retributiva, sin prescindir de la función indemnizatoria. Sin embargo, el castigo no se debe centrar necesariamente en uno u otro sistema de justicia; este será una medida que debe ser pactada por las fuerzas sociales⁴⁰. Núremberg, es el caso por antonomasia donde no obstante, el modelo de justicia distributiva pareciera gobernar la posición de considerar a las víctimas con un enfoque especial en el proceso; las desigualdades originadas en la guerra han afectado y desequilibrado a las víctimas, excluyéndolas de la dinámica social” (Valderrama y Ortiz, 2017).

“Por esto, se alude a unas políticas diferenciales para compensar favorablemente a quienes han sido aminorados por el conflicto. Todo esto invita a concebir la justicia transicional, no como una justicia *sui géneris*, tampoco a enmarcarla dentro de un modelo específico de justicia. La justicia transicional está compuesta por variedad de ideas de justicia que se complementan para hacer frente a una realidad social y proporcionan un horizonte teórico, para lograr un tránsito social hacia la reconciliación” (Valderrama y Ortiz, 2017).

Visto lo anterior cabe anotar varios aspectos sobre Justicia Transicional (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015):

La Justicia transicional es una justicia signada por la excepcionalidad. Tal como se ha visto, por su duración y caracterización, el conflicto armado interno colombiano puede considerarse como

³⁸ Según John Braithwaite (2004), la justicia restaurativa es "...un proceso en el cual todas las personas afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo han sido afectadas por ella y decidir qué debe hacerse para reparar el daño. Porque el crimen hace un daño, en un proceso de justicia restaurativa se intenta que la justicia sane. Por ello, algo central en el proceso son las conversaciones entre aquellos que han sido dañados y aquellos que han infligido el daño".

La justicia restaurativa toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente y en un ambiente seguro y de respeto el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.

³⁹ Justicia retributiva o retribucionismo es una teoría de la justicia -y más en concreto una teoría de la pena- que sostiene que la retribución proporcional es una respuesta moralmente aceptable a la falta o crimen, independientemente de que esta medida produzca o no beneficios y/o perjuicios tangibles

⁴⁰ Núremberg, es el caso por antonomasia donde imperó el castigo concebido como retribucionismo. Por otra parte, en el proceso de pacificación de Sudáfrica se optó (en medio de críticas) por la justicia restaurativa.

excepcional. Igualmente, una de las características que identifica precisamente las medidas de justicia transicional corresponde a la excepcionalidad de las mismas y a un término de vigencia limitado. De manera opuesta a la justicia ordinaria, las medidas transicionales buscan enfrentar circunstancias coyunturales que permitan normalizar situaciones luego de una confrontación armada, un estado de excepción o las graves y masivas violaciones de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta que no siempre una medida de carácter excepcional corresponde a un mecanismo de justicia transicional. Colombia ha experimentado históricamente medidas propias de estados de excepción o con vocación temporal que no cumplen otros elementos de la justicia transicional (Bernal, 2010). Es el caso, por ejemplo, de la Ley 418 de 1997, cuya vigencia inicial era de cuatro años y ha sido prorrogada de manera ininterrumpida hasta la fecha. Pese a ser una norma que busca facilitar procesos de paz y es de carácter temporal, no incorpora los estándares que buscan garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral, elemento propio de la justicia transicional.

Bajo el citado entendimiento puede señalarse, que el objetivo principal de la Justicia Transicional consiste en enfrentar los abusos graves a los derechos humanos para que se fortalezca el Estado de Derecho; esto es, que se respeten las normas y que los ciudadanos se sientan comprometidos con el cumplimiento de las leyes, pues perciben que hay un acatamiento generalizado de las mismas por parte de la sociedad y de sus gobernantes, y por ello, se solucionan las diferencias por la vía institucional y dialogada, asumiendo que la Justicia Transicional no puede entenderse como perdón y olvido, pues hoy en día los modelos de Justicia Transicional no pueden conceder una amnistía indiscriminada o generalizada, así sea en aras de conseguir la paz y la reconciliación. Debe haber investigaciones, juicios y sanciones de los responsables de los crímenes más graves, como mínimo. Otro pilar de la Justicia de Transición es la verdad, sin esclarecimiento de lo que ocurrió, no habrá tampoco proceso de transición. Por eso no se puede hablar de “perdón y olvido”.

3.2.2 Anotaciones preliminares sobre la Justicia de transición y los procesos judiciales, el perdón, la reconciliación.

Destaca Bueno (2006), que los principios y fundamentos de la justicia transicional tienen por

objetivo principal, sentar las bases para la reconciliación de la sociedad, en especial entre víctimas y victimarios. Es así como la reconciliación, es considerada como una “herramienta para facilitar la transformación pacífica [del conflicto], en la medida en que incluye como parte de la solución a las víctimas, a los victimarios, al Estado, a la sociedad civil, entre otros” (Bueno, 2006).

Agrega este autor que la reconciliación como transcurso, pero también como objetivo o fin, busca en el largo plazo, la restauración del tejido social y del cuerpo institucional diseñado para garantizar los derechos de los ciudadanos, en especial los derechos a la verdad, la justicia y la reparación para aquellos que fueron victimizados. A pesar de que los mecanismos de la justicia transicional se implementan para privilegiar estos derechos, los procesos de reconciliación “se mueven en un continuo, en el cual deben definir por ejemplo, cuánta verdad se desea conocer, cuánta justicia aplicar, hasta dónde llega el perdón y cómo se va a mantener la memoria” (Bueno, 2006: 68).

Entender la reconciliación como proceso significa reconocer que debe involucrar a varias generaciones -como sería el caso de Colombia- y a varias dimensiones que no solo son políticas y jurídicas, sino también culturales, éticas e incluso estructurales- (caso Colombia), y a su vez se expresa por medio de “claves” de naturaleza emocional, religiosa, social y procesal que en su conjunto “generan un lenguaje propio, comprensible y aceptado” (López, 2007). En esta misma dirección -al entender la magnitud y atrocidad del conflicto-, la reconciliación es “un proceso extremadamente complejo y multifactorial, realizado a largo plazo (que puede implicar incluso varias generaciones), que tiene muchas posibles vías metodológicas y que, igualmente, tiene un número importante de vías terapéuticas multidimensionales” (López, citado en Bueno, 2006: 66).

Bleeker, fruto de su experiencia anota, que aunque en relación con el concepto de reconciliación no existe un consenso o aceptación generalizada, inclusive, reacciones críticas al mismo han planteado el rechazo a “las ambigüedades de su proveniencia” y a la falta de una “definición adecuada” (Bleeker, 2007), cuando se tiende a equiparar la reconciliación como un perdón y olvido y no como un proceso en el que intervienen diversos actores para la búsqueda de caminos conducentes a la verdad, la justicia y la reparación, o en otras palabras, cuando en la reconciliación como proceso, la paz se sustituye por la justicia y la verdad, ya que pudiera convertirse en una “mercancía intercambiable” (Bleeker, 2007).

Retomando lo expuesto por el autor Bueno, en esta misma dirección se destaca, que la

reconciliación no se limita al acto de restaurar o restablecer las relaciones que fueron agrietadas por una situación de violencia o conflicto, también se relaciona con la necesidad de “conciliar hechos o relatos contradictorios, con el fin de dar coherencia, hacer concordar o hacer compatibles (entre otras cosas, hechos o declaraciones discordantes)”, de tal forma que la reconciliación hace referencia a “enfrentar verdades desagradables con el fin de armonizar visiones discrepantes del mundo, de manera que, por lo menos, conflictos y diferencias inevitables y continuos se mantengan dentro de un único universo de interpretación” (Kader, citado en Hayner, 2008: 220). “También señala que dado el carácter de la reconciliación, en la que intervienen múltiples actores, no debe ser entendida como la imposición de una única verdad, sino que por el contrario, se trata de reconciliar diferentes verdades, la de los vencedores, la de los vencidos, la de los victimarios, la de las víctimas y la que proviene del Estado” (Bueno, 2006).

Un aspecto importante que debe ser considerado a la luz del contexto colombiano, y que se resalta en el presente trabajo, tiene que ver con el sentido dado a la reconciliación como proceso, es decir, en el marco del proceso de Justicia y Paz, pues pareciera que la reconciliación se encamina más a la idea de un perdón con poca justicia, en donde no se da un completo reconocimiento a los derechos de las víctimas, y por el contrario se imponen “castigos criminales indulgentes” a los victimarios, sin prestar importancia a la gravedad de los delitos cometidos que requiere ser tenido en cuenta y ponderarse,. Como bien lo señalan Uprimny y Saffon:

“(…) aunque la reconciliación es, sin duda, un concepto clave en el discurso de la justicia transicional, esta debe interpretarse en función de las particularidades del contexto colombiano [...] mientras que en algunos contextos la noción de reconciliación puede haber sido definida en un sentido grueso o maximalista, que implica cercanía entre víctimas y victimarios, esta no parece ser una buena idea para Colombia [...] dadas las relaciones asimétricas de poder entre víctimas y victimarios, y dado el rechazo de la idea de perdón por parte de muchas víctimas, una noción democrática de reconciliación parece mucho más apropiada para el contexto colombiano” (Uprimny y Saffon, 2007: 35).

Esto ha hecho que como señalan “Uprimny y Saffon, la noción de reconciliación que atraviesa el proceso de Justicia y Paz, y que por tanto defiende el gobierno, ha sido altamente cuestionada por los defensores de las víctimas, movimientos y asociaciones de estas y organizaciones de derechos humanos, puesto que tal noción, calificada de

maximalista y hasta fundamentalista (Saffon y Uprimny, 2007), se ha empleado tanto por el gobierno como por los desmovilizados como condición necesaria para la paz, puesto que exige que todos los ciudadanos establezcan entre sí estrechos vínculos de solidaridad y simpatía, en particular que las víctimas perdonen a sus victimarios y estén dispuestas a crear vínculos de esa naturaleza con ellos” (Uprimny y Saffon, 2007: 19).

“Esta noción de reconciliación forzada que proviene del gobierno no solo socava los derechos y la integridad de las víctimas, sino que incluso se convierte también en un fuerte impedimento para la consecución de una paz integral, además, desde esta aproximación, las víctimas no tienen una “opción distinta de aceptar perdonar a sus victimarios, a pesar de que este perdón forzado pueda violar sus derechos” (Uprimny y Saffon, 2007, p.19). “Las asociaciones de víctimas se han pronunciado respecto a esta noción de reconciliación y “han propuesto interpretaciones alternativas que pueden ser compatibles con la democracia y los derechos de las víctimas, en particular a través de la garantía del derecho a disentir y de la posibilidad de no perdonar” (Uprimny y Saffon, 2007: 20).

Basados en estas nociones alternativas que plantean la posibilidad y el derecho mismo de las víctimas a no perdonar a sus victimarios, en la idea o concepción según la cual el perdón no resulta ser una condición necesaria para la reconciliación, mientras se garantice que todos los miembros de la sociedad, tanto víctimas como victimarios, sean considerados como ciudadanos. Con esta interpretación alternativa de la reconciliación que proviene de los movimientos de víctimas y de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, en la que se defiende “la idea de que disentir y no perdonar a los victimarios constituyen opciones válidas que no van necesariamente en contra de la paz” (Uprimny, 2007: 20), se protege también un proceso de empoderamiento de las víctimas.

Por ello, queda claro que el lugar central que deben ocupar las víctimas en los procesos de justicia transicional pone de manifiesto, que los derechos de estas aunque “pueden ser restringidos, no deben ser sacrificados desproporcionalmente a favor de la paz”, en otras palabras, el deseo de paz no debe confundirse o ser equiparado con impunidad, por lo que se debe hacer un uso democrático de los mecanismos de la justicia transicional que viene acompañado de prácticas emancipatorias, lo que a su vez:

“(…) trae como resultado el empoderamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos [como un elemento] crucial para lograr una transformación de las relaciones asimétricas de poder entre víctimas y victimarios, ya que ayuda a reconstruir la identidad de las víctimas como sujetos morales y políticos con derechos, identidad que con frecuencia es perdida como consecuencia de su sometimiento a graves violaciones de derechos humanos” (Uprimny y Saffon, 2007: 15).

En cuanto a procesos judiciales, la Justicia Transicional en lo relativo al perdón, no se refieren a un proceso judicial exclusivamente. Todo esquema de Justicia Transicional debe tener medidas de justicia, por supuesto, también de verdad, de reparación y algún grado de reformas institucionales o purgas al interior de las entidades estatales. Ahora, en materia de justicia, un proceso de transición requiere no solamente de procesos penales, sino que se necesitan esquemas restaurativos, como los mecanismos para resolver con diálogo los conflictos que surjan en la sociedad (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el resultado de un proceso de Justicia Transicional no es que las víctimas perdonen a sus victimarios, pues el perdón es un acto individual que no puede imponerse ni exigirse. Debe ser el resultado de una reflexión o, si se quiere, de la catarsis que cada persona hace a su tiempo y a su manera.

Lo anterior puede ser difícil de entender, pues se trata de reconciliación sin que necesariamente haya perdón, “La reconciliación, en un sentido pragmático, es que existan ciertos niveles de tolerancia gracias a los cuales las diferencias entre vecinos no terminen en actos de violencia. Se trata de acatar las leyes, pues existe un ambiente de respeto por las normas generalizado. Con ese grado de reconciliación se puede afirmar que el país estaría haciendo tránsito hacia la paz” (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015).

3.2.3 La Justicia Transicional frente a la impunidad, ¿cárcel para los victimarios?

La reconciliación y reconstrucción del tejido social como objetivo central de la JT no implica necesariamente el encarcelamiento de los victimarios, el siguiente pasaje nos ilustra,

“La Justicia Transicional no genera impunidad Las medidas de justicia que se adopten en un marco de transición son exactamente las que necesita un país en un momento de su historia y frente a un contexto político determinado, de tal suerte que la sociedad pueda

hacer tránsito hacia la paz. Es una dosis normal de justicia que se debe aplicar para una situación anormal de violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos. Pero, es posible que no haya cárcel para los victimarios en un proceso de transición, ya que existen muchas otras sanciones distintas a la prisión al final de un proceso judicial, lo cual no quiere decir que los crímenes queden en la impunidad. No se debe confundir la ausencia de cárcel o prisión con no impunidad, ni barrotes con justicia. Esto significa que habrá justicia siempre y cuando se investiguen, juzguen y castiguen los crímenes graves; el tipo de castigo se debe definir, pero la justicia no depende de éste” (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015).

Los mecanismos de Justicia transicional ofrecen a la sociedad la posibilidad de reconciliarse con sus victimarios, es así como en aras de dicha reconciliación se debe sacrificar un poco la dureza de la ley, mas no la misma ley, la cual se torna un poco laxa al momento de juzgar a los integrantes de grupos armados ilegales, lo que se pretende con estos mecanismos es disminuir lo penal por reparaciones a las víctimas de estos grupos.

No hay que perder de vista que las leyes de Justicia transicional por lo general se dan en escenarios políticos de trascendencia para los gobernantes de turno, por lo cual muchas veces la opinión ciudadana respecto de la promulgación de estas normas se polariza. La Justicia Transicional con sus beneficios se plantea como una solución a los desmovilizados que no habían definido su situación jurídica, tiene su trazabilidad bien definida en cuanto al trámite judicial y a la ruta de reintegración. Adicionalmente queda en el ambiente la interacción de las víctimas en este nivel, en especial, dentro de los procesos de justicia transicional, pues una de las premisas más importante es el esclarecimiento histórico, que también está claramente definido por la obligación que tienen los desmovilizados de concurrir al Centro de Memoria histórica.

La justicia transicional dentro del proceso de paz propone como beneficios para los desmovilizados la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la suspensión de las órdenes de captura y medidas de aseguramiento para los exintegrantes de estos grupos al margen de la ley previa revisión de los requisitos allí consignados, lo que demuestra que no todo debe ser penalizado en el país donde, como ya se mencionó en líneas anteriores, los centros penitenciarios tienen exceso de población carcelaria y déficit de programas de resocialización, las medidas de libertad

se adoptan como incentivos para que los reinsertados retomen su vida en sociedad, se alejen de las armas y nunca vuelvan a engrosar las fila de grupos ilegales, pero no quiere decir que se esté sacrificando la justicia ya que las personas desmovilizadas a quienes van dirigidos los beneficios, deben ser investigadas y juzgadas conforme a las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible, lógicamente sin desconocer el principio de favorabilidad, cuando a ello hubiere lugar.

3.2.4 La Justicia Transicional frente a la definición de justicia, los crímenes más graves y los beneficios penales a los victimarios, los derechos de los victimarios, y la participación en política de los victimarios en un proceso de Justicia Transicional.

“Determinar qué es la justicia ha sido uno de los problemas de fundamentación filosófica más complejo a lo largo de la historia. La definición de esta encierra una teoría axiológica a su alrededor. Por ello habría que estudiar los valores que fundamentan el derecho y los fines que se persiguen desde una perspectiva crítica, con la finalidad de ser considerado un derecho justo. Esto implica, que se han de tener en cuenta los valores del derecho existentes en la sociedad como los que se pretenden idealizar. Determinar qué es la justicia hace parte de la filosofía del derecho.” (Fernández, 1984).

Para Rawls (2001), citado por Guzmán (2017) “la justicia es la principal virtud de los institutos sociales, así como la verdad lo es de los esquemas de pensamiento”. La justicia, es relativa en cuanto a que la determinación de qué es lo justo cambia según el contexto histórico. En este aspecto hay disensos sobre el contenido de la justicia. Una vez hay consenso en ello, la convivencia pacífica se asegura. El neoconstitucionalismo⁴¹ tiene una idea de la justicia. Esta se inserta en la idea de un Estado liberal democrático que delinea la consecución de una sociedad más libre e igualitaria, la legalidad debe estar imbuida de justicia.

Rawls (2001) “considera que la justicia debe insertarse dentro de una sociedad entendida como sistema equitativo de cooperación. La meta de tal concepción es la de proporcionar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas. Solo así se pueden entender, según tal autor, las demandas de libertad e igualdad. Para llegar a esa

⁴¹ El Neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales.

meta se tiene que estudiar la cultura política de tal tipo de sociedad, y la democracia para auscultar dentro de las normas constitucionales y legales el encuentro del rasgo común sobre la idea de una justicia. (p. 28.). Considera el autor que las ideas básicas de una sociedad son las siguientes: (i) sociedad como un sistema de cooperación; (ii) ciudadanos “libres e iguales”; (iii) sociedad ordenada. Estas son las cualidades de una sociedad democrática

“En el caso de Colombia, la solidaridad es un valor instituido en el preámbulo de la Carta Política de 1991. Se instituye la libertad y la igualdad como derechos fundamentales. Sin embargo, Colombia no es una sociedad ordenada. Existen muchos conflictos sociales que indicarían que la libertad y la igualdad quedan solo formalmente, faltando su materialización en la práctica para que tales sean efectivos, lo que hace que Colombia carezca de una concepción pública de la justicia en términos de las sociedades organizadas”. (p. 29.).

Para Rawls (2001), “aquella implica la constitución de la sociedad en la que cada cual acepta, y sabe que todos los demás aceptan, la misma concepción de sus principios” (p. 33.).

Estos principios se instituyen en la justicia como equidad, en la que proliferan individuos libres e iguales.

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

“Esto implica que la concepción de justicia de Colombia debe pasar por el filtro de la superación de la desigualdad e inequidad que ha dado origen a las denominadas causas sociales de la violencia, tal como la Comisión de Expertos ha determinado en Colombia. Sin embargo, extrapolando la idea de Rawls podemos establecer un diseño de la justicia que ha sido plasmada en los textos constitucionales y en las declaraciones de derechos suscritos por el Estado colombiano. Para ello, no hay que olvidar las comunidades que subsisten al interior de la sociedad colombiana, una de las cuales le ha declarado la guerra al mismo a través de un conflicto armado interno.” (Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas, 2015).

En Colombia Mejía (1996), citado por Guzmán (2017) ha indicado, que

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

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

El artículo 230 de la Carta Política colombiana, consciente de esta realidad, prescribe el derecho constitucional al acceso a la administración de justicia como derecho fundamental del cual se deriva el derecho a la tutela judicial efectiva. Así mismo, en el modelo constitucional colombiano prevalece el rol de las víctimas acorde con los movimientos internacionales. A la vez se tiene que el delito político permite que se le pueda otorgar amnistía e indulto.

Sobre el particular cabe anotar, que para el año 2011 se presentó al órgano legislativo el proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se adicionó un nuevo artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia, y se modificó el artículo 122 constitucional” con “el fin de darle coherencia a los diferentes instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política”. En la Carta Política de 1991 no subsistieron instrumentos de justicia transicional, y solo hasta el año 2012, la palabra justicia transicional se inscribió en su texto. La reforma reconoció el estatus del delito político en Colombia y por sustracción de materia, la del delincuente político, el que, según la tradición colombiana es aquel miembro de la guerrilla, el rebelde. El objetivo de ese modelo de justicia instaurado fue la búsqueda de la paz.

El Proyecto de acto legislativo introdujo en la Carta Política, los modelos de “priorización y selección” –AL. 01 de 2012-, dentro del marco de una justicia transicional, para respaldar la no

persecución penal. Por ello, propuso “mecanismos colectivos y no judiciales” para alcanzar una efectiva investigación y sanción. También se prevé la participación política de los integrantes de tal agrupación con la restricción del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el derecho a la Verdad, Justicia y “reparación de las víctimas”.

En un Estado Social de Derecho, la participación política representa la piedra angular de la democracia, pues a través de éste mecanismo los ciudadanos, no solo forman, construyen e inciden en las decisiones políticas del Estado, sino que además, tienen la posibilidad de acceder al poder político. No obstante, en Colombia, a lo largo de la historia, este derecho fue negado o limitado por parte de las elites representadas en los partidos políticos tradicionales, quienes más allá de atender las demandas sociales de la población, se limitaron a perpetuarse a toda costa en el poder y a defender su *status quo*, aspecto que ocasionó el inconformismo de varios sectores, lo cual, entre otros factores, incidió en el origen de grupos insurgentes (Córdoba & Vela, 2017).

En efecto, las guerrillas, además de los aspectos asociados a la exclusión social, económica y territorial, también, son la consecuencia de un manejo político basado en la exclusión de amplios sectores sociales, que indujo a algunos de ellos a tomar las armas para enfrentar al Estado y resistir las exclusiones existentes (Córdoba & Vela, 2017).

Bajo dicho contexto, surgió el grupo guerrillero de las FARC-EP, el que a lo largo de su lucha armada, ya hace más de cincuenta años, organización que ha intentado tomar el poder político por las armas, ofensiva a la cual el Estado ha reaccionado con todo su andamiaje militar; a la par de otros grupos de ultraderecha que también buscan combatir a la guerrilla, llevando así al país a un cruento conflicto armado, que ha dejado millones de víctimas (Córdoba & Vela, 2017).

Ciertamente, algunos sectores políticos de ultraderecha, así como una parte de la sociedad, consideran que los miembros desmovilizados de las FARC –EP, no deberían llegar a las altas Corporaciones de elección popular, como tampoco ocupar otros cargos públicos, perspectiva que choca con aquella que considera que su participación es necesaria para garantizar una paz estable y duradera. (Córdoba & Vela, 2017)

La participación política de los excombatientes de grupos insurgentes, constituyó un punto de negociación primordial, casi ineludible en el marco de la búsqueda de la reconciliación y los acuerdos de paz, aplicable bajo los esquemas de justicia transicional. Por ello, en el escenario de las negociaciones adelantadas entre Gobierno y FARC-EP, iniciadas en el año 2012, la

participación política de excombatientes se estipuló como segundo punto de la agenda de negociación, abriendo las puertas a la reforma constitucional conocida como “Marco Jurídico para la Paz” y a otras reformas normativas, incluyendo por supuesto la del régimen electoral.

Finalmente, cabe resaltar, que mientras las medidas adoptadas dentro del marco de justicia transicional implementadas en el actual proceso de paz, no vulneren derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, en el nivel internacional no existe obstáculo para que no se pueda conceder a los excombatientes la posibilidad de participar en política, pues ésta se encuentra garantizada en los instrumentos normativos del derecho internacional de los derechos humanos (Córdoba & Vela, 2017).

De esa forma, se introdujo la reforma a los artículos transitorios 66 y 67 superiores, fueron implantadas como variables del contexto colombiano en el artículo 66, los siguientes elementos:

(i) el diseño de la justicia transicional, como un sistema de excepción cuyo propósito fue abrir la puerta a la culminación del conflicto armado interno y la obtención de la paz. (ii) La creación de una Ley Estatutaria para dar vía libre al tratamiento diferenciado frente a otra clase de infracciones. Esta ley debía establecer los mecanismos de justicia transicional oficiales - judicial- o extrajudicial que consistieran en preservar los deberes estatales de investigación y sanción. (iii) Se creó la Comisión de la Verdad. Esta podrá formular recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional. También se previó: (i) que el Fiscal General de la Nación pudiera establecer criterios de priorización para el ejercer la acción penal. (ii) El Congreso pudiera establecer los criterios de selección “que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. (iii) se determinaron condiciones para el “tratamiento penal especial”, entre estas “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

Una referencia de un investigador reconocido define con claridad el contexto citado.

“Es importante el contexto teórico expuesto que marca la tendencia en el mundo internacional. Sin embargo, hay que buscar el punto de equilibrio en atención a que el

conflicto armado en Colombia lleva más de 50 años y ha sido identificado como atroz por parte de expertos que consideran que los grupos guerrilleros en Colombia han perdido todo norte de lucha política aspecto del que se disiente pues por más atrocidades que realicen en la práctica tal grupo armado ilegal, se tendrá que hacerle frente con el modelo de justicia que se requiere. Aun cuando el aporte de estos autores es pertinente al tomar de presente el aspecto político de la justicia transicional, la autora de este estudio considera que la base de la justicia transicional no es solo política, sino que hay un componente de valores entre ellos la justicia a través del derecho, en el contexto colombiano, plagado de conflicto social. Por tal razón, para entender esa propuesta se hace necesario los estudios sobre los aspectos históricos y sociológicos del caso colombiano. En ello, es pertinente poner de presente las investigaciones que pretenden poner en evidencia la importancia de encontrar la verdad y una forma para hallarla y esta no es otra que la historia que abarca las guerras de los siglos XIX y XX (Ibarra s.f., citado por: Defensoría del Pueblo Colombia, 2015). El estudio concluye que es la distribución de las divisas, las que genera desacuerdos en cómo se ha de reparar a las víctimas. Este estudio deja a un lado el análisis de las cifras, tarea que es realizada por los estudios de sociología frente al conflicto.” (Pécaut, 2008).

Frente al actual proceso de paz resulta necesario establecer la caracterización de ese modelo de justicia transicional en el contexto de la negociación en la mesa de diálogo de La Habana (Cuba). Esta propuesta se insertó dentro del neoconstitucionalismo, corriente del pensamiento que fue adoptada en la Carta Política de 1991, y es el referente de la Corte Constitucional, Tribunal que incorporó los modelos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caso colombiano, por medio del bloque de constitucionalidad, lo que permite instaurar un modelo estándar “*sui generis*” dentro del cual, por una parte, se da relevancia al tratamiento que la justicia da a los crímenes internacionales, y por otra, no pone en riesgo la transición a la paz.

Así, dentro de tal postura teórica se pueden manejar variables como la justicia, en sus diversos aspectos, punitiva y de transición, atendiendo los estándares internacionales que permiten diferentes tipos de respuesta estatal.

El neoconstitucionalismo como referente teórico permite regular la novedad que se propone alcanzar en esta investigación, pues con ella se extraen rasgos de la cultura jurídica colombiana, se inserta en las normas constitucionales el tipo de justicia que se implanta como valor en el texto

de la Carta Política colombiana, que permite otros modelos de justicia, entre estos, el de la justicia transicional, para lo cual fue modificado su texto en el referido Acto Legislativo denominado marco jurídico para la paz del año 2012. Lo anterior permite la eficacia de la propuesta desde el punto de vista sociológico, más allá de una legalidad aparente, aspecto que permite la misma validez a través de los valores que se preservan (Guzmán, 2017).

En esta teoría confluyen la búsqueda de la verdad y la sanción resultante como consecuencia de la responsabilidad penal. Por ello, propenden por hacer compatible las alternativas de las amnistías e indultos a favor de los individuos que se han levantado en armas contra el régimen constitucional y legal vigentes, radicando en este la obligación de “esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Respecto de la amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene:

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

En estos apartes, se encuentra la incuestionable conexión entre verdad y justicia, dado que estos elementos dependen de la posibilidad que las víctimas puedan ser escuchadas, por lo que leyes de prescripción, de amnistías pueden involucrar la vulneración de derechos determinados por la Convención. De ahí la conexión entre el acceso a la justicia como derecho de las víctimas y la democracia como el acceso a los delincuentes políticos. Por ello, la impunidad atenta contra las bases de estas. Tal fenómeno es entendido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los

derechos protegidos por la Convención Americana”. (CIDH, 2001)

Lo expuesto, en cuanto existe una obligación del Estado de enfrentar la criminalidad por medio de la aplicación de los medios legales a su alcance, ya que tal fenómeno lesiona los derechos de las víctimas, por lo tanto, se traduce en un deber de los Estados, concretar el derecho de las víctimas a través de un recurso judicial efectivo mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad la vulneración grave a los derechos humanos para que se resuelva dentro de un término razonable por parte de un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido. (Castellanos, 2008, citado por Guzmán, 2017)

Esa posibilidad en el Sistema interamericano señala la posibilidad del derecho a la reparación, que debe ser integral y que tiene como finalidad tomar las medidas para impedir y eliminar las consecuencias de las violaciones. Surge de lo anterior, que el derecho a la justicia tiene una íntima relación con las fuentes formales del derecho internacional, sin descartar que existen otras fuentes informales que se derivan de los consensos internacionales publicados en informes y declaraciones de órganos de los sistemas de protección de los derechos humanos, tratados internacionales, doctrina y jurisprudencia del derecho internacional público. (Castellanos, 2008, citada por Guzmán, 2017).

3.2.5 Justicia tradicional, sanciones y castigos.

Debe entenderse que en el contexto de la Justicia Transicional pueden existir castigos o medidas responsabilizantes que no involucran privación de libertad, tal como se consigna por los expertos.

“Los juicios por los delitos cometidos pueden contemplar que se castigue a los victimarios restringiendo su libertad sin que ello conduzca, necesariamente, a encarcelarlos. Las restricciones a la libertad pueden implicar confinamiento (que no puedan salir) en zonas específicas, o incluso la prohibición de salir de su lugar de domicilio, lo cual no significa que haya impunidad. El que no haya prisión no implica que haya impunidad. No hay que confundir los barrotes con la justicia. Para que no haya impunidad se debe garantizar que se van a investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves cometidos en el contexto del conflicto armado”. (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015).

En materia de consecuencias punitivas, más que castigos en un proceso de Justicia Transicional se habla de medidas responsabilizantes que modifican el concepto tradicional de pena, para definir

cuál es la medida aplicable que se debe adoptar se deben tener en cuenta diversos factores:

“Primero, surge del proceso de negociación no de su imposición unilateral. Por ello, hay que pensar en soluciones que sean aceptables para ambas partes desde la mesa de negociación, porque el castigo o la medida ideal no puede ser obstáculo para que se firme el Acuerdo de Paz”.

“Segundo, se debe tener en cuenta el contexto político y social del país, pues de nada serviría negociar un castigo que después va a ser rechazado (por leve o por excesivo) por la sociedad”.

“Tercero, se debe analizar cuál es el fin que se quiere conseguir con la sanción o medida aplicable. Esta finalidad, en un proceso transicional, puede ser múltiple: se puede utilizar para enviar un mensaje consistente en que los crímenes que se cometen en el país tienen efectos o consecuencias (y con ello evitar que a futuro otras personas cometan los mismos crímenes), para que el delincuente sobre el cual se impone la responsabilidad se arrepienta y no lo vuelva a cometer, así como la resocialización o reinserción del individuo para que ingrese en la sociedad como un elemento activo y no como un lastre. Todas estas finalidades se pueden cumplir sin que el castigo sea necesariamente la prisión, de hecho, se ha demostrado que la resocialización se puede producir de forma mucho más efectiva por fuera de una prisión que dentro de ella” (ABC de la Justicia Transicional en Colombia, 2015).

Analizados los anteriores aspectos, se da paso al tema de Justicia Transicional, referente a “La situación actual de las medidas de no repetición que eviten la reproducción de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos”. Su importancia, después de analizar el conflicto bélico investigado resulta central en razón a que la “no repetición” que constituye un factor esencial en Justicia transicional.

Capítulo 4. Situación Actual de las Medidas de No Repetición en el Modelo de Justicia Transicional en Colombia

Este capítulo tiene por objetivo, determinar la situación actual de las garantías de las medidas de no repetición que permitan evitar la reproducción de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos, como fundamento de la justificación en la justicia transicional.

Para tal efecto, el capítulo analiza la importancia de las garantías de no repetición, su formulación e implementación como medidas permanentes que eviten la repetición de las violaciones a los derechos humanos como fin extensivo de la justicia transicional, las garantías de no repetición incluidas en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, la pertinencia, alcance e importancia de las garantías de no repetición en el postconflicto de las FARC-EP en Colombia, e incluye una mirada al Estatuto de la oposición y el derecho de réplica al gobierno de turno consagrado en el mismo como garantías prácticas de no repetición resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno nacional.

4.1. Importancia de las garantías de no repetición, de su formulación e implementación como medidas permanentes que eviten la repetición de violaciones a los derechos humanos como fundamento extensivo de la justicia transicional.

Para solucionar los problemas de las sociedades en conflicto se ha creado la justicia transicional y tal como se ha expuesto en el desarrollo de la investigación, ha sido especialmente exitosa donde se ha aplicado. Para ello, la justicia transicional utiliza mecanismos temporales efectivos para enfrentar situaciones de extrema violencia que han producido crímenes a gran escala, esto es una violación extrema de los derechos humanos, por tanto su carácter temporal, es a la vez su fortaleza y a la vez su debilidad.

Las garantías de no repetición constituyen un componente básico que hace parte del proceso de justicia transicional y tienen por finalidad que no se vuelvan a repetir a futuro los hechos que dieron lugar a las violaciones de los derechos humanos⁴². En este segmento se pretende demostrar cómo las garantías de no repetición deben adquirir un carácter permanente dentro del ordenamiento

⁴² Carlos Raúl Duque Morales y Laura María Torres Restrepo. Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 12: 269-290, enero-diciembre 2015

jurídico de un Estado, ya que resultan indispensables para garantizar el goce de los derechos humanos de quienes fueron los afectados o víctimas y a su vez, para legitimar el Estado y sus instituciones, consiguiendo reconstruir el tejido social.

4.1.1 Estabilidad de la justicia transicional y las garantías de no repetición, su aplicación al acuerdo con las FARC-EP, su temporalidad, y problemas de interpretación.

“La justicia transicional ha sido entendida como el proceso temporal compuesto por medidas judiciales y extrajudiciales, con las que se busca la transformación profunda de una sociedad que ha sufrido graves violaciones de los derechos humanos, dicho proceso se ejerce mediante la consecución de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y por las garantías de no repetición” (Uprimny , 2006, p. 50).

Duque y Torres (2015) destacan, que las garantías de no repetición son el conjunto de herramientas indispensables a futuro para la sostenibilidad del proceso, las que:

“tiene por función evitar que los hechos que dieron lugar a una transgresión de los derechos humanos vuelvan a suceder. Sin embargo, la aplicación de estas medidas resulta de carácter temporal por ser propias de la justicia transicional, lo cual es problemático debido a que, de no ser alcanzada la reconstrucción de la sociedad en la etapa del posconflicto, y no lograrse efectivamente garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas, el conflicto puede volver a iniciar”

“En razón de lo anterior, el presente segmento busca demostrar que la aplicación de las garantías de no repetición deben estructurarse con vocación de permanencia, y no solo con carácter meramente coyuntural, por lo tanto deben ser incluidas en el ordenamiento jurídico de un Estado, para así conseguir restaurar las instituciones democráticas y la confianza en el Estado, lo cual es un presupuesto básico para un proceso de justicia transicional eficaz y legítimo” (Duque, 2015).

En el actual momento político y jurídico por el que atraviesa nuestro país, resulta necesario tener en cuenta la aplicación de las garantías de no repetición, por tratarse de la etapa del posacuerdo, llamada por algunos posconflicto, que tiene por finalidad ejecutar el despliegue o implementación del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC EP, con el objeto de evitar que se repitan acciones contra las víctimas, la reincidencia y la superación de las

causas que originaron el conflicto armado que se pretende superar.

Para tal efecto, este sector de la investigación aborda el tema,

“desde el concepto de justicia transicional, su evolución histórica y sus componentes o elementos fundamentales haciendo especial énfasis en las garantías de no repetición como presupuesto necesario para el desarrollo del actual proceso de paz. Posteriormente se tratará el caso colombiano desde la experiencia resultante de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), con el fin de mostrar los efectos que se produjeron, por la defectuosa aplicación de las garantías de no repetición, y a partir de esta legislación comprender con mayor facilidad lo dispuesto en el Marco Jurídico para la Paz, Acto Legislativo 01 de 2012” (Chavarría, 2012).

