

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA SANCION PENAL EN LA JUSTICIA ESPECIAL
PARA LA PAZ**

SERGIO ANDRES ACEVEDO LIAN

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2018

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA SANCION PENAL EN LA JUSTICIA ESPECIAL
PARA LA PAZ**

MONOGRAFIA PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

SERGIO ANDRES ACEVEDO LIAN

DIRECTOR

CARLOS MARIO FRIAS RUBIO

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2018

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

CONTENIDO

CAPITULO 1	2
QUE ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL	6
CAPITULO 2	45
ENFOQUES DE LA JUSTICIA	45
CAPITULO 3	50
LA SANCION PENAL EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y RETRIBUTIVA	50
CAPITULO 4	60
UBICACIÓN CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ	60
CAPITULO 5	64
LAS SANCIONES EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ	64
CAPITULO 6	74
EL NO CUMPLIMIENTO DE LA VERDAD ANTE LA JEP	74
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	83

LISTA DE TABLAS

Cuadro comparativo entre la justicia retributiva y restaurativa.....50

Cuadro comparativo entre la amnistía y el indulto..... 76

LISTA DE FIGURAS

Esquema de las sanciones a la luz de la Justicia Especial para la Paz.....68

CAPITULO 1

QUE ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1- El concepto de justicia transicional

La justicia transicional es un concepto abstracto por ende no puede darse una definición precisa. Este término es neutro para BICKFORD toda vez que: *“se refiere más comúnmente a la justicia durante la transición que a alguna forma de justicia alterada o diferenciada”*.¹ Este concepto tiene relevancia porque trabaja un contexto en el cual no se precisa un momento de transición o no hay evidencia alguna que haya una ruptura con el pasado para dar paso a un nuevo capítulo o comenzar de cero con la sociedad.

La acepción más adecuada y aceptada por la doctrina, es la propuesta por el Secretario General de las Naciones Unidas al afirmar que es un conjunto de: *“procedimientos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por dar término a una larga historia de abusos a gran escala, en aras de garantizar la responsabilidad, servir a la justicia y alcanzar la reconciliación”*²

Esta transformación sea de carácter formal o informal del marco constitucional, debe por consiguiente sujetar los procedimientos y mecanismos que se diseñen para resarcir el daño producido por las atrocidades cometidas. MENDEZ plantea que en la transición *“una sociedad que ha sufrido una violación severa y sistemática de los derechos humanos persigue su distanciamiento del pasado y la reparación y restablecimiento de las*

¹ BICKFORD, LOUIS, *Transitional Justice en: The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* vol. 3. Detroit, Macmillan Reference, 2002, p. 1045 Consultado en http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/fd/droi20060828_definition_/droi20060828_definition_en.pdf

² ANNAN, KOFFI en *United Nations Secretary General Report* http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf

instituciones públicas dentro de un marco constitucional, regido por el principio del Estado de Derecho, que permita obtener los objetivos de responsabilidad, justicia y reconciliación”³

La Corte Constitucional señaló oportunamente en la sentencia C-694 de 2015 que: *“la justicia transicional implica la articulación de un conjunto de medidas, judiciales o extrajudiciales y puede abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinación de todas las anteriores, tal como ha reconocido el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.”⁴*

Especifica BASTIDAS al referirse a este tipo de justicia: *“es un campo empírico que busca responder a las necesidades de justicia en sociedades que en enfrentan un legado de atrocidades perpetradas a gran escala. Es un campo práctico que busca instaurar justicia en sentido amplio, dando respuesta, de manera específica, a las particularidades culturales de las distintas sociedades y estableciendo las bases para un marco relacional entre ciudadanos y de estos con el aparato estatal, que tienda hacia la inclusión y la resolución de las diferencias sin el uso de la violencia”⁵*

Lo anterior entonces implica que el campo de acción de la justicia transicional va mucho más allá del ámbito jurídico toda vez que si bien se requiere para su implementación una serie de normas legales y decisiones judiciales adecuadas, ésta se debe articular también a la sociedad para que ésta sea promotora de cambios en ésta a nivel general y a la comunidad en particular.