Primero: El Estado de estabilidad de la justicia transicional.

El Estado tal que como lo indica Teitel, usualmente había sido entendido como un fenómeno jurídico asociado a situaciones de postconflicto extraordinarias, pero hoy en día es cada vez más un reflejo de tiempos de normalidad institucional, ya que la fragmentación política, las guerras pequeñas, los Estados débiles y el conflicto permanente parecen ser contemporáneas condiciones políticas. (Teitel, 2003).

Partiendo del análisis realizado por Teitel, se puede: “afirmar que existen elementos propios de la justicia transicional que requieren” permanencia o sostenibilidad dentro del ordenamiento jurídico que opera en una “sociedad, con el objeto de evitar que vuelvan a suceder los hechos” que como causas del conflicto armado dieron lugar a la violación de los derechos humanos, fenómeno que “históricamente ha venido sucediendo y que en Colombia debe ser efectivizado a través de las garantías de no repetición” (Teitel, 2003).

Cabe destacar que la justicia transicional es un fenómeno importante como un desarrollo político en la historia internacional reciente, para superar épocas de violencia caracterizada por una grave afectación a los derechos humanos de las víctimas, de tal manera que se organiza por fases.

“Así: en la fase I, la justicia transicional se apegó a la exigencia del cumplimiento de los derechos asociados con los ideales liberales del estado de derecho. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, esas suposiciones normativas fueron desafiadas y surgieron tendencias similares tanto en la justicia transicional como en la más amplia discusión sobre el concepto de estado de derecho. Del mismo modo, que los desafíos posmodernos generalmente conducen a la generación superior de críticas que de estrategias prácticas” (Seidman & Wagner eds., 1992), “el modelo contemporáneo de justicia transicional, al distanciarse del discurso universalizador del estado de derecho, representa una respuesta crítica limitada. El método genealógico no es la excepción a lo anterior: produce ciclos críticos continuos, en lugar de una historia progresiva de la justicia transicional” (Teitel, 2003).

Segundo: Las Garantías de no Repetición

“Las garantías de no repetición, como elemento de la justicia transicional, son las encargadas de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados y conseguir legitimar nuevamente el Estado Social de Derecho, las instituciones y la democracia, lo que a su vez es una obligación del Estado” (Uprimny, 2006, p. 50).

“La definición de las garantías de no repetición algunas veces ha sido entendida como una parte del derecho de las víctimas a la reparación integral y, en otros casos, como un elemento independiente de la justicia transicional que se suma al de verdad, justicia y reparación, pero que se diferencia de estos; por lo anterior, se analizará primero cómo ha sido entendido en el derecho internacional a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, y la Asamblea General de las Naciones Unidas, y cómo ha sido entendida por la Corte Constitucional colombiana” (Duque, 2015).

Vale la pena recordar, en sentido estricto, que las garantías de no repetición son acciones orientadas a evitar el surgimiento de nuevas violaciones a los derechos humanos desde la eliminación de las causas y consecuencias del conflicto armado, en sus dimensiones preventiva y reparadora bajo un enfoque que responda a las necesidades del territorio que facilite la consolidación de la reconciliación (Fundación Social, 2013), la reconciliación, es generalmente un proceso a largo plazo que se logra por medio de la construcción de confianza entre antagonistas, comunidades y el Estado, que propicien el fortalecimiento de la democracia por medio de la participación, social y política; la garantía de los derechos de las víctimas y por último la

consolidación territorial. Lo anterior destaca dimensiones de la reconciliación, ejes, actores y criterios que confluyen en el desarrollo de procesos de esta índole. (Fundación Social, 2006).

4.1.2 El rol del derecho internacional y las instituciones internacionales en las garantías de no repetición

Las principales interpretaciones y menciones sobre la utilidad de las garantías de no repetición son planteadas por la CIDH y las Naciones Unidas, de la siguiente forma:

- **En el Derecho Internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Son consideradas como parte de del derecho a la reparación integral a las víctimas en la dirección de la no repetición como uno de los elementos que la integran.

La CIDH (1969),

“ha entendido las garantías de no repetición como integrantes del derecho a la reparación integral, partiendo del análisis del artículo 63-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³, que consagra el deber del Estado de reparar el daño causado a partir de la violación de un derecho o libertad, pero no lo ha expresado hasta la reestructuración de las instituciones ni exhortar a los Estados a tomar medidas de fondo que resuelvan las causas que produjeron el conflicto”.

- **En el Derecho Internacional. Asamblea General de las Naciones Unidas**

En el informe final del relator especial sobre la impunidad⁴⁴ y el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, realizado por Louis Joinet para la ONU, conocido como Principios Joinet, se analizan las obligaciones que tienen los Estados para conseguir la efectiva protección de las víctimas y las

⁴³ Convención americana de Derechos Humanos. Artículo 63 (1). Noviembre de 1969. “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁴⁴ “De acuerdo con las Naciones Unidas, por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

divide en cuatro principales: 1. La verdad⁴⁵, 2. La justicia⁴⁶, 3. La reparación⁴⁷, y 4. La reforma a las instituciones y otras garantías de no repetición⁴⁸.

El principio 37 de este Relator se refiere a las garantías de no repetición, se entienden como:

“mecanismos preventivos y accesorios a las otras obligaciones, y a su vez, como elementos del derecho a la reparación integral. Señala que el Estado debe tomar medidas apropiadas para proteger a las víctimas a futuro de volver a sufrir un ataque a sus derechos lo cual puede obtenerse utilizando tres mecanismos principales: i) la disolución de los grupos armados paramilitares, ii) la derogación de disposiciones legales y jurisdicciones de excepción, y iii) la destitución de los agentes del Estado implicados en violaciones graves a los derechos humanos. Así pues, los Principios de Joinet plantean que es necesario que por medio de estas garantías se reestructure el Estado y se creen mecanismos que no solo resuelvan el problema coyuntural, sino que también generen la solución a otros problemas a largo plazo”.

El relator especial de la ONU,

“...respecto de la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no

⁴⁵ “En la Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que no se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el «deber de recordar», a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y mutacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber cómo derecho colectivo”

⁴⁶ “En la Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que el derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento incumbe ante todo al Estado, habrá que prever en normas procesales complementarias la posibilidad de que toda víctima pueda erigirse en parte civil en las actuaciones y, cuando las autoridades no cumplan con su deber, asumir personalmente esa iniciativa”

⁴⁷ “En la Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes); b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica)”

⁴⁸ “En la Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que para evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad: a) disolución de los grupos armados paraestatales: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar pues, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad; b) derogación de todas las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole y reconocimiento del carácter intangible o inderogable del hábeas corpus; y c) separación del cargo de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que se hayan cometido. Debe tratarse de medidas administrativas y no represivas, pues son de naturaleza preventiva y el funcionario ha de poder beneficiarse de garantías. U.N. Comisión de Derechos Humanos, Louis Joinet. La administración de la justicia y de los derechos humanos de los detenidos. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. (octubre 12 de 1997). La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”

repetición en su informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas, resalta la importancia de tener como objetivo la reconciliación y la consolidación del Estado Social de Derecho, y para lograrla considera que es necesario, primero, conseguir el reconocimiento de las víctimas y la confianza de estas frente al Estado, todo con el fin de conseguir la legitimación popular de las instituciones estatales.⁴⁹ Es claro, entonces, que este informe está enfocado a entender las garantías de no repetición, no solo como un mecanismo para resarcir el daño de un sujeto como individuo, sino que son entendidas como una forma de crear condiciones de legitimación del Estado” (p. 20).

En síntesis, resulta claro que las garantías de no repetición forman parte del derecho a la reparación integral, constituyen el nivel de reforma del Estado para evitar que se reactiven los episodios que generaron el conflicto y en últimas tiene por finalidad, evitar la generación de los motivos que desencadenen un nuevo episodio de guerra interna, por lo que deben perpetuarse en el tiempo y ser consideradas políticas públicas o mecanismos de comportamiento del Estado para no vuelvan a surgir los motivos que dieron lugar al conflicto armado, lo cual mantiene la reconstrucción del tejido social y la reconciliación.

El relator Pablo de Greiff presentó un informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el que señala que en la interrelación de los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas en el nivel de la Justicia Transicional (2012), se debe contribuir a la reconciliación, reforzar o afianzar el Estado de Derecho, fomentar la confianza y materializar el reconocimiento de las víctimas como propósitos fundamentales para alcanzar los fines de la justicia en el proceso de transición del conflicto a la paz.

En desarrollo de los anteriores propósitos resalta el relator citado, la necesidad de corregir las “desigualdades estructurales” y la “superación de patrones de exclusión y marginación”, como parte de una “estrategia global de garantías de no repetición”, entre ellas la “reforma de instituciones” y el “desmantelamiento de grupos armados no oficiales”.

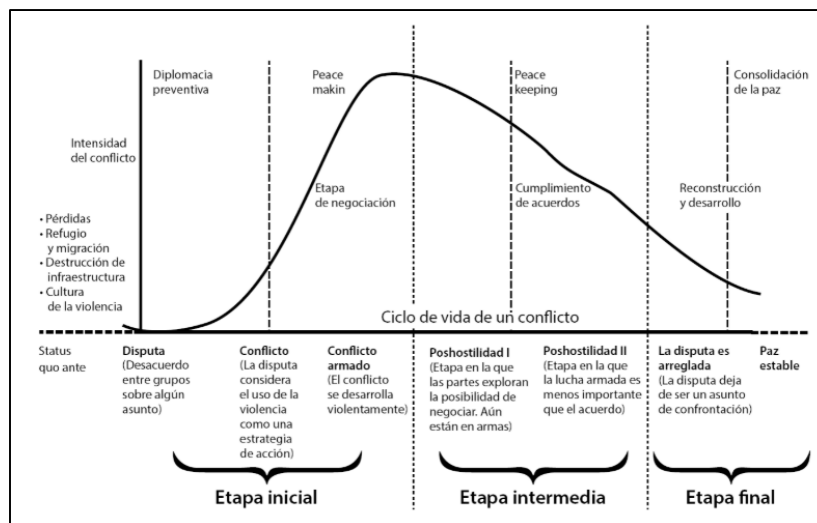
⁴⁹ “U.N. Consejo de Derechos Humanos, Pablo de Greiff. Informe presentado por el relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”.

4.2. Pertinencia, alcance e importancia de las garantías de no repetición en el postconflicto bélico armado de las FARC-EP en Colombia

Como se ha expuesto en capítulos anteriores, el conflicto armado colombiano se ha caracterizado por ser uno de los más largos del mundo. Ha dejado miles de víctimas y efectos desastrosos a su paso. La búsqueda de la paz ha sido en diferentes momentos y escenarios históricos el principal objetivo del Estado, para lo cual ha hecho varios intentos de negociación con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -Ejército del Pueblo- (FARC-EP) que con anterioridad al acuerdo suscrito habían terminado sin éxito alguno.

A partir de esta premisa, y con el fin de comprender de la mejor manera el conflicto armado en Colombia al igual que los caminos que se deben tomar para alcanzar la paz, Calderón (2016) propuso un sencillo modelo de análisis del conflicto, al que se acude en la presente por ser bastante útil en lo que se relaciona con las garantías de no repetición en el posconflicto con las FARC-EP, como se observa en la siguiente ilustración:

Grafico Acondicionamiento del modelo propuesto por Orozco al conflicto armado colombiano con las FARC -EP



FUENTE: Acondicionamiento del modelo propuesto por Orozco (1998) en "De la negociación a la adaptación".

El gráfico indica desde una perspectiva teórica (Orozco, 1998), que el conflicto tiene su propio ciclo de vida, con varios segmentos: a) una Etapa inicial con fases de disputa, conflicto y conflicto

armado, durante la cual se alcanza un punto máximo e incluso violento, que hace necesario iniciar negociaciones; b) una Etapa Intermedia denominada “post hostilidad I” en la cual se inician negociaciones junto a una denominada “Post Hostilidad II” en la cual se busca el cumplimiento de acuerdos; y, c) una Etapa final en la cual el conflicto disminuye y desaparece, aunque en algunos casos reaparece, siguiendo el enfoque planteado por José M. Tortosa (Tortosa, 2001).

De acuerdo con las explicaciones de Calderón (2016), sobre este modelo, la gráfica muestra que dentro de la etapa inicial del conflicto con las FARC-EP, se presentó la fase de disputa, que empezó como el simple desacuerdo entre dos sectores de la sociedad colombiana (el Estado y los grupos insurgentes), posteriormente se transformó en un conflicto armado militar, en esa etapa se hizo uso de la violencia directa para dirimir las contraposiciones, que se habían agudizado con la guerra y generaron una mayor intensidad del conflicto.

Después de esta etapa, se dio paso a la etapa intermedia en la que las partes exploraron una posibilidad de negociación. Fue este período, según el modelo, caracterizado por una fase conocida como "Pos hostilidad I", que en Colombia se desarrolló a partir de la exploración de los diálogos de paz, en la que se logró la firma de un acuerdo general entre las FARC-EP y el Estado colombiano, que propició los diálogos de paz. Por último, le sigue la fase "Pos hostilidad II" en la que se busca llegar al acuerdo definitivo que pondría fin al conflicto y su ejecución, en la que se encuentra el proceso en la actualmente a pesar de los sucesos últimos sobre reciclaje de la guerra. (Calderón, 2016).

Hasta ahora, en lo que se refiere a la fase intermedia, la mayoría de los puntos de la agenda que fueron objeto de la negociación bilateral en el 2012, se discutieron y aprobaron, sobre lo cual se consignó y firmó el acuerdo de paz entre las guerrillas de las FARC y el Estado colombiano (Calderón, 2016)

Fundamentados en este análisis del modelo teórico, es evidente que el conflicto en Colombia se viene desarrollando en estas tres etapas: inicial, intermedia y final, con retos propios en cada una de ellas. El conflicto armado colombiano desde sus inicios hasta la época actual, con la firma de los acuerdos de paz en La Habana y la aplicación de la justicia transicional, ha transitado por dos etapas: una inicial, y una intermedia, ahora se orienta hacia una etapa futura que corresponde al posconflicto que comenzó después de la suscripción del acuerdo de paz. Cada una de las etapas presenta unas características, retos y balances propios. No obstante, Calderón (2016) anota, que

será la etapa final conocida como el posconflicto la que será la más larga, costosa y la que tendrá el mayor número de retos debido a su complejidad; por lo tanto, será esta la que precisará las mayores garantías de no repetición y que el postconflicto bélico armado con las FARC en Colombia se caracterizará por su máxima ejecución, alcance, ejecución y sostenibilidad.

4.2.1 La caracterización de las garantías de no repetición en la Etapa final -del conflicto al posconflicto- con las FARC-EP.

Después de la firma del acuerdo de paz con las FARC-EP,

“finalizará la etapa intermedia del conflicto armado en Colombia e inicia la siguiente fase, caracterizada por el tránsito del conflicto al posconflicto, conocida como la etapa final del conflicto. En ella existen innumerables retos y desafíos para lograr que sea exitosa y definitiva en la construcción de una paz duradera y estable. En consecuencia, la etapa final o posconflicto debe ser entendida más allá del cese de hostilidades o el cese de la violencia directa, por lo que señala.” (Calderón, 2016).

Otro autor reafirma el carácter secuencial de las fases del proceso que dan lugar al desarrollo de la Justicia Transicional.

“[...] El fin de la confrontación armada en Colombia no implica el fin de las fuentes de conflicto, la terminación del mismo supone el comienzo de una nueva etapa, que, de no ser estudiada y tratada a tiempo, puede resultar incluso más desastrosa que la anterior y construir un círculo vicioso donde las consecuencias de la guerra se vuelven causa de nuevas problemáticas sociales” (Garzón, 2003, p. 159).

A continuación se aborda el análisis de esta etapa a partir de dos consideraciones: en primer lugar, el reto que impuso la construcción y utilización de un modelo de justicia transicional apropiado para Colombia y, en segundo lugar, el reto existente para lograr la transformación del conflicto y la reconciliación nacional.

• Utilización de un modelo adecuado de justicia transicional para Colombia: "justicia transicional sin transición"

Para que la etapa final fuera exitosa se consideró necesario pensar en un modelo adecuado de justicia transicional para el país teniendo en cuenta que no existe una fórmula universal para la

construcción de un marco de justicia transicional⁵⁰, por lo que el logro propuesto depende de múltiples factores, características y circunstancias. Pero: “[...] el hecho de que no exista una fórmula única para afrontar la transición no significaba que no hubiera algunos parámetros básicos de la justicia transicional o en transición” (Botero y Restrepo, 2005, p. 47). El reto de Colombia fue grande: ¿Qué tipo y características tendrá el modelo? y ¿qué instrumentos deben ser aplicados para la garantía de los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición?

Que tipo y modelo apropiado de justicia transicional requiere Colombia a partir las circunstancias específicas del conflicto?, debe tenerse en cuenta que para construir cualquier tipo de justicia transicional se debe: “[...] flexibilizar, aunque no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz” (Uprimny, p. 20), este sacrificio se debía realizar sin caer en excesos que conlleven a la impunidad.

“En Colombia se debía construir un modelo propio y diferenciado de justicia transicional que tomara como base los diferentes procesos de justicia transicional que se han gestado en el mundo y que sirvieron en su momento de guía y de aprendizaje -Chile, Sudáfrica, Uruguay, Ruanda-. Según Opriman, todos estos procesos implicaron una forma de perdón que no excluye a Colombia, lo que hace necesario que el modelo que se adoptara estuviera cimentado en: [...] el modelo de justicia transicional fundado en perdones 'responsabilizantes', que es el que más respeta los principios democráticos y los derechos de las víctimas y, así mismo, el que mejor se adecua en el contexto colombiano” (p. 28).

Sobre la base de una fórmula específica de transición adoptada, el mejor tipo de justicia transicional para Colombia sería el de las transiciones democráticamente legitimadas, el cual 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.

El éxito del modelo no podía olvidar aspectos como la legitimidad por parte de los colombianos y la comunidad internacional, la importancia de los contextos propios de la

⁵⁰ “En este sentido: más allá de tratar de extrapolar de la experiencia internacional un único modelo, aplicable al particular de la negociación y del eventual posconflicto en Colombia, el punto de partida para analizar este asunto debe ser la búsqueda de la objetividad. Mauricio Palma, *Acerca del posconflicto en Colombia: elementos para definir su alcance y gestión, y la implementación de políticas públicas*, Bogotá, Observatorio de Política & Estrategia en América Latina” (OPEAL, 2013, pp. 1 y 2).

situación del país, la situación actual de las víctimas y los victimarios, al igual que la obligatoriedad de incluir los principios básicos en contra de la impunidad”. (p. 36).

“Frente a los mecanismos que se debían diseñar en ese modelo para garantizar la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición,⁵¹ así como los principios en contra de la impunidad, se hace necesario reconocer que Colombia ha sido el único país que ha aplicado medidas de justicia transicional sin estar en transición, entre las medidas que se han aplicado hasta el momento se encuentran: la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” (Ley 1448 de 2011), la Ley de Justicia y Paz (Ley 975, 2005) y la aprobación del Marco Jurídico para la Paz (A. L. 01/2012); iniciativas utilizadas para aligerar el conflicto y luchar contra la impunidad. Aunque no se pueden desconocer sus avances, no son suficientes y una vez entrado el posconflicto se hace necesario buscar iniciativas que integren los cuatro componentes del mandato, así:

[...] “los cuatro componentes del mandato, a saber, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas, que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masiva de los derechos humanos” (Greiff, 2012).

Este escenario de transformación del conflicto en Colombia implica que después de firmado el acuerdo se trabaje, primero, en el triángulo del conflicto que logre la superación de la violencia directa, estructural y cultural en Colombia y, segundo, sobre el triángulo del conflicto que implica las 3R (Reconstrucción, Reconciliación, Resolución), modelo que se resume en la siguiente gráfica:

⁵¹ Estos principios se conocen como los principios de Joinet. Louis Joinet, en el informe final del relator especial sobre la Impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Joinet, 1997), establece que: los estados tienen cuatro obligaciones inderogables, exigibles incluso en procesos de transición: 1. La satisfacción del derecho a la justicia, 2. La satisfacción del derecho a la verdad, 3. La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas y 4. La adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición



FUENTE: Adaptación del taller-seminario Galtung en Santa Fe (2011), *Diagnóstico, pronóstico y terapia. Método Transcend de transformación de conflictos*⁵².

La gráfica indica, que para transformar el conflicto armado en Colombia y lograr una paz positiva, la reconciliación nacional y el perdón, resulta necesario trabajar en cada uno de los vértices del triángulo. La parte visible del conflicto armado con la terminación de la *violencia directa* y la dejación de las armas permite que se pueda reparar a las víctimas por el daño causado (Reconstrucción).

La transformación del conflicto implica la “transformación de las partes por medios pacíficos” (Galtung, 2010)), porque debe entenderse que la paz no es solo la ausencia de conflicto, sino la superación de las causas que lo han originado incluyendo la transformación de la violencia cultural, es decir, superar el discurso de una violencia opresiva que agudiza el conflicto en procura de lograr la reconciliación social.

4.2.2 El Estatuto de la oposición y el derecho de réplica al gobierno de turno consagrado en el Estatuto de la Oposición, como garantías de no repetición resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno nacional.

Luego de 27 años de haberse prometido en la Constitución de 1991, el Estatuto de la oposición

⁵² Taller-Seminario, Johan Galtung en Santa Fe, *Diagnóstico, pronóstico y terapia. Método Transcend de transformación de conflictos*, 2011. En <https://galtungsantafe.wordpress.com/author/galtungsantafe/>, 2011 (fecha de consulta: 25 de abril, 2015)

se convirtió en una realidad en Colombia. De hecho, desde 1993 hasta el 2011 se presentaron 12 proyectos para reglamentar la participación de los partidos y movimientos que se declararan en oposición, y solo hasta el 2017 se aprobó este estatuto. Aparece esta figura como uno de los puntos objeto del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

El Estatuto de la Oposición implica, un conjunto de garantías para las organizaciones políticas que declaren la oposición al Gobierno Nacional, Departamental, Municipal o Distrital⁵³, y en su artículo 15 tuvo oportunidad de estrenarse en el papel de garantías de no repetición por primera vez en la historia de la oposición política en Colombia a un gobierno. En efecto, el derecho de réplica, una de las garantías que puede clasificarse como de no repetición de que trata este Estatuto, hizo presencia, en forma de réplica, a una alocución presidencial que trataba sobre las objeciones presidenciales a la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz JEP. El suceso tuvo lugar cuando la representante a la Cámara del partido Alianza Verde en representación de todos los partidos de oposición, se dirigió a todos los colombianos en horario “*prime time*” por todos los canales privados y públicos de la televisión colombiana, para controvertir seis objeciones presidenciales a este Estatuto, por considerar que estas objeciones afectaban de plano el Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, lo que ponía en peligro su continuación.

- **El problema de las objeciones presidenciales a la ley estatutaria de la jurisdicción especial para la paz**

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), o Justicia Especial para la Paz es el mecanismo de justicia transicional por medio del cual se investiga y juzga, en principio, a los integrantes de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública y terceros que hayan participado en el conflicto armado colombiano. Su administración se rige de acuerdo con el Comité de Escogencia del

⁵³ El estatuto de la Oposición fue creado por la Ley 1909 del 9 de julio de 2018. Por medio de la cual se adoptó el Estatuto de la Oposición y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes. Un aspecto importante es el desarrollado por el ARTÍCULO 15. Acceso a medios de comunicación en alocuciones presidenciales, que señala que “Cuando el Presidente de la República haga alocuciones oficiales en medios de comunicación que usan el espectro electromagnético, las organizaciones políticas declaradas en oposición al Gobierno nacional, tendrán en el transcurso de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, en los mismos medios, con igual tiempo y horario, espacios para controvertir la posición del gobierno. Esta opción tendrá un límite de tres veces en el año. De no ser posible construir un acuerdo entre las organizaciones políticas declaradas en oposición, el tiempo será distribuido en proporción a su representación en el Congreso. PARÁGRAFO. La Autoridad Electoral reglamentará la materia, así como las condiciones en que este derecho pueda extenderse al ejercicio de la oposición a las administraciones departamentales, distritales y municipales.

Sistema de Verdad, Justicia y Reparación y No Repetición.

Ahora bien, la Jurisdicción Especial para la Paz tiene como objetivos relativos con las garantías de no repetición, las siguientes:

- “Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia”
 - “Ofrecer verdad a la sociedad colombiana”
 - “Contribuir a la reparación de las víctimas”
 - “Contribuir a luchar contra la impunidad”
 - “Adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, en relación con los hechos cometidos en el contexto y en razón de éste”
 - “Contribuir al logro de una paz estable y duradera”.
- **Las objeciones presidenciales respecto de la ley estatutaria de la JEP**

Aspectos generales de las objeciones:

En términos generales el presidente Duque presentó las siguientes objeciones a la ley estatutaria:

1. Falta de claridad en la reparación de las víctimas de que trata el artículo 7º de la ley estatutaria de la JEP⁵⁴; 2. Falta de determinación de la suspensión de los procesos del inciso tercero del literal j del artículo 79 de la ley estatutaria de la JEP⁵⁵; 3. Problemas con el parágrafo 2 del artículo 19 de la ley estatutaria de la JEP⁵⁶; 4. Problemas con el artículo 150 de la ley estatutaria de la JEP⁵⁷; 5.

⁵⁴ Nota 1 :La norma objetada con relación a este artículo señala : “Reparar integralmente a las víctimas está en el centro del ‘Acuerdo Final para la terminación del conflicto y el establecimiento de una paz estable y duradera’ del 24 de noviembre de 2016, firmado por el Gobierno nacional y la organización rebelde Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP), por lo que en cumplimiento de dicho acuerdo final se procede a regular el funcionamiento y competencias de la Jurisdicción Especial para la Paz”. Según el presidente esta norma no establece con claridad la obligación de los victimarios de reparar integralmente a las víctimas con sus bienes y activos

⁵⁵ Nota2 : La norma objetada: el artículo que señala que no podrán realizarse una serie de actuaciones frente a personas cuyas conductas son competencia de la JEP: “Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones solo podrán realizar actos de indagación e investigación según el procedimiento que se trate absteniéndose de proferir sentencias, imponer medidas de aseguramiento, ordenar capturas o cumplir las que previamente se hayan ordenado, que involucren a personas cuyas conductas son competencia de la JEP”.

⁵⁶ Nota 4 : La norma objetada: “PARÁGRAFO 2o. En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016”.

⁵⁷ Nota 4: Norma objetada: (Se cuestiona una omisión de este artículo de la estatutaria). Esta objeción ha sido una de las más fuertes críticas del expresidente Uribe, quien cuestiona que se puedan practicar pruebas en el trámite llevado por la JEP en relación con la extradición. En virtud del acuerdo final y del Acto Legislativo 01 de 2017, la sección de revisión de la JEP debe determinar si el delito por el cual se pide en extradición a una persona se cometió antes o después del 1º de diciembre de 2016. Si se cometió con anterioridad a esta fecha la persona no puede ser extraditada. El debate de fondo consiste en establecer si la sección de revisión de la JEP puede practicar pruebas en el procedimiento de

Problemas con la limitación de la competencia del alto comisionado para la paz de que trata el artículo 63 de la ley estatutaria de la JEP⁵⁸; 6. Problemas con la No extradición de terceros, de que trata el Artículo 153, de la ley estatutaria de la JEP⁵⁹.

Fueron igualmente objetados por el Presidente: la posibilidad de que los delitos de carácter permanentes que se continuaran cometiendo después del 1° de enero de 2016 fueran investigados por la JEP, la competencia de este órgano para juzgar crímenes cometidos en el conflicto contra menores de edad y no perder todos los beneficios para quienes reincidieran en la comisión de delitos, tales aspectos requieren su consideración jurídica en una investigación que tiene como objetivo general “Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo” que permita adelantar la tarea ineludible de dar fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como “el conflicto armado interno más largo del mundo”

Hasta la aparición de estas objeciones se consideraba a la JEP, como el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuya vigencia en Colombia inició en marzo de 2017 cuando fue aprobado en el Senado y se ocupaba de los delitos cometidos durante el conflicto armado hasta la firma de los acuerdos de paz, entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC, el 24 de noviembre de 2016.

Sin embargo, de acuerdo con los partidos de oposición las objeciones a la Ley estatutaria de la JEP buscaban introducir hechos que ya habían sido resueltos por la Corte Constitucional y se hacía evidente, que la Presidencia buscaba desautorizar lo verificado y aprobado por ese tribunal y la existencia misma de la JEP, en última desconocer la sentencia de constitucional porque se objetaba parte de lo acordado o de las consideraciones resueltas por la Corte Constitucional.

extradición, pues la Ley 1922 de 2018 no lo permite.

⁵⁸ Nota 5: La norma objetada: “(...) La Sala de Amnistía e Indulto podrá excepcionalmente estudiar e incorporar los nombres de las personas que por motivos de fuerza mayor no fueron incluidos en el listado de acreditados por el Gobierno nacional (...)”. Esta norma se refiere a las personas a las que se les podrá aplicar el sistema de la JEP y lo cuestionado es que un organismo de esta (la Sala de Amnistía e Indulto) también pueda calificar cuando una persona haya hecho parte de un grupo al margen de la ley. El presidente objetó el artículo 63 porque no determina el alcance de la competencia del alto comisionado de paz para verificar la lista de quienes son reconocidos como miembros de los grupos armados que se sometan a un proceso de paz. El problema de esta objeción es que la competencia de la Sala de Amnistía e Indulto para determinar el ingreso al Sistema de la JEP de miembros de los Grupos Armados que se sometan a un proceso de paz se encuentra también en el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017

⁵⁹ Nota 6: La norma objetada: “No se concederá la extradición de otras personas que estén ofreciendo verdad ante el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición, antes de que terminen de ofrecer verdad” Esta objeción ha sido una de las principales críticas del uribismo al proyecto de ley estatutaria. Sobre este artículo el presidente cuestiona que se condicione la extradición de otras personas al ofrecimiento de la verdad sin establecer ningún tipo de término ni oportunidad para hacerlo. El presidente crítica esta norma porque produce un incentivo perverso para el ingreso a la JEP de terceros bajo el ropaje de supuestos ofrecimientos de verdad, lo cual puede ser utilizado para eludir responsabilidades ante la Justicia de otros Estados.

El presidente Duque al objetar los seis artículos de la ley estatutaria de la JEP, buscaba que esta Ley volviera al Congreso, para introducirle cambios, pero según la oposición, las objeciones del presidente Iván Duque de modificar la JEP tendrían consecuencias negativas en los 13.000 hombres y mujeres que dejaron las armas tras la firma del acuerdo de paz, también tendría efectos a nivel internacional, en razón a que mensaje sería que el Estado colombiano incumplía los acuerdos de Paz, adicionalmente, los excombatientes de las FARC-EP no serían los únicos que experimentarían esta situación, pues cerca de 2.000 miembros de la fuerza pública que ya se habían acogido a la JEP también tenían la misma percepción.

- **Las objeciones del gobierno de Duque en concreto**

Señaló el presidente Duque en su alocución presidencial lo siguiente:

“Queremos una paz que garantice de manera genuina la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”. Enseguida detalló los argumentos de sus objeciones, artículo por artículo, como resultado, la ley estatutaria de la JEP debía regresar al Congreso para una nueva discusión sobre los puntos objetados. Si el Senado y la Cámara de Representantes acogían los reparos presidenciales esos seis artículos no entrarían en vigencia. Pero si el Congreso no las aceptaba y el presidente Duque se negaba a sancionar la ley, Lo haría el presidente de la corporación, en este caso, el senador Ernesto Macías, con un ingrediente adicional: la Ley 5a de 1992, o Reglamento del Congreso, contempla que cuando una cámara declare infundadas las objeciones del Gobierno y la otra las encuentre justificadas, se archivará el proyecto. Quedaba claro es que, con la decisión presidencial, se abría un nuevo capítulo en cuanto a sus implicaciones frente al Acuerdo de Paz, que podía obstaculizar su implementación, o al menos afectarlo gravemente.

Las objeciones presidenciales eran:

Primera: Inicialmente se refirió al artículo 7° de la ley estatutaria, el cual, en su concepto, no establecía de manera clara la obligación principal de los victimarios de reparar integralmente a las víctimas.

Segunda: Luego señaló que, frente a una genuina verdad y una genuina no repetición, se objetó también el inciso 8° del artículo 63 y el inciso 3° del literal J del artículo 79, porque no determinaba el alcance de la competencia atribuida al Alto Comisionado de Paz, para verificar la lista de quienes eran reconocidos como miembros de los grupos armados que se sometían al proceso de paz.

Tercera: porque no precisaba las diligencias judiciales que la Fiscalía debía abstenerse de realizar, argumentó: “Esto genera una situación que perjudica los intereses de las víctimas y desperdicia valiosos recursos investigativos de autoridades con experiencia y capacidad. Es conveniente definir con mayor precisión cuándo y bajo qué circunstancias las investigaciones contra personas sometidas a la JEP se suspenden en la justicia ordinaria. Esta precisión es necesaria para evitar visos de impunidad y garantizar el derecho a la verdad de las víctimas”, agregó.

Cuarta: Igualmente se objetó el parágrafo 2° del artículo 19, que trata de la renuncia a la acción penal frente a los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra en relación con quienes no son máximos responsables. Esa renuncia a la acción penal a juicio del presidente inconveniente porque constituiría impunidad: “El Estado no puede renunciar a perseguir a los responsables de los delitos de lesa humanidad sin haber agotado todos, todos los esfuerzos para encontrar la justicia y la verdad”, enfatizó Duque.

Quinta: En cuanto al artículo 150, referente a la extradición de personas por conductas posteriores a la firma del Acuerdo Final de Paz, para el Gobierno resultaba inconveniente debido a que no precisaba lo que ya había sido expuesto en la Ley de Procedimiento de la JEP, cuando expresaba que la Sección de Revisión del Tribunal de Paz no podía practicar pruebas. “No hacer esa precisión afectaría gravemente la cooperación judicial de Colombia con otros países”, explicó el primer mandatario.

Sexta: Por último, anunció la objeción del artículo 153, porque condicionaba la extradición de otras personas al ofrecimiento de la verdad sin establecer ningún tipo de término ni oportunidad para hacerlo. Señaló: “Esto produce un incentivo perverso para el ingreso a la JEP de terceros, bajo el ropaje de supuestos ofrecimientos de verdad. Esa ambigüedad puede ser utilizada para eludir responsabilidades ante la justicia de otros estados”⁶⁰.

• **La réplica de los partidos de oposición a las objeciones presidenciales**

Aspectos Generales de la Replica:

⁶⁰ Como ya se había mencionado Fueron igualmente objetados por el Presidente: la posibilidad de que los delitos permanentes que se continuaran cometiendo después del 1° de enero de 2016 fueran investigados por la JEP, la competencia de este órgano para juzgar crímenes cometidos en el conflicto contra menores de edad y la no pérdida de todos los beneficios para quienes reincidieran en la comisión de delitos, en una investigación que tiene como objetivo general “Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo que permita adelantar la tarea ineludible de dar fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como “el conflicto armado interno más largo del mundo.

En la introducción general de la réplica, los partidos de oposición señalaron:

En nombre de todos los partidos que se declararon en oposición la vocera de la oposición aseguró que la decisión de objetar apartes de Ley de la Jurisdicción Especial de Paz ponía en grave riesgo la separación de poderes, atentaba contra la construcción de paz y buscaba distraer a la ciudadanía de una agenda política nacional que realmente uniera a la nación y que permitiera concentrarse en resolver los principales problemas del país.

Frente a la separación de poderes, la oposición dijo que no era cierto, como lo había querido presentar el presidente en tono conciliador, que su decisión no generaba un choque de trenes. “Las seis objeciones del presidente implicaban, en la práctica, desacatar una sentencia de la Corte”.

En la réplica, la vocera de la oposición señaló que el Gobierno decía que uno de sus pilares esenciales era la defensa de la legalidad, sin embargo ponía en tela de juicio la constitucionalidad de una ley que ya había sido objeto de cuatro debates por parte del Congreso de la República y había sido aprobada por mayoría absoluta, había sido estudiada durante un año por la Corte Constitucional. Agregó: “Hoy es la paz, pero lo cierto es que mañana puede ser cualquier otro tema. Nadie está salvo si ante una decisión de la Corte Constitucional, el presidente de la república puede tomar la decisión de no acatar”.

La oposición aseguró que el presidente Duque disfrazaba como objeciones de inconveniencia los seis temas planteados, pero no presentaba ninguna razón para justificar los supuestos efectos económicos, sociales o políticos de su implementación. En cambio, contenía preguntas jurídicas que ya habían sido resueltas en todos los casos de manera específica por la Corte Constitucional.

- **Llamado a la movilización para oponerse a estas objeciones**

Dado que para la oposición se afectaba la construcción de la paz con estas objeciones, se agregó que:

Primero: Para la oposición tampoco era cierta la afirmación del presidente Duque de que las objeciones no afecten la construcción de paz. “Hay que vivir muy alejado de la Colombia rural para creer que proponer cambios a las reglas del juego que permitieron el desarme de 13.000 excombatientes de las FARC, no genera ningún efecto en la realidad”.

Segundo: Aseguró que la decisión del presidente generaba gran incertidumbre jurídica entre los

excombatientes y desestabilizaría los territorios, en los que el proceso de construcción de paz era aún muy frágil.

Tercero: Para la oposición, las objeciones eran un sofisma de distracción y una estrategia electoral: “Aplazamos una y otra vez las discusiones de fondo, que en cambio sí tendrían la posibilidad de unirnos como país, para dedicarnos a azuzar los odios como estrategia electoral del partido de Gobierno frente a las elecciones regionales de este año”.

Cuarto: La oposición hizo un llamado a la movilización ciudadana con el propósito de que, por la unidad de la nación, la paz y la reconciliación, los colombianos salgan a las calles a exigirle al Gobierno que cumpla lo acordado.

Quinto: en relación con la investigación de autores de delitos de lesa humanidad, se aclaró el tema de investigar y juzgar máximos responsables de crímenes más graves y representativos, “Lo contrario representaría el colapso de la JEP, para que no se sepa la verdad sobre los crímenes que tuvieron lugar en el conflicto armado.”

Sexto: En relación con la extradición estaba claro que la JEP con el propósito de definir la fecha de comisión de delitos realizados con posterioridad al 1 de diciembre de 2016, tenía acceso al material probatorio, precisamente para definir la fecha de los mismos y determinar si estaban dentro del período del Acuerdo o por fuera de este.

El derecho a la réplica mostró lo infundado de las objeciones tanto del ejecutivo como el interés de una parte del legislativo, de bloquear la implementación del Acuerdo y las competencias de la JEP, temas que se encontraban resueltos en su totalidad en la sentencia de control de constitucionalidad y en el texto del mismo Acuerdo.

4.3. Aplicaciones fundamentales de las garantías de no repetición en el modelo de justicia transicional para el aseguramiento de una paz estable y duradera

La aplicación de las garantías de no repetición, de su formulación e implementación como medidas permanentes que eviten la repetición de las violaciones a los derechos humanos, como fundamento extensivo de la justicia transicional que fueron incluidas en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP, así como la pertinencia, alcance e importancia de estas en el postconflicto bélico armado de las FARC-EP en Colombia, para el aseguramiento de una paz estable y duradera son objeto de examen en este segmento de la

investigación.

4.3.1 Implicaciones jurídicas en el derecho internacional del intento del Gobierno Duque para restringir las competencias de la JEP.

En el capítulo que trató sobre las garantías de no repetición en el modelo de justicia transicional en Colombia se analizaron las etapas en las que se ha desarrollado el conflicto armado colombiano, aunque se estudiaron desde una perspectiva teórica se encontró que se ajustaban a la realidad colombiana, se estableció que un conflicto tiene su propio ciclo de vida, que alcanza un punto máximo e incluso violento, luego disminuye, desaparece, pero que en algunos casos reaparece, siguiendo el enfoque planteado por José M. Tortosa, *El largo camino. De la violencia a la paz*.

Como se vio, en ese modelo, se destacan tres etapas, hasta hora el conflicto en Colombia ha transitado por dos etapas: la inicial y la intermedia, estamos en la fase final del postconflicto, con retos propios en cada una de ellas. Sin embargo, se anotó que la etapa final del posconflicto sería la más larga, costosa y tendría el mayor número de retos debido a su complejidad.

En tal sentido, si se observa, el principio 37 del relator Louis Joinet de la ONU el punto de las obligaciones de la garantía de no repetición que tienen los Estados para conseguir la efectiva protección de las víctimas se dividen en cuatro principales: 1. Las garantías de La verdad⁶¹, 2. La justicia⁶², 3. La reparación⁶³, y 4. La reforma a las instituciones y otras garantías de no repetición⁶⁴.

Frente a lo anterior, no causa extrañeza que en lo relacionado con el Acuerdo de paz, los ataques

⁶¹ En la. Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que no se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el «deber de recordar», a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y mutacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo.

⁶² En la. Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que el derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento incumbe ante todo al Estado, habrá que prever en normas procesales complementarias la posibilidad de que toda víctima pueda erigirse en parte civil en las actuaciones y, cuando las autoridades no cumplan con su deber, asumir personalmente esa iniciativa.

⁶³ En la. Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes); b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica).

⁶⁴ En la. Génesis de la lucha contra la impunidad, la ONU considera que para evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad: a) disolución de los grupos armados paraestatales: se trata de una de las medidas más difíciles de aplicar pues, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio puede ser peor que la enfermedad; b) derogación de todas las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole y reconocimiento del carácter intangible o inderogable del hábeas corpus; y c) separación del cargo de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que se hayan cometido. Debe tratarse de medidas administrativas y no represivas, pues son de naturaleza preventiva y el funcionario ha de poder beneficiarse de garantías. U.N. Comisión de Derechos Humanos, Louis Joinet. La administración de la justicia y de los derechos humanos de los detenidos. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. (octubre 12 de 1997). La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”

se hayan centralizado sobre la Jurisdicción especial de Paz JEP⁶⁵.

La creación de mecanismos permanentes, conforme a la especificidad del conflicto armado que se busca superar en Colombia frente al objetivo de las garantías de no repetición, resulta indispensable para evitar que se repitan actos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, lo cual conlleva a la legitimación y reforzamiento del aparato estatal y la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, lo cual se obtiene fortaleciendo la JEP y las demás instituciones creadas en el marco del Acuerdo de Paz por el Estado en pleno.

• Implicaciones jurídicas de las Objeciones presidenciales al Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP

Los expertos internacionales Kai Ambos y Susann Aboueldahab, analizaron las implicaciones jurídicas que tienen en el derecho internacional los intentos del gobierno para restringir las competencias de la JEP, luego de las objeciones presidenciales (Ambos y Aboueldahab, 2019). Los siguientes extractos resumen sus apreciaciones sobre las seis objeciones que en precedencia fueron referidas resulta necesario sintetizarlas y consignar el aporte crítico de los expertos.

Primera Objeción. La objeción presidencial al Art. 7 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que estipula la reparación de las víctimas como un criterio para la interpretación de la Ley, argumentando que esta regla no establece claramente la obligación primordial de los perpetradores de reparar a las víctimas⁶⁶.

La segunda se refirió a la posibilidad de renunciar a la persecución judicial de personas que no sean máximos responsables (de crímenes internacionales). “El presidente Duque argumentó que el Estado no debía renunciar a procesar a aquellos responsables de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidios, sin haber utilizado exhaustivamente todos los medios para buscar

⁶⁵ “Nota: En esta investigación se considera que la ley de Víctimas y restitución de tierras es uno de los focos a la cual quienes hayan aprovechado la previa debilidad del Estado dirijan sus energías, pues solamente cuando se logran poner en práctica estos instrumentos se podrá alcanzar una paz estable y duradera, y esto explicaría las objeciones al Acuerdo de Paz con las FARC-EP”.

⁶⁶ “Inicialmente Duque objetó el Art. 7 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que estipula la reparación de las víctimas como un criterio para la interpretación de la Ley, argumentando que esta regla no establece claramente la obligación primordial de los perpetradores de reparar a las víctimas. Sin embargo, el Acuerdo Final y la legislación subsecuente explícitamente obligan a los ex miembros de las FARC a contribuir con la reparación y a que se usen los activos de las FARC para esta. Por ello, la sugerencia de Duque de especificar esta obligación es obsoleta. Adicionalmente, fue el Gobierno el que presionó al Congreso para eliminar la obligación de los agentes estatales de proveer reparación material a las víctimas de crímenes de Estado, creando de este modo un tratamiento diferenciado con una vista a los agentes no estatales que desenmascara un doble estándar” (Kai Ambos y Susann Aboueldaha, 2019)

verdad y justicia”⁶⁷.

La tercera se trató de la competencia de la JEP para modificar la lista de ex miembros de las FARC, que constituye la base de su jurisdicción *rationae personae* sobre ese aspecto del conflicto⁶⁸.

La cuarta se orientó a la jurisdicción exclusiva de la JEP en detrimento de las cortes ordinarias (Art. 79 j del Proyecto de Ley Estatutaria)⁶⁹.

La quinta se ocupó de los inconvenientes generados por la extradición de supuestos perpetradores de crímenes que se encuentren bajo la Jurisdicción de la JEP⁷⁰.

⁶⁷ “La objeción se refiere a la posibilidad de renunciar a la persecución judicial de personas que no sean máximos responsables (de crímenes internacionales). Duque argumenta que el Estado no debe renunciar a procesar a aquellos responsables de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidios, sin haber utilizado exhaustivamente todos los medios para buscar verdad y justicia. Otra objeción se refiere a la posibilidad de renunciar a la persecución judicial de personas que no sean máximos responsables (de crímenes internacionales)”.

“Duque argumenta que el Estado no debe renunciar a procesar a aquellos responsables de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidios, sin haber utilizado exhaustivamente todos los medios para buscar verdad y justicia. Esta objeción es particularmente problemática porque ignora la regla de la Corte Constitucional que establece que la renuncia a la persecución penal perseguida por el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP es condicional siempre y cuando el perpetrador cuente la verdad, los derechos de las víctimas sean garantizados y la investigación contra los máximos responsables continúe. Con su llamado a una persecución indiferenciada Duque ignora que el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP está incorporado en un único Sistema holístico de Justicia Transicional creado por el Acuerdo de Paz (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición). El Sistema otorga un marco institucional temporal que satisface los derechos de las víctimas del conflicto armado y contribuye a la reconciliación nacional. Estos mecanismos se fortalecen mutuamente. Como la JEP forma parte de un proyecto más extensivo de justicia transicional, el paradigma de esta Jurisdicción mira hacia el futuro y constituye una justicia prospectiva que se dirige a poner un fin al conflicto (cf. Art. 4 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP). De acuerdo a ello, la JEP es un mecanismo justamente balanceado que asegura un equilibrio entre persecución criminal y sanciones alternativas, concentrando su principal esfuerzo en los máximos responsables. La resaltada idea de la priorización y selección es parte del marco jurídico constitucional de la justicia transicional en Colombia que fue aprobado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-579 de 2013. Asimismo, en el nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional han aprobado este enfoque. La Corte aceptó – en su Sentencia del 26 de mayo del Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia* – la investigación y el procesamiento a través de un sistema de patrones sistemáticos de macrocriminalidad (paras. 118-9 y 149). Por su parte, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en su reporte sobre Colombia de 2014 aprobó este modelo con “*el foco en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos*” (cf. para. 111). En términos prácticos, Duque exige una persecución criminal omnicompreensiva que no solo se opone a los fines del Acuerdo Final, sino que llevaría al colapso de la JEP. Su jurisdicción *ratione temporis* se extiende a muchas décadas de un brutal conflicto armado, siendo prácticamente imposible procesar a todos los potenciales sospechosos de crímenes (internacionales) cometidos durante ese periodo. Es más, Duque exige cambios que beneficiarían a los funcionarios cuya persecución no podría o no sería ya priorizada. Exigir una persecución criminal estricta en este sentido es corta de vista, además no está conforme con el Sistema de Justicia Transicional del país y pone en peligro el Proceso de Paz en su conjunto” (Ambos y Aboueldaha, 2019).

⁶⁸ “Se refiere a la competencia de la JEP para modificar la lista de ex miembros de las FARC, que constituye la base de su jurisdicción *rationae personae* sobre esa parte del conflicto. El Art. 63 (8) del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP le da a ésta la competencia para verificar y juzgar a personas que, por fuerza mayor, no fueron incluidas en la señalada lista. Duque afirma que la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, como representante del Presidente de la República, tiene la responsabilidad exclusiva y el poder de verificar esa lista. La objeción ignora completamente la independencia de la JEP y el principio según el cual una corte decide sobre el ámbito de su Jurisdicción (*competence de la competence/ Kompetenz-Kompetenz*). Este se erige en claro contraste con lo que Duque supone sobre la separación de poderes. Además, las funciones del Alto Comisionado no están restringidas y la intención de la resaltada objeción no es fortalecer al Alto Comisionado, sino debilitar a la JEP” (Ambos y Aboueldaha, 2019).

⁶⁹ “Se objetó la jurisdicción exclusiva de la JEP en detrimento de las cortes ordinarias (Art. 79 j (3) del Proyecto de Ley Estatutaria). En su punto de vista esta situación haría perder valiosos recursos de investigación, capacidad y experiencia de la Fiscalía General de la Nación que no serían usados para los casos de la JEP. Acá nuevamente, Duque argumenta que la regla como se encuentra permitiría la impunidad y podría no garantizar el derecho de las víctimas a la verdad. Sin embargo, estas demandas simplemente ignoran que la JEP fue precisamente creada, *inter alia*, debido a la sobrecarga y ausencia de diligencia suficiente de la Fiscalía General de la Nación y de la justicia ordinaria (como también afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017). Además, no es el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, sino la Corte Constitucional, en su Sentencia C-080 de 2018, la que prohíbe a la justicia penal ordinaria realizar “*diligencias*” en relación con crímenes bajo la competencia de la JEP. De todos modos, la actual competencia entre la JEP y la Fiscalía General de la Nación había sido uno de los aspectos críticos en la negociación y sigue siendo un aspecto complejo. La JEP depende en mucho de la colaboración de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta refiere procedimientos a la JEP. Dar este paso atrás crea un grave riesgo para la implementación del Acuerdo” (Ambos y Aboueldaha, 2019).

⁷⁰ “Se consideró inconveniente la extradición de supuestos perpetradores de crímenes que se encuentren bajo la Jurisdicción de la JEP. Este problema altamente controversial concierne a la *competence de la competence* de la JEP y el acceso a la evidencia en procedimientos de extradición.

La sexta tuvo relación con la extradición que “se declara inconveniente porque no especifica el procedimiento de la misma y carece de un ámbito de tiempo para la revelación obligatoria de la verdad anterior a la extradición”. (Art. 153 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP)⁷¹.

Conclusiones preliminares:

Según Kai Ambos y Susann Aboueldahab (2019), las anteriores consideraciones evidencian que:

“El Presidente de Colombia aprovechó un derecho previsto a nivel constitucional para promover su agenda política que es incompatible con el Acuerdo de Paz.”

“Adicionalmente, muchas de las objeciones planteadas por Duque ignoran lo señalado por la Corte Constitucional y desconocen su competencia.”

“A través de las objeciones el Congreso debe ahora revisar el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP nuevamente y cualquier modificación tendrá que ser revisada nuevamente por la Corte Constitucional, tal como lo señaló en el Auto 123 de 2019.”

“De esta manera, la consecuencia más inmediata de las objeciones presidenciales será dilatar la entrada en vigencia del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP.”

“Como si no fuera suficiente, se esperan más ataques. De hecho, Duque ha anunciado que está preparando una reforma constitucional al Acto Legislativo 01 de 2017 – la llave a través de la cual se diseñó el Sistema de Justicia Transicional que además creó la JEP.”

“Los cambios buscados podrían, *inter alia*, limitar la competencia de la JEP. Reabrir el

El Artículo 150 del Proyecto de Ley Estatutaria establece que la JEP tiene competencia exclusiva para decidir sobre la protección legal de la persona a ser extraditada. Duque objetó esta disposición argumentando que este régimen afectaría, *inter alia*, seriamente la cooperación judicial colombiana con otros países (pensando especialmente en los Estados Unidos de América). El Presidente excede los límites de sus poderes ejecutivos, ignorando la independencia de la JEP y su derecho constitucional a conocer los casos concernientes (cf. Art. 19 del Acto Legislativo 01 of 2017)” (Ambos y Aboueldaha, 2019).

⁷¹ “Disposición sobre la extradición que fue objetada y declarada inconveniente porque no especifica el procedimiento de extradición y carece de un ámbito de tiempo para la revelación obligatoria de la verdad anterior a la extradición (Art. 153 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP). Duque señala que esta provisión produciría un incentivo perverso frente a terceros para someterse a la JEP con el pretexto de supuestos descubrimientos de la verdad. Sin embargo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ya clarificaron que la extradición debe suspenderse hasta que se de una verdad completa, lo cual es una garantía de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. De acuerdo a Duque, esta situación podría ser aprovechada para evadir responsabilidad criminal ante el sistema legal de otros estados. Nuevamente, su razonamiento está en claro contraste con la idea básica del marco de la justicia transicional de establecer primordialmente la verdad y garantizar a las víctimas el derecho a la justicia y a la reparación. Además, nos recuerda la extradición de importantes paramilitares a los Estados Unidos en virtud de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) durante el mandato de Álvaro Uribe, mentor político de Duque. Estas extradiciones han detenido la narración de verdad de esto” (Ambos y Aboueldaha, 2019)

largo y complejo debate sobre el Acto Legislativo 001 de 2017 podría agravar la ya débil situación de la JEP, y tiene el potencial de dar el golpe final a su efectivo funcionamiento.”

Estos aspectos se examinan en el capítulo siguiente, en especial lo relativo a las estrategias e incorporación de reformas y controles que garanticen una paz estable y duradera como resultado del Acuerdo de Paz.

Capítulo 5. Estrategias Tendientes a la Incorporación de Controles, Reformas y Actividades que Garanticen una Paz Estable y Duradera como Resultado del Acuerdo de Paz Celebrado entre el Gobierno Nacional y Las Farc-Ep

El gobierno colombiano y las FARC-EP firmaron un acuerdo de paz pero el proceso sigue siendo frágil. Asegurar el acuerdo es una tarea vital para el futuro de las nuevas generaciones en Colombia, varios países, como es el caso de Noruega (2019) que han acompañado el proceso del Acuerdo, así como asesores internacionales del proceso de paz (Ambos, 2019), han señalado problemas relacionados con la culminación del proceso que asegure una paz estable y duradera, en razón a que la anhelada paz continúa estando acompañada de incertidumbres. Varios asuntos desafían la durabilidad y hacen necesario que se diseñen estrategias para asegurar su estabilidad y permanencia.

Algunos aspectos que señalan la problemática de la estabilidad y durabilidad de la paz son los siguientes:

“1. El conflicto continúa. La implementación del acuerdo no ha generado cambios positivos en algunos territorios colombianos. Un nuevo escenario de violencia se ha desencadenado en el país, fenómeno que representa riesgos para la población civil y para los líderes sociales y defensores de derechos humanos. La reconfiguración de las fuerzas por el control de los recursos naturales y los negocios ilícitos amenazan a los territorios y a la paz, especialmente en el área rural. Hoy, en al menos un tercio de la geografía nacional, hay personas que siguen teniendo grandes necesidades humanitarias” (Noruega, Asuntos que desafían la paz en Colombia, 2018).

“2. Las instituciones del Gobierno actual no están comprometiendo de fondo el Acuerdo de la Paz. En Colombia aún existen áreas remotas, afectadas por el conflicto, que no han sido atendidas por el Gobierno Nacional y donde la presencia institucional es casi nula. Hay gobernaciones, alcaldías y entidades descentralizadas que carecen de recursos y la capacidad suficiente para asegurar la paz territorial. En particular, se deben fortalecer las medidas de protección para las comunidades rurales, con especial atención a las poblaciones indígenas y afrocolombianas, que se encuentran entre las más vulnerables.”

“3. Más de siete millones de personas son desplazados internos, un problema en

aumento. Aunque las cifras eran altas, en el 2017, la violencia y la falta de medidas de protección condujeron a un aumento del 53 por ciento en los datos asociados con el desplazamiento masivo, en comparación con el año anterior. En el primer trimestre de 2018 hubo incremento del 50% en el número de personas que fueron desplazadas masivamente en comparación con el año 2017. Cerca de 139,000 personas fueron desplazadas en 2017. Los afrocolombianos y los grupos indígenas se vieron especialmente afectados por los combates que obligan a las personas a huir. El 79 por ciento de las poblaciones desplazadas totales pertenecen a estas comunidades”.

“4. Líderes Sociales locales están siendo asesinados. Un alto número que cumplen la función de ser líderes locales y activistas de derechos humanos han sido asesinados. Desde el 2016 se han presentado cientos de homicidios a líderes, según el Defensor del Pueblo. Otros temen que el número sea aún mayor. Los departamentos más afectados por estos hechos son Cauca, Valle del Cauca, Norte de Santander y Tolima” (Noruega, Asuntos que desafían la paz en Colombia, 2018).

“5. Las FARC-EP dejaron sus armas, pero la incertidumbre continúa. Excombatientes de las FARC-EP han cumplido con las obligaciones estipuladas en el acuerdo de paz: Han abandonado sus armas y han dejado de ser un grupo guerrillero y se ha conformado un partido político. Sin embargo, los retrasos en la aplicación de la reincorporación política, social y económica son evidentes. Hay comunidades que se sienten frustradas por la falta de garantías para que sus derechos sean respetados y es urgente que los complejos mecanismos de justicia transicional funcionen a plenitud y no dejen lugar a dudas en su implementación.”

6. Las negociaciones con el ELN requieren que se supere la presente etapa de estancamiento. El gobierno y el grupo armado ELN (Ejército de Liberación Nacional) iniciaron conversaciones formales de paz desde febrero de 2017 pero las partes no han logrado avances significativos en la negociación, que se ha visto afectadas por las violaciones a los derechos humanos y las acusaciones sobre infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que han ocurrido desde que terminó el cese al fuego. La reiniciación de diálogos de paz con ese grupo y el desescalamiento del conflicto es urgente, este proceso se encuentra fracturado.

7. Las víctimas todavía no sienten en forma efectiva el impacto positivo inmediato de la paz. Nueve de cada diez personas desplazadas por la guerra interna colombiana no han recibido la compensación prometida por los crímenes cometidos contra ellos. Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición siguen sin ser la prioridad de la nación. Además, la implementación de la restitución de tierras en virtud de la Ley de Víctimas avanza de manera lenta, debido a la falta de recursos económicos y de seguridad (Noruega, Asuntos que desafían la paz en Colombia, 2018).

“8. Colombia tiene una economía estable, pero la desigualdad sigue siendo alta. De acuerdo con el Índice de Desarrollo Humano de la ONU, Colombia ocupa el puesto 95 entre los países más desiguales del mundo y, según el Banco Mundial, es el 3er país América Latina con mayor desigualdad, después de Honduras y Haití. El 80 por ciento de los desplazados viven por debajo del umbral de la pobreza. De este grupo, el 30 por ciento vive en la pobreza extrema. Las personas desplazadas se enfrentan a dificultades particulares, como bajo acceso a vivienda y pocas oportunidades de generar ingresos.”

“9. La educación en las áreas rurales no puede esperar más. Las escuelas han estado y siguen sujetas a ataques y a diversas manifestaciones del conflicto. Este año, más de 10 mil niños y niñas han tenido que suspender temporalmente su educación como consecuencia del conflicto armado. Colombia debe fortalecer su compromiso para hacer de los espacios educativos entornos protectores y seguros, sobre todo en las zonas rurales. Firmar la declaración de escuelas seguras es un paso importante para promover acciones que se transformen en rápidos dividendos de paz.

Hoy existe una diferencia de tres años en los niveles de aprendizaje entre niños y niñas del mismo grado en áreas urbanas y rurales. Romper el ciclo de la violencia requerirá oportunidades educativas para los niños y los jóvenes, que aún son especialmente susceptibles de ser reclutados por grupos armados.”

“10. El nuevo mandato presidencial en Colombia no ha acogido dinámicamente la implementación de los acuerdos de paz, y efectuó objeciones que ponían en peligro a la Ley Estatutaria de la Jurisdicción de la Paz JEP. La situación económica general, la corrupción y la inseguridad ciudadana estuvieron presentes en el pasado debate electoral

del 2018. Es importante que la implementación del acuerdo de paz y su continuidad tengan la prioridad del debate nacional, para que Colombia y los colombianos puedan asegurar que se extinga el conflicto armado y que los dividendos de paz lleguen a todos los sectores y territorios en el país” (Noruega, Asuntos que desafían la paz en Colombia, 2018).

Un hecho considerado negativo en el plano internacional desde la ONU, es la preocupación de los países que han acompañado el proceso de paz en Colombia y los asesores internacionales del proceso de paz, por la implementación e integralidad del Acuerdo Final de La Habana, de igual manera se han presentado reclamos a nivel nacional por distintos sectores políticos, que lo calificaron como una grave lesión al citado Acuerdo fue el efecto que se originó por las objeciones que presentó el presidente de Colombia Iván Duque a la Jurisdicción Especial de Paz, en la donde además se anunció que presentaría una reforma constitucional para modificar el acto legislativo 01 de 2017 que le dio vida constitucional a la Jurisdicción Especial de Paz.

Si bien la Justicia Especial para la Paz (JEP) podía seguir funcionando por mandato constitucional, las objeciones que presentó el presidente Iván Duque, paralizaron de momento la aplicación integral de la ley estatutaria que es el ordenamiento jurídico que detalla y aclara los procedimientos de este tribunal especial, adicionalmente, es una voz de alarma indicativa que hay que diseñar estrategias tendientes a lograr una paz estable y duradera.

Con base en lo anterior, este apartado final tiene como fin específico proponer estrategias dentro de los procesos de justicia transicional, tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos en los varios niveles del Estado y la sociedad, tomando como base los principios y directrices propuestos por la ONU que se relacionan con el control civil sobre las fuerzas de seguridad, la prevención y difusión de estas, las reformas institucionales, si estas fueren del caso, para asegurar un paz estable y duradera, entre otras.

Para tal fin, se analizan las causas que han originado el conflicto, la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen que las víctimas sean el eje esencial de la verdad, la justicia y la reparación del Acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, la observación de los derechos económicos, sociales y culturales DESC, la operación y resultados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, lo

relacionado con la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, la Jurisdicción Especial para la Paz, los resultados de la Reparación Integral y las garantías de no repetición, todo ello con miras a que estos controles, reformas y actividades lleguen a garantizar en Colombia, una paz estable y duradera. En su análisis final, se examina el fenómeno de la complicidad empresarial para destacar lo poco que se sabe del involucramiento o participación de los actores civiles no combatientes y su contribución al desarrollo de la guerra en las regiones y ciudades del país, pero que en sentido estricto, son los que han suministrado el combustible para el conflicto bélico interno en Colombia.

5.1. Las causas que han originado el conflicto interno en Colombia

Señalan Cepeda y Rodríguez (2019), “que la superación de un conflicto armado no sólo debe ir acompañada de un proceso de entrega de las armas, y juicio a los perpetradores de los delitos; también supone identificar y corregir las causas estructurales de la violencia”. Por ello, una de las estrategias primigenias dentro de los procesos de justicia transicional tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad y especialmente a las víctimas del conflicto, es la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos en los varios niveles del Estado y la sociedad, por lo que debe abordar las causas que han originado el conflicto; para tal efecto, se han examinado tres fuentes sobre estas causas.

Algún sector de estudiosos sobre las causas del conflicto señalan, que es un conflicto atípico, que contiene varios actores armados, guerrillas y grupos paramilitares, bandas criminales, alimentado por el narcotráfico, que ha sido denominado “un caleidoscopio de factores históricos y sociales, casi imposible de resumir con palabras” (Stephen Ferry), con una multiplicidad de causas que lo hacen un conflicto multifactorial y complejo.

Uno de los estudios más importante para identificar las causas del conflicto está consignado en el resultado que ha presentado la Comisión histórica del conflicto y sus víctimas, creada en el año 2014 por la mesa de paz en el marco de las negociaciones del gobierno y las Farc-ep integrada por 12 expertos y 2 relatores, que en forma independiente y autónoma analizaron los factores generadores del conflicto y los efectos de éste, con el fin de “contribuir a la comprensión de la complejidad del contexto histórico del conflicto interno”, con el objeto de “proveer insumos para las delegaciones en los diferentes puntos del Acuerdo generales que están pendientes”

Los relatores fueron los profesores Eduardo Pizarro Leongómez y Víctor Manuel Moncayo C., la primera relatoría agrupó el análisis de 12 ensayos de los autores, trabajo relacionado con los “orígenes, persistencia y víctimas e impactos del conflicto” a partir de los consensos y diferencias de enfoques expuestos en cada uno de ellos, se resalta las denominadas “fallas geológicas” o “grietas geológicas” en la construcción de la nación, a partir de las cuales se han generado hechos de violencia, entre ellos, “la cuestión agraria, la debilidad institucional, la honda desigualdad de los ingresos, la tendencia simultánea al uso de las armas y violencia”, entre otras. En todo caso, se concluye la necesidad de abordar la superación de los citados problemas como presupuesto indispensable para la superación definitiva del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

La segunda relatoría hace referencia, a una serie de tesis de las causales explicativas del conflicto y sus conclusiones como producto del examen integral con un grado de generalización y abstracción, que se resumen en: “El orden capitalista y la conflictividad, la dimensión estatal, modernidad y heterogeneidad, carácter congénito de la expresión subversiva como de la contrainsurgencia, naturaleza de la sociedad colombiana, construcción de la dimensión estatal, transición al orden capitalista y cuestión agraria, entrecruce sobre transición agraria y organización del estado, significación política de mediados del siglo XX, el paramilitarismo como contrainsurgencia explícita, persistencia y renovación del conflicto según las condiciones del orden socio-económico, la injerencia norteamericana, responsabilidades”, todo lo cual se enmarca en la persistencia de la violencia desde la conformación del estado nacional, la debilidad institucional, el problema agrario, la problemática del narcotráfico, el fenómeno paramilitar, las expresiones de rebelión, resistencia y subversión, entre otros, temas que exceden el objeto del presente trabajo pero que tiene relación directa con las medidas de no repetición y en especial, sobre la incorporación de controles y reformas para garantizar la paz estable y duradera.

Instituciones como la Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y debido al conflicto, de una parte, y la Justicia Especial para la paz, de otra parte, constituyen entes estatales básicos para incorporar controles, reformas y actividades para la garantía de una paz estable y duradera relacionada con el conocimiento de la verdad extrajudicial frente a los desaparecidos por razón del conflicto y el juzgamiento de los perpetradores de las graves violaciones de derechos humanos y DIH, escenario en el que surge el derecho penal transicional al que se ha hecho referencia en el presente trabajo.

Sin embargo, como se mencionó al comienzo de este capítulo, la JEP ha sido objeto de ataques por quienes han buscado su eliminación u obstaculización, o la objeción a varios de sus objetivos y competencias, por lo que antes de especificar su caracterización se considera conveniente presentar la perspectiva de dos expertos internacionales de cómo se ha querido desvirtuar la importancia del proceso de justicia transicional. A este respecto, Kai Ambos y Susan Aboueldahab resumieron en un importante documento que denominaron *¿Será el momento de la Fiscalía de la CPI para actuar en Colombia?*^{72 73}, en relación con el intento de disminuir la importancia de este instrumento de la justicia transicional.

Frente al tema de la JEP, los expertos internacionales citados señalan que la controversia sobre el rol y la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia (en adelante JEP), alcanzó un nuevo punto, así: “el presidente de Colombia Iván Duque inició un ataque frontal contra el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que va más allá de las previas arremetidas dirigidas contra el Sistema de Justicia Transicional del país. En este texto, sostienen, que los actuales desarrollos de esa estrategia son una alarma que amenaza el proceso de paz colombiano, y que el intento más reciente del Presidente Duque para impedir el adecuado funcionamiento de la JEP tiene el potencial de poner en riesgo cualquier existencia significativa de esta Jurisdicción. Finalmente consideran que “esta situación crítica puede mover a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) a tomar acciones en Colombia”, como producto de los intentos previos y permanentes de debilitar el proceso de justicia transicional.

Señalan los expertos extranjeros que el presidente Duque anunció desde su campaña para la presidencia, modificar el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el gobierno del presidente Santos y las FARC-EP, por tanto, el intento de afectar o paralizar la Justicia transicional no es sorprendente.

Después de su elección, el grupo parlamentario del presidente Duque en el Congreso (Centro Democrático, en adelante CD) ha convertido sus palabras en acciones, impulsa una propuesta de reforma constitucional que negaría a todos los organismos transicionales (incluyendo la JEP), el acceso a información confidencial que afecte la seguridad nacional. La propuesta afectaría el

⁷² Por Kai Ambos Y Susan Aboueldahab | 3/29/2019.

⁷³ Kai Ambos es catedrático (profesor titular) de la Universidad de Göttingen, magistrado del Tribunal Especial de Kosovo, *amicus curiae* de la JEP y director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL); Susan Aboueldahab es investigadora y doctorando del CEDPAL. El original inglés de este artículo se publica en un blog internacional.

trabajo de todos los mecanismos de justicia transicional y en este sentido, constituye un ataque frontal al Sistema.

Otra propuesta del centro Democrático, presentada en octubre del año 2018, se refirió a la creación de cámaras especiales en la JEP para para la investigación y juzgamiento de los miembros de las fuerzas armadas, relacionados con la ejecución de delitos de competencia de este tribunal, con el fin de crear una especie de jurisdicción militar cuya imparcialidad e independencia es más que cuestionable que podría otorgar beneficios a los miembros de las fuerzas armadas envueltos en crímenes internacionales. De este modo, amenaza socavar la JEP como un mecanismo que otorgue justicia por igual a todas las partes del conflicto.

Aunque el Congreso de Colombia no ha adoptado ninguna de las dos propuestas, se evidencia con su formulación, el propósito claro del actual Gobierno de debilitar el marco jurídico constitucional de la JEP e impedir su adecuado funcionamiento.

• **Una síntesis del último ataque a la JEP**

El 10 de marzo del 2019, el Gobierno redobló sus intentos de descarrilar el Sistema de Justicia Transicional: el Presidente Duque objetó parcialmente el Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP. La Ley regula las funciones de la JEP creado como su marco jurídico legal. Fue aprobada por el Congreso en 2017 y posteriormente fue declarada su constitucionalidad, salvo algunas disposiciones por la Sentencia C-080 de 2018.

En la objeción de las 6 disposiciones del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, el Presidente Duque aplicó la facultad de objetar proyectos de ley por razones de inconveniencia (cfr. Art. 305-9 de la Constitución Política). Sin embargo, existen serias dudas sobre si la aplicación de este derecho bajo las actuales circunstancias implica un desvío de su propósito original para beneficiar la agenda política del presidente Duque y su partido de gobierno. El jefe de gobierno actuó sobre la base de una propuesta del Fiscal General Néstor Humberto Martínez, otro adversario de la JEP para elevar serias críticas a varias provisiones del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP.

Con las objeciones el presidente Duque, planteadas al comienzo por el ex fiscal Martínez Neira pretendió asegurar, según su concepción, cero tolerancia a la impunidad de crímenes bajo la Jurisdicción de la JEP examinado anteriormente, (cfr. sus objeciones referidas a los Arts. 19, 63 y 79). Adicionalmente, exige regulaciones más concretas sobre la reparación de las víctimas

(particularmente reparaciones materiales, cfr. sus objeciones respecto del Art. 7 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP). En las objeciones, la presidencia tomó precauciones para disimular el riesgo de aparecer en contra de las competencias de la JEP, al sostener que era compromiso del Gobierno con el Acuerdo de Paz asegurar la aprobación de la JEP y que las observaciones o recomendaciones tenían por finalidad mejorar la actividad de esta Jurisdicción. Sin embargo, una mirada más profunda permite concluir, que las objeciones de Duque al Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP están dirigidas a promover el descarrilamiento del Proceso de Paz, como lo indican varios expertos que se refirieron al tema.

- **Una lista de los aspectos tratados en las Objeciones del Presidente Duque al Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP: una valoración crítica.**

Inicialmente el Presidente Duque objetó el Art. 7º del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que se refirió a la reparación de las víctimas como un criterio para la interpretación de la citada Ley, argumentando que esta regla no establecía claramente la obligación primordial de los perpetradores de reparar a las víctimas. Aun cuando, el texto del Acuerdo Final y las normas que lo implementan consagran que los ex miembros de las FARC deben contribuir con la reparación, y a que se usen los activos de las FARC-EP para tal efecto. Por ello, la sugerencia del Gobierno Duque de hacer referencia a esta obligación es inaceptable. No debe pasarse por alto además, que fue el mismo Gobierno de Duque el que intentó en el Congreso de la República, que se eliminara el deber de agentes estatales en el proceso de Justicia Transicional de comprometerse con la reparación material a las víctimas ejecutados por el Estado, mostrando de esta manera una doble posición inadmisibles en este aspecto.

Otra objeción se refirió a la posibilidad de renunciar a la persecución judicial de personas que no sean máximos responsables (de crímenes internacionales). El Presidente Duque argumentó que el Estado no debe renunciar a procesar a aquellos responsables de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidios sin haber utilizado exhaustivamente todos los medios para buscar verdad y justicia. Esta objeción es particularmente problemática porque ignora la regla de la Corte Constitucional que establece que la renuncia a la persecución penal perseguida por el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP es condicional, siempre y cuando el perpetrador cuente la verdad, los derechos de las víctimas sean garantizados y la investigación contra los máximos responsables continúe.