2- Orígenes de la justicia transicional

Siguiendo a ELSTER⁶ el primer proceso de justicia transicional ocurrió cuando se quiso restaurar la democracia ateniense en el siglo V a.C. que había sido suprimida por la oligarquía. Estos procesos han revestido diversos factores que comprenden desde la

³ MENDEZ, JUAN E. “Constitutionalism and Transitional Justice” citado por BERNAL PULIDO y otros en Justicia Transicional: Retos Teóricos, Volumen 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 694 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos – Bogotá Noviembre 11 de 2015

⁵ BASTIDAS, Raquel “Justicia Transicional” Editorial Leyer 2010

⁶ ELSTER, JON “Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica” (Buenos Aires: Katz, 2006)

transición a la independencia – Estados Unidos en 1783 y Argelia después de su independencia de Francia en 1962 – incluso factores como la restauración de Estados después de un conflicto bélico como ocurrió en los países de Europa Occidental y Japón después de la Segunda Guerra Mundial. La justicia transicional ha comprendido diferentes talantes como en el sur de América Latina en los años ochenta y en países de Europa del Este tras la caída del muro de Berlín, África postcolonial entre 1979 y 1994.

TEITEL⁷ sostiene que es posible identificar tres etapas claves en la evolución del concepto de justicia transicional. La primera etapa comprende la transición de la guerra a la democracia después de la Segunda Guerra Mundial. La segunda es vinculada con la progresiva transición de regímenes políticos - tanto en Europa Oriental como en América Latina- en su mayoría irrespetuosos de derechos humanos a una democracia en las dos últimas décadas del siglo XX. Habida cuenta de lo anterior se empezó a hablar de “transiciones a la democracia” que con el correr de los años transmutó en la expresión conocida hoy como “justicia transicional”.

En inicial concepción, dicho término se refería a un conjunto de cambios políticos de diferente naturaleza como lo fueron el fin de las dictaduras militares tanto en Chile como en Argentina, la terminación de la anomia que permitió en países como El Salvador, Guatemala y Perú, un espacio libre para confrontaciones entre organizaciones subversivas y agentes del Estado y la desestructuración de la violencia étnica en países como Bosnia, Liberia y la República Democrática del Congo.

La tercera etapa comprende las condiciones coetáneas de constante conflicto en variadas latitudes, incluso en democracias construidas, obligando a que la justicia transicional sea permanente y necesaria. El común denominador entre estos tres contextos diferentes reside en que el concepto de justicia transicional deviene en unos fines y mecanismos idóneos pero que revisten de una naturaleza política y jurídica extraordinaria o excepcional.

3- Fines de la justicia transicional

⁷ TEITEL, RUTI G. “Genealogía de la Justicia Transicional”, Volumen 16 *Harvard Human Rights Journal*, 2003., 69-94- Consultado en http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Una de las obligaciones fundamentales de un Estado, es el juzgamiento y la sanción a la violación a los derechos humanos, no obstante el fin de la justicia transicional es la búsqueda de la verdad judicial e histórica, la reparación, la adopción de reformas institucionales y garantías de no repetición para lograr la reconciliación y la paz, que es el objetivo primordial que se busca. Todos estos conceptos deben también estar orientados contra la impunidad y la garantía de los derechos.

En consideración a los criterios anteriores y su consolidación reviste importancia reunir información sobre los desmanes acaecidos durante los periodos de violencia generalizada, de caos institucional de un país. El fin de la justicia transicional también debe constituirse sobre la base del reconocimiento del “enemigo” como colaborador para la construcción de una nueva sociedad. Llegar a la verdad requiere escuchar al victimario y a las víctimas. La historia demuestra que esos encuentros han sido traumáticos, como el caso de Suráfrica durante la presidencia de Nelson Mandela.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualiza que dicha búsqueda de la verdad conlleva medidas preventivas y de no repetición ejercidas por comisiones investigadoras de atrocidades y violaciones porque la sociedad en general tiene derecho a conocer la conducta y hechos en que incurrieron los victimarios involucrados. De lo anterior se deduce que el fin primordial y el elemento constitutivo de la justicia transicional es la verdad, y relacionada a los vínculos de causalidad en cada escenario de violencia y degradación de los derechos humanos.

Es conveniente preguntarse si existen estándares internacionales de verdad en la aplicación de la justicia transicional. Este tema ha sido objeto de profundos debates y existe una compleja historiografía en relación a la memoria e historia, sobre los nexos entre la historia y la ficción, generando discrepancias en las ciencias sociales.