Con su llamado a una persecución indiferenciada, el Presidente Duque ignora que el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, está incorporado en un único Sistema integral de Justicia Transicional creado por el Acuerdo de Paz (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición). El Sistema otorga un marco institucional temporal que satisface los derechos de las víctimas del conflicto armado y contribuye a la reconciliación nacional. Estos mecanismos se fortalecen mutuamente. Como la JEP forma parte de un proyecto más extensivo de justicia transicional, el paradigma de esta Jurisdicción mira hacia el futuro y constituye una justicia prospectiva que se dirige a poner un fin al conflicto (cf. Art. 4 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP). De acuerdo con lo cual, la JEP es un mecanismo justamente balanceado que asegura un equilibrio entre persecución criminal y sanciones alternativas, concentrando su principal esfuerzo en los máximos responsables.

La resaltada idea de la priorización y selección es parte del marco jurídico constitucional de la justicia transicional en Colombia que fue avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013. Así mismo, en el nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional aceptan y han aprobado este enfoque. La Corte Interamericana aceptó –en Sentencia del 26 de mayo del Caso Cepeda Vargas vs. Colombia– la investigación y el procesamiento a través de un sistema de patrones sistemáticos de macrocriminalidad (párrafos 118-9 y 149). Por su parte, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en su reporte sobre Colombia de 2014 aprobó este modelo con “el foco en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos” (cf. para. 111).

En términos prácticos, el Presidente Duque exige una persecución criminal total que no solo se opone a los fines del Acuerdo Final, sino que llevaría al colapso de la JEP. Su jurisdicción *ratione temporis* se extiende a muchas décadas de un brutal conflicto armado, siendo prácticamente imposible procesar a todos los potenciales sospechosos de crímenes (internacionales) cometidos durante ese periodo. Exigir una persecución criminal estricta que en este sentido es corta de vista, además no está conforme con el Sistema de Justicia Transicional del país, y pone en peligro el Proceso de Paz en su conjunto.

Otra objeción presidencial se refirió a la competencia de la JEP para modificar la lista de ex miembros de las FARC, que constituye la base de su jurisdicción *rationae personae* sobre esa parte

del conflicto. El Art. 63 (8) del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP le da a ésta, la competencia para verificar y juzgar a personas que, por fuerza mayor, no fueron incluidas en la señalada lista. El Presidente Duque afirma que la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, como representante del presidente de la República, tiene la responsabilidad exclusiva y el poder de verificar esa lista. La objeción ignora por completo la independencia de la JEP y el principio según el cual una corte decide sobre el ámbito de su Jurisdicción (*competence de la competence/ Kompetenz-Kompetenz*). Es un claro contraste con lo que Duque supone sobre la separación de poderes. Además, las funciones del Alto Comisionado no están restringidas y la intención de la resaltada objeción no es fortalecer al Alto Comisionado, sino debilitar a la JEP.

El Presidente Duque también objetó la jurisdicción exclusiva de la JEP en detrimento de las cortes ordinarias (Art. 79 j (3) del Proyecto de Ley Estatutaria). Desde su punto de vista, esta situación haría perder valiosos recursos de investigación, capacidad y experiencia de la Fiscalía General de la Nación que no serían usados para los casos de la JEP. Acá nuevamente, el Presidente Duque argumenta que esta regla, como se encuentra, permitiría la impunidad y podría no garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, Sin embargo, estas demandas simplemente ignoran que la JEP fue precisamente creada, *inter alia*, debido a la sobrecarga y ausencia de diligencia suficiente de la Fiscalía General de la Nación, y de la justicia ordinaria (como también lo afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017). Además, no es el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, sino la Corte Constitucional, en su Sentencia C-080 de 2018, la que prohíbe a la justicia penal ordinaria realizar “*diligencias*” en relación con crímenes bajo la competencia de la JEP. De todos modos, la actual competencia entre la JEP y la Fiscalía General de la Nación había sido uno de los aspectos críticos en la negociación, y sigue siendo un aspecto complejo. La JEP depende en parte de la colaboración de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta refiere procedimientos a la JEP. Dar este paso atrás crearía un grave riesgo para la implementación del Acuerdo.

Las últimas dos disposiciones que el Presidente Duque consideró inconvenientes, se refirieron a la **extradición** de supuestos perpetradores de crímenes que se encuentren bajo la Jurisdicción de la JEP. Este problema que es altamente controversial concierne a la *competence de la competence* de la JEP y el acceso a la evidencia en procedimientos de extradición. El Artículo 150 del Proyecto de Ley Estatutaria, establece que la JEP tiene competencia exclusiva para decidir sobre la protección legal de la persona a ser extraditada. El Presidente Duque objetó esta disposición argumentando que este régimen afectaría, *inter alia*, en forma seria la cooperación

judicial colombiana con otros países (pensando especialmente en los Estados Unidos de América). El presidente excede los límites de sus poderes ejecutivos en tal caso, ignora la independencia de la JEP y el derecho constitucional a conocer los casos concernientes (cf. Art. 19 del Acto Legislativo 01 de 2017). De hecho, esta objeción es inconstitucional, pues la Corte Constitucional ha dejado claro en Auto 401 de 2018 y en la Sentencia C-112 de 2019, que es función de la JEP establecer los hechos relacionados con la posible extradición. Adicionalmente, esta objeción también pone en peligro el derecho de las víctimas a saber la verdad. De esta manera, aparece como otro intento de disminuir el rol y el poder de los mecanismos de justicia transicional.

La segunda disposición sobre la extradición que fue objetada por el Presidente Duque, lo hizo al declararla inconveniente porque no especificaba el procedimiento de extradición, y carecía de un ámbito de tiempo para la revelación obligatoria de la verdad anterior a la extradición (Art. 153 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP). El Presidente señala en la objeción, que esta provisión produciría un incentivo perverso frente a terceros para someterse a la JEP, con el pretexto de supuestos descubrimientos de la verdad. Sin embargo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han clarificado que la extradición debe suspenderse hasta que se dé una verdad completa, lo cual es una garantía de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. De acuerdo con el Presidente Duque, esta situación podría ser aprovechada para evadir responsabilidad criminal ante el sistema legal de otros estados. De nuevo, su razonamiento está en claro contraste con la idea básica del marco de la justicia transicional de establecer primordialmente la verdad y garantizar a las víctimas el derecho a la justicia y a la reparación. Además, recuerda la extradición de importantes paramilitares a los Estados Unidos en virtud de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), durante el mandato de Álvaro Uribe mentor político del Presidente Duque. Estas extradiciones detuvieron la narración de verdad de estos líderes y han sido muy criticadas, no solo por las organizaciones de víctimas sino por los analistas de los resultados del régimen de Justicia y Paz por sus precarios resultados.

• Frente a lo anterior, los expertos internacionales se preguntaron como Conclusión: ¿Ha llegado el Tiempo para que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional actúe en Colombia?

Las anteriores consideraciones evidencian que el Presidente Duque aprovechó el derecho constitucional a las objeciones para promover una agenda política incompatible con el Acuerdo de Paz. Adicionalmente, muchas de los reparos planteadas están en clara contravía del principio de

cosa juzgada constitucional, en razón a que pretendieron desconocer abiertamente el fallo de constitucionalidad del alto tribunal.

A través de las objeciones el Congreso lo que se buscaba era revisar el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP de nuevo, cualquier modificación tendría que volver a la Corte Constitucional, tal como lo señaló en el Auto 123 de 2019, de esta manera, la consecuencia inmediata de las objeciones presidenciales sería dilatar o frustrar la entrada en vigor del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP. Como si fuera poco, de semejante ataque se esperan más posiciones en contra por el ejecutivo. De hecho, el Presidente Duque ha anunciado que está preparando una reforma constitucional al Acto Legislativo 01 de 2017 instrumento mediante el cual se diseñó el Sistema de Justicia Transicional que además creó la JEP. Los cambios buscados podrían, llegar a limitar la competencia de la JEP. Reabrir el largo y complejo debate sobre el Acto Legislativo 001 de 2017, agravar la ya débil situación de la JEP y tenían como finalidad impedir su efectivo funcionamiento.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha considerado en observación la situación de Colombia desde junio de 2004. Bajo el principio de complementariedad tiene el deber jurídico de verificar que las autoridades nacionales de los países investiguen en debida forma, -debida diligencia- lo ocurrido en relación con crímenes internacionales de competencia del ER,, para el caso de Colombia los crímenes ocurridos en medio del conflicto armado interno.

La Oficina del Fiscal de la CPI ha estado monitoreando en forma cercana los desarrollos recientes en Colombia y ha expuesto en múltiples ocasiones su apoyo a la JEP. El Vicefiscal de la CPI James Stewart, señaló en 2018, que el trabajo efectivo de la JEP es una de las condiciones clave para la complementariedad que la CPI evalúa en Colombia. Los esfuerzos velados del Gobierno de obstruir el trabajo de la JEP, cuestionan seriamente la voluntad de investigar y juzgar crímenes internacionales. Mientras el Presidente Duque no pretende concretar el deber de investigar en debida forma crímenes internacionales, en realidad utiliza sus facultades para debilitar la JEP. Su intento de romper los pilares básicos y premisas del Acuerdo de Paz incluso generaron una protesta entre los participantes de las negociaciones de paz (cf. la Carta abierta al Secretario General de las Naciones Unidas del 11 de marzo de 2019). Las citadas objeciones permitirían que la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano, intervenga bajo el principio de complementariedad y sea probable la competencia del ER. Tal vez

ahora, las cartas enviadas a las Autoridades Colombianas no sean suficientes y se requieran muchas más acciones reales.

Afortunadamente, la Corte declaró que el presidente Duque debía suscribir la Ley estatutaria de la JEP y así se hizo, pero estos intentos de frenar a la JEP como instrumento esencial del Acuerdo de paz, son indicativos de la necesidad de blindar el Acuerdo y de diseñar estrategias que aseguren la estabilidad y duración de la paz en Colombia.

Analizado este aspecto, resulta necesario examinar los componentes y exigencias de la JEP, así:

Estrategias dentro de los procesos de justicia transicional para asegurar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población afectada por las violaciones de sus derechos.

En noviembre de 2016, en medio de las discusiones que se llevaban a cabo en el Congreso de la República para aprobar el acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), el Representante de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Todd Howland, expresó su temor de que dicho acuerdo no pudiera asegurar la no repetición de las violaciones a los derechos humanos debido al riesgo de victimización en el que podrían estar dos millones de personas, que se sumarían a los ocho millones de víctimas ya existentes. Dentro de su intervención, resaltó⁷⁴:

“No es normal para un país tan desarrollado como Colombia que [...] muchos tengan que vivir de la coca, de la minería ilegal, que no haya presencia del Estado, ni servicios básicos como salud y educación, y claro no hay oportunidades para ellos y ellas” (Howland, 2016).

Las palabras de Todd Howland reflejan la relación entre los DESC y el conflicto armado, hace evidente, en particular, que el aseguramiento de los derechos y, sobre todo, de los derechos sociales, económicos y culturales que materializan la igualdad, blindan a las sociedades de situaciones que puedan degenerar en conflictos armados, por ello: “No es casual que el tiempo de los derechos sea a la vez el tiempo de la paz” (Giraldo, 2001). De esta manera, se justifica la necesidad de ampliar la formulación de los mecanismos de justicia transicional, especialmente, con la prevalencia de la justicia material y la inclusión social, política y económica (OACDH,

⁷⁴Howland, Todd (2016) “Intervención de Todd Howland, Representante en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ante el Congreso de la República, en la refrendación del Acuerdo de Paz” Semana [en línea]. 11 de noviembre.

2014).

Vale la pena resaltar, que en los últimos tiempos, los países latinoamericanos han realizado reformas constitucionales enmarcadas dentro del llamado “nuevo constitucionalismo” (Salazar, 2015: 1945-1946), con el fin de hacer reformas de gran envergadura en el derecho constitucional, como es el caso de las constituciones de Nicaragua (1987), Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) (Burgos, 2006), en las que se estipula una variedad de derechos sociales encaminados a enfrentar las desigualdades materiales. Sin embargo, dichas reformas no han significado, necesariamente, la adopción de una política que haya dado como resultado condiciones sociales favorables a los ciudadanos.

El actual modelo de desarrollo afecta los derechos sociales, en cuanto que las legislaciones menoscaban las garantías laborales y reformas legales, flexibilizan las relaciones de trabajo, y permiten la tercerización e inestabilidad laboral. Además, se mantiene un rango de salarios bajos, justificados por la competitividad, pero que incide en el poder adquisitivo de los trabajadores para pagar por los derechos sociales que están en manos del mercado. La falta de empleo y las frustraciones crean un sentimiento social de insatisfacción respecto de los sistemas que confinan a la población a situaciones de precariedad (Aparicio, 2013: 529- 534), por lo que la vuelven más propensa a participar en el conflicto armado (Cepeda y Rodríguez, 2019).

En cuanto a la salud, las personas marginadas de su trabajo tienen que acudir a servicios públicos de baja calidad debido a la falta de inversión. Además, los prestadores privados en muchas ocasiones no ofrecen el servicio de manera adecuada, aprovechándose de la falta de supervisión de los entes estatales. En relación con el derecho a la vivienda, se presenta el problema del acceso a inmuebles propios ya que la baja remuneración impide a las clases obreras obtener créditos hipotecarios. Con todo, en caso de adquirirlos, los trabajadores se enfrentan al riesgo de quedarse en cualquier momento sin trabajo y, por ende, sin vivienda, debido a la inestabilidad laboral o a las crisis económicas, como la ocurrida a finales de los noventa, que produjo innumerables desalojos en Colombia.

En lo tocante a la educación, la falta de presupuesto hace que el sistema estatal no tenga buena calidad. Millones de jóvenes son excluidos de la educación de calidad, al carecer de recursos para pagar una escuela privada (Tomasevsky, 2004). De esta manera, se perpetúa la inequidad, toda vez

que el bajo nivel escolar en muchas ocasiones les impide acceder al sistema de educación superior pública, que en contextos neoliberales se destaca por tener poca cobertura y alta demanda. Si bien algunos logran superar esa realidad y acceden a la educación privada, para ello deben asumir créditos educativos que se convertirán en una carga pesada en su vida laboral, pues aun teniendo un título profesional las oportunidades de conseguir un empleo digno son pocas.

Aunque no hay cifras específicas sobre la calidad educativa en los países en desarrollo (Aguilar, 2011), es evidente que el sistema educativo latinoamericano dista mucho, en cuanto a calidad y desarrollo de nuevo conocimiento de los sistemas de Europa y Norteamérica, relegándolo en el mercado mundial a ser un mero abastecedor de materias primas. Particularmente en Colombia, como se ha visto en el segmento anterior, la guerra interna ha tenido como una de las principales causas la apropiación, uso y tenencia de la tierra. La violencia se ha visto relacionada con los problemas agrarios de despojo, concentración ociosa, usos inadecuados y titulaciones fallidas que luego confluyen con otros, como el narcotráfico, el paramilitarismo y la corrupción.

Para el Grupo de Memoria Histórica (2013), la guerra también es un reflejo del alejamiento de la sociedad respecto de la democracia, es una expresión de las salidas para abordar los conflictos de la población frente a la desigualdad y la exclusión. No debe olvidarse que la guerrilla FARC-EP, nace, entre otras razones, como producto del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán, candidato en el que algunos confiaban como el dirigente que solucionaría esas problemáticas sociales estructurales. Desde allí los mismos fenómenos siguen generando el conflicto; por ejemplo, la falta de oportunidades educativas y laborales es uno de los principales factores para que los jóvenes entren a formar parte de las filas de los grupos armados ilegales. De manera tal que mientras se mantengan estos problemas sociales habrá una propensión a la continuación de la guerra.

Los DESC tienen por finalidad proteger la dignidad humana no en forma individual sino social, son también indivisibles, progresivos, e interdependientes como ocurre con los derechos individuales, tienen por fin crear las condiciones para que las personas vivan con dignidad, tengan acceso a la salud, educación, trabajo, cultura, seguridad social, vida digna sin miseria, le imponen a los Estados deberes de acción y de omisión y están consagrados en varios instrumentos internacionales como La Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. (Comisión Colombia de Juristas, 2017).

El Secretario General de las Naciones Unidas publicó en el mes de marzo de 2010 la que denominó: su "Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición". En cuyo contenido hace mención en forma específica a que las Naciones Unidas:

"se esfuercen por garantizar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas profundas de un conflicto o un gobierno represivo y combatan las violaciones que se cometan de todos los derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales". En la citada misiva se hace referencia expresa a que la prevalencia de paz y su alcance requieren la efectividad de los DESC. (Naciones Unidas, 2014).

“La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) también ha reconocido esta necesidad, en 2006, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, hizo un llamamiento en ese sentido. En su opinión la justicia transicional debe ayudar a convertir a las sociedades oprimidas en sociedades libres, haciendo frente a las injusticias del pasado a través de medidas que permitan lograr un futuro equitativo. Esa justicia debe ocuparse de los crímenes y abusos cometidos durante el conflicto que llevó a la transición, pero también tiene que ir más allá y hacer frente a las violaciones de derechos humanos que precedieron al conflicto y lo provocaron o contribuyeron a él” (Arbour, 2007).

Naciones Unidas considera que la falta de realización o violaciones a los DESC por los países propician o son parte de las causas que originan los conflictos al interior de los Estados, normalmente afectan a los sectores más vulnerables de la población. (Naciones Unidas, 2014).

En la actualidad las inequidades que han alimentado y sustentado el conflicto en Colombia se mantienen. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2016), en 2015, 27.8% de los colombianos se encontraba en situación de pobreza y 7.9% en pobreza extrema. Esta situación se hace más grave en el campo, donde en ese mismo año la pobreza era de 41.4 % y 18 % de pobreza extrema.

Precisamente con el fin de solucionar esas causas que persisten en especial en las zonas rurales, en el Acuerdo firmado entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, se pactaron una serie de medidas sociales en materia de salud, educación,

vivienda y acceso a tierras (Gobierno de Colombia y FARC-EP., 2016), medidas cuya implementación representa un gran reto habida cuenta del modelo de desarrollo colombiano.

5.1.1 Algunas Conceptualizaciones sobre la Justicia Transicional y su relación con los DESC.

5.2. Estrategias para evitar la complicidad empresarial en la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el conflicto bélico interno colombiano

Señalan Laura Bernal Bermúdez y Daniel Marín López (2018),

“que en más de sesenta años de conflicto armado en Colombia ha sido documentado, tanto en los tribunales como en los mecanismos extrajudiciales y fuentes académicas, el involucramiento de grupos armados de izquierda⁷⁵, grupos paramilitares⁷⁶ y las fuerzas estatales en el conflicto. Sin embargo, se sabe poco acerca del vínculo de los actores civiles no combatientes que han contribuido al desarrollo de la guerra en las regiones y ciudades del país. En especial, aquellos que amasaron sus fortunas o se valieron del contexto del conflicto para conseguir ventajas competitivas en sus negocios”.

La Complicidad empresarial en la presente investigación fue definida previamente en un trabajo denominado:

“Cuentas Claras. El papel de la Comisión de la verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano (Dejusticia, febrero de 2018), como la asistencia o participación de los actores económicos en graves violaciones de los derechos humanos (incluyendo genocidio, tortura, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) cometidos por el Estado o agentes similares al Estado (p. ej., paramilitares o fuerzas rebeldes con control sobre el territorio), durante situaciones de autoritarismo o conflicto civil. Los tipos de actuaciones del sector empresarial pueden incluir responsabilidad directa con violencia criminal (p. ej., Concierto para delinquir o conspiración para cometer actos de violencia); violaciones de los derechos humanos bajo

⁷⁵ “Aunque varios grupos guerrilleros han estado involucrados en el conflicto, incluyendo el Movimiento 19 de abril (M-19) y el Ejército Popular de Liberación (EPL), hasta hace muy poco solo quedaban dos grupos involucrados en el enfrentamiento armado con el Estado: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN)”.

⁷⁶ “Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), y los grupos Los Escopeteros, La 21 y La Setenta”.

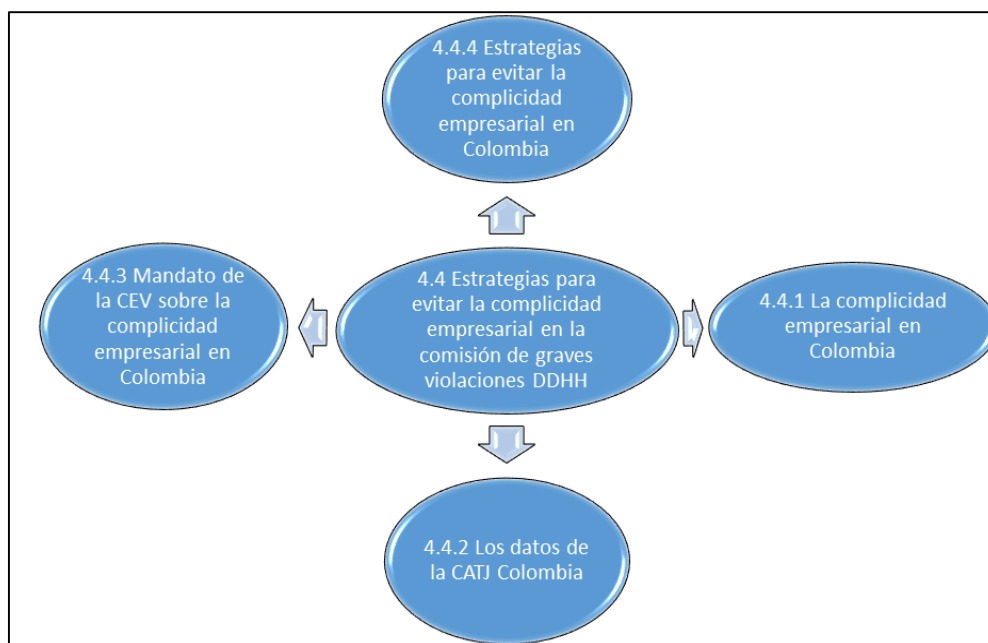
la ley laboral (p. ej., trabajo esclavo); financiación de crímenes de guerra; o empresas ilegales. La responsabilidad no requiere una afinidad ideológica entre las empresas y sus socios estatales o paraestatales” (Payne y Pereira, 2016).

En tal sentido, se debe señalar que dentro de los “distintos esfuerzos orientados a promover el esclarecimiento de patrones y responsabilidades sobre los hechos relacionados con las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado en Colombia, estuvo el de la creación de una comisión de la verdad y el esclarecimiento, y con el denominado Marco Legal para la Paz, la Constitución Política delegó al Congreso la expedición de una ley de creación de una **Comisión de la Verdad** que además debería definir su **objeto, composición, atribuciones y funciones**” (Acto Legislativo 01 de 2012).

“En las discusiones sobre el punto de víctimas en la negociación realizada entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), distintos grupos y organizaciones de víctimas apoyaron la creación de esta Comisión y la convirtieron en una de sus exigencias para la rendición de cuentas de todos los actores que participaron en el conflicto. En respuesta, el Acuerdo Final suscrito por las partes negociadoras incluyó, dentro de lo que se denomina el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, la creación de una Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición” (Comisión de la Verdad o CEV).

La siguiente gráfica ilustra los elementos que se han traído a colación en este aspecto.

Gráfico: Elementos analizados para definir estrategias para evitar la complicidad empresarial en Colombia



Fuente: el autor con datos de Cuentas Claras. El papel de la Comisión de la verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano. Dejusticia, febrero de 2018

5.2.1 La complicidad empresarial en Colombia en relación con graves violaciones de los derechos humanos en el conflicto bélico interno dentro de la concreción del mandato de la CEV.

Nelson Camilo Sánchez León y Miguel Barboza López⁷⁷ consideran, que si bien el Decreto 588 de 2017 que regula la organización de la CEV tiene varias expresiones en su mandato (art. 11), que dejan entrever las labores de la CEV al develar casos sobre complicidad empresarial, sería importante que el estudio sobre el tema estuviese expresamente establecido dentro de su reglamento interno. La CEV de Colombia “se encuentra ante una oportunidad única de aprender de labores de comisiones de la verdad previas, aprovechando que no se trata de un resultado colateral y ad hoc, sino que puede ser una investigación programada y sistemática que permita identificar patrones y revelar la verdadera extensión del fenómeno “.

⁷⁷ Nelson Camilo Sánchez León y Miguel Barboza López Cuentas Claras. El papel de la Comisión de la verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano. Dejusticia, febrero de 2018

5.2.2 Estrategias para evitar la complicidad empresarial en Colombia

Las investigaciones de Nelson Camilo Sánchez León y Miguel Barboza López⁷⁸ destacan algunos aspectos claves respecto del tema relacionado con el problema de cómo evitar la complicidad empresarial en Colombia. Estos se fundamentan en:

- la lectura del mandato legal;
- el diseño institucional;
- la metodología;
- la priorización de casos, y
- algunas consideraciones al momento de finalizar su mandato.

Tomando como marco de referencia estas investigaciones cabe plantear como estrategias para evitar la complicidad empresarial en Colombia, las siguientes:

Primero: Incluir de manera expresa el tema de complicidad empresarial en graves violaciones de los derechos humanos dentro de la concreción del mandato de la CEV

Segundo: Construir un concepto propio de complicidad empresarial⁷⁹

Tercero: Descartar el uso del artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 en la concreción de su mandato⁸⁰

Cuarto: Definir desde el inicio de labores el estatus legal de sus recomendaciones⁸¹

Quinto: Crear dentro de la CEV un grupo multidisciplinario en complicidad empresarial⁸²

Sexto: Aplicar un enfoque territorial al definir los estudios zonales que el grupo multidisciplinario de la CEV investigue⁸³

⁷⁸ Nelson Camilo Sánchez León y Miguel Barboza López, Recomendaciones sobre elementos de la verdad judicial sobre la complicidad empresarial en Colombia. Cuentas Claras. El papel de la Comisión de la verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano. Dejusticia, febrero de 2018

⁷⁹ Nota: Este aspecto es necesario para orientar su investigación y establecer prioridades sobre dicha temática durante su mandato

⁸⁰ Nota: Tal disposición, en el análisis de la participación de terceros, no le es aplicable a la CEV. Por ello, sugerimos que para el análisis de la inclusión de la complicidad empresarial en su mandato la Comisión no interprete dicho artículo como una referencia que la limite en sus funciones de revelar una verdad amplia sobre dicho fenómeno.

⁸¹ Nota: Las recomendaciones de la CEV deben ser de obligatoria observancia a fin de que se cumpla con el objetivo de promover transformaciones institucionales y fortalecer la no repetición de graves violaciones de los derechos humanos (art. 11, Decreto 588 de 2017), en especial aquellas derivadas del actuar de agentes económicos.

⁸² La conformación de dicho grupo es viable. El Decreto 588 de 2017 establece la facultad que tiene la CEV de “organizar los grupos internos de trabajo

⁸³ Es claro que los casos de complicidad empresarial se encuentran en las regiones. Con una particular concentración en ciertas regiones del país

Séptimo: Definir previamente al inicio de labores los estudios temáticos sobre complicidad empresarial⁸⁴

Octavo: Diseñar audiencias temáticas y zonales que permitan develar situaciones de complicidad empresarial⁸⁵

⁸⁴Pueden ser los sectores involucrados en el conflicto como el agrícola, la construcción, el comercio, el financiero, entre otros

⁸⁵ La definición de los estudios zonales y temáticos por parte del grupo multidisciplinario en complicidad empresarial de la CEV traerá como resultado el desarrollo de audiencias públicas sobre cada uno de dichos estudios

6. Conclusiones

En las conclusiones que se presentan al finalizar este trabajo investigativo se sintetiza la totalidad de los planteamientos analizados en el desarrollo de la investigación. Por ello, se han construido sobre las congruencias, divergencias o diferencias halladas entre la teoría y la realidad estudiada, el logro de los objetivos de la investigación, y en este caso, la aceptación de la hipótesis planteada para la misma.

Se consideran dos puntos sobresalientes para el marco inicial de las conclusiones de la investigación. Primero un recuento de la violencia que se ha generado en este país desde la emancipación de la metrópoli española hasta los actuales acuerdos de paz, en segundo lugar la construcción de las conclusiones planteando inicialmente los interrogantes cuya respuesta tiene como resultado, el desarrollo de los cinco capítulos de la investigación que han permitido la confirmación de la tesis que ha sustentado el trabajo y la dinámica interna de las características que han incidido en la visión prospectiva y retrospectiva en su elaboración.

A tal efecto, es un hecho demostrado que Colombia hace 200 años empezó la construcción de los cimientos institucionales para ser una nación independiente y autónoma, comenzó a definir su estructura política a partir de la guerra de independencia de España. Desde entonces, ha existido un fenómeno permanente de violencia armada que se ha manifestado en forma cíclica en diferentes niveles e intensidad, primero la violencia armada, y luego hostilidades militares por grupos al margen de la ley que dieron lugar a un conflicto armado de hondas repercusiones. Tal fenómeno permite sostener, que Colombia ha sido una nación en guerra desde su independencia; durante el siglo XIX se evidencia una cantidad significativa de guerras por encima de cualquiera otro país de América Latina, violencia que se extendió, con otros perfiles y actores, por todo el siglo XX hasta la suscripción del Acuerdo de Paz de 2016.

6.1. El marco de violencias y hostilidades en el cual se ha cimentado la historia del país.

1. Recién proclamada la emancipación de la metrópoli española a comienzos del siglo XIX, se produjeron enfrentamientos armados entre diferentes sectores y por variados intereses económicos, políticos y religiosos, como los que ocurrieron entre centralistas y federalistas, artesanos contra quienes defendían el librecambio, grupos que apoyaban el estado clerical y los que estaban en su contra, entre otros, lo que permite afirmar en forma categórica, que

durante esta centuria, la historia de la república tuvo un denominador común: la violencia armada que hizo parte de la construcción de nuestra nacionalidad e institucionalidad.

2. El siglo XX se caracterizó en Colombia, en el mismo sentido del anterior, por una serie de conflictos bélicos y una violencia armada a sangre y fuego con características particulares, en los que han participado partido políticos, grupos ideológicos radicales de la guerrilla, autodefensas, organizaciones de narcotraficantes, grupos armados de paramilitares que han actuado en algunos casos con la connivencia o aquiescencia de funcionarios de organismos de seguridad del Estado; basta recordar que el siglo XX inició con la guerra de los mil días, el problema de la separación de Panamá, sigue el conflicto liberal-conservador originario de la violencia bipartidista que conllevó a la muerte del dirigente liberal Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril de 1948, luego viene la formación de las guerrillas en la década de los años 60, posteriormente el grave problema del narcotráfico, la formación de las autodefensas o paramilitares y la creación hasta nuestros días, de una serie de Grupos Armados Ilegales que han marcado un conflicto permanente en la geografía nacional, el cual ha llegado a unos niveles sorprendentes de degradación y crueldad con la consecuente afectación a gran escala de la población civil, las víctimas que han soportado por décadas, masacres, despojo, desplazamiento, desaparición, agresiones y vejámenes de todo tipo.
3. El conflicto armado de la segunda mitad del siglo anterior presentó características atípicas, involucró organizaciones militares poderosas, verdaderos ejércitos que ejecutaron acciones militares con consecuencias muy graves para la sociedad y las víctimas, un conflicto multifactorial por el nivel inmenso de atrocidad y barbarie en dimensiones amplias, victimización a gran escala, degradación del conflicto reflejado en millones de desplazados, cientos de miles de muertos, miles de desaparecidos y torturados, agresiones y violaciones a los más elementales derechos fundamentales, en fin, un gran sector de la sociedad en calidad de víctimas que han sufrido a gran escala, un cúmulo de atrocidades en medio de la confrontación militar más cruenta, inhumana y degradada, aupada por los problemas de pobreza, inequidad, exclusión social y la participación directa o indirecta del narcotráfico, todo lo cual ubica este conflicto como uno de los más crueles y prolongados del mundo.
4. A partir de la ley de justicia y paz se empieza a utilizar en el país un fenómeno político y jurídico denominado justicia transicional, que lleva consigo un sistema de penas

alternativas para permitir la desmovilización de las autodefensas o paramilitares, un régimen jurídico aplicable a los perpetradores de graves violaciones de Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, sin embargo el balance final de este proceso refleja claramente, un déficit de justicia, en el caso la aplicación de la justicia transicional en el contexto de Justicia y Paz, que fue el primer escenario jurídico donde tuvo aplicación directa este modelo de justicia, en especial, porque se obtuvo una verdad incompleta por la precariedad en la individualización y atribución de responsabilidad de los perpetradores de esos graves crímenes, no se logró identificar las maquinarias criminales de las que hacían parte, no se logró la verdad ni la reparación a los víctimas, no hubo verdad ni reparación, todo lo cual afectó a profundidad la proporcionalidad y ponderación de la justicia alternativa entre justicia y paz.

5. Los resultados del esquema jurídico de la ley 975 de 2005, sistema de Justicia y Paz, que aplicó en Colombia por primera vez los fundamentos de Justicia Transicional en nuestro país, tuvo por finalidad la desmovilización y reinserción de autodefensas y paramilitares, resultó ser un sistema jurídico deficitario en términos de verdad, justicia y reparación; en esencia, por la exclusión casi por completo de los intereses, participación y la concreción de los derechos de las víctimas, cuyo balance muestra una percepción social de impunidad, una verdad histórica incompleta y fragmentada vertida a partir de los sujetos postulados, sin intervención de los afectados, así como el fracaso de la investigación criminal por la metodología del caso a caso sin que se haya identificado el funcionamiento de las organizaciones estructuradas, jerarquizadas y organizadas de las que hacían parte los postulados o investigados, como tampoco se logró esclarecer los contextos históricos, políticos, geográficos y criminales en los que operaron por décadas en el territorio nacional.
6. A partir del año 2012, ante la incapacidad del Estado de derrotar por la vía militar a las Farc-Ep, y por el debilitamiento militar de ese grupo guerrillero por la ofensiva política de seguridad democrática implementada en los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe y de otra parte, ante la incapacidad por la vía armada de la guerrilla de modificar o derrocar el régimen constitucional o legal vigente, el Gobierno de Juan Manuel Santos inicia un proceso de diálogo con la finalidad de intentar una salida negociada al conflicto armado en Colombia, el cual culmina, después de cuatro años, con el ***“Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y sostenible”***, suscrito

inicialmente el 20 de septiembre de 2016 y finalmente, después de los resultados adversos del plebiscito por la paz el 24 de noviembre de 2016, el cual, por mínima proporción, mostró el triunfo de quienes no compartían el citado acuerdo, se suscribe finalmente con algunas modificaciones finales el 1 de noviembre de 2016, un Convenio sustentado en el art. 3° común de los Convenios de Ginebra, instrumento que producirá un cambio institucional, político y de justicia en Colombia orientado hacia la superación de las causas del conflicto y la reincorporación a la sociedad a los miembros de las Farc-ep.

7. Se implementó un modelo de justicia alternativo *sui generis* en el contexto de la Justicia Transicional aplicada en otros países, sin impunidad para máximos responsables, con un gran desarrollo jurídico que implicó una reforma constitucional por la vía de actos legislativos de carácter transitorio, leyes estatutarias y decretos con fuerza de ley, producidos por medio de un procedimiento excepcional denominado *fast track* o vía rápida, creado por el Acto Legislativo 01 de 2016 con un trámite que redujo el número de debates, acelerado y concentrado, de carácter legislativo, con facultades del legislativo para rechazar o aprobar las iniciativas del ejecutivo en la implementación, lo cual evitó la discusión detallada de los estatutos jurídicos, un amplio marco jurisprudencial a partir de la revisión constitucional de ese sistema legislativo por parte de la Corte Constitucional, tribunal que declaró y blindó la constitucionalidad de esta legislación, salvo contadas excepciones, pronunciamientos que resultaron vinculantes para el sistema jurídico patrio creado por el Acuerdo y las autoridades que intervienen en su implementación.
8. En el contexto del Marco Jurídico para la Paz se produce el escenario jurídico para el desarrollo del Acuerdo de Paz, instrumento que tiene por epicentro o centralidad la participación y verificación de los derechos de las víctimas al pretender cumplir los estándares internacionales en su favor, entendido como el mínimo irreductible en el proceso de diseño y configuración del sistema jurídico transicional aplicable en esta específica coyuntura, que consideró la especificidad y singularidad del conflicto armado colombiano, el valor de la paz sostenible y la superación consensuada del pasado de violencia y desolación, fundado en un sistema integral de verdad justicia, reparación y garantía de no repetición, establecido en el Acuerdo de Paz.

9. El Acuerdo de Paz celebrado entre el Gobierno del presidente Santos y el grupo guerrillero Farc-ep, tuvo en cuenta el sistema de protección de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional previsto en el Estatuto de Roma y los principios de la Justicia transicional, por lo que el Acuerdo de Paz se relaciona con la construcción jurídica y política de una justicia alternativa que pretende la búsqueda de la reconciliación, la reconstrucción del tejido social, la construcción de la verdad a partir de las víctimas, la modernización del Estado y su consolidación como ente de solución institucional de los conflictos por vía de la legalidad, un Estado que sea garante de los derechos sociales en todo el territorio nacional. Lo anterior implica un compromiso político respaldado en el sistema jurídico que se traduce en el deber jurídico del Estado y de la sociedad en su conjunto de lograr un futuro de paz sin violencia armada, sin dejar de lado el pasado que produjo el conflicto armado: la denominada justicia prospectiva.
10. La Justicia Transicional se traduce en un fenómeno jurídico de carácter excepcional, creado desde la teoría jurídica y política para resolver el tránsito de la guerra a la civilidad y a la paz, tiene por fin esencial resolver el problema de las graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, cometidos a gran escala en medio del conflicto; vale decir, pretende enfrentar y resolver el dilema entre la justicia y la paz por lo que debe ocuparse de la tensión entre los derechos de las víctimas, de un lado, y la responsabilidad penal de los perpetradores de esos crímenes, por el otro, para lo cual cuenta con la potencialización de los derechos de las víctimas a conocer la verdad, desestructurar las maquinarias criminales que participaron en el conflicto, aplicar penas alternativas y garantizar la no repetición de esos abominables crímenes.
11. La creación del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en el Acuerdo de Paz se fundamenta en una nueva concepción de justicia, denominada dialógica y prospectiva, se crea una serie de instituciones jurídicas, en especial el diseño de un nuevo derecho penal sustancial y procesal: el derecho penal transicional, relacionado con investigación y sanción de la macrocriminalidad, identificando la macro victimización, la aplicación básica de instituciones jurídicas como la autoría mediata en Aparatos Organizados de Poder, la aplicación de penas o medidas alternativas, la utilización de los criterios de selectividad y priorización para la investigación criminal, la concesión amplia o en la mayor medida posible de amnistías e indultos, la renuncia a la persecución penal en

gran parte de los casos, la aplicación en gran medida del principio de oportunidad, el marcado énfasis en la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación por la vía dialógica de la justicia restaurativa, la modificación de instituciones del Estado, el diseño y ejecución de políticas públicas para superar las causas del conflicto armado, que se identifica, en línea de una justicia no retroactiva sino prospectiva, sin olvidar las causas del conflicto, para que no vuelva a tener ocurrencia la violencia armada como mecanismo político y como fin esencial desde la fase transicional, posacuerdo y posconflicto, sin renunciar a las garantías clásicas del derecho penal liberal.

12. La creación de nuevos principios e instituciones que demarcan el contexto *sui generis* de la Justicia de transición en Colombia, a partir del Acuerdo de Paz de 2006 se crea una serie de categorías que fundamentan los pilares básicos del referido convenio en el horizonte de la construcción de una paz sostenible a futuro y la superación de las causas que por décadas originaron el conflicto armado en nuestro país, en síntesis, la justicia alternativa implica la reformulación y el replanteamiento de un nuevo derecho penal y procesal penal en Justicia Transicional, es el gran legado que deja para la sistemática jurídico penal, la dogmática penal y el proceso penal, junto a la considerable producción jurídica, normativa y jurisprudencial que ha traído consigo su aplicación y desarrollo.
13. El problema de la paz sostenible debe superar, mediante una activa participación del Estado a futuro, las causas que generaron el conflicto armado que se pretende dejar atrás. En tal sentido resulta importante resaltar el problema agrario y la inequitativa distribución de la tierra, la falta de presencia y actividad estatal en la mayoría de los territorios que fueron escenario de violencia armada, las condiciones económicas de pobreza y marginalidad de gran parte de la población rural en Colombia, la exclusión social por el bipartidismo del frente nacional en la participación política, el narcotráfico, el incumplimiento del Estado frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en gran parte de la población, la extinción de la violencia guerrillera y paramilitar y en especial los derechos de las víctimas, como pilares básicos para garantizar la sostenibilidad de un proceso de paz que exige básicamente, garantizar la no repetición de los motivos que generaron la violencia en Colombia, para lo cual se hace necesario el diseño de políticas públicas que atiendan los aspectos antes citados, no será solamente el derecho penal transicional el que debe actuar como un instrumento relacionado con el sistema general de justicia transicional, sino la

implementación en forma amplia y genérica del Acuerdo de Paz, los aspectos convenidos en su integridad, lo que garantizará la paz sostenible como ideal básico de la justicia transicional.

14. En el escenario de la Justicia transicional en Colombia quedan sentadas las bases de una reformulación del derecho penal tradicional que nos atrevemos a denominar en esta investigación, el derecho penal transicional, el cual tiene como soporte jurídico el replanteamiento de las figuras básicas del sistema penal para investigar, juzgar y sancionar a los ejecutores o perpetradores más representativos de los graves crímenes, cometidos en el marco del conflicto armado, en donde la pena alternativa modifica los fines, legitimidad y justificación del sistema punitivo y se subordina a los derechos de las víctimas reconocidos a nivel internacional a la verdad y a la no repetición.

6.2. Los interrogantes cuya respuesta ha fundamentado la investigación

La pregunta central de la investigación que se propuso al comienzo del trabajo, al relacionarla con la problemática de la justicia transicional fue:

¿Podrá el modelo de justicia transicional, y su controversial sistema de penas alternativas, contextualizado, fundamentados y con aplicaciones estratégicas de no repetición, dar fin al conflicto armado interno que por más de cinco décadas azotó a Colombia?

Para detallar a esta pregunta central el trabajo formuló como interrogantes específicamente cinco cuestiones:

- ¿El contexto referencial general en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de sus instrumentos de justicia alternativa de carácter judicial o extrajudicial, permitirían garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de perpetradores, y alcanzar el derecho fundamental de una paz estable y duradera en la sociedad colombiana?
- ¿El contexto jurídico de la justicia transicional contará con los instrumentos de justicia alternativa de carácter judicial para cumplir el objetivo propuesto?
- ¿Los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional son instrumentos que tienen como finalidad prevalente, generar bases que

permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera en Colombia?

- ¿Cuál es la garantía que tienen los ciudadanos de la no repetición? ¿Cuál va a ser la responsabilidad del Estado y de los grupos insurgentes?, ¿dónde estaba el Estado mientras el conflicto se fraguaba, se recrudecía, se prolongaba y dejaba una estela de víctimas que hoy esperan verdad, justicia y reparación? ¿Están actualmente las medidas de no repetición en capacidad de evitar la reproducción de los hechos relacionados con nuevas violaciones masivas de los derechos humanos en Colombia?
- ¿Cuáles serían aquellas estrategias, dentro de los procesos de justicia transicional que garantizarían a la sociedad, y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos?

Para responder a estas preguntas se desarrollaron cinco temas que componen la tesis: siendo los dos primeros de carácter referencial, dentro del objetivo general de analizar el contexto, fundamentos y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo que permita adelantar la tarea ineludible de dar fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado, como “el conflicto armado interno más largo del mundo.

Los otros tres temas, buscaron categorizar los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional, como instrumentos que tienen como finalidad prevalente generar las bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno, y el logro de una paz estable y duradera; determinar la situación actual de las medidas de no repetición que eviten la reproducción de hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos: y, finalmente proponer, aquellas estrategias dentro de los procesos de justicia transicional tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad, y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos en los varios niveles del Estado y la sociedad, tomando como base los principios y directrices propuestos por la ONU que tratan sobre el control civil sobre las fuerzas de seguridad, la prevención y difusión de estas, y las reformas institucionales, si fueren del caso.

La segunda parte de las conclusiones de la investigación se han desarrollado, siguiendo las pautas tratadas y encontradas en el desarrollo del trabajo investigativo, así:

6.3. Conclusiones respecto del capítulo 1, que analizó el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional.

Este capítulo analizó el contexto en el cual se sitúa la justicia transicional y las tensiones que resultan de la aplicación de sus instrumentos de justicia alternativa de carácter judicial o extrajudicial, que por una parte, permitirían garantizar los deberes estatales de investigación y sanción, y por otra, alcanzar el derecho fundamental a una paz estable y duradera en la sociedad colombiana.

El siguiente gráfico resume los temas analizados en el contexto teórico, conceptual, legal e histórico en el cual se fundamentó la referenciación sobre la justicia transicional en la presente investigación.



Fuente: el autor:

Los ocho temas describieron el contexto teórico, conceptual legal e histórico en el cual se sitúa la justicia transicional. Un primer aspecto se relacionó con los problemas de la aplicación de la justicia transicional en el país, el tipo de justicia que permita hacer posible la pacificación, es decir, el cese del conflicto y exponer como lograr el cese de este, así como suministrar las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera son los aspectos esenciales del modelo de justicia penal transicional para Colombia, en su fundamentación filosófico jurídica, en esta investigación

se optó por examinar tales aspectos a partir de la teoría del garantismo penal.

Para Ferrajoli, autor que en este trabajo se adopta como experto indiscutible, “la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político”, y plantea, que la realización de la paz y el “nunca más” a la guerra deben representar, ya sea sobre un plano teórico y filosófico, o sobre aquel del derecho positivo, un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otra: un objetivo, entonces, que debe ser alcanzado a cualquier precio, y ese precio sería “la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y por lo tanto la estipulación, para ellos, de un modelo diferente de justicia: el modelo de la “justicia transicional”.

La justicia referida, para aceptar, sería entonces aquella de carácter no “retributivo”, no punitivo, sino sencillamente “reparadora” y “restaurativa” tema que se analizó en la investigación. Queda claro que para Ferrajoli (2016): “La pacificación requiere por tanto la reconciliación, a su vez solamente posible con fundamento en el resarcimiento moral de las víctimas constituido ante todo por el reconocimiento público de todos los crímenes de guerra padecidos por ellos durante el conflicto armado”, se resalta, que el autor considera que: “las penas destinadas a ser aplicadas por la justicia transicional pueden ser muy leves, incluso simbólicas.”

Para que esta clase de justicia alternativa sea aceptada por los contendores, y constituya, por lo tanto un factor de paz, tiene que consistir, en vez de un encierro en el diseño de penas alternativas a la prisión, como serían las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria, o la prohibición de estar en determinadas localidades, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares⁸⁶.

En resumen, la justicia transicional deberá ser entendida como el conjunto de mecanismos empleados en la fase histórica que caracteriza el paso de un período de conflicto a un ambiente de paz, en donde se pretende la reparación a las víctimas por violaciones de los derechos humanos y un acuerdo preciso respecto a las responsabilidades de los grupos ilegales involucrados en las negociaciones de paz (Vizcaíno, 2015).

Una gran conclusión consiste en caracterizar a la justicia transicional como un mecanismo que

⁸⁶ Para tal objetivo, tres clases de garantías, en el terreno de la teoría del derecho y la filosofía política, dirigidas a relacionar paz, derecho y razón, son: a. en primer lugar la asimetría entre las formas del Estado de derecho y la violencia extralegal, ya sea bélica o criminal; b. en segundo lugar el desarme de la sociedad civil, y la afirmación del monopolio estatal de la fuerza; c. en tercer y último lugar el desarrollo de la democracia: sea de las formas propias de la democracia político-representativa, sea de los contenidos garantistas impuestos por la democracia constitucional.

permite la recuperación de derechos para cuantos han sido violentados dentro del conflicto armado. Pero, al mismo tiempo, porque lo supone y no es evidente su existencia plena, es una recuperación de deberes de los victimarios que deben garantizar verdad, justicia y reparación respecto de los hechos pasados y la no repetición hacia el futuro. Esto incluye al Estado por cuanto es el organismo que toma las riendas de los procesos hacia el futuro, lo que significa que con las normas vigentes ejerce el control, la dirección y la aplicación de su poder sobre la población y sus territorios. Para poder cumplir adecuadamente los deberes, el Estado debe recuperar sus plenos poderes. En consecuencia, hay que prever las eventualidades descritas y definir las como objetivos para ser superadas con el compromiso de todos, combatientes o no, nacionales e internacionales, que ejercerían una veeduría proactiva y un control legitimado. Solo así estará asegurada la eficacia de la justicia transicional para entrar en el dominio de la paz. De ahí en adelante el reto es permanecer en ella y con ella, en un ambiente de democracia renovada.

En lo atinente a los problemas jurídico-penales fundamentales de la justicia de transición, quedó claro, siguiendo a Neumann, que respecto a la restricción del derecho penal por las estructuras de poder en sociedades posconflicto, estas no se tratan de construcciones teórico-jurídicas, sino de valoraciones ético-jurídicas y de decisiones jurídico-políticas⁸⁷.

El capítulo referencial examinó los elementos del problema de la justicia transicional en Colombia y señaló, que una revisión de orden documental permite establecer, de acuerdo con el ICTJ (2018) que:

“la magnitud de los abusos y la fragilidad social conllevan que no todas las violaciones de derechos se aborden como se haría en circunstancias normales, y de ahí habitualmente, se insiste en cuatro tipos de enfoques, así: Procesos penales, por lo menos contra los principales responsables de los crímenes más graves; Procesos de esclarecimiento de la verdad (o investigaciones) sobre las violaciones de derechos por parte de órganos no judiciales. Son iniciativas diversas, pero suelen centrarse no sólo en los acontecimientos, sino en sus causas y consecuencias”

⁸⁷ “Al efecto Cuando se quieren castigar graves violaciones a los Derechos Humanos que fueron legalizados por una situación en un régimen ya superado, y para ello hay buenas razones, entonces se tiene (¡y se puede!) hacer abiertamente caso omiso de la prohibición de una fundamentación retroactiva de la punibilidad. Ello, porque esa prohibición no es un dogma, sino un principio que, como cualquier otro principio jurídico, tiene que ser ponderado con otros principios jurídicos, y en este caso con el principio de la justicia penal, que no está obligada frente a una idea metafísica de compensación de la culpa, sino frente a las necesidades legítimas de las víctimas que son las afectadas por las más graves violaciones a sus Derechos” (Neumann.2017).

“Reparaciones de diversas formas —individuales, colectivas, materiales y simbólicas— en caso de violaciones de derechos humanos, al igual que reformas jurídicas e institucionales que pueden afectar a la policía, la justicia, el ejército y los servicios de información militar” (ICTJ, 2018)⁸⁸.

Frente a lo anterior y en cuanto a los resultados esperados en lo que refiere a la definición del proyecto referencial de investigación, surgió el interrogante: ¿Podrá el modelo de justicia transicional, y su controversial sistema de penas alternativas, contextualizados, fundamentados y con aplicaciones estratégicas de no repetición, dar fin al conflicto armado interno que por más de cinco décadas azotó a Colombia?

Para responder a lo anterior se elaboró el marco referencial de la investigación en el cual se describió el problema, teniendo en cuenta los fundamentos filosófico-jurídicos de la problemática de la justicia penal alternativa desde la teoría del garantismo penal, se examinó en que consiste el “modelo de justicia penal alternativo”, los Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición y los Problemas jurídicos fundamentales de la justicia transicional frente a las reformas constitucionales y las sentencias de la Corte Constitucional revisadas desde el denominado *Fast Track*, se propuso además, como objetivo general del trabajo: “Analizar el contexto, fundamentos, y aplicación de la justicia transicional como un modelo de justicia alternativo que permitiera adelantar la tarea ineludible de poner fin al que a nivel nacional e internacional ha sido caracterizado como “el conflicto armado interno más largo del mundo”.

En el desarrollo de este objetivo, se adelantaron dos actividades fundamentales para este propósito: elaborar en forma detallada un marco referencial que representara el marco de análisis bajo el cual se desarrollaría la investigación, y su construcción se realizó, al igual que el estado del arte, a partir de la revisión de la literatura. Las referencias registradas corresponden al estado del arte⁸⁹ y a los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación.

⁸⁸ La investigación adelantada, propuso como hipótesis de esta investigación, que en la actualidad, en el caso de un conflicto armado interno como el de Colombia, para lograr el desarrollo de una paz estable y duradera, es de vital importancia contar con un marco de justicia, que como el transicional, permita definir parámetros para la garantía del respeto de los derechos de las víctimas, fundamentándose en la verdad, justicia, y reparación; que este cuente con penas alternativas como contraprestación de la garantía de no repetición; con mecanismos de desmovilización masiva; comisiones de la verdad; y, demás con instrumentos jurídicos propios de una justicia, que no debele impunidad o amnistías a los responsables de violaciones de derechos humanos.

⁸⁹ El marco tuvo en cuenta que, por una parte el estado del arte consiste en la configuración de un mapa con autores relevantes sobre la justicia transicional, en el cual se cartografiaron las relaciones temáticas preexistentes a la idea germinal de este tipo de justicia, lo que permitió hacer la genealogía del problema, enterarse de lo que se ha dicho al respecto, y todas estas fueron acciones que aportaron a responder la pregunta de investigación, y por otra que los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación fueron adelantados en forma tal que se hizo una revisión de la literatura sobre la justicia transicional, sus teorías, sus argumentaciones, su contexto, fundamentaciones, aplicaciones y penas alternativas, así

El marco referencial citado, representa el marco de análisis bajo el cual se desarrolló la investigación. Su construcción se realizó, al igual que el estado del arte, a partir de la revisión de la literatura existente sobre el problema investigativo, las referencias registradas corresponden al estado del arte y a los marcos teórico, conceptual y legal de la investigación.

Un aspecto importante en la investigación fue el hecho según el cual “hasta la fecha, las iniciativas de justicia transicional registradas (en Colombia) han sido las posteriores a 2005, cuando se inició el proceso de desmovilización de más de 30.000 miembros de grupos paramilitares, responsables de cientos de miles de violaciones de los derechos humanos, entre ellas muchos considerados crímenes por el derecho internacional.”

Se hizo palmario que en Colombia se pueden identificar problemas que constituyen preocupaciones en los procesos de paz. A este efecto, “Los informes de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos (MAPP-OEA), en febrero de 2006, identificó tres preocupaciones principales: 1. El reagrupamiento de desmovilizados en bandas criminales que ejercen control sobre comunidades específicas y economías ilícitas. 2. Reductos que no se han desmovilizado. 3. La aparición de nuevos actores y/o el fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas dejadas por grupos desmovilizados.” (Arnson, 2011)⁹⁰.

En cuanto a las conclusiones que se generan en concreto desde el marco referencial, se resalta su construcción teniendo en cuenta el siguiente gráfico que sintetiza siete elementos, así:

como sus conceptos, normas constitucionales, leyes, decretos y jurisprudencia .

⁹⁰ Se considera importante, que el informe de la ONU del año 2011 evidenció esta problemática cuando consignó sobre la situación en Colombia: “Se observa con preocupación la continua expansión de grupos armados surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares. Estos grupos, que se organizaron en torno al narcotráfico y otras actividades criminales, generalmente evitan enfrentarse con la fuerza pública, y tienen un impacto abrumador en la vida de la población. La lucha contra estos grupos debe buscar una estrategia integral y no puede limitarse el uso de la fuerza armada por la Policía y el Ejército, que en esta tarea deben adherirse a estrictamente a la normativa de derechos humanos.” Estas evidencias deben por lo tanto tenerse en cuenta en este proceso de Justicia transicional.



Fuente: el autor.

Como se observa, el marco referencial presentó siete temas a manera de síntesis de trabajos revisados en la investigación sobre la justicia transaccional, sus teorías, argumentaciones, contexto, fundamentaciones, aplicaciones y penas alternativas, así como sus conceptos, normas constitucionales, leyes, decretos y jurisprudencia⁹¹. Estos temas y sus conclusiones indican que:

1.- Respecto del marco referencial sobre el garantismo y la justicia transicional, cinco autores conformaron el marco analizado: Carbonell (2009), Moreno (2007), Torres (2017), Contreras (2012), y Ferrajoli (2017).

Se concluye que el concepto del garantismo como ideología jurídica, corresponde a una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho, en el cual el paradigma garantista se presenta como un modelo del derecho y del Estado de derecho, que propone el aseguramiento de los derechos con base en una estructura de los ordenamientos jurídicos que tiene en la cúspide a la Constitución y los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe

⁹¹ Correspondieron a una revisión documental extensa que tuvo relación con la investigación propuesta, y se analizaron, especificando para cada uno datos sobre los autores, fecha y edición, así presentando extractos que contienen los marcos de referencia, la metodología utilizada y los principales hallazgos de cada uno. Los trabajos listados resultantes de esta revisión documental son aquellos que se consideró eran los de mayor pertinencia por parte del investigador en este trabajo.

sujetarse a estos presupuestos⁹².

2.- En lo tocante al marco referencial para la relación justicia transicional y derecho penal, este marco incluyó referencias de autores como Neumann (2017), Pulido-Ortiz y Enrique (2017), Lozano (2014), Hernández (2017), y la Fundación ideas para la Paz (2015). Se analizó la situación de restricción del derecho penal por las estructuras de poder para “sociedades posconflicto”, en tanto el conflicto no sea terminado por la victoria militar total de una de las partes, sino a través de un acuerdo de paz que obliga a ambas partes a hacer compromisos. En estos casos el derecho penal, por razones de estabilidad del sistema, tiene que hacer concesiones, que pueden conducir a una renuncia total al castigo y con ello a una amnistía general de las dos partes implicadas⁹³.

Reiteran estos autores que la solución es una justicia excepcional, transitoria, episódica, específica para cada país y por sobre todo de carácter coyuntural, que se adapta a un pasado de graves violaciones de los derechos de las víctimas e implica una tensión o enfrentamiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación, memoria histórica y no repetición de las víctimas frente al derecho a la paz sostenible de la sociedad entera, y que los procesos de justicia transicional y las penas alternativas que se dan en dicho contexto, especialmente en el caso colombiano, deben tener una finalidad diferente a los fines tradicionales de la pena, porque es un instrumento que contribuye a la finalización del conflicto armado en Colombia y deben elevarse a rango constitucional los principios de la Justicia Transicional (JT), la cual abarca todas las medidas orientadas a garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de las violaciones a los derechos humanos.

Es por ello que los fines retributivos o de prevención general y específica en sus diferentes

⁹² Al efecto, se destaca que el garantismo penal ha ido invadiendo cada vez con más fuerza todas las ramas de la teoría y filosofía del derecho. Una de estas áreas que se ha visto especialmente influenciada por el garantismo de su principal exponente, Ferrajoli, es la teoría de los derechos humanos, en el cual el garantismo aplicado como un discurso de carácter teórico relaciona el tipo de justicia penal que es capaz de favorecer y, aún todavía, de hacer posible la pacificación, es decir el cese del conflicto. La segunda cuestión del garantismo concierne a las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir el mantenimiento y la consolidación de la pacificación nacional-

⁹³ Plantean que “los instrumentos de la justicia transicional llevan consigo una justicia excepcional, transitoria, episódica, específica para cada país y por sobre todo de carácter coyuntural que se adapta a un pasado de graves violaciones de los derechos de las víctimas e implica una tensión o enfrentamiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación, memoria histórica y no repetición de las víctimas frente al derecho a la paz sostenible de la sociedad entera. Este modelo de justicia requiere , una serie de transformaciones institucionales y privadas, entre las cuales se cuenta con el castigo a los responsables de esos graves actos delictivos, el tratamiento de los autores o partícipes de tales actos, la investigación y juicio criminal de los responsables, el conocimiento de la verdad material o fáctica y sus efectos jurídicos, las sanciones a imponer, los beneficios punitivos a otorgar, la eventual renuncia a la persecución penal, la forma de investigar y juzgar esas modalidades de macro criminalidad, por tanto, conlleva un enorme componente que compromete el sistema penal y el ordenamiento procesal penal que deberá adaptarse a esa nueva realidad jurídica punitiva”

modalidades, aunque pueden llegar a ser una consecuencia de la aplicación de una pena alternativa, no deben ser vistos como sus fines únicos, sino como fenómenos accesorios, ya que los fines de las penas alternativas deben estar dirigidos hacia la Reconciliación, la Reincorporación y la Reparación.

3.- En cuanto al marco referencial sobre la conceptualización y constitucionalización de la justicia transicional, el trabajo contó con la referencia de autores como Rodríguez (2017), Uprimny y Güiza (2018), Duque (2015), Marín (2013), De Greiff (2011), algunos trabajos de la Fundación Ideas para la Paz (2014), y de la Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF (2007).

Se resalta la relevancia y conveniencia de generar espacios de participación de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, en los debates legislativos que tienen relación con la implementación normativa del acuerdo de paz. Muestra por qué es importante otorgar fuerza jurídica a un acuerdo de paz, con el fin de dotar de estabilidad y sostenibilidad el proceso de construcción de paz; y las dificultades que se enfrentan al momento de dar valor jurídico a un acuerdo de paz suscrito entre un Estado y un grupo insurgente, permitió sostener que la fórmula adoptada por el proyecto de reforma constitucional objeto de análisis es razonable, ya que, al mismo tiempo garantiza la suficiente fuerza jurídica al acuerdo de paz para que su implementación normativa sea integral y fiel, y protege la supremacía de la Constitución de 1991.

La conclusión a la que se llega, es que la Corte en las sentencias bajo estudio no realizó un juicio de sustitución riguroso, situación que provoca que la regla constitucional referente a la justicia transicional no esté clara. Por tanto, la ratio definida en la sentencias puede no ser seguida en posteriores fallos de constitucionalidad que versen sobre el mismo Marco, y que se precisa llevar a cabo una investigación posterior que examine las reparaciones otorgadas a las víctimas por parte de los estados y a la vez. Determinar el impacto que estas han tenido en las víctimas, al efecto propone una agenda que contenga dos líneas de análisis, una objetiva y una subjetiva.

4. En lo relacionado con el marco referencial sobre el fast track, analizó la problemática conexa con este tema, revisa las problemáticas afines con la aceleración de los procesos relacionados con la priorización de una serie de proyectos, muchos de los cuales eran urgentes y prevalentes, que debían ser aprobados dentro de los seis meses posteriores a la ratificación por medio de plebiscito, entre ellos: ley de amnistía; jurisdicción especial para la paz; ley de aprobación del Acuerdo Final; incorporación del Acuerdo Final a la Constitución Política; suspensión de órdenes de captura de

integrantes de las FARC-EP y permitir la participación política de esta guerrilla.

5. En conexión al marco referencial, conceptual y legal sobre las teorías de la justicia transicional, para su elaboración, se tuvieron en cuenta, investigaciones adelantadas por autores como Delgado (2011), Echeverría (2016), Cuervo y otros (2014), Lopera (2011), Peña (s/f), Zazueta (2014), Rodas (2017), Magarrell (2014), García, Uprimny (2006), Orjuela & Lozano (2012), Gómez (2008), Kalmanovitz (2010), Delgado (2015), Vizcaíno (2015), Uyabán (2015), Centro Internacional para la Justicia Transicional (2010), Palacio (2016), Melamed (2017), Salmón (2006), y Cuervo (2017).

Este marco referencial prestó atención a las dificultades que ha traído aplicar una justicia transicional sin transición, y, por ende, en medio del conflicto. Se propuso conocer cada uno de los derechos correlacionales a la justicia transicional: verdad, justicia y reparación, en particular, giró en torno a plantear que el conocer la verdad, vista como construcción de la memoria histórica puede facilitar los procesos de conciencia, colectividad, la sensibilización y apoyo, hacia las víctimas, de esta manera concretar la posibilidad de la reconciliación y de la construcción de paz en Colombia. Se refirió a las labores que un Estado debe realizar cuando llega al postconflicto y mantiene el legado de graves violaciones a los derechos humanos, o el paso del autoritarismo hacia la paz, a través de etapas de transición política que requieren el restablecimiento de la democracia.

Se concluye que el verdadero objetivo o fin último de la Justicia Transicional es resolver de la mejor manera posible, el conflicto armado para lograr la paz, obtener la reconciliación social, lograr construir la memoria histórica y garantizar la reparación a las víctimas en el marco de la transición de un estado de guerra o conflicto armado a un estado de paz. Considera la verdad, como una de las garantías y condiciones que la justicia transicional reclama para su operatividad a título de condición *sine qua non*, y como uno de los derechos fundamentales de las víctimas que han sufrido el flagelo de la violencia en Colombia, que no se ha respetado o cumplido a cabalidad como lo exige la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana “Sentencia C-575 de 2006” y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

La investigación sobre este tema destacó lo problemático que resultaría el proceso de justicia transicional en Colombia sin el equilibrio de las dimensiones jurídicas y políticas con la dimensión moral. La dimensión jurídica resulta fundamental, debe haber un castigo o consecuencia para los responsables de graves crímenes, pero es necesario adoptar una visión no retributiva del castigo,

señalando que la participación de las víctimas y de los grupos de víctimas en el diseño, implementación y supervisión de los programas de reparaciones, puede ser decisiva para garantizar que las reparaciones sean significativas, oportunas y tengan impacto.

Se resaltó que la reparación es una dimensión básica de la justicia transicional y se centra específicamente, en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y los daños sufridos por estas, se concluyó que puede ocurrir que en un Estado que goza de plena capacidad para el enjuiciamiento de esos graves delitos durante el proceso de transición, se acuerden medidas de gracia para los mismos, que sean generales, como una amnistía, sean caso a caso, como indultos o considerables rebajas de pena. Esas medidas favorables a los antiguos criminales pueden ser condición de efectividad de la transición misma. Pero, agrega que, si la Corte Penal Internacional va a actuar en todo caso, y si aquellos antiguos gobernantes responsables conservan fuerza suficiente como para condicionar el buen final de la transición, tal vez la transición se frustre, y prefieran los criminales de antaño hacerse fuertes en el régimen anterior que los protegía.

Una conclusión relevante en este referencial fue, que a pesar de la sofisticación del marco de derechos humanos presente en el sistema legal colombiano, el campo de la justicia transicional en Colombia presenta un significativo grado de indeterminación normativa, como si dicho campo aconteciera en un “vacío constitucional”. Como consecuencia, ha sido objeto de uso estratégico por parte de distintos actores políticos dotados de intencionalidad en la fijación del sentido del arreglo institucional de la llamada justicia transicional.

6.- El marco referencial sobre la teoría de la pena examinó los estudios de Jorge De la Rúa (2010), Daniela Paz De La Jara Moreira (2014), y los de Salinero, Sebastián; Morales, Ana María; Castro, Álvaro (2017). Estas referencias destacan importantes aspectos sobre la teoría de la pena, así:

Del examen precedente se concluyó, que las alternativas reales derivan al evitar la imposición de pena “conjetural”, o de evitar en forma total o parcial el encierro que corresponde a una pena privativa de libertad efectivamente impuesta como tal, (condena condicional, libertad condicional, ley penitenciaria, que admite incluso, como hemos visto, la sustitución por trabajos para la comunidad) o, por fin, el evitar del régimen carcelario por la vía de la detención preventiva, que absorbe gran parte del cumplimiento de las pena.

El Marco pone de manifiesto las funciones que dentro del Derecho Penal se entregan a la pena

privativa de libertad y la crisis en la obtención de dichos propósitos, seguido de los fundamentos de diversas tendencias doctrinarias nacionales e internacionales que abogan por la legitimación de un sistema de penas diferenciado y sustitutivo de la prisión y que, en definitiva, han servido de base para la realización de diversas modificaciones legales en el derecho comparado.

7.- El marco referencial sobre problemas fundamentales de la justicia transicional expuso diferentes problemas jurídicos que se derivan del acuerdo de justicia al cual llegaron el Gobierno Nacional y los integrantes de las FARC-EP. Así mismo, analiza en detalle lo relacionado con la imposición de sanciones en la justicia transicional, la teoría de la pena y su aplicación al acuerdo de paz a efectos de establecer si lo acordado resulta conforme a la Constitución Política colombiana y a los instrumentos internacionales.

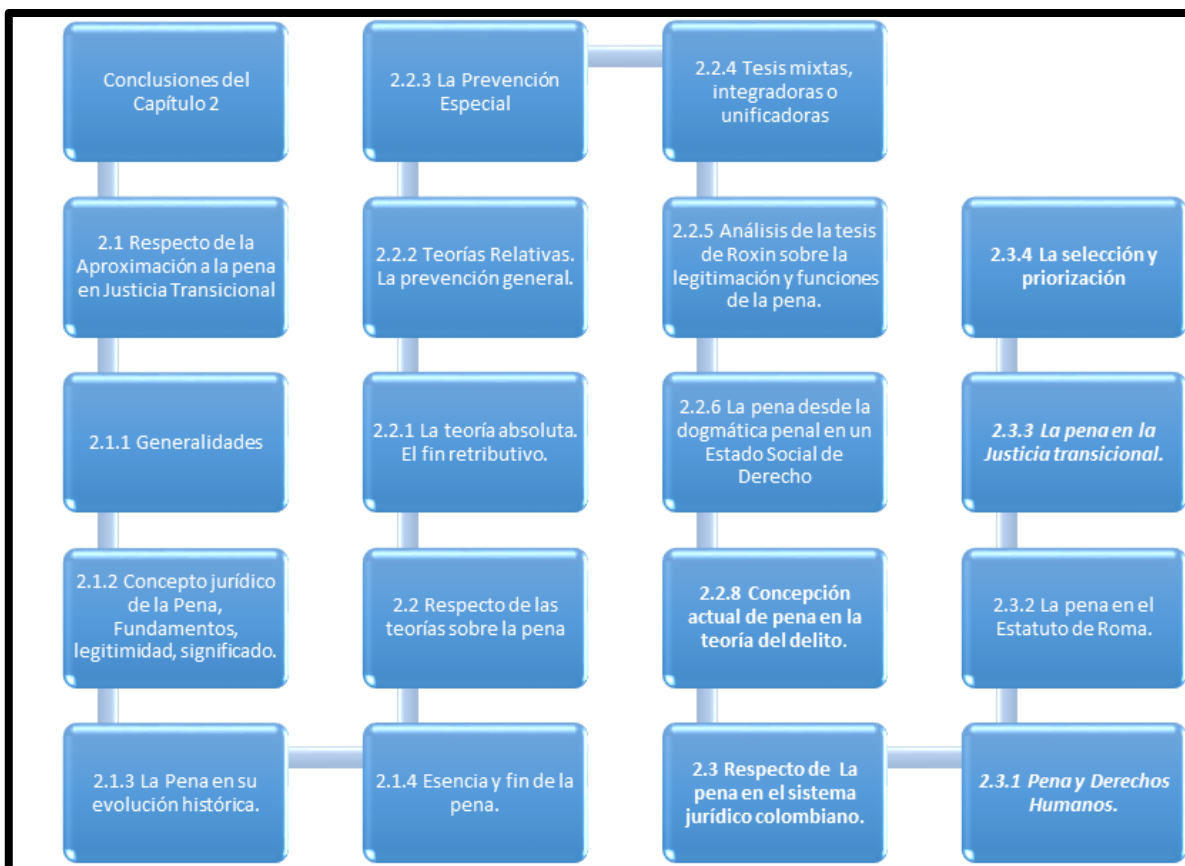
Analizó la tensión irreductible entre justicia y paz, que en los procesos de justicia transicional están inmersos en un contexto de negociación política orientada a la terminación de un conflicto armado interno.

En esta concepción subsiste un fundamento básicamente retributivo de la justicia a partir del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, se anota que en escenarios de justicia transicional, además de que los problemas de legitimación de la justicia penal son aún mayores a los que hay en contextos “ordinarios”; quedó claro, que este deber internacional no es absoluto y, en cambio, deja un margen importante para la concesión de amnistías e indultos condicionados y para la imposición de penas alternativas. Esto posibilita la adopción prevalente de un paradigma restaurativo de justicia en los procesos de justicia transicional, lo que permite, por una parte, reducir considerablemente la tensión existente entre justicia y paz, así como desencadenar una auténtica reconciliación como política nacional. Lo anterior permite que tal paradigma resulte más idóneo para facilitar tanto la firma de un acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, FARC-EP, sin renunciar a la justicia, sino también para impulsar un verdadero proceso de reconciliación política del pueblo colombiano.

6.4. Conclusiones respecto del capítulo 2,⁹⁴ sobre el análisis jurídico de la pena.

Este capítulo, como se anunció, se ocupó de desarrollar tres aspectos esenciales con respecto del análisis jurídico de la pena: una aproximación a esta en el marco de la justicia transicional, examinando sus elementos generales, los conceptos jurídicos, su evolución histórica y fines; analizó las teorías sobre la pena, en cuanto a sus postulados absolutos y relativos, teniendo en cuenta no solamente la prevención general, especial y las teorías mixtas, integradoras o unificadoras, para llegar finalmente a las concepciones críticas de la pena con el propósito de sentar las bases para analizar la pena en el sistema jurídico colombiano, todo ello con miras a su conceptualización respecto de los derechos humanos, el Estatuto de Roma, y la justicia transicional, planteando los elementos de la selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional. Las conclusiones se relacionan con estos tres aspectos y su listado se detalla en el siguiente gráfico:

⁹⁴ Este capítulo analizó el contenido de los análisis jurídicos de la pena, evolución histórica, legitimidad, principios, funciones, configuración jurídica en el marco de la justicia transicional en Colombia, principales modificaciones del sistema penal en la justicia transicional en Colombia.