De ahí que la verdad en la justicia transicional es un frágil ideal, al respecto NIETZSCHE precisó que: *“solamente mediante el olvido puede el hombre alguna vez llegar a imaginarse que está en posesión de una verdad”*⁸

⁸ NIETZSCHE, Friedrich “Sobre la verdad y mentira en sentido extra moral”. Madrid. Biblioteca Nueva 1970

Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la dignidad humana, es claro suponer que la justicia transicional debe alcanzar su fin primordial: la verdad. Conforme al derecho internacional los Estados deben empeñarse mediante una metodología judicial en lograr ese fin esencial.

En conclusión todo proceso transicional debe focalizarse en alcanzar la paz y la consolidación de la democracia, y unidos a este punto cardinal van la consecución de la justicia, el otorgamiento de reparaciones adecuadas y efectivas a las víctimas, la adopción de reformas institucionales e igualmente avalar la no repetición de hechos que violentaron los derechos humanos.

4- Principios de la justicia transicional

La jurisprudencia, la doctrina y las decisiones de los organismos internacionales encargados de proteger los derechos humanos han determinado una serie de principios básicos que orientan la justicia transicional. Dichos principios han sido objeto de consenso y constante evolución a raíz de experiencias internacionales y se han ido estableciendo acorde a los diferentes procesos de transición.

Estos principios inamovibles los hemos recopilado de la siguiente manera:

4.1 Derecho a la justicia de las víctimas

Es un deber del Estado enjuiciar a los presuntos autores de las violaciones graves de Derechos Humanos y del Derecho Humanitario. Su jurisdicción es primaria toda vez que debe investigar los hechos acaecidos en su territorio y puede crear mecanismos jurídicos definidos para hacer frente a dichas violaciones, sobre la base de normas nacionales e internacionales.

Es preciso señalar en este ítem a manera de ejemplo, que no debe repetirse la experiencia del caso *Mozote vs. El Salvador* en la cual no se ha materializado justicia a las víctimas, traduciéndose esta en investigaciones exhaustivas, ni identificación de los verdaderos responsables, menos aún la verdad sobre los hechos y una inactividad procesal que ha impedido entonces la materialización de juicios serios para sancionar a los máximos responsables, creando entonces un manto de impunidad sobre estos hechos y más aún dicha impunidad es protegida por la denominada “Ley de amnistía general para la Consolidación de la Paz”, lo cual ha creado un óbice al momento de realizar investigaciones

ex officio ya que ha generado entonces dificultades para establecer líneas lógicas de exploración sobre los hechos y sumado a la negativa de suministrar información por parte de las autoridades relacionada esta con el desarrollo de los operativos militares, la dilación en la realización de inspecciones judiciales al lugar de los hechos para realizar las labores de exhumación de los cadáveres, y el sobreseimiento de los crímenes bajo la precitada ley, le permitieron entonces concluir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a las víctimas de esta masacre, no se les ha garantizado un recurso judicial efectivo lo que ha impedido el acceso a la justicia para las víctimas para conocer la verdad mediante una investigación seria para determinar los responsables y lograr la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.

De igual manera afirma este estrado que derivado del cese de hostilidades en El Salvador era imperante la necesidad de investigar y sancionar por medio de una “actuación ejemplarizante”⁹ de los tribunales de justicia de carácter ordinario como mucho las trasgresiones a los derechos humanos y debía establecer una comisión de la verdad para evitar la impunidad y garantizar la no repetición de los hechos. Sin embargo y como veremos más adelante, la expedición de la ley de amnistía en comento es incompatible, ya que si aplicamos el control de convencionalidad dispuesto por la Corte Interamericana, hallamos que dicha legislación es contraria a la Convención Americana, lo cual no puede tener vida jurídica alguna y destraba los obstáculos previamente mencionados.

Visto el ejemplo anterior, es deber de los Estados la creación de legislación y tribunales en orden de ejercer la jurisdicción universal en estos casos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario, conforme a los principios que se han incorporado en el bloque de constitucionalidad y en el derecho internacional de carácter consuetudinario.

Es un principio imperante de los Estados la cooperación entre sí y con las organizaciones internacionales con el fin de conservar, recolectar y divulgar información de estos graves atentados y en las cuestiones atinentes a la justicia transicional. La cooperación debe extenderse también a información y pruebas útiles para las investigaciones a las que haya

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador – Sentencia de 25 de Octubre de 2012
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_252_esp.pdf

lugar y extraditar a las personas – que se presuman que han cometido violaciones que se encuentren en su territorio, teniendo como condiciones que los tribunales de los Estados que los solicitan han de cumplir con el debido proceso y acatar la normatividad internacional sobre la materia. De igual manera estas cortes han de apoyar el trámite de ejecución de sentencias extranjeras como una estrategia de justicia transicional además de la restricción de viajes, el embargo de los activos y acciones complementarias que apunten a incentivar la rendición de cuentas y la pronta realización de justicia.

Por otra parte los tribunales y los entes de investigación deben gozar de independencia y ser garantía de imparcialidad. Al mismo tiempo los Estados tienen la ineludible labor de investigar las denuncias de graves violaciones de los derechos humanos así como del derecho internacional humanitario que sean cometidas en su territorio, con personas bajo la jurisdicción vernácula y cuando dicha denuncia de trasgresión sea confirmada, debe adelantarse un juzgamiento enmarcado dentro de la buena fe y el debido proceso, además de hacer respetar el elemental principio del *non bis in ídem* excepto cuando la primitiva investigación se haya realizado de una manera impropia o irregular. Por otro lado, es también obligación estatal la protección de los testigos y de sus familias, además de las personas que puedan estar perjudicadas por su cooperación con las investigaciones y los procesos, a los asesores legales, a los funcionarios judiciales que intervienen en éstas y a los demás sujetos que se puedan ver afectados por su participación en los eventos previamente mencionados.

4.2- Derecho a la verdad

Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general tienen derecho a saber la verdad sobre las violaciones sistemáticas, la historia del conflicto y la identificación de los responsables.

Las víctimas tienen específicamente el derecho a saber las circunstancias en que acaecieron las trasgresiones de impacto directo incluyendo los escenarios en que ocurrieron y la ubicación de las personas desaparecidas y sus restos. De igual manera es preciso señalar que para investigar las infracciones a los Derechos Humanos y al DIH, ha de crearse una entidad ad-hoc no judicial pero de naturaleza oficial como lo son las comisiones de la verdad.

Desarrollando este principio es justo indicar que dicha labor debe hacerse de manera imparcial e independiente, no permitiendo la injerencia de fuerzas externas que obstaculicen su composición, estructura y funcionamiento. La Corte Internacional de Justicia ha precisado que: *“Los regímenes represivos reescriben deliberadamente la historia, negando las atrocidades para legitimarse. La búsqueda de la verdad contribuye a la creación de un registro histórico que impida esta clase de manipulación. Al dar más información a las víctimas sobre los hechos sufridos (la suerte de los desaparecidos o la razón de que algunos grupos fueran blanco especial de la represión), puede ayudarles a cerrar esa etapa.*

Las iniciativas de búsqueda de la verdad son muy diversas—incluyen leyes que garantizan la libertad de expresión, desclasificación de archivos o investigaciones sobre desaparecidos—y también conducen al establecimiento de comisiones de investigación no judicial, entre ellas las comisiones de la verdad.”¹⁰

Por ende es obligante la tarea del Estado en crear órganos distintos de investigación que permitan entonces revelar la verdad sobre los distintos elementos de trasgresiones en el pasado. Estos entes alternativos siendo en su naturaleza muy específicos y generales no buscan suplir la tarea de las comisiones de la verdad sino al contrario aportar en la búsqueda de la verdad y apoyar el postconflicto.

4.3- La reparación a las víctimas

Uno de los mayores desafíos del postconflicto es la reparación de las víctimas. Esto es debido al creciente número de afectados por la violencia, lo siendo imposible cuantificar un número exacto de éstos. Si bien se han tomado diversas medidas para atenuar esta situación tales como la expedición por parte del legislativo de la Ley 1448 de 2011 que además de diseñar un modelo de reparación efectiva, subsanó en parte el mero enfoque económico que se les había dado inicialmente a las reparaciones. Se incluyeron en dicha ley tanto medidas materiales como lo son programas de asistencia psicosocial, restitución de tierras como medidas simbólicas como el establecer el 9 de Abril como el Día Nacional de la Memoria y Solidaridad con las Víctimas.

¹⁰ Consultado en <https://www.ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/verdad-y-memoria>

No basta entonces establecer estos programas si no se les garantiza a la población afectada los derechos a la igualdad, a la información sobre las violaciones y el efectivo acceso a la justicia. Si las víctimas estuviesen en el exilio han de garantizársele las vías diplomáticas y consulares apropiadas para que los afectados puedan tener el derecho fundamental de acceder a la justicia.