Fuente. El autor

2.1 Conclusiones respecto de la Aproximación a la pena en Justicia Transicional

Un primer grupo de conclusiones se relaciona con la aproximación a la pena en Justicia Transicional, por lo que se estudió su legitimidad, naturaleza, evolución histórica y configuración jurídica en el sistema punitivo, como examen previo para conocer el problema de las medidas sancionatorias aplicables a partir de las modificaciones de las instituciones penales en el Acuerdo de Paz, por supuesto desde el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantía de no repetición SIVJRNR, que le dio origen, específicamente el sistema de justicia penal alternativo en Justicia Transicional.

Señaló la investigación que la pena se ha fundado en el principio de venganza privada, y luego en la retribución pública al confiársele a una autoridad soberana su imposición en nombre de la sociedad. El objetivo central de la pena se orienta a evitar o inhibir la venganza privada, al intentar poner fin a la eventual reacción en cadena o escalada vindicativa que produce el deseo de venganza entre agresor, agredido y su entorno, con el grave riesgo del aniquilamiento de los miembros de la

comunidad; de esta manera, la pena logra desde sus orígenes y en su evolución, en última instancia, mantener la unidad del grupo social y la cohesión de sus miembros.

La investigación en este capítulo encontró que en términos generales se precisan tres grandes etapas por las que ha transitado el fenómeno jurídico de la pena: la fase de la venganza privada, desproporcionada y grupal; la segunda conocida como la fase de venganza pública o colectiva fundada en la responsabilidad individual pero a nombre del Estado y la sociedad, su imposición a partir del medioevo y la fusión pecado y delito; la tercera fase a partir de la revolución francesa y las ideas del iluminismo y la ilustración o la enciclopedia, denominada fase del humanismo de la sanción.

Quedó claro en esta investigación que la pena es concebida como el mecanismo de control social formal o institucional de mayor drasticidad en el escenario jurídico, y en este sentido diseña y sustenta una concepción específica de la pena en cada fase histórica concreta⁹⁵.

Una primera conclusión de este capítulo consiste en que conforme al tipo de formación o modelo de Estado y al grado de desarrollo de la sociedad, surge una concreta justificación o legitimación de la pena, unas específicas razones de la sanción penal que legitiman su imposición, y en consecuencia, para cada etapa histórica de la sociedad habrá un tipo de sanción punitiva y unos fundamentos básicos, que como razón de ser y soporte axiológico le sirven de fundamento y legitimación, y por lo tanto la pena es la reacción social institucional como instrumento de control social.

Se consignó sobre el problema de la pena su relación con el modelo de Estado y el grado de desarrollo de la sociedad donde se delimita, por lo que cada momento histórico y formación política y jurídica determina el tipo de pena funcional a sus principios.

Se evidenció que en el estatuto aplicable por la Corte Penal Internacional, Tribunal Penal con competencia universal, cuyo fin es la persecución y sanción de los crímenes internacionales más graves a nivel global, se consagran dos modalidades de pena: la reclusión *“por un número determinado de años que no exceda de treinta (30) años”* o *“La reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado”* (art.

⁹⁵ En la actualidad el derecho penal se encarga de sancionar a los infractores de la ley penal en procura de mantener la convivencia pacífica, la interacción y la coexistencia social, a partir de la protección de los intereses jurídicos más relevantes llamados bienes jurídicos de protección

77), sin perjuicio de la reducción de pena cuando el recluso ha cumplido las dos terceras 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de cadena perpetua (art. 110), que indican la extrema gravedad de las sanciones previstas en el ERCPI frente a los delitos de competencia de la misma.

El sistema de justicia utilizado en el Acuerdo de Paz, aplicable en el momento político y jurídico por el que atraviesa Colombia para la superación del conflicto armado, se construye una nueva concepción de la pena diseñada en el marco del proceso de verdad, justicia, reparación y no repetición SVJNR, que se ocupa de resolver el problema de los crímenes de guerra y los delitos conexos en el contexto del conflicto armado interno, también denominada pena alternativa o pena transicional

Un gran avance en la historia de la sanción penal ha sido la consolidación del postulado básico de la responsabilidad personal, individual e intransferible en que la pena no puede considerarse un fin en sí misma, su finalidad debe estar dirigida a la garantía de los supremos valores y principios constitucionales mediada por el grado de culpabilidad del agente

6.5. Conclusiones respecto de la Teorías sobre la pena.

Se analizaron la teoría absoluta, las teorías relativas, la prevención general, la Especial, las Tesis mixtas, integradoras o unificadoras. la tesis de Roxin sobre la legitimación y las funciones de la pena, así como la pena desde la dogmática penal en un Estado Social de Derecho y las Concepciones críticas de la Pena.

Con relación a la teoría absoluta, cuyo fin es retributivo, se señala que el derecho penal ha creado varias teorías contemporáneas que explican o legitiman la imposición de la sanción penal, la primera de ellas conocida como teoría absoluta, que, en su más antiguo significado, implica razones éticas, religiosas y jurídicas fundadas en un reproche para el sujeto que ha dirigido su comportamiento en forma contraria al orden jurídico^{96 97}.

Sobre esta teoría debe concluirse, que la función retributiva de la pena en la imposición de

⁹⁶ Recibe el nombre de teoría absoluta porque no pretende un fin u objetivo socialmente útil, sino el logro de valores universales independientemente de finalidades sociales de la misma, tal como lo sostiene un sector de la doctrina, la teoría absoluta de la pena busca la “*realización de la justicia*” o “*el imperio del derecho*”. El rechazo de la violencia mediante la violencia.

⁹⁷ Se señala que, en esta teoría, la pena retribuye, equilibra y expía un mal derivado de la culpabilidad del autor, se justifica por sí misma, y no es más que un mal causado al infractor como equivalente al mal ocasionado con el delito⁹⁷. Se destaca que el mayor aporte de la teoría de la retribución consiste en justificar la pena y buscar la medida de la misma a partir del concepto de retribución justa, criterio que de alguna manera determina la magnitud de la pena en relación a la culpabilidad del infractor en la acción delictiva.

sanciones en un Estado Social de Derecho frente a conductas delictivas ejecutadas por los ciudadanos, resulta abiertamente incompatible con el modelo de Estado social adoptado por el sistema constitucional vigente, el carácter retributivo, talionario o vindicativo de la pena, que no es otra cosa que causar sufrimiento (pena), por la realización de un mal (delito), por sí mismo, excluye peyorativamente los fines referidos a la comunidad, es disfuncional y contrario al Estado Social de Derecho, máxime cuando el sistema penal y la pena se conciben en la actualidad como el mecanismo de protección de bienes jurídicos, como reacción de *última ratio*, en donde se entiende el delito como un fenómeno dañoso o lesivo de manera significativa de intereses relevantes en la sociedad, los llamados bienes jurídicos relevantes o de tutela, de lo cual emana el poder del Estado y de las autoridades en el área penal.

En lo que se relaciona con las teorías relativas, que se refieren a la prevención general, surge el postulado según el cual, la pena resulta indispensable para la protección y mantenimientos de bienes jurídicos y persigue un claro propósito de intimidación general y especial, procurando la reinserción o readaptación social del culpable, lo que compensaría el sufrimiento que lleva consigo la pena.

Aquí cabe resaltar, que la función preventiva de la pena hace referencia al doble propósito que la legitima, por un lado, busca la protección efectiva de la comunidad mediante la inhibición al delito por medio de la intimidación colectiva o prevención general negativa y de otra parte, el afianzamiento y la reafirmación del sistema jurídico que establezca los valores de la sociedad (prevención general positiva). Por una parte, la función de prevención general positiva y negativa presenta varias contradicciones o inconsistencias básicas frente al principio fundante de dignidad humana en un Estado Social de Derecho, y por otra, se le objeta, que no contiene dimensiones para la determinación de los límites o extensión de la pena y no encuentra fundamento alguno en la ejecución de la sanción, en razón a que su único sustento es la coacción psicológica a la sociedad.

En cuanto a la teoría sobre prevención especial de la pena que va dirigida al sujeto infractor, por lo que es una teoría relativa y está destinada a evitar o prevenir la ejecución de delitos, busca impedir que el delincuente reincida a través de la educación y la reinserción social del responsable del delito. En últimas utiliza una coacción psicológica indirecta de intimidación al autor, seguida de la resocialización y posterior inserción social del infractor.

La principal crítica a esta teoría consiste en que no determina cuáles son los límites o

mecanismos para la duración de la pena y un gran interrogante que surge en la actualidad, frente a la prevención especial, se refiere a que tipo de criterios e instrumentos utiliza en un proceso de rehabilitación y reinserción social del penado, problemas no resueltos de esta finalidad de la pena que le restan solidez jurídica.

En el caso de las Tesis mixtas, integradoras o unificadoras hacen referencia a la unificación o asociación de la tesis retribucionista y de la prevención general y especial, buscan la aplicación integral de las anteriores finalidades para dar lugar a la tesis mixta o integradora, en donde el fundamento de la sanción radica en la reacción estatal frente a la comisión de una conducta delictiva o punible y los fines que pretende son prevalentemente preventivos, pero el elemento retribucionista está limitado por la culpabilidad del autor del delito, en razón a que ninguna de ellas ha logrado determinar en forma suficiente y adecuada por sí sola, los límites y la justificación de la sanción punitiva.

Vistas las anteriores teorías, la tesis de Roxin sobre la legitimación y funciones de la pena, se diferencia de las anteriores, por cuanto considera que como la pena abarca la más radical de las intervenciones soberanas y de la teoría del Estado, pues *“la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable”*; bajo esta visión, no solo debe cumplir fines preventivos, sino que debe partir de entender al autor como merecedor de la pena, lo que ocurre cuando la sanción es justa, esto es, cuando se vincula a la culpabilidad del sujeto, principio establecido en la Constitución Política⁹⁸.

Frente a las anteriores teorías surgen las siguientes conclusiones:

1. La pena ha sido en la teoría penal uno de los aspectos más relevantes en las diferentes concepciones del sistema jurídico.
2. El instituto de la pena en el sistema penal se ha caracterizado por una crisis de legitimidad del discurso penal que lo fundamenta, tema que se ha estudiado desde diferentes disciplinas afines, entre ellas la criminología, la política criminal y del mismo discurso jurídico, disciplinas que han

⁹⁸ En esta visión este autor enfatiza en la prevención general y enlaza el concepto diversificación de la pena a la resocialización, es decir, en palabras de profesor Roxin: *“esto significa que se tienen que introducir alternativas a la privación de libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización, lo que yo evalúo como un cambio fructífero de la teoría de los fines de la pena.”*, una afirmación de este tipo modifica la fundamentación de la privación de la libertad y permite pensar en otro modelo de sanción punitiva a la privación de la libertad del condenado, anclado su justificación en la prevención general y el principio de culpabilidad.

ofrecido diferentes explicaciones en torno al citado fenómeno.

3. Dos grandes teorías se han ocupado, en líneas generales, de la explicación relacionada con los fundamentos de la pena en la teoría jurídica. Una de las tendencias se basa o propone limitar su interpretación y comprensión desde la concepción legislativa, positivista, estrictamente normativa y fundamentalmente exegética, sin sobrepasar el texto jurídico, esto es, sin considerar dato alguno de la realidad social o cultural, que se concreta en la teoría absoluta de la pena, fundada en el retribucionismo de orden preventivo general o metafísico, antes que en una concepción reparadora del daño causado que implique tener en cuenta a la parte afectada, sujeto pasivo o víctima del delito junto al agresor en la solución del conflicto que los involucra, solo observa el hecho dañoso en el pasado, sin fines utilitarios o a futuro de la sanción.

La otra forma de interpretar el significado de la pena hace referencia a las funciones o fines no declarados expresamente por el ordenamiento jurídico, tales fines se encuentran implícitos en la pena, fundamentación que pone de presente el verdadero fin u objetivo que conlleva la sanción punitiva en el sistema penal, esta concepción resulta más crítica y realista del problema de la pena, cuya explicación es básicamente de carácter material, es decir, más allá de la concepción formal o normativa, de control social, poder y disciplinamiento..

4. Ferrajoli, resalta el peligro de alternativas peores al derecho penal ante la posible reacción vindicativa descontrolada y el denominado disciplinarismo social, mediante rígidos controles como formas de autocensura o expresiones de moral colectiva en manos del Estado. Propone el garantismo como el instrumento de derecho penal mínimo que defiende las garantías de los afectados o víctimas y de los agresores o infractores penales, así como de la sociedad en general, lo que, a su juicio, conlleva una nueva concepción limitadora, un cambio en la red del poder social y un modelo diferente de sociedad. El derecho penal mínimo resulta ser una propuesta aceptable en la actualidad frente a la crisis de legitimación del sistema penal y de la pena, mientras se considera la utilización de instrumentos diferentes a la sanción punitiva que restringe la libertad prevista en el actual sistema abstracto, dogmático y formalizado para la solución de los conflictos más lesivos en el entorno social

5. La aceptación del derecho penal mínimo se fundamenta en una razón más sólida: la reacción o intervención del sistema penal implica una actividad menos violenta que la utilizada por el ordenamiento punitivo actual, también llamada mínima intervención penal, lo que significa que el

conflicto penal debe buscar alternativas diferentes a la solución violenta de la pena, para que el conflicto quede por fuera del poder verticalizado del sistema penal⁹⁹.

6. En lo que concierne a Colombia, desde la formación del Estado nación, se configuró un sistema penal que desplazó a las partes involucradas en el conflicto: la víctima y victimario de la posibilidad de optar por un mecanismo de solución del conflicto diferente a la pena, al fundarse la titularidad de la acción penal en cabeza del aparato estatal resultó relegada la víctima y en su lugar asumió el Estado el carácter soberano o única víctima en nombre del afectado y de la sociedad, de esta manera se creó el ejercicio de un poder excluyente, vertical y centralizado que ha mantenido por siglos a la víctima del delito por fuera de la órbita penal, hasta que el papel transformador de los tratados de derechos humanos han vuelto la mirada hacia ella y le han otorgado derechos que empiezan a reivindicarlas, para que sean partícipes de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, como derechos de los que son titulares los afectados del delito, por lo que resulta obligatorio para los sistemas penales hacerlos realidad en la investigación y el juzgamiento punitivo, con formas alternativas de sanción que reclama el orden jurídico y la condiciones actuales de la sociedad.

6.6. Conclusiones respecto de la pena en el sistema jurídico colombiano.

Cuatro aspectos fueron analizados en la investigación en este capítulo: la Pena y los Derechos Humanos; la pena en el Estatuto de Roma; la pena en la Justicia transicional; y la selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional. Las conclusiones se relacionan con estos cuatro aspectos.

Con respecto a la Pena y los Derechos Humanos en Colombia, el estudio jurídico de ésta tiene una directa relación con los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema jurídico de los derechos humanos.

La relación existente entre la pena y el sistema internacional de los derechos humanos se deriva

⁹⁹ En esta concepción la utilización de mecanismos alternativos a la pena emerge con fuerza como un derecho penal alternativo, ante planteamientos resaltados por la tesis del abolicionismo como los que deslegitiman el sistema penal: privaciones de libertad, muerte y victimización de sectores mayoritarios de la sociedad que pertenecen a los niveles más bajos y excluidos de la misma, una indiferencia del Estado y de las agencias penales en relación con la víctima del delito, difícil control sobre las agencias penitenciarias o de ejecución de la pena, una reducción creciente de la actividad investigativa y juzgadora de las instancias penales y la incapacidad en la persecución de delitos de cuello blanco, económicos y de los crímenes de poder, lo que implica una selección de los asuntos objeto de juzgamiento, de los ejecutores materiales y de quienes finalmente integran los establecimientos penitenciarios.

de la necesidad de cumplimiento de los principios y normas que integran el contexto de esa sistemática, complejo normativo que resulta aplicable para el Estado colombiano al momento de diseñar e imponer una pena privativa de la libertad a quien sea declarado responsable de la comisión de una conducta punible¹⁰⁰,

Adicionalmente, se considera importante que haya una nueva concepción de la pena alternativa, sobre la base de la justicia restaurativa que supere el tradicional concepto de justicia retributiva que ha sido el fundamento, hasta ahora, de las consecuencias del delito en el sistema penal, podría ser, al lado de otras reformas integrales, una alternativa a la grave situación reseñada por el tribunal constitucional, que deshonra al Estado colombiano en relación con el deber de protección y garantías de los derechos humanos cuyos titulares integran los miles de personas privadas de la libertad por decisión de las autoridades judiciales.

En cuanto a la pena en el Estatuto de Roma, se destaca que el problema de ésta en el contexto del citado Estatuto implica determinar que penas se consideran adecuadas frente a quienes sean declarados responsables de los delitos internacionales que son del conocimiento de la Corte y que fines cumple la pena a nivel del derecho penal internacional. El tribunal internacional de carácter permanente instituido por el ER pretende evitar la impunidad de crímenes atroces. La sanción punitiva aplicable a los responsables de los crímenes de competencia del Estatuto de Roma puede ser la imposición de prisión hasta 30 años o la prisión perpetua-¹⁰¹

Dos conclusiones pueden ser resaltadas de la aplicación del Estatuto de Roma, en primer lugar, el Tratado resulta compatible con los principios, valores y derechos del nivel constitucional, en

¹⁰⁰ Al integrarse el contexto internacional de los derechos humanos como parámetro de constitucionalidad por la vía del bloque de constitucionalidad, al efecto, surge el efecto vinculante para hacerlo compatible con los estándares universales determinados por la comunidad internacional, normas humanitarias que pueden ser agrupadas, según algún sector de los doctrinantes, en tres niveles: las que hacen referencia al control del abuso o exralimitación de los Estados en el ejercicio de la función judicial sancionatoria, como la prohibición de torturas, desaparición forzada, tratos crueles inhumanos o degradantes, en segundo lugar las que están destinadas a satisfacer o proteger el aspecto personal e íntimo de los reclusos, se refieren a la salud, higiene personal, la religión, derechos individuales y sociales; en último lugar, lo atinente a la infraestructura y condiciones locativas de los establecimientos penitenciarios

¹⁰¹ El Estatuto de Roma tiene como cometido esencial investigar, juzgar y sancionar a nivel global, las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La Corte puede ejercer su jurisdicción, cuando de la investigación interna iniciada por el Estado que tiene competencia para adelantarla se constate cualquiera de los cuatro eventos que activan la competencia de la CPI, aun cuando se haya adelantado el juicio y se haya proferido sentencia en el nivel interno de los Estados. Los cuatro eventos son: que exista: “*indisposición del Estado para investigar o juzgar*”; que “*existe incapacidad del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración de justicia*”; que el caso haya sido investigado y decidido por el Estado “*pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal*” y habiendo sido investigado y decidido por el Estado, que tiene jurisdicción para ello: “*pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido en forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*”. En estos eventos se puede activar la competencia de la CPI.

consideración a que solamente aplica sus instituciones sustantivas y procesales, como lo deja claro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con las modificaciones de carácter material o sustancial previstas en el mismo, como ocurre con las penas y su sistema de revisión en sede del cumplimiento de estas o de su ejecución, en el ámbito del ejercicio exclusivo de las competencias de la CPI, por tal razón, no afecta las garantías previstas en el ordenamiento constitucional y el orden penal de carácter legal, dado que no es permitido como consecuencia a las autoridades judiciales nacionales acudir a las instituciones previstas por el estatuto para resolver los procesos a nivel interno, lo cual debe hacerse conforme a las instituciones de orden nacional ni desplaza las autoridades judiciales penales.

De otra parte, el segundo efecto que tiene relación directa con el sistema penal transicional y en concreto con la pena, en el escenario de la Justicia Transicional en Colombia, se refiere a que no hay impedimento o prohibición alguna con relación a la concesión u otorgamiento de amnistías e indultos por delitos políticos y conexos, siempre que se lleven a cabo mediante el procedimiento y trámite previsto en el ordenamiento jurídico interno, es decir, su concesión debe hacerse conforme a los postulados de naturaleza constitucional y en plena concordancia con la regulación legal sobre el particular.

Por lo expuesto se concluye, que el Estatuto de Roma no modifica el derecho penal o procesal penal nacional o interno, estos ordenamientos internos deben ser aplicado en forma prevalente y obligatoria por las autoridades judiciales en Colombia en ejercicio de las funciones que les corresponde en sede de investigación y juzgamiento, como concreción del principio de soberanía nacional incluyendo los instrumentos internos de extinción de la acción y de la pena, las amnistías y los indultos, sin perjuicio del deber de investigación y sanción de los crímenes internaciones y la aplicación por la vía del principio de complementariedad de las competencia integral, esto es el nivel sustancial y procesal del Estatuto de Roma para la CPI.

Una vez referidos los aspectos relacionados con el Estatuto de Roma, puede analizarse lo relacionado con la pena en la Justicia transicional. A tal efecto, el sistema de investigación y juzgamiento en el marco de la justicia especial para la paz trae consigo una serie de cambios en el nivel penal sustancial, se modifican las sanciones penales, se crea la pena alternativa, se desarrolla en gran medida el problema jurídico penal de las amnistías y los indultos, se modifican los fenómenos de los subrogados penales y beneficios aplicables en fase de ejecución de penas o de

las sanciones penales, se adelantan los procesos mediante la aplicación de los criterios de selectividad y priorización, se potencializa la investigación de máximos responsables, se aplica la figura de la autoría mediata, entre otras instituciones que son modificadas o transformadas en el escenario de la JEP relacionadas con el derecho penal..

En el marco del Acuerdo de paz se consignó como eje axial la participación y el reconocimiento de los derechos de las víctimas, por lo que el régimen de sanciones o medidas aplicables a los responsables de las conductas ocurridas en el marco del conflicto armado por más de cinco décadas, tiene como fundamento dos elementos basilares: en primer lugar, satisfacer los derechos de las víctimas y a partir de este aspecto surge el segundo, consolidar un proceso de paz estable y duradero.

El Acuerdo de Paz crea tres tipos de sanciones penales o medidas aplicables a los responsables de los delitos ejecutados en desarrollo del conflicto armado, que bien puede denominarse un sistema progresivo de sanciones, mediante las cuales se pretende cumplir los deberes de investigación, juicio y sanción previstos en el nivel internacional y adaptarlo al escenario de la Justicia Transicional, teniendo en cuenta que a nivel internacional no se ha determinado cual es la naturaleza de esas sanciones o medidas aplicables en la Justicia Transicional y de qué manera deben ejecutarse¹⁰².

Finalmente, en cuanto a la selección y priorización como estrategia de investigación y juzgamiento en la justicia transicional, se anota que la investigación y juzgamiento penal de los crímenes ejecutados en contextos de macrocriminalidad y macrovictimización en los escenarios de justicia transicional, son producto de la ejecución de actividades realizadas por organizaciones criminales estructuradas, caracterizadas por la participación activa de un número significativo de autores, gran cantidad de víctimas de crímenes ejecutados en forma planeada o sistemática, en medio del conflicto armado interno, por lo que la investigación y juicio se realizan en forma

¹⁰² Tales medidas tienen unas características particulares y que en todo caso pertenecen a la facultad soberana e interna de los países de configurar o adaptar tales medidas a los propósitos o finalidades de cada país en consideración al conflicto que pretendan poner fin, estas sanciones previstas en el Acuerdo a nivel general pueden enunciarse así: En primer lugar, un marco mínimo de sanción de cinco a ocho años, siempre que hayan reconocidos los hechos por los ejecutores, se comprometan a revelar la verdad y asuman o acepten la responsabilidad en la comisión de esas conductas delictivas. Medidas que implican “*restricciones efectivas de la libertad y derechos*”, sin limitar la participación en la actividad política de carácter activo o pasivo. Medidas restaurativas sin la utilización de penas carcelarias. En segundo nivel, se impondrán sanciones de dos a ocho años, en los eventos donde no se reconozca la responsabilidad en la comisión de los hechos antes de la sentencia, las que serán ejecutadas mediante la privación de la libertad en establecimiento carcelario. En el tercer esquema se impondrá una pena de quince a veinte años de prisión a quienes no digan la verdad, es la sanción más drástica del sistema punitivo en el marco de la justicia transicional, una vez cumplida la pena regresan a la libertad los sancionados y pueden llevar a cabo labores de no repetición de los daños causados.

diferente al tradicional método de procesamiento penal, es decir de investigación y juzgamiento criminal, utilizado por el sistema jurídico de los casos ordinariamente conocidos mediante el proceso penal tradicional¹⁰³.

Los procesos y criterios de selección y priorización permiten que solo se adelanten determinados procesos penales frente a máximos responsables, es decir determinados sujetos y delitos, por lo tanto, excluye otros y produce impunidad en muchos casos, consecuencia lógica de la implementación de estos criterios, ante la incapacidad del sistema de investigación y juzgamiento de adelantar la totalidad de los proceso en contra de los ejecutores o partícipes, en un escenario prolongado en el tiempo, frente a un pasado marcado por un periodo considerable de graves crímenes contra las víctimas, por lo que resulta necesario fijar algunos aspectos que permiten la ubicación de máximos responsables, como ocurre con “la calidad y representatividad del sospechoso en la realización de esos crímenes”, “el estatus dentro de la organización de los sujetos más responsables en la estructura criminal, el interés público en el hecho, la viabilidad de la persecución, la capacidad del órganos de investigación, la situación probatoria en el caso concreto”.

6.7. Conclusiones del Capítulo 3. Los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional

El capítulo 3 desarrolló dos aspectos fundamentales respecto de la excepcionalidad de los componentes de verdad, justicia y reparación de la justicia transicional. El primero se relaciona con el conflicto armado interno de Colombia, y en tal sentido analizó las características “*sui generis*” del conflicto, los actores del mismo, los factores, efectos e impactos que este ha generado. El segundo tuvo como propósito buscar una explicación de la justicia transicional que se ha aplicado, teniendo en cuenta, sus objetivos, tipología, los componentes fundamentales, sus acotaciones sobre los procesos judiciales, su enfoque respecto de la impunidad y los crímenes de mayor gravedad que se generaron como resultado de la confrontación interna.

Como se mencionó en el cuerpo de la investigación, la existencia de guerras civiles de larga

¹⁰³La utilización de los criterios de selección y de priorización resulta compatible con el cumplimiento de los deberes de investigación y juzgamiento en el marco de la JEP frente a los estándares internacionales que debe cumplir el Estado colombiano, sin perjuicio de acudir a la figura de la doble imputación de crímenes de mayor gravedad, la imputación de carácter grupal o colectivo y la atribución de responsabilidad de tipo individual, en concreto al sujeto que ejecutó o perpetró los mencionados crímenes se cumple con los citados criterios.

duración está relacionada con algún tipo de desajuste o desequilibrio en desarrollo social. Al efecto se destaca que aquellos pocos países con guerras civiles largas que no exhiben alta incidencia de la pobreza o grados muy elevados de desigualdad vertical, presentan desigualdades horizontales o tienen mercados con alta vulnerabilidad del empleo y fuerte exclusión de la población juvenil masculina, y los fundamentos excepcionales de verdad, justicia y reparación del modelo de justicia transicional son instrumentos excepcionales que tienen como finalidad prevalente, generar bases que permitan facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera en el contexto de este conflicto.

Las conclusiones de este capítulo se han elaborado siguiendo las pautas desarrolladas en la investigación, y se enlistan en el siguiente gráfico:



Fuente: el autor

6.8. Conclusiones respecto de la excepcionalidad del conflicto armado interno de Colombia y su incidencia en cuanto a la escogencia del modelo de justicia requerido para su terminación.

El primer aspecto conclusivo consiste en que por la duración y caracterización del conflicto armado interno colombiano se puede clasificarse como excepcional. Ha sido el conflicto interno más antiguo del hemisferio occidental y en sus más de 50 años puede señalarse que no hay ningún colombiano cuya vida no haya sido afectada, por la magnitud de este conflicto¹⁰⁴.

Con respecto de la caracterización “*sui generis*” del conflicto colombiano, claramente ha sido un conflicto prolongado, es complejo no solo por el número de actores comprometidos, sino, además, por su “carácter multidimensional y multifactorial” (Torrijos, 2015), por cuanto se ha producido un conflicto articulado y relacionado con múltiples conflictos de distinta naturaleza¹⁰⁵, pero ciertamente, lo que ha distinguido al caso colombiano en punto del conflicto armado es su atrocidad, lo sanguinario y cruel para las víctimas. Ha sido un conflicto sanguinario, dado que la población civil ha sido la que más ha resultado damnificada por la confrontación, ha puesto miles de muertos y afectados.

Una primera conclusión respecto de su excepcionalidad, hace referencia a se ha tratado de un conflicto con raíces políticas, en la medida en que ha involucrado proyectos de sociedad que los actores percibieron como opuestos y, por tanto, fundados en una “enemistad absoluta”, de dimensiones nacionales y de naturaleza política (Wills, 2015), pero que ha tenido un viso diferente, en razón a que el conflicto armado ha involucrado tanto a actores claramente políticos, como a grupos guerrilleros que han utilizado recursos criminales como medio de financiación, tales como el secuestro y el tráfico de drogas ilícitas.

Con respecto de los principales actores del conflicto, una conclusión apunta a que ha tenido dos

¹⁰⁴ Las cifras son impactantes: más de 260.000 muertos, decenas de miles de desaparecidos, casi siete millones de desplazados, violaciones, secuestros e incontables tragedias personales (Cosoy. 2016).

¹⁰⁵ El conflicto colombiano ha sido en esencia un conflicto discontinuo, y un conflicto con enormes diferencias regionales, caracterizado por heterogéneas formas de poblamiento y ocupación de la tierra, de relacionamiento de la población local con las autoridades nacionales, y con otros factores, han generado una multiplicidad de dinámicas en el conflicto armado. Esta diversidad regional está íntimamente ligada, además, a la enorme complejidad geográfica de Colombia, una de las cinco mayores del mundo. Esta variable es determinante para comprender la prolongación del conflicto armado en nuestro país.

fases y que han participado en estas, dos actores principales en la primera fase (1964-1980) y tres actores principales en la segunda fase (1980-2015)¹⁰⁶, y detrás de estos actores principales -es decir, sobre los cuales reposa el eje de la confrontación armada-, existen otros actores sociales o políticos que juegan distintos roles en el marco del conflicto¹⁰⁷.

En cuanto a los principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a la persistencia o extensión del conflicto colombiano en el tiempo y en sus efectos lesivos fueron examinados a fondo en este capítulo, por lo que se concluye en forma precisa, que han contribuido a la persistencia del conflicto especialmente, los siguientes aspectos: 1.El narcotráfico y la “economía de guerra”¹⁰⁸; 2.Los patrones de violencia contra los civiles¹⁰⁹; 3. La precariedad institucional del Estado colombiano¹¹⁰; 4. La autorización de la seguridad privada y el fenómeno paramilitar¹¹¹; 5. La utilización de armas en las urnas; 6. La Inequidad en el país, especialmente respecto de los derechos de propiedad y la cuestión agraria; 7. La existencia de un sistema político clientelista/localista; y, 8. La persistencia de un círculo vicioso de la violencia¹¹²;

En lo relativo a los impactos de la violencia en la economía, la equidad, la política y la cultura, la investigación señala, que los efectos de la violencia se pueden percibir mediante el estudio del drama sufrido por las víctimas, ya sean éstas individuales o colectivas, directas o indirectas. Pero, de la misma manera, la comunidad en general es afectada en forma negativa en múltiples niveles, como ocurre en el plano en la cultura, en cuanto a la confianza entre las personas y colectivos, entre los ciudadanos y las autoridades e instituciones públicas, institucional, en la estructura

¹⁰⁶ Renán Vega, en su ensayo “Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado”, considera que se debe añadir otro actor en el conflicto: los Estados Unidos. “A la hora de analizar las causas del conflicto social y armado, así como las variables que lo han prolongado y el impacto sobre la población civil, Estados Unidos no es una mera influencia externa, sino un actor directo del conflicto, debido a su prolongado involucramiento durante gran parte del siglo XX” (p. 1). Otros autores, como Darío Fajardo, respaldan esta visión.

¹⁰⁷ En la fase inicial del conflicto armado en Colombia, las dimensiones conflictivas eran muy reducidas. La confrontación tuvo dos actores fundamentales: por una parte, las “guerrillas de primera generación” y las Fuerzas Militares, sin dejar de mencionar el bandolerismo semi-social y semi-político que, como un rezago de la Violencia, afectó la vida rural hasta mediados de los años sesenta. Esta primera fase se caracterizó por el debilitamiento de los grupos guerrilleros a finales de los años 60 y principios de la década siguiente, durante la cual Colombia tuvo las tasas de homicidio más bajas de los últimos 70 años¹⁰⁷.

En la Fase 1980-2015, que corresponde a la fase actual, hubo un profundo agravamiento que está íntimamente relacionado con la emergencia de un nuevo actor, el paramilitarismo y la presencia de unos recursos financieros sin antecedentes provenientes del tráfico de drogas, el secuestro y la extorsión. Como consecuencia de ello, Colombia pasó de una confrontación entre los movimientos insurgentes y los aparatos de contrainsurgencia estatales, hacia un conflicto más complejo debido a la irrupción de los grupos paramilitares y los “terceros oportunistas” que se introdujeron en el juego político afectando su curso y sus dinámicas

¹⁰⁸ Es un hecho que la economía de la coca les permitió a las FARC no solo desarrollarse militarmente sino, convertirse en la autoridad regulatoria en unos espacios territoriales en los cuales el Estado estaba ausente y, por esta vía ampliar su capacidad de representación y de reclutamiento

¹⁰⁹ Dentro de estos patrones, uno de enorme incidencia es el papel del secuestro y la extorsión

¹¹⁰ Ha habido una debilidad crónica del Estado colombiano

¹¹¹ Especialmente por: (a) La insubordinación de élites rurales legales, que se sentían desprotegidas por parte del Estado frente al secuestro y la extorsión; (b) el protagonismo de élites ilegales, en especial las mafias de las drogas ilícitas; (c) la participación de amplios sectores de la clase política y (d) la participación de miembros de las agencias de seguridad del Estado

¹¹² Las consecuencias imprevistas y desgraciadas de esta acumulación de violencias y victimizaciones, es la retroalimentación de la guerra.

política, en las posibilidades de avance y el crecimiento económico, en la proyección social individual y grupal, entre otros.

Frente al tema se pudo concluir que:

- El conflicto armado ha destruido en forma generalizada o masiva, el tejido social, tradiciones positivas y redes de confianza en la sociedad.
- El impacto negativo del conflicto armado sobre el sistema político ha sido muy profundo, los costos que le genera a un sistema democrático el asesinato de líderes sociales, políticos y cívicos; el ingreso masivo de agentes y dinámicas ilegales al sistema político; la perversa combinación de armas y urnas¹¹³.
- El conflicto ha afectado el crecimiento del país, frente a los costos de la guerra la afectación ha sido muy sensible, según cifras generales el conflicto le ha significado al país entre 1 y 2 puntos de crecimiento del Producto Interno Bruto por año.

Una conclusión relacionada con los impactos o efectos del conflicto armado lleva a formular el interrogante de si los medios utilizados y los efectos que se causaron fueron proporcionales a los fines buscados y a los objetivos alcanzados? En efecto, la caracterización del conflicto interno más antiguo del hemisferio occidental, y uno de los más antiguos a nivel mundial ha indicado que las cifras de más de 260.000 muertos, decenas de miles de desaparecidos, cerca de siete millones de desplazados, violaciones, secuestros e incontables tragedias personales, unidos a su atrocidad, que lo configura como el “carácter multidimensional y multifactorial”¹¹⁴, la multiplicidad de dinámicas, la fragmentación regional, y factores y condiciones “*sui generis*” son, no solo impactantes sino excepcionales por su crudeza, intensidad y realismo.

6.9. Conclusiones en conexión con la temática sobre una noción explicativa de la Justicia transicional.

Como se ha señalado en el desarrollo de la presente investigación, la Justicia Transicional en su forma más general se orienta hacia la finalidad de permitirle al país recorrer el puente hacia la paz. Cuatro subtemas explican esta noción de Justicia transicional: el primero, sus objetivos¹¹⁵; el

¹¹³ En relación con el asesinato de miles de líderes políticos, cívicos y sociales, el enorme potencial cívico, de destrezas, capacidades y energías de participación en los públicos, que fueron abruptamente mutiladas en el curso de estas décadas”

¹¹⁴ Vicente Torrijos, “Cartografía Del conflicto: pautas interpretativas sobre la evolución del conflicto irregular colombiano”. CHVC (2015)

¹¹⁵ Se refieren a todas las herramientas que le permiten a un país enfrentar un pasado de violaciones graves a los derechos humanos.

segundo, su tipología¹¹⁶, el tercero, Sus componentes fundamentales¹¹⁷ y el cuarto, sus principios básicos¹¹⁸.