Es también un compromiso estatal el continuar con la reparación de las víctimas sin distinción alguna e inclusive así el gobierno responsable del programa ya no esté en funciones. Es también ineludible la función del Estado cumplir con las sentencias sean domésticas o extranjeras que le fueran impuestas en asuntos de reparación contra los responsables, no permitiendo que la intervención de las víctimas en procesos internacionales afecten los recursos internos. De igual manera si los particulares responsables no quieren o no pueden reparar a las víctimas, corresponde al Estado esta labor máxime cuando han sido cómplices al no emprender acciones preventivas.

Puntualiza BENAVIDES que:

“lo más importante en la reparación de víctimas del conflicto armado no es la devolución de las cosas al pasado, sino que es la visión hacia futuro de la situación de las víctimas de manera que estas no se encuentren de nuevo vulnerables a hechos victimizantes”¹¹

La reparación comprende cuatro institutos claves a saber:

Restitución: Esta medida busca reestablecer a las víctimas la situación en la que se encontraban antes de sufrir las graves violaciones de las que fueron objeto. Esta figura también comprende la relocalización en el anterior lugar de residencia, la devolución de los bienes confiscados, la recuperación de la libertad, el empleo, los derechos judiciales, la unidad de familia y la ciudadanía. Si fuere el caso de haber una condena ilegítima –motivada ésta por alguna política gubernamental represiva -, se eliminarán los registros de antecedentes penales.

Indemnización: Tiene como objeto el pago monetario a las víctimas por los daños y perjuicios, sufrimientos y pérdidas derivadas de las violaciones. Estos pagos comprenden

¹¹ BENAVIDES, Farid S. “ Los modelos de justicia transicional y su coherencia en Colombia” en “Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios” MAPP – OEA, UE, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2014

el daño físico, mental, desmedro económico, la educación, las oportunidades sociales, daños al buen nombre y la dignidad y los costos relacionados con la asistencia jurídica, médica y psíquica en caso de que se requiriere.

Rehabilitación: Ofrece a las víctimas servicios para poder paliar los efectos de las atrocidades acaecidas en el pasado. Dichas prestaciones comprenden: asistencia médica y psicológica, servicios sociales como capacitación laboral y asistencia jurídica. En caso de haber menores de edad entre las víctimas se ha de proceder con especial cuidado, por su prevalente protección por parte del Estado. Dicho beneficio les es extensivo a los hijos de las víctimas y a los menores de edad que han sido reclutados de manera forzosa por grupos armados al margen de la ley.

Satisfacción y garantía de no repetición: Obedece a la necesidad de las víctimas de tener información clara y servicios para poder hacer frente a la persistencia de efectos de las violaciones pasadas y prevenir futuras trasgresiones. La información que se suministre a las víctimas debe contener los datos de las personas fallecidas, la ubicación de estas sea en fosas comunes o clandestinas, si fueron desaparecidos, las circunstancias que conllevaron a dicho acto. En caso de haber menores de edad secuestrados se ha de determinar el grupo captor, su ubicación y posterior entrega si fuere posible. Finalmente debe haber medidas institucionales para poner fin a las vulneraciones pasadas y sentar las bases para prevenir futuras trasgresiones.

4.4- Inhabilidades, sanciones y medidas administrativas

Con este principio se debe garantizar que las políticas de investigación y las sanciones a los máximos responsables. De esto deviene el anglicismo “*Vetting*” que no es más que es la inhabilidad a la que son sometidos los perpetradores de violaciones del pasado para participar en un gobierno o tomar posesión para un puesto oficial. Esta inhabilidad puede ser temporal o puede ser para toda la vida.

Es una obligación el garantizar que las políticas tanto investigativas como sancionatorias sean proporcionales a la responsabilidad, por ende han de tenderse un puente entre la rendición de cuentas con la reconciliación y la paz. También ha de propenderse por desarrollar o reformar los sistemas institucionales para así poder investigar las inhabilidades, sanciones y medidas administrativas sean estas creadas por tribunales

judiciales o en su defecto instancias administrativas, otorgándole potestad al Estado para que éste aplique dichas inhabilidades por medio de procesos de carácter público.

El procedimiento sancionatorio debe ser protegido por un debido proceso y las sanciones han de imponerse de manera automática sobre la base previa de una constatación de la responsabilidad penal del encartado

Teniendo en cuenta lo anterior, debe limitar o prohibir v la participación en el gobierno y las instituciones públicas a los máximos responsables – sean estos agentes del Estado o miembros de grupos al margen de la ley- que hayan planeado, instigado, ordenado o cometido estas violaciones.

4.5- Reformas institucionales

Se deben realizar reformas encaminadas a apoyar la gobernabilidad responsable y la no repetición de trasgresiones. Estas reformas deben ser sometidas a consultas públicas, otorgando especial participación a las víctimas, sus familias, las comunidades que han sido afectadas y en general a la sociedad civil.

Las transformaciones institucionales están estrechamente ligados a los principios que rigen la justicia transicional, a los ingentes esfuerzos de reconstrucción y a la unidad para generar un compromiso abierto contra las violaciones y lograr el reconocimiento de los objetivos que hemos hecho alusión.

Las leyes han de ser reformadas para que se garantice su adhesión al imperio de la ley y se debe propender por alentar la gobernabilidad y construir cimientos para una sociedad basada en el respeto y sujeción al Estado de Derecho y a los principios democráticos fundamentales garantizando la independencia del legislativo y asegurar la imparcialidad de este y su eficacia, funcionando estos bajo el debido proceso de acuerdo a los estándares internacionales.

De igual manera se encuentra la obligante necesidad de ratificar el bloque de constitucionalidad, promulgar leyes que protejan los derechos humanos y el DIH y la protección de los derechos fundamentales.

Debe también el Estado evitar a toda costa la corrupción al momento de la rendición de cuentas y se debe propender por políticas de buen gobierno, frente a este concepto debe

también el Estado ser garante de ejecución de políticas encaminadas al apoyo de los derechos humanos, los derechos fundamentales, el imperio de la ley y los valores democráticos

5-El conflicto como requisito para la Justicia Transicional

El conflicto debe entenderse en primer lugar como una oposición de intereses muchas veces sociales, particulares, políticos, económicos. Para SILVA *“se trata de un hecho social consustancial a la vida en sociedad. Así mismo las disputas son una constante histórica, puesto que han comparecido en todas las épocas y sociedades a lo largo de los tiempos. Incluso, el cambio social que determina toda la dinámica de la vida de los seres humanos, es una consecuencia que debe ser imputada de modo mayoritario, aun cuando no de manera absoluta, al conflicto”*¹²

Sea preciso señalar que no todo conflicto es algo anómalo, ya que como reseñamos anteriormente, el conflicto es una expresión natural de la sociedad. Desde otro plano es importante anotar que ni siquiera pueden manifestarse esto como juicios de valor filosóficos hacia algo malo o negativo para la sociedad o para el individuo, únicamente como condiciones inherentes a la interrelación entre el ser humano y la sociedad en la que vive.

5.1- El conflicto como una conducta sociológica

La sociología distingue varias concepciones de lo que es el conflicto. Para ello, emplearemos dos definiciones de esta noción, partiendo de la premisa que el conflicto es una conducta meramente antagonista.

Para COSER citado por ORO el conflicto es:

*“una lucha respecto a valores y derechos sobre estados, poderes y recursos escasos, lucha en la cual el propósito es neutralizar, dañar o eliminar a los rivales”*¹³

¹² SILVA GARCIA, Germán “ La teoría del conflicto: un marco teórico necesario ” Universidad Militar Nueva Granada 2008

¹³ COSER Lewis citado por ORO, Luis “La noción del conflicto” Ril Editores Santiago de Chile 2003

Interpretando lo anterior tenemos que la lucha para este autor, no sólo es la fuerza física, sino también conlleva en sentido amplio que es en si el conflicto como un medio para eliminar a los rivales. Esto genera una distinción entre lo que son conflictos reales e irreales.

Los conflictos reales suponen una lucha en torno a fines concretos y uno de los medios idóneos para alcanzar este fin es el uso de la amenaza, la coacción o la misma fuerza. *Contrario sensu* los conflictos irreales no buscan el antagonismo de fines entre los actores ni menos disputas por bienes escasos, únicamente su fin es generar una energía hostil con el fin de buscar si se puede denominar un “antagonista” como blanco, a fin de descargar su agresividad.

DAHRENDORF explica que el conflicto:

“debe en primer