Como ha quedado expuesto, Colombia, en el año 2012, mediante el Acto Legislativo 01, incorporó las bases de la justicia transicional en la Constitución Política de Colombia¹¹⁹, que en términos generales se refiere a la utilización de todas las herramientas que le permiten al país enfrentar un pasado de violaciones graves a los derechos humanos. Por lo general, estas violaciones solo se cometen en un conflicto armado de amplias dimensiones como el colombiano, o en escenarios de dictaduras en las que la mayor parte de la violencia la comete el Estado para mantenerse en el poder. Al pretender enfrentar y superar el pasado bélico del país se busca poder salir del conflicto armado, pero esto no se logra si quedan abiertas las heridas. Por lo tanto, a Justicia Transicional es una justicia adaptada a esas condiciones, que examina el pasado y pretende sanar las heridas causadas, lo cual solo se consigue enfrentando ese pasado doloroso siendo necesario conocerlo a profundidad. Solo así se garantiza que la paz perdure en el tiempo.

Con base en lo anterior, las conclusiones que se derivan de los objetivos, tipología, componentes fundamentales y explicaciones básicas de la justicia transicional son:

Uno, la Justicia Transicional no es para todas las violaciones a los derechos humanos. Solo es para las violaciones graves que se cometen de forma masiva.

Dos, no es un único tipo de justicia. Es una mezcla de posibilidades en las que los países deben escoger aquellos mecanismos que más les sirvan en materia de verdad, justicia y reparación, incluyendo algunas reformas institucionales.

Tres, es una justicia que contiene tres elementos fundamentales que se conjugan: verdad, justicia y reparación. Cada una de estas medidas cumple una finalidad o una función distinta.

¹¹⁶ Tiene fundamentos propios que la hacen una idea sui géneris de justicia

¹¹⁷ También tiene fundamentos propios que la hacen una idea sui géneris de justicia

¹¹⁸ Aspectos que determinan que la justicia transicional sea una justicia ex post facto, producto de la necesidad de la sociedad de transitar hacia la paz, que corresponden a cuatro principios fundamentales bajo los cuales las víctimas se reconocen como sujetos de derechos y el Estado adquiere cuatro grandes obligaciones frente a ellas, son: (1). El derecho a saber, (2). El derecho a la justicia, (3). El derecho a obtener reparación, (4). El derecho a que no se repitan las violaciones

¹¹⁹ El concepto de justicia transicional no se encuentra claramente definido en ningún cuerpo normativo. Sin embargo, a lo largo de la doctrina, jurisprudencia y legislaciones nacionales como internacionales, aparece en diversas conceptualizaciones dependiendo del espacio, situación fáctica y momento, compuesta por variedad de ideas de justicia que se complementan para hacer frente a una realidad social y proporcionan un horizonte teórico para lograr un tránsito social hacia la reconciliación

Cuatro, estas medidas se necesitan para hacer responsables con castigos responsabilizantes a quienes las cometieron esas graves violaciones o a quienes las permitieron desde el Estado

Cinco, la Justicia Transicional supone que hay un balance entre todas las medidas. Cada país debe encontrarlo dependiendo de las posibilidades que tenga, así como de sus necesidades.

Seis, Las medidas adoptadas en torno a la verdad, justicia y reparación deben hacer parte integral de la formulación general del fenómeno de la justicia transicional.

Siete, la Justicia transicional es una justicia signada por la **excepcionalidad**¹²⁰.

En cuanto a las anotaciones preliminares sobre la Justicia de transición y los procesos judiciales, el perdón y la reconciliación, emergen dos principales conclusiones sobre el particular:

Primero: Respecto a la reconciliación:

Debe ser considerada como una “herramienta para facilitar la transformación pacífica [del conflicto], en la medida en que se incluye como parte de la solución a las víctimas, a los victimarios, al Estado, a la sociedad civil, entre otros”, busca en el largo plazo, la restauración del tejido social y del cuerpo institucional diseñado para garantizar los derechos de los ciudadanos, en especial los derechos a la verdad, la justicia y la reparación para aquellos que fueron victimizados. Como proceso significa reconocer que puede involucrar a varias generaciones -como sería el caso de Colombia- y a varias dimensiones que no solo son políticas y jurídicas, sino también culturales, éticas e incluso estructurales, como en el caso colombiano.

Segundo: la Justicia Transicional en relación al perdón queda claro que no se refiere al proceso judicial exclusivamente. Todo esquema de Justicia Transicional debe tener medidas de justicia, por supuesto, y también de verdad, de reparación y algún grado de reformas institucionales o purgas al interior de las entidades estatales, todas ellas interrelacionadas, que apunten a la centralidad de las víctimas y el reconocimiento de sus derechos vulnerados en medio del conflicto por los actores que intervinieron en este, además del perdón para algunos de ellos.

En cuanto al problema de la impunidad en el escenario de la Justicia Transicional, en la

¹²⁰ Así como se ha visto, por su duración y caracterización, el conflicto armado interno colombiano puede clasificarse como excepcional. Igualmente, una de las características que identifica las medidas de justicia transicional corresponde a la excepcionalidad de las mismas y un término de vigencia limitado. De manera opuesta a la justicia ordinaria, las medidas transicionales buscan enfrentar circunstancias coyunturales que permitan normalizar situaciones luego de una confrontación armada, un estado de excepción o las graves y masivas violaciones de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

investigación se aclara que la Justicia Transicional no genera impunidad. Las medidas de justicia que se adoptan en un marco de transición son exactamente las que necesita un país en un momento preciso de su historia y frente a un contexto general. Es posible que no haya prisión para los victimarios en un proceso de transición ya que existen muchas otras sanciones distintas al encarcelamiento al final de un proceso judicial, lo cual no significa que los crímenes queden en la impunidad. No se debe confundir la ausencia de cárcel con impunidad ni barrotes con justicia. Esto significa que habrá justicia siempre y cuando se investiguen, juzguen y castiguen los crímenes graves¹²¹

Finalmente, en cuanto a las conclusiones respecto de la Justicia Transicional frente a la definición de justicia, los crímenes más graves y los beneficios penales a los victimarios, los derechos de los ejecutores y la participación en política de los victimarios, constituyen instrumentos propios de un proceso de Justicia Transicional.

Por lo tanto, es trascendental el estudio del pluralismo, en razón a que es un aspecto que define a la sociedad como un escenario en el que conviven una cantidad de doctrinas omnicomprendivas del mundo. Estas pretenden a su vez, crear una serie de microsociedades donde imperan ciertos tipos de reglas, que pueden resultar adecuadas o inadecuadas para algunas alternativas a la sociedad en su conjunto.

En Colombia, los grupos armados ilegales denominados grupos de guerrillas tienen una concepción propia del mundo y de la sociedad, al punto que disputan el control del poder, creando una serie de micropoderes en la sociedad para imponer un gobierno y régimen diferente. El consenso, se impondría, como una forma de componer esos diferentes matices de las visiones de sociedad¹²².

Se debe tener en cuenta que por vía de reforma constitucional se introdujo en la Carta Política el Acto Legislativo No. 1 de 2012 los llamados modelos de “priorización y selección”, dentro del marco de una justicia transicional, para respaldar una persecución penal selectiva. Por ello,

¹²¹ No hay que perder de vista que las leyes de Justicia transicional por lo general se dan en escenarios políticos de trascendencia para los gobernantes de turno por lo cual muchas veces la opinión ciudadana respecto de la promulgación de estas normas se polariza.

¹²² En la Carta Política de 1991 subsistieron solo instrumentos de justicia transicional, y solo hasta el año 2012 la palabra justicia transicional se inscribió en su texto. La reforma reconoció el estatus del delito político en Colombia y por sustracción de materia, la del delincuente político, el que, según la tradición colombiana es aquel miembro de la guerrilla. El objetivo de ese modelo de justicia instaurado fue la búsqueda de la paz.

propuso “mecanismos colectivos y no judiciales” para alcanzar una efectiva investigación y sanción. También se prevé la participación política de los integrantes de tal agrupación con la restricción del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el derecho a la Verdad, Justicia y “reparación de las víctimas”¹²³.

Como conclusión final del capítulo se consigna que en el escenario de la justicia transicional la prisión no es la pena por excelencia, que existen otros instrumentos jurídicos que se enmarcan con finalidades prevalentes de la satisfacción de los derechos de las víctimas, lo cual en manera alguna puede considerarse factores de impunidad, el derecho penal transicional reformula el fin y la aplicación de la pena como medidas especiales frente a los contenidos tradicionales y replantea sus fundamentos y límites.

6.10. Conclusiones del capítulo 4. Situación actual de las medidas de no repetición en el modelo de justicia transicional en Colombia.

El capítulo tuvo como objetivo determinar la situación actual de las garantías de las medidas de no repetición¹²⁴. El siguiente gráfico resume los principales aspectos desarrollados en este capítulo, a manera de resumen de las conclusiones:

¹²³ Se anota que en un Estado Social de Derecho, la participación política representa la piedra angular de la democracia, pues a través de éste mecanismo los ciudadanos, no solo forman, construyen e inciden en las decisiones políticas del Estado, sino que además, tienen la posibilidad de acceder al poder político. No obstante, en Colombia, a lo largo de la historia, este derecho fue negado o limitado por parte de las elites representadas en los partidos políticos tradicionales, quienes más allá de atender las demandas sociales de la población, se limitaron a perpetuarse a toda costa en el poder y a defender su status quo, aspecto que ocasionó el inconformismo de varios sectores, lo cual, entre otros factores, incidió en el origen de grupos insurgentes

¹²⁴ El capítulo analizó la importancia de las garantías de no repetición, de su formulación e implementación como medidas permanentes que eviten la repetición de las violaciones a los derechos humanos como un fundamento extensivo de la justicia transicional, las garantías de no repetición incluidas en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-, la pertinencia, alcance e importancia de las garantías de no repetición en el post conflicto bélico armado de las FARC-EP en Colombia, e incluyó una mirada al Estatuto de la oposición, y su derecho de réplica al gobierno de turno consagrado en el Estatuto de la Oposición, como garantías prácticas e inmediatas de no repetición, resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno nacional, en un caso reciente relacionado con las objeciones presidenciales a la Ley Estatutaria sobre la Jurisdicción Especial para la Paz-JEP, que según el Gobierno Nacional actual, optimiza las reparaciones para las víctimas, y que por parte de la Réplica de la oposición, ha pretendido amenazar el Acuerdo de Paz, y en general la paz de Colombia.



Una conclusión general respecto de este capítulo se relaciona con la trascendencia de las garantías de no repetición, así como su formulación e implementación por lo que resulta indispensable convertir en medidas permanentes, para evitar de esta manera, la repetición de las violaciones a los derechos humanos como fundamento extensivo de la justicia transicional, todo ello, con el fin de asegurar una paz estable y duradera.

Las principales conclusiones de este capítulo fueron:

Las medidas de no repetición no deben ser coyunturales o temporales, deben adquirir carácter permanente para evitar la repetición del conflicto, denominado “vocación de permanencia”.

La consolidación o fortalecimiento del Estado depende de la reconstrucción de lazos del tejido social después del conflicto, lo cual legitima al Estado y evita el surgimiento de nuevos conflictos.

La aplicación de garantías de no repetición llevan consigo la identificación de las causas del conflicto y el diseño de instrumentos en procura de su superación.

Tener presente que la etapa final conocida como el posconflicto será la más larga, costosa y

tendrá el mayor número de retos debido a su complejidad, por tanto será la que precisará de las mayores garantías de no repetición y que el postconflicto en Colombia se caracterizará por su mayor pertinencia y alcance.

Destacar y vigilar que “los cuatro componentes del mandato, a saber, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masiva de los derechos humanos”.

Proteger y vigilar el cumplimiento del Estatuto de la oposición, y su derecho de réplica al gobierno de turno consagrado en el Estatuto de la Oposición, como garantías de no repetición resultantes del Acuerdo de Paz celebrado entre las FARC-EP y el Gobierno nacional¹²⁵.

Poner en práctica las aplicaciones respecto de la participación ciudadana como garantía de no repetición en el Acuerdo Final¹²⁶

6.11. Conclusiones del capítulo 5. Estrategias tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen una paz estable y duradera, como resultado del acuerdo de paz celebrado entre el gobierno nacional y las FARC-EP

Aunque el gobierno colombiano y las FARC-EP firmaron un acuerdo de paz, el proceso sigue siendo frágil. Lo anterior, porque como se observó en el capítulo anterior, y en este capítulo 5, la problemática de la estabilidad y durabilidad de la paz se enfrenta a realidades tales como: 1. El conflicto continúa; 2. Las instituciones del Gobierno actual no se están comprometidas a fondo con el Acuerdo de la Paz; 3. Todavía, más de siete millones de personas siguen siendo desplazados internos, y esta cifra tiende a aumentar; 4. Los líderes locales están siendo asesinados; 5. Aunque las FARC-EP dejaron las armas, la incertidumbre continúa; 6. Hay disidentes de las FARC-EP, y las negociaciones con el ELN requieren que se supere la presente etapa de estancamiento; 7. Las

¹²⁵ El Estatuto de la Oposición trata de un conjunto de garantías para las organizaciones políticas que declaren la oposición al Gobierno Nacional, Departamental, Municipal o Distrital

¹²⁶ En palabras del propio texto del Acuerdo de Paz, «la participación ciudadana es el fundamento de todos los acuerdos que constituyen el Acuerdo Final. Participación en general de la sociedad en la construcción de la paz y participación en particular en la planeación, la ejecución y el seguimiento a los planes y programas en los territorios, que es además una garantía de transparencia». De acuerdo con esta noción, la implementación de lo pactado deberá tener como epicentro el nivel local, a través de una alianza entre los ciudadanos y las autoridades por medio de diversos espacios de participación ciudadana

víctimas todavía no sienten en forma efectiva el impacto positivo inmediato de la paz; 8. Colombia tiene una economía estable pero la desigualdad social y económica sigue siendo muy alta; 9. La educación en las áreas rurales no puede esperar más; y, 10. El actual mandato presidencial en Colombia no ha acogido dinámicamente la implementación de los acuerdos de paz, y efectuó objeciones que obstaculizaron y pusieron en peligro la implementación del Acuerdo en cuanto a la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP.

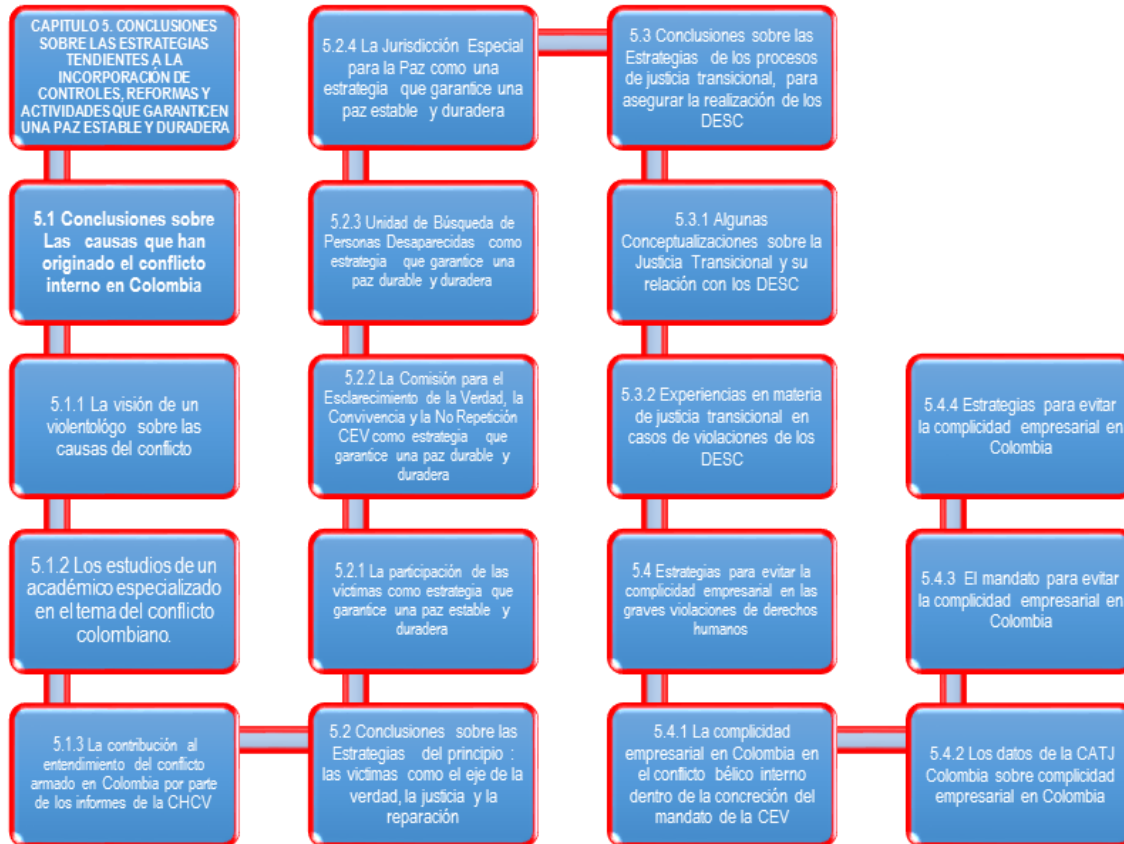
Este capítulo tuvo como objetivo específico, proponer estrategias dentro de los procesos de justicia transicional tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen a la sociedad, y especialmente a las víctimas del conflicto, la no repetición de los hechos relacionados a masivas violaciones de los derechos humanos, en los varios niveles del Estado y la sociedad al tomar como base los principios y directrices propuestos por la ONU que tratan sobre el control civil sobre las fuerzas de seguridad, la prevención y difusión de estas y las reformas institucionales necesarias, con el fin de asegurar una paz estable y que permanezca a futuro, que sea duradera.

Para ello, analizó las causas que han originado el conflicto, la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen que las víctimas sean el eje central de la verdad, la justicia y la reparación del Acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, así como la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales DESC, la gestión y los resultados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, los resultados de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto, los efectos y decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz y los de la Reparación Integral y las garantías de no repetición, todo ello con miras a que desde estos controles, reformas y actividades se permita llegar a garantizar en Colombia una paz estable y duradera.

En sus análisis finales, examina el fenómeno de la complicidad empresarial, destacando que se sabe poco del involucramiento de los actores civiles no combatientes que han contribuido al desarrollo de la guerra en las regiones y ciudades del país, pero que en sentido estricto son quienes suministran el combustible o se vinculan directamente en la dinámica específica del conflicto bélico interno en Colombia.

Para esquematizar las conclusiones de este capítulo, el siguiente gráfico sintetiza los cinco

grupos de ellas:



Fuente: el autor

Las conclusiones de este capítulo se presentan, en cinco grupos, así

6.11.1 Conclusiones sobre las causas que han originado el conflicto interno en Colombia.

El conflicto en Colombia tiene origen y caracterización diferenciada frente a los de otras naciones, normalmente en otras latitudes tienen como causa motivaciones étnicas, raciales, religiosas o de carácter económico definidas en la base del conflicto armado. En Colombia hay una mezcla de actores armados: dos guerrillas -las Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN)-, el Ejército Nacional apoyado por los Estados Unidos, y una variedad de milicias paramilitares de derecha y pandillas criminales.

Resulta necesario construir un modelo que trate a profundidad el tema agrario, la propiedad rural y su explotación, la intervención equitativa del acceso a la propiedad rural y a la riqueza, el fortalecimiento del estado y la presencia institucional en el sector rural que garantice la solución

de los conflictos desde la legalidad, una política de garantía de derechos humanos en la fuerza pública y cuerpos de policía, la proscripción de la combinación armas y política bajo cualquier concepción ideológica y el rechazo de la violencia en la sociedad, que sustituya la intimidación y el uso de la fuerza por la participación, el diálogo y la solución pacífica e institucional de cualquier conflicto en la sociedad.

Las conclusiones sobre las Estrategias tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen una paz estable y duradera parten del principio esencial según el cual las víctimas deben ser el eje de la verdad, la justicia y la reparación.

Las estrategias tendientes a la incorporación de controles, reformas y actividades que garanticen una paz estable y duradera cuando las víctimas están en el centro de la Justicia Transicional, se refieren al diseño, estructura y operación de varios mecanismos y medidas, así:

El Fortalecimiento de la comisión para el esclarecimiento de la verdad la convivencia y la no repetición, el fortalecimiento de la Unidad especial para la búsqueda de personas desaparecidas por razón del conflicto armado, especial prevalencia y atención de la actuación de la Justicia Especial para la Paz, el diseño de políticas para satisfacción de los derechos de las víctimas y diseño de las medidas relacionadas con la no repetición desde el ejecutivo.

6.11.2 Conclusiones sobre las Estrategias para asegurar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población afectada por las violaciones de sus derechos

Debe tenerse en cuenta solo los casos de violaciones a derechos que hayan ocurrido a gran escala o en alto grado, determinar el grado de priorización de los mismas, identificar las causas que desde esta perspectiva han dado lugar al conflicto, en relación con la justicia transicional en un área específica, se debe tramitar lo relativo a la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos, la responsabilidad penal individual y la puesta en práctica de las estrategias relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales.

De otra parte, temas como salud, vivienda, cultura, trabajo, seguridad social, educación deben ser analizados y proyectados en el escenario de la transición, de esta manera, la reparación permite responder a la inasistencia o al incumplimiento del este tipo de derechos por parte del Estado, que hace parte del grupo de DESC en las causas del conflicto armado interno.

La reforma institucional no solo la legislativa permite garantizar este grupo de derechos de las víctimas y de la sociedad, una revisión detallada de orden institucional permite la garantía de no repetición, la depuración de funcionarios e instituciones resulta necesaria en la concreción, y efectividad de los DESC.

6.11.3 Conclusiones sobre las Estrategias para evitar la complicidad empresarial en la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el conflicto bélico interno colombiano.

En este aspecto se proponen las siguientes estrategias:

En primer lugar, se debe considerar el efecto en el conflicto armado colombiano de la relación que emerge desde la complicidad empresarial hacia los actores del conflicto y el resultado que ha producido en la vulneración masiva de derechos humanos de las víctimas, el problema denominado complicidad empresarial corporativa, que de alguna manera ha intervenido en el conflicto en forma directa o indirecta y no ha sido examinado, bien como beneficiarios de la violencia o como colaboradores de los actores en las hostilidades, incluye grupos de empresarios, diferentes tipos de empresas y personas jurídicas en varios niveles como el sector agrícola, ganadero, bancario, de tierras, extractivo, de minerales, entre otros, que han contribuido a que varios tipos de grupos que participan en el conflicto armado se hayan creado o fortalecido con el auspicio de entidades de esta naturaleza, las que en perspectiva de la superación del conflicto requieren su observación, análisis y garantía de no repetición.

Tomando como marco estas finalidades, cabe plantear el diseño de las siguientes estrategias específicas para evitar la complicidad empresarial en Colombia, así:

Incluir de manera expresa el tema de complicidad empresarial en graves violaciones de los derechos humanos dentro de la concreción del mandato de la CEV.

Construir un concepto propio de complicidad empresarial.

Descartar el uso del artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 en la concreción de su mandato.

Definir desde el inicio de labores el estatus legal de sus recomendaciones.

Crear dentro de la CEV un grupo multidisciplinario para el estudio de la complicidad empresarial.

Aplicar un enfoque territorial al definir los estudios zonales que el grupo multidisciplinario de la CEV investigue.

Definir previamente al inicio de labores los estudios temáticos sobre complicidad empresarial.

Diseñar audiencias temáticas y zonales que permitan develar situaciones de complicidad empresarial.

7. Referencias

- Abuchaibe, H. (2015). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional en Colombia. *Revista de la Universidad Externado de Colombia, Facultad de finanzas, gobiernos y relaciones internacionales*, n.º 34, pp. 24-29.
- Agudelo, G. D. (10 de diciembre de 2007). Reconstrucción analítica del proceso de desarme, desmovilización y reinserción con las Autodefensas Unidas de Colombia, 2002-2007. *Perfil de Coyuntura Económica* (10), 147-191. Recuperado el 30 de Junio de 2016
- Aguilar, M. (2010). *Las FARC: la guerrilla campesina, 1949-2010, ¿ideas circulantes en un mundo cambiante?* Bogotá: ASDI, OIM, Corporación Nuevo Arco iris.
- Aguilar, P. (2001). *Justice, Politics and Memory in the Spanish Transition. The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*. Alexandra Barahona De Brito et al. (ed.). New York. Oxford University Press.
- Aguilera, M. (2010). *Las Farc: la guerrilla campesina, 1949-2010, ¿ideas circulares en un mundo cambiante?, actores armados y población civil*. Asdi: OIM Organización Internacional para las Migraciones.
- Aguilera, M. (mayo-agosto de 2003). La memoria y los héroes guerrilleros. *Análisis político* (49), 3-27. Albán, A. *Reforma y contrarreforma agraria en Colombia*. *Revista de economía Institucional*, 13(24), 327-356.
- Alfaro, J.; Pina, M. (2014). *Empresa y administración*. México: McGraw-Hill. Alonso, M., Giraldo, J., Guzmán, A., González, J., Moreno, R., Sierra, D., Zúñiga, P. (2007). *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. (M. Romero, Ed.) Bogotá: Fundación Nuevo Arcoiris.

- Alternatividad penal y justicia judicial en Colombia (2004). Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Experiencias de Alternatividad Penal en Procesos de Paz, organizado por la escuela de Cultura de Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Amarís, E. M. (2012). Hacia una Política Pública de Reconciliación Social: Tipología y Casos. 7(2), 423-467.
- Ambika, Satkunanathan. (2014). The Politics of Reconciliation in Transitional Justice. The International Journal of Transitional Justice, 8, 171–182. Recuperado el 26 de Junio de 2016
- Andreis, G. d. (2016). (M. A. Espinosa, Entrevistador) Arias, G. I. (Octubre de 2008). Fundación Ideas para la Paz. Obtenido de www.ideaspaz.org: http://www.elespectador.com/files/pdf_files/751de9e8c11cd6d240c1490b01b3d668.pdf
- Ambos, K. & Steiner, C. (Coordinadores.), (2015). Justicia de Transición y Constitución II. Bogotá: Editorial Temos, Cedpal, Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (2009). Justicia de transición, informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf
- Ambos, K., Cortés F, Zuluaga J. (Coord.), (2018), Justicia Transicional y derecho penal internacional, Ed. Siglo del hombre editores.
- Ambos, K., Malarino, E., & Elsner, G. (2009). Justicia de transición. Berlín: Georg-August Universität-Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos K., Steiner C., (2015), Justicia de transición y constitución I y II, Ed. Temis,
- Angarita, D. (2016). Criterios diferenciadores y de semejanza entre la violencia sexual y la violencia de género en el contexto del conflicto armado colombiano.
- Aponte C., Alejandro. (2011). Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Konrad Adenauer Stiftung.
- Aponte C., Alejandro. (2011). Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Dialogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Konrad Adenauer Stiftung.

- Arango, R. (2007). *Derechos Humanos como límite a la democracia*, Ed. Universidad de los Andes, Grupo editorial Norma, Colombia, 2007.
- Arango, R. (2007). Justicia transicional y derechos en contextos de conflicto armado. En *El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Mo Bleeker, Javier Ciurlizza y Andrea Bolaños, 118.
- Arango, R. (2007). *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Norma
- Arbour, L. (2007) "Economic and social justice for societies in transition" *International Law and Politics* 40 (1): 1-27.
- Archila, M., Cote, J., Delgado, A., García, M., Madariaga, P., & Pedraza, O. (2009). *Una Historia inconclusa: izquierdas políticas y sociales en Colombia*. Bogotá: CINEP.
- Ardila Doris (2010). *Justicia Transicional, principios básicos*, artículo, 2010.
- Arias D., Juan C. (2015). *La dimensión política de la justicia transicional y su huella en Colombia, justicia transicional*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Arias, D. (2015). *La dimensión política de la justicia transicional y su huella en Colombia. Justicia transicional*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Arias, G.; Prieto, C.; Peralta, M. (2010). *¿Qué quieren las FARC? Agendas de negociación en los procesos de paz*. Working Papers n.º 11, Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.
- Arnson, C. (enero de 2007). *Los procesos de paz en Colombia: múltiples negociaciones, múltiples actores*. Latin American Program Special Report, 1-9. Obtenido de https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/LAP_PDF.indd.pdf
- Atehortúa C., Adolfo L. (2010). *1810, Ni Revolución ni nación*. Medellín: La Carreta EU. Ballén M., Rafael. (2009), *¿Cómo terminar nuestra Guerra?*. Revista Diálogos de Saberes. Bogotá. U. Libre.
- Atehortúa C.; Adolfo L. (2010). *1810, Ni Revolución ni nación*. Medellín: La Carreta EU.
- Ballén M. (2009). *¿Cómo terminar nuestra Guerra?*, Revista Diálogos de Saberes. Bogotá, U. Libre.

- Barahona de Brito, A. (1997). *Human Rights and Democratization in Latin America: Uruguay and Chile*. New York: Oxford University Press
- Barahona de Brito, A. (2002). *Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur. Las políticas hacia el pasado*. Madrid, España: Istmo.
- Barbosa, G. & Ciro, A. (2016) *Justicia Transicional: el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barón, M. D. (2017). La ley de justicia y paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico-político y las luchas simbólicas por la inclusión. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(2), 179-194. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000200009
- Bartra, R. (2013). *Territorios del terror y la otredad*. 1ª Ed. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Bassiouni M, Cherif. (2007). Los principios de Chicago sobre justicia transicional. Recuperado de <http://iidh-jurisprudencia.ac.cr/bibliote/index>.
- Benavides V., Farid S. (2013). *Justicia en épocas de transición. Conceptos, Modelos, debates y experiencias*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Bensouda, F. (2003). *Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación*. Bogotá, Colombia: Oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Bernal C. Jaime, (Coord.), (2014), *Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional*, Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Bergalli, Roberto. (1982). *Crítica a la Criminología. Hacia una Teoría crítica del control social en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 1982.
- Beristain, C. M. (2005). Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico. En IDEA/IDH, *Verdad, justicia y reparación Desafíos para la democracia y la convivencia social* (págs. 15-53). Bogotá: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral / Instituto Interamericano de Derechos Humano.
- Bernal P., Carlos & Babosa C., Gerardo. (2016). *Justicia Transicional: verdad y responsabilidad y*

- Justicia Transicional: Retos teóricos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal P., Carlos. (2007). Refutación y Defensa del neo-constitucionalismo. En: Teoría del Neo Constitucionalismo. Buenos Aires: Editorial Trotta.
- Bernal P., Carlos. (2016). La aporía de la Justicia Transicional y el Dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz. Justicia Transicional: Retos Teóricos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bleeker, M. (2007). Introducción de las memorias del seminario: El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>.
- Boraine, A. (1995). Truth and Reconciliation Commission. Unique Features in South Africa with Special Reference to Amnesty, documento presentado en la conferencia, "Dealing with the past" Evang, Akademie Bad Boll.
- Boraine, A. y Levy, J. (1995). The Healing of a Nation?, Ciudad del Cabo, Justice in Transition. Ciudad del Cabo.
- Borda G., Sandra. (2012). La Internalización de la paz y de la guerra en Colombia durante los gobiernos de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe tuvieron como fin lograr su legitimidad política y afianzar su capacidad militar. Bogotá: Uniandes, 2012.
- Borer T. A., (2005). Truth telling, peace and Reconciliation” in: Telling the truths: truth telling and peace building in Post-conflict Societies, Notre Dame, University of Notre Dame Press.
- Botero C, (2000) Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, entre el perdón y el paredón, ed. UniAndes.
- Botero, C. y Restrepo E. (2005). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la Justicia Transicional. Compilado por Angelika Rettberg. Bogotá: Universidad de los Andes, facultad de Ciencias sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes.
- Botero, C. y Restrepo, E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

- Brito, C. y Aguilar, P. (2001). *The Politics of Memory and Democratisation*, Published to Oxford CERCAPAZ Programa de Cooperación entre Estado y Sociedad Civil para el Desarrollo de la Paz.
- Bueno, M. (2006). *La reconciliación como un proceso socio-político. Aproximaciones teóricas.* Revista Reflexión Política, No. 15, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Buján, M. M. (2016). *Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la escuela transcendent de investigación para la paz.* Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 27, 33-55. <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.27-1.2>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). *Desmovilización y Reintegración Paramilitar: Panorama postacuerdos con las AUC.* Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, Impresiones Digitales.
- Bustos Ramírez Juan, (1982) *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, ed. Temis, Colombia,
- Bustos Ramírez Juan, Hormazábal Malaré Hernán, (2004) *Nuevo sistema de derecho penal*, Ed. Trotta, España, 2004.
- Cabrera, D. (2016). *La promoción de la igualdad de género como principio de la economía social en las cooperativas canarias.* Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho (21), 376-395.
- Cáceres T. Víctor Manuel. *Fundamentación teórica de una política criminal constitucional para los delitos sexuales en menores de 14 años en Colombia*, tesis doctoral U. Nacional, 2018.
- Caldas, L. (2016). *Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz.* Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 38, nº 102, enero-junio de 2016. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, pp. 105-120.
- Cante, F. (2007) *Acción Política no violenta. Guía para estudiosos y practicantes.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Carbonell, M. (2009). *¿Qué es el garantismo?* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Carbonell, Miguel. (2007). *El neoconstitucionalismo en su laberinto.* En: *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid: Editorial Trotta.

- Castellanos M. Ethel Nataly, (2008). Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado, Universidad Nacional de Colombia, grupo de estudios de derecho, teoría política y derecho constitucional, 2008.
- Castellanos M., Ethel. (2008). Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Castellanos, E. (2008). Justicia transicional en Colombia: formulación de propuestas desde un análisis comparado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2011) Políticas públicas que hacen justicia: cuatro temas en la agenda de reparación en Colombia. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional: PNUD.
- Castellanos, M. (2008). Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derechos y Ciencias Política.
- Castro, D. (2016). El microcrédito como instrumento de empoderamiento de las mujeres que laboran en los mercados de la ciudad de Loja. Ecuador: Universidad Técnica de Ambato.
- Cataño, Gonzalo. (2016). Justicia Transicional: Una visión sociológica. En: Justicia Transicional: retos teóricos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2015). Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: CNMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (22 de septiembre de 2014). Las cifras del secuestro. Obtenido de CNMH: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/noticias/noticiascmh/1530-las-cifras-del-secuestro>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). Los Pactos de la Uribe FARCEP (1984 y 1986) y Dialogo Nacional con el M19, EPL y ADO (1984). Obtenido de Centro Nacional de Memoria Histórica: <http://centromemoria.gov.co/wpcontent/uploads/2014/03/Los-Pactos-de-la-Uribe-FARC-EP-1984-y-1986-yDialogo-Nacional-con-el-M19-EPL-y-ADO-1984.pdf>

- Cepeda, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia. *Revista Cetil*.
- Cepeda, I. y Girón, C. (2005). La segregación de las víctimas de la violencia política. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Cervini, R. (2016). Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. *Revista de Derecho, Colombia*.
- Chaparro, A. (2005). La función crítica del 'perdón sin soberanía' en procesos de justicia transicional. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Chaparro, María Claudia. Comunicación persona, 26 de diciembre de 2016. Bogotá.
- Chavarría, G. (2012) Estrategias utilizadas para la satisfacción de la garantía de no repetición en desmovilizados de grupos armados ilegales: un estudio con desmovilizados de grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia. Medellín, Valle de Aburrá – Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 42, 195-252
- Chernick, M. (2008). Acuerdo Posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano: Seis décadas de violencia. Veinticinco años de procesos de paz. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Chinchón, J. (2009) Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en América Latina, Ediciones documental balear, Palma de Mallorca 2009.
- Cohen, C. (2005). Creative Approaches to Reconciliation. En: Fitzduff y Stout (eds.) *The Psychology of Resolving Global Conflicts: From War to Peace*, Westport, CT: Greenwood Publishing Group Inc.
- Collier, P., & Hoeffler, A. (2008). Post-Conflict Risks. *Journal of Peace Research*, 45(4), 461-478. doi:10.1177/0022343308091356 Colombia Legal Corporation. (9 de Febrero de 2014). Colombia Legal Corporation. Obtenido de [Colombialelegalcorp.com](http://www.colombialelegalcorp.com): <http://www.colombialelegalcorp.com/el-hurto-calificado-yagravado-en-la-legislacion-colombiana/#forward> Comisión Nacional de la Reparación y la Reconciliación. (2007). PLAN DE ACCIÓN 2007-2008. Bogotá. Obtenido de http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/colombia/cv_09_colombia_plan_de_accion.pdf
- Collins, C. (2013) Chile a más de dos décadas de justicia de transición. *Revista de Ciencia Política*: Universidad Diego Portales de Chile. Vol. 51, n° 2, pp. 79- 113.

- Contreras, S. (2012). Ferrajoli y los derechos fundamentales. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* Volumen 16.
- Correa H., Magdalena. (2016) *Justicia Transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales*. En: Bernal, C.; Barbosa, G. & Ciro, A. *Justicia Transicional: el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Correa H., Magdalena. *Justicia Transicional en Colombia: Balance y desafíos constitucionales*. En: Bernal, C.;
- Cortés, F. (2017). *El lugar político de la justicia y la verdad en la justicia transicional en Colombia*. *Estudios Políticos*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Crocker, D. (2003). *Reckoning with past wrongs: A normative framework*. En: Prager and Govier (eds.) *Dilemmas of Reconciliation: Cases and Concepts*. Wilfrid Laurier University Press
- Cuervo R., (2011). *Los estándares de reparación de la Corte Interamericana: ¿Un estándar muy alto para la realidad colombiana? 1ª Ed.* En: Cátedra Unesco, *Reorientación de las Políticas Públicas sobre Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional*.
- Cuervo, B. (2017) *Macrocriminalidad y política de priorización en el marco de la justicia transicional*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Cuervo, B. y otros (2014). *Origen y fundamentos de la justicia transicional*. *Revista Vínculos* Vol. 11 Número 1, 2014
- Cuervo, J., Bechara, E. y Hinestroza, V. (2007). *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales: a propósito de la Ley de Justicia y Paz*. Ed. Bogotá D.C: Editorial Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales.
- Daniel Pécaut. (2018). “Una Lucha Armada Al Servicio Del Statu Quo Social Y Político”
- De Gamboa, C. (2003). *Perdón y reconciliación política: dos medidas restaurativas para enfrentar el pasado*. *Revista de estudios socio-jurídicos*, enero-junio/2003, Vol. 6, No.1.
- De Greiff, P. (2006). *Justicia y reparaciones*. En C. I. *Derechos, Justicia y reparaciones* (págs. 407-440). Nueva York: Oxford University press.
- De Greiff, P. (2009). “Una concepción normativa de la Justicia Transicional”, en Alfredo Rangel

- Suárez. Justicia y Paz: ¿Cuál es el precio que debemos pagar?, Bogotá, Intermedio Editores y Fundación Seguridad y Democracia,
- De Greiff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. Anuario de Derechos Humanos, 17-39.
- De Greiff, P. (2011). Parte IV: Reparaciones y Reformas Institucionales. CD. Transicional, & F. Reátegui (Ed.), Justicia Transicional: Manual para América Latina (págs. 407-440). Brasil: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- De la Espriella, A. (2015). La salida jurídica del proceso de negociación con las FARC, reinserción, alternatividad penal, participación en política y garantía de no repetición. Bogotá: Publicaciones de la Espriella Lawyers Enterprise.
- De La Jara Moreira, D. (2014). Las medidas alternativas a la prisión en el contexto de un estado democrático de derecho. Santiago de Chile, Chile: Universidad De Chile.
- De la Rúa, J. (2010). Alternativas a la pena y alternativas a la prisión. Editorial Astrea.
- De Zubiría, S. (2018) Profesor Asociado del Departamento de Filosofía. Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). “Dimensiones Políticas Y Culturales En El Conflicto Colombiano”
- Deák, I. y Otros (2000). The Politics of Retribution in Europe: World War II and Its Aftermath, Princeton: Princeton University Press.
- Delgado, M. (2011). Una justicia transicional sin transición: verdad, justicia, reparación y reconciliación en medio del conflicto. Revista Análisis Internacional. No 4.
- Delgado, M. (2015). La ley de justicia y paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico-político y las luchas simbólicas por la inclusión. Revista De Relaciones Internacionales, Estrategia Y Seguridad..
- Díaz, C. (2010). Elementos para un programa administrativo de reparaciones colectivas en Colombia, en: Uprimny, Rodrigo y Catalina Díaz Tareas Pendientes: propuesta para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia, ICTJ, Bogotá,
- Du Toit, A. (2005). Los Fundamentos Morales de las Comisiones de Verdad La Verdad como Reconocimiento y la Justicia como Recognition: Principios de la Justicia Transicional en

- la Práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) Sudafricana. Centro de Derechos humanos con el apoyo de la Fundación sueca para los Derechos Humanos. Recuperado en:
- Duggan, C. (2005). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Duncan, G. (2018) - Universidad EAFIT y Universidad De los Andes – “Exclusión, Insurrección Y Crimen”
- Duque, C. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Verba Iuris* 33. pp. 77-97.
- Echeverría, A. M. (2016) Justicia transicional: Derecho a la verdad como construcción de futuros. No. 16, 2016
- Elster J. (2004). *Closing the books: transitional justice in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Elster, J., (2006) *Rendición de cuentas. la justicia transicional en perspectiva histórica* Ed. Kats, Buenos Aires, 2006.
- Elster, Jon (2004). *Transitional Justice in Historical Perspective, Closing the Books*. New York: Cambridge University Press.
- Estrada, J. (2018). “Acumulación Capitalista, Dominación De Clase Y Rebelión Armada Elementos Para Una Interpretación Histórica Del Conflicto Social Y Armado” Profesor del Departamento de Ciencia Política Universidad Nacional de Colombia.
- Fajardo A., (2016). Estándares Internacionales en materia de Justicia Transicional aplicables en Colombia. En: Bernal, C.; Barbosa, G. & Ciro, A. *Justicia Transicional: el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fajardo, D. (2018). Universidad Externado de Colombia. “Estudio Sobre Los Orígenes Del Conflicto Social Armado, Razones De Su Persistencia Y Sus Efectos Más Profundos En

La Sociedad Colombiana”.

- Fernández, E. (1984). Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate.
- Fernández, Eusebio. (1984). Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate.
- Ferrajoli L. (xx) Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial
- Ferrajoli, L. (2017). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. Universidad de Roma, 2017.
- Ferrajoli, Luigi (2011). Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta.
- Ferry, S. (2012). Violentología: un manual del conflicto colombiano. Bogotá: Ícono.
- Filippini, L. y Magarrell, L. (2005) Instituciones de la justicia de transición y contexto político. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Forer, Andreas. (2012). Justicia Transicional. Universidad del Sinú. Bogotá: Editorial Ibáñez..
- Forsberg, T. y otros (1998). The Rule of Truth Commissions in Conflict resolution and Human Rights Promotion: Chile, South Africa and Guatemala. Helsinki: Ulkopoliittinen instituut.
- Foucault, M. (1999). Conversaciones con Michael Foucault. Estrategias de poder.
- Foucault, M. Vigilar y Castigar, El nacimiento de la prisión, Ed. Siglo XXI.
- Fundación Ideas para la Paz (2014). Negociaciones De Paz derechos de las víctimas – Boletín De Paz No. 35.
- Fundación ideas para la Paz (2015). Especial: Los debates sobre justicia transicional.
- Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF (2007). Después de procesos de justicia transicional ¿cuál es la situación de las víctimas? Los casos de Chile y Guatemala, 2007.
- Galtung, Tras (2003). la Violencia: 3R (Reconstrucción, Reconciliación, Resolución) Afrontando los efectos invisibles de la guerra y la violencia. País Vasco: Bakeaz. Galtung, J. Paz y conflicto, desarrollo y civilización. En J. Galtung, Paz por medios pacíficos. Bilbao: Gernika Gogoratuz.
- Gamboa, C. (2009). Justicia transicional: teoría y praxis. Bogotá: Universidad del Rosario.
- González, A. (2010). Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia. Revista mexicana de sociología, 72(4), 629-658.

- García Castellano, A. (2016). Los cuentos populares en los procesos de perdón y Reconciliación.
- García, M. (2010). Colombia: Conflicto armado, procesos de negociación y retos para la paz. En: Colombia: Escenarios posibles de Guerra y Paz. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Garzón, J. (2012). La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. Woodrow Wilson Center.
- Giraldo, J. (2018). Universidad EAFIT Comisión histórica del conflicto y sus víctimas “Política Y Guerra Sin Compasión”
- Gómez S., F. (2015). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer. Guzmán C., Germán.
- Gómez, A. y Correa, J. (2015). ¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia, 26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 193-247. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.stjp>
- Gómez, L. C. (2012). Perú y Colombia: un análisis comparativo de reparación dentro de los parámetros de la justicia transicional. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, S. (2015). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer.
- González, O. (2012). A cerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (56), 215-271.
- González, C., & González, L. (noviembre de 2015). El Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz - Indepaz- presenta su X informe de seguimiento.
- González, L. C. (2016). La dimensión social del perdón y la posibilidad de reinterpretarlo como un proceso de Reconciliación del daño. (I. d. INER, Ed.) Estudios filosóficos, 151-171.
- Greiff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. Anuario de Derechos Humanos, n.º 7, Universidad de Chile, p. 191. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/16994/18542>
- Greiff, P. (2012). Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation

- and guarantees of non-recurrence. Recuperado en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_en.pdf (Consultado en abril de 2015).
- Greiff, P. (2009). Justicia y paz: ¿cuál es el precio que debemos pagar? Bogotá: Intermedio.
- Grupo de Memoria Histórica (2013) ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y Dignidad. Colombia: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Guillerot, J. (2009) Reparaciones con perspectiva de género. México D.F.: Oacnudh, pp. 22 y 23.
- Gutiérrez Sanín, F. (2015). ¿Una historia simple?. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/GutierrezFrancisco.pdf>
- Gutiérrez, F. (2018) Investigador del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Director del Observatorio de Restitución y Derechos de Propiedad Agraria, “¿Una Historia Simple?”
- Guzmán C., German; Fals B., Orlando & Umaña L., Eduardo. (2010). La Violencia en Colombia. Tomo II. Bogotá: Editorial Punto de Lectura. Guzmán Téllez, José Alfredo. septiembre de 2016. Bogotá.
- Habermas, J. (1997). Conocimiento e interés. 3ª Ed. Valencia: Universidad de Valencia.
- Habermas, J. (1997). Historia y crítica de la opinión pública. 5 a Ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A., GG Mass Media.
- Habermas, J. (2000). Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Madrid: Editorial Trotta.
- Hayner, P. (2001). Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity, Nueva York, Routledge. Nueva York.
- HaynerR, P. (2001) Unspeakable truths. Confronting State terror and atrocity. New York, Routledge.
- Henao, J. C. (2007) El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, edición.

- Henkin, L., J. Hargrove (1994). *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Washington, ASIL, 1994.
- Hernández Pico, Juan (2013). Caso Gerardi: justicia para un hombre justo. Recuperado de Internet: <http://www.envio.org.ni/articulo/1085>. Consultado, abril de 2015.
- Hernández, A. (2015). El uso de menores en la insurgencia y terrorismo. *Revista de la Escuela Superior de Guerra Naval*, 28-42.
- Hernández, C. (2017). *Los fines de las penas alternativas en los procesos de justicia transicional: el caso colombiano*. Bogotá, Colombia. Universidad Santo Tomás. 2017
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Hinestrosa, Juan P. (2011). *Justicia y Verdad como formas de reparación. Cátedra Unesco, Reorientación de las políticas públicas sobre desplazamiento forzado y justicia transicional*. 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Holguín, D., Durando, E., Cardona, K., Cataño, L., & Duque, S. (2016). Posconflicto: ideas para una paz en Colombia. *Poiésis* (31), 225-237.
- Howland, T. (2016). Intervención de Todd Howland, Representante en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ante el Congreso de la República, en la refrendación del Acuerdo de Paz. *Semana* [en línea]. 11 de noviembre. Disponible en: [Consultado 10 de abril de 2017].
- Hoyos G., Diana. (2007). *Cuando callan los fusiles: impacto de la paz negociada en Colombia y en centro-américa*. Análisis Político. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencia Política.
- http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=352
- http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/textos/du_toit_africa_do_sul_los_fundamentos_morales.pdf (consultado agosto de 2015).
- Huhle, R. (2001). *De Núremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*.
- Huhle, Rainer. (2005, septiembre-diciembre) “De Núremberg a la Haya, los crímenes de derechos

- humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del tribunal militar internacional de Núremberg”, en *Análisis político*, núm. 55,
- ICTJ & Kofi Annan Foundation (2014). *Challenging the Conventional: Can Truth Commissions Effectively Strengthen Peace Processes?* Recuperado en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Report-KAF-TruthCommPeace2014.pdf>. (Consultado abril de 2015).
- Ilari, J. I. (2014). *Comprensión y Reconciliación: algunas reflexiones en torno a Hannah Arendt. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, XIX (2), 319-338. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. (2003).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, pp. 49-84.
- Joya, A. (2015). *Desarme en procesos de paz: análisis preliminar del caso colombiano. Serie Documentos de Investigación Observatorio de Drogas ilícitas y Armas – ODA. No. 4. Editorial Universidad del Rosario, 2015.*
- Juergensmeyer, Mark. (2001). *Terrorismo Religioso. El auge global de la violencia religiosa. 1ª Ed. Madrid: Siglo Veintiuno editores.*
- Justicia Transicional (ICTJ). Bogotá, Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional. 456 p.
- Kalmanovitz, P. (2010). *Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12 (2), pp. 59-85.*
- Krog, A. (1999). *Country of my skull*, New York, The Three Rivers Press.
- Lachs, M. y Crimes, W. (1945) *An Attempt to Define the Issues*. Londres, Inglaterra.
- Leguizamón, C. (2002). *Reflexiones sobre el proceso de paz del gobierno de Andrés Pastrana y las FARC-EP (1998-2002)*. Bogotá: Dirección de Estudios Económicos
- Lemkin, R. (1947) *Genocide as a Crime in International Law. American Journal of International Law*.
- Lemkin, R. (2008). *Genocidio*. En: *Revista de Derecho Penal*. N° 15.
- Lewis, Bernard. (2000). *Las identidades múltiples de Oriente Medio. 1ª Ed. Madrid: Siglo*

veintiuno editores.

- Lopera, J. (2011). Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia. *Diálogos de Derecho y Política*, 7, pp. 2–14.
- López, A. y Castellanos, D. (2014) ¿Es la cárcel un medio punitivo adecuado para los procesos de paz en Colombia? Reflexiones sobre cárcel y castigo en el modelo de justicia transicional colombiano. Bogotá, Colombia: AECID Colombia.
- López, D. (2015). Apuntes sobre la constitucionalización de la justicia transicional en Colombia. Estudio de la sentencia c-579 de 2013 de la corte constitucional de Colombia. Bogotá, Colombia. *Revista de Derecho Público* No. 34.
- Lozano, L. (2014). Justicia Transicional y Derecho Penal, una aproximación en el contexto del marco jurídico para la paz en Colombia. Institución Universidad Libre, 2014.
- Luna, M. (2011). El M-19 en el contexto de las guerrillas en Colombia. *Sociedad y Economía* (10), 157-188).
- Lyons, A. (2010). “Colombia, una transición justa”, en Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ, *Transiciones en contienda, Dilemas de la Justicia Transicional en Colombia y en la experiencia comparada*. Bogotá.
- Magarrell, L. (2014). Las Reparaciones en la teoría y la práctica. International Center for Transitional Justice ICTJ.
- Malamud, J. (1996). *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*. Chicago University Press.
- Maldonado, D. (2012). Notas a propósito de la justicia transicional en Colombia. Documento entregado como el producto del Diplomado en consolidación de la Paz.
- Mani, R. (2011). Justicia transicional. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Meier, J. (2007). ¿Por qué son víctimas las personas desplazadas? *Boletín Hechos de la Calle*, 3, 12-13. Melo, J. (30 de agosto de 2016). Guerra y disentería: mortalidad durante la guerra de los mil días en el municipio de Piedecuesta, Santander, Colombia, 1899-1902. Obtenido de *Historia, Crimen y Justicia*: <https://hccj.hypotheses.org/128>.

- Melamed, J. D. (2017). Justicia transicional y alternatividad penal en Colombia: un análisis comparativo de los modelos de justicia transicional aplicado a las AUC y aplicable a las FARC-EP. Madrid, España: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado (UNED).
- Mendivelso, N. (2013). Los órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: análisis en perspectiva constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mertel. (2005) Truth in a box: The Limits of Justice through Judicial Mechanisms. Oxford: Intersentia.
- Milcíades, G. (2015). La justicia transicional: ¿un paso hacia la paz?. En Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 36, n.º 100, enero-junio de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 75-88.
- Minow, Martha. (1998), Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence, Boston, Beacon Press.
- Moncayo Rincón, Gustavo. Comunicación personal, 7 de octubre de 2016. Bogotá. Mouffe, Chantal, El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós, 1999.
- Moncayo, G. (1999). Comunicación personal, 7 de octubre de 2016. Bogotá. Mouffe, Chantal. El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós.
- Moralía, J. D. (2016). Perdón y Reconciliación: una perspectiva psicosocial desde la no violencia. POLIS: Revisita Latinoamericana, 43, 2-19. doi:10.4000/polis.11553
- Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. Bol. México. Der. Comp. vol.40 no.120 México sep./dic.
- Muggah, R. (enero-abril, 2013,). Negotiating Disarmament and Demobilization: a Descriptive Review of the Evidence. Colombia Internacional, 77, 19-41.
- Múnera R., Leopoldo & De NanteuilMatthieu. (2014). La vulnerabilidad del mundo, Democracias y violencia en la globalización. Bogotá: Universidad Nacional.
- Múnera, L. (2014). La vulnerabilidad del mundo, Democracias y violencia en la globalización.

- Bogotá: Universidad Nacional.
- Najar, E. (2009). Derecho a la verdad y justicia transicional en el marco de aplicación de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, 2009.
- Navarro D., Luis R. (2010). Entre esferas públicas y ciudadanía. Las Teorías de Arendt, Habermas y Mouffe aplicadas a la comunicación para el cambio social. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Navarro D., Luis R. (2010). Entre esferas públicas y ciudadanía. Las Teorías de Arendt, Habermas y Mouffe aplicadas a la comunicación para el cambio social. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Neumann, U. (2017). Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición. Goethe-Universität Frankfurt am Main. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.
- Ocampo, J. (1997). Historia Básica de Colombia. Bogotá: Plaza & Janés. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (25 de agosto de 2016). Los [sic.] que hemos acordado en la Habana. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Offe, C. (1993). The Politics of Social Policy in East European Transitions: Antecedents, Agents, and Agenda of Reform.
- Olano, H. (2017). La zancadilla al fast track. Bogotá, Colombia. Universidad de La Sabana.
- Orjuela, A. y Lozano, C. (2012) La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 14, (1), pp. 255-281.
- Orozco, I. (2005). Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Osiel, M. (2005). Respuestas estatales a las atrocidades masivas. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Pabón A., Juan A. (s.f.). Memoria y justicia transicional: Crítica a la ley de justicia y paz en Colombia. Editorial Academia Española.
- Palacio, M. L. y otros (2016). Jurisprudencia Constitucional Sobre La Aplicación De Modelos De Justicia Transicional, Restaurativa Y Comunitaria En Colombia. Universidad Autónoma Del Caribe, 2016.

- Palacios, L.; Asprilla, S., y Vergara, G. S. (enero-junio, 2017). La justicia transicional en Colombia desde los estándares internacionales de protección de derechos humanos. *Summa Iuris*, 5(1), 103-129. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.2462>
- Paredes, C. (2008, octubre), “Ley de víctimas: ¿para las víctimas o para el gobierno” (en línea), disponible en: <http://semana.com/noticiapolitica/ley-victimas-para-victimas-para-gobierno/116340.aspx>
- Patiño G., María. (2006) El Derecho de la víctima a obtener reparación especial consideración a la Ley 975 del 2005. En: *Colombia Pensamiento Jurídico*. Bogotá: Unibiblos Universidad Nacional de Colombia.
- Patiño, A. (Julio-Diciembre, 2010). Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 21 51. 21(2), pp. 51–61.
- Patiño, G. (2005). Citas y referencias bibliográficas. Bogotá. JAVEGRAF.
- Patiño, M. (2006) El Derecho de la víctima a obtener reparación especial consideración a la Ley 975 del 2005. En: *Colombia Pensamiento Jurídico*. Bogotá:
- Pécaut, D. (2008). *Las Farc una guerrilla sin fin o sin fines*. Bogotá: Editorial Norma. Posada G., Eduardo. (2001) *¿Guerra Civil? El Lenguaje del conflicto en Colombia*. 1ª Ed. Bogotá: Alfaomega, Ideas para la Paz.
- Peña, G. P. (2015). *De La Justicia Transicional En Colombia: “Un Estudio de la Ineficacia de la Verdad”*. Defensores Públicos en temas de justicia y paz. Bogotá, Colombia.
- Peralta, C. (Enero - Junio 2010). Aproximación local al derecho a la justicia: un estudio de caso. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (12)1, pp. 233-262.
- Pereira, A. (2005). *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Perú, Comisión Permanente del Congreso de la República (2006), *Ley N° 28592 que crea el Plan Integral de Reparaciones-PIR*”, adoptada en Lima, Perú.
- Petev, V. (1996). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posada G., Eduardo. (2001), *¿Guerra Civil? El Lenguaje del conflicto en Colombia*. 1ª Ed. Bogotá:

- Alfaomega, Ideas para la Paz. Prieto S.,
- Prieto S., Luis P. (1990). Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Editorial Debate.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2007), Primero las víctimas, Criterios para la reparación integral víctimas individuales y grupos étnicos, Bogotá, Procuraduría General de la Nación y Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional.
- Pulido-Ortiz, F. (2017). La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track, 30 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 151-184 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-30.vprc>
- Quinche R., Manuel F. (2009). Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz. 1ª Ed. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quinche, M. (2009). Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quinche, M. (2014). La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia.
- Rawls, J. (2001). La Justicia como equidad. Una reformulación. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Rawls, John. (1997) Teoría de la justicia. México. Fondo de cultura económica. Registro único de víctimas (2008) (En línea), disponible en: <http://www.accionsocial.gov.co/Estadisticas/publicacion%20sept%2030%20de%202008.htm>, recuperado: octubre 10 de 2008.
- Reed, M. y Rivera, M. (2010). Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada / Centro Internacional para la JT.
- Renán, C. (2018) Profesor Titular Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá. “La Dimensión Internacional Del Conflicto Social Y Armado En Colombia Injerencia De Los Estados Unidos, Contrainsurgencia Y Terrorismo De Estado”
- Rettberg, A. (2005). Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional, Bogotá, Universidad de los Andes, Ceso, International Development Research Centre.
- Rettberg, A. (2005). Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

- Rettberg, A. (2005). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Recuperado de <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf>
- Rettberg, A. (2005). Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Rettberg, A. (2015). Ley de víctimas en Colombia: un balance. . Debate, 185-188.
- Rettberg, A., & Ugarriza, J. E. (2015). The Real World of Reconciliation: Theory versus Expectations in Colombia. Bogotá, Colombia. Revista Semana. (4 de Marzo de 2014).
- Reveles, J. (2012). Levantones, narcofosas y falsos positivos. Bogotá: Grijalbo.
- Richards, Mark (2007). The design and implementation of an optimal reparation program: How should limited resources for material reparation be distributed across victims of the Colombian conflict?. (En línea), disponible en: http://www.cerac.org.co/pdf/CERAC_WP_5.pdf
- Rigby, A. (2001) Justice and Reconciliation: after the violence. Boulder, CO, Lynne Rienner.
- SAFFON, María Paula, (2008), “El decreto que repara las víctimas, más retórico que eficaz” (En línea), disponible en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=406.
- Rincón T. (2010). Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rincón, Tatiana. (2010). Verdad, Justicia y reparación: La justicia de la justicia en tiempos de transición. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rivas, P., & Rey, P. (enero-mayo de 2008). Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006). CONfines, 4(7), 43-52.
- Rodríguez Garavito, C. Regulación holística de la institucionalidad para garantizar los derechos de las víctimas, Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. Julio de 2017.
- Rodríguez, E. y Pérez, W. (2019). Derechos sociales y justicia transicional: experiencias internacionales y el caso colombiano. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales | Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, Año lxxiv, núm. 235 | enero-

abril de 2019 |

- Rodríguez, Gina Paola (2011). Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia: *Revista Justicia Juris*, vol. 7, n.º. 2, pp. 52-66.
- Rodríguez, L.R. 2011 *Derecho Administrativo General y colombiano*. Temis, Bogotá, 16a edición.
- Roniger, L. y Otros (1999). *The Legacy of Human Rights Violations in the Southern Cone: Argentina, Chile and Uruguay*. New York, E.U.: Oxford University Press.
- Roniger, L. y Sznajder, M. (2008). Los antecedentes coloniales del exilio político y su proyección en el siglo XIX. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*.
- Roth, A. (2007). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Roxin, C. (2007) *La teoría del Delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, España.
- Salamanca, Y. (2015). *Nueva administración pública en Colombia: retos en materia de reparación integral de víctimas del conflicto armado (Ley 1448 de 2011)*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Salinero, S., Morales, A. M. y Castro, A. (Diciembre, 2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Polít. Criminal*. Vol. 12, N° 24 Art. 5, pp. 786-864.
- Salmón, E. (Junio, 2016). Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. *Review de la Red Cross*. N° 862..
- Sánchez León, N. C. (2017). *Tierra en Transición. Justicia Transicional, Restitución de Tierras y Política Agraria en Colombia*.
- Sánchez T., María M. (2009). *La vigencia del delito político en Colombia: Interpretación a partir de 1997, influencia del DIH y su incidencia en un proceso de paz*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Sánchez, G. (2003). *Guerras, memoria e historia*. Bogotá, Colombia: ICANH.
- Sánchez, G. (2004) *Violencias y estrategias colectivas en la región andina. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*. Eric Lairs editores. Norma.

- Sánchez, G., & Meertens, D. (1984). *Bandoleros, gamonales y campesinos: el caso de la violencia en Colombia*. Bogotá: El Áncora Editores. Sánchez, G., & Peñaranda, R. (. (1987). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*.
- Sánchez, M. (2009). *La vigencia del delito político en Colombia: Interpretación a partir de 1997, influencia del DIH y su incidencia en un proceso de paz*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Sandoval, E. (1984) *Penología, parte general y especial*, Ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 1984
- Sarmiento, R., & Castellanos, P. (2008). *La eficiencia económica: una aproximación teórica*. (Vol. IV). Bogotá: Cuadernos Latinoamericanos de Administración.
- Schmitt, Carl (2005). *El Nomos de la Tierra. El derecho de Gentes en el Ius Publicum Europaeum*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia.
- Schmitter, y Otro (1986). *Transitions From Authoritarian Rule: Latin America*. Journal of Law, 23. Yale University.
- Skaar, Elín (2012). *¿Puede la independencia judicial explicar la justicia posttransicional?* América Latina Hoy, n.º 61, pp. 14-48.
- Sloane, R. (2008). *The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War*. Recuperado de: http://www.yale.edu/yjil/files_PDFs/vol34/Sloane.pdf. (Consultado mayo de 2015).
- Snodgrass, A. (2005). *Una perspectiva "invertida" de la justicia transicional: lecciones de Guatemala*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Springer, N (2010). *¿Negociar la paz o hacer justicia?* Bogotá: Editorial Aguilar. Torres A., Alfredo. (2015). *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Springer, N. (2002). *Sobre la verdad en los tiempos del miedo: Del establecimiento de una Comisión de la Verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Springer, Natalia. (2010), *¿Negociar la paz o hacer justicia?* Bogotá: Editorial Aguilar. Torres A., Alfredo. (2015). *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita

- Stahn, C. (2005). *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*. Universidad de los Andes, 2005.
- Steiner, H. (1997). *Truth Commissions: A Comparative Assesment. A Transcript of An International Meeting*, Cambridge, World Peace Foundation WPF Report no. 16.
- Sthan, C. (2010) *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional*, artículo *La geometría de la justicia transicional, opciones de diseño institucional*, ed. Angelika Rettberg, publicación UniAndes Colombia,
- Suárez D., Helena & Velasco C., Ernesto. *Máximos responsables*. En: Bernal P., Carlos & Babosa C., Gerardo. (2016). *Justicia Transicional: verdad, responsabilidad y Justicia Transicional: Retos teóricos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, A. (2017). *Experiencia de las Salas de Justicia y Paz servirá a la Jurisdicción Especial para la Paz*. (R. Judicial, Entrevistador)
- Suárez, Baquero (2013). *Guía para la construcción de garantías de no repetición en Colombia*. Bogotá: Fundación Social, pp. 7-21.
- Tappatá de Valdez, P. (2011). *Pasado y futuro. Temas centrales del presente en Argentina*. En: *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias de América Latina*.
- Taylor, T. (1992). *Anatomy of the Nuremberg Trial: A Personal Memoir*. New York: Alfred Knopf.
- Teitel, R. (2003). *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal.
- Teitel, Ruti G. (2003 septiembre) “Genealogía de la justicia transicional”, en Harvard Human Rights Journal, vol. 16, pp. 69-94.
- Teitel, Ruti. (2002), *Transitional Justice*, Oxford University Press USA.
- Todorov, T. (2000). *Los abusos de la memoria*. Barcelona, España: Ediciones Paidós.
- Torregrosa Jiménez, Rodolfo, Torregrosa Jiménez Norhys y Manrique Soacha César. *Las tendencias de investigación en el campo de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Revista Republicana No. 18, enero a junio de 2015.

- Torregrosa Jiménez, Rodolfo. Algunas Reflexiones sobre la Justicia Transicional en Colombia desde el Derecho de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Revista Diálogos de Saberes, No. 35, julio-diciembre 2011.
- Torregrosa, N. y Torregrosa R. (2012). Justicia Transicional. Paz vs. Justicia: el dilema en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Torregrosa, R. (2011). Algunas Reflexiones sobre la Justicia Transicional en Colombia desde el Derecho de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Revista Diálogos de Saberes, No. 35, julio-diciembre 2011.
- Torregrosa, R. y otros (2015). Las tendencias de investigación en el campo de la justicia transicional en Colombia. Bogotá, Colombia: Corporación Universitaria Republicana.
- Torres, J. (2012). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Revista de Derecho, núm. 47, 2017, pp. 138-166 Universidad del Norte.
- Torrijos, V. (2018). Profesor Titular de Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad del Rosario. “Cartografía Del Conflicto: Pautas Interpretativas Sobre La Evolución Del Conflicto Irregular Colombiano”
- Tutu, D. (1998). Forgiveness is not some nebulous thing. It is practical politics. Without forgiveness, there is no future. E: Wiesenthal Simon, (Ed.) The sunflower: On the possibilities and limits of Forgiveness. New York: Schocken Books. Unibiblos Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny y Saffon. (2007). Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. Disponible en:
- Uprimny Yepes, R., Saffon Sanín, M., Botero Marino, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.
- Uprimny Yepes, Rodrigo (2006) ¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Uprimny, R. & Saffon (2006). Verdad Judicial y verdades extrajudiciales: La búsqueda de una complementariedad dinámica. En: Revista Pensamiento Jurídico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. (nov. - dic).
- Uprimny, R. y Guzmán, D. (2007). Experiencias exitosas de lucha contra la impunidad. Bogotá.

- Dejusticia. Disponible en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicación=7&id_publicacion=505
- Uprimny, R. y Lasso, L. (2004). Verdad reparación y justicia para Colombia, algunas reflexiones y recomendaciones. Fescol, Colombia, 2004.
- Uprimny, R. y Lasso, L. (2006). Verdad, reparación y justicia en Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones” (En línea), disponible en: http://www.derechoshumanospaz.org/pdf/Reflexiones_VJR.pdf. • URIBE, Álvaro. (2002), “Programa de gobierno” (En línea), disponible en: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/GCRP_PND/Plan_Gobierno.pdf.
- Uprimny, R. y Saffon, M.P. (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Uprimny, R., & Güiza, D. I. (12 de 11 de 2017). Penas, paz y participación política. Obtenido de Dejusticia: <http://lasillavacia.com/blogs/mi-plebi-si-tio/penas-paz-y-participacion-politica-63434>.
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2008). Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia. Anuario de Derechos Humanos, 165-195.
- Uprimny, R.; Yepes D. y Güiza Gómez, I. (2016). Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 Senado. Dejusticia.
- Uprimny, Rodrigo (2006) en Uprimny Yepes, Rodrigo; Paula Saffon Sanín, y María; Botero Marino. Catalina y Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.) ¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, pp. 13-16.
- Uprimny, Rodrigo y Diana Guzmán (2010) “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales” Revista Colombiana de Derecho internacional (17): 231-286.
- Uprimny, Rodrigo y otros (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y

Sociedad.

Uprimny, Rodrigo y Saffon María Paula (2008). Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. Anuario de Derechos Humanos. DOI: 10.5354/0718- 2279.2008.13511.

Uprimny, Rodrigo; Lasso, Luis Manuel (2012). Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones. Disponible en: http://www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Reflexiones_VJR.pdf. (Consultado: diciembre de 2012).

Uprimny, Rodrigo; Saffon, María P. (2008). Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia. Anuario de Derechos Humanos 2008, n.º 4, Universidad de Chile.

Uyabán, E. F. (2015) Análisis de la justicia transicional en el marco de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: Caso Colombia. Universidad Católica, 2015

Valderrama, F. y Marvin Octavio Ortiz Agudelo, Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana, Opinión Jurídica, Vol. 16, N° 32, pp. 245-266 - ISSN 1692-2530 • Julio - Diciembre de 2017 / 272 p. Medellín, Colombia.

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

Valencia Villa, A. (2010). Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación de paz con las FARC-EP. Working Papers n°. 7, Bogotá: Fundación Ideas para la Paz.

Valencia Villa, H. (2008). Introducción a la Justicia Transicional. Claves de razón práctica, No. 180, 76-82.

Valencia, A. (2000). Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia, Memorias. Bogotá: Naciones Unidas -Cinep-Comisión Colombiana de Juristas -Programa por la Paz Compañía de Jesús-Fundación Social.

Valencia, G. y Mejía, W. (2010). Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro. No 15, pp. 59-77.

Valencia, H. (2003). Diccionario de derechos humanos. Madrid, España: Espasa Calpe. (2004).

Valencia, H. (2007). Introducción a la justicia transicional. Recuperado de <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/ seminario/tex03.p>

- Valenzuela, Santiago (2018) “Iván Duque y la Reforma Rural: el peligro de que la tire a la basura”
¡Pacifista! [blog]. Disponible en: [Consultado el 12 de octubre de 2018].
- Varela, J. & Álvarez, F. Obras Esenciales. Vol. II. Buenos Aires: Paidós Básica.
- Varela, J. & Álvarez, F. Obras Esenciales. Vol. II. Buenos Aires: Paidós Básica. García D.,
- Vargas V., Alejo. (2010). Colombia: escenarios posibles de Guerra y paz. Bogotá: Universidad Nacional.
- Vargas V., Alejo. (2010). Colombia: escenarios posibles de Guerra y paz. Bogotá: Universidad Nacional.
- Vargas, C. (2004). Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Vasilachis, I. (Coord.). (2006). Estrategias de investigación cualitativa. Barcelona: Gedissa Editorial.
- Velasco, E. (2016). Máximos responsables. En: Bernal P., Carlos & Babosa C., Gerardo. Justicia Transicional: verdad y responsabilidad y Justicia Transicional: Retos teóricos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, C. (2011). La esquiwa terminación del conflicto armado en Colombia. Medellín: La Carreta Editores E.U.
- Velásquez, F. (2010). Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2010.
- Vélez, M. (2001). FARC-ELN: evolución y expansión territorial. Desarrollo y sociedad(47), 151-225.
- Violante, C. (2008). El papel de la organización de Estados Americanos en la Resolución Pacífica del conflicto armado en Colombia (2004-2006). 1 a Ed. Bogotá: Uniandes-Ceso, Departamento de Ciencias Políticas.
- Vizcarra, J. (2014). Diccionario de economía: términos, ideas y fenómenos económicos. México: Grupo editorial Patria.
- Wasznik, C. (marzo, 2008,). Tendencias en el Control de Armas y Desarme en Procesos de Paz.

- En C. Buchanan (Ed). Puntos de Vista. Negociando el Desarme. Reflexiones sobre Armas, Combatientes y Violencia Armada en Procesos de Paz, I. s. l.: Centro para el Diálogo Humanitario.
- Weschler, L. (1990). A Miracle, A Universe: Settling Accounts With Torturers. Chicago: University of Chicago Press.
- Weschler, L. (1990). A Miracle, A Universe: Settling Accounts with Torturers, Nueva York, Pantheon Books.
- Wills, M. (2018) Centro Nacional de Memoria Histórica Los Tres Nudos De La Guerra Colombiana: “Un Campesinado Sin Representación Política, Una Polarización Social En El Marco De Una Institucionalidad Fracturada, Y Unas Articulaciones Perversas Entre Regiones Y Centro”
- Wolf, P. (1997). Para comprender a Rawls, una reconstrucción y una crítica de Teoría de la Justicia. México, Fondo de cultura económica.
- www.scielo.org.co/pdf/papel/v17n2/v17n2a03.pdf
- Younes, S. (2000). Teoría del Estado. Universidad Autónoma de Colombia. BOGOTÁ.
- Zazueta, L. W. (Julio-Diciembre, 2014). El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional como obligación del Estado mexicano ante la impunidad. VII / Vol. 9, N.º 2 / julio-diciembre 2014 / Bogotá, D. C. / Universidad Santo Tomás / pp. 11-39
- Zepeda, Rodríguez, Jesús. (2003) La política del consenso. Una lectura crítica de El liberalismo político de John Rawls. España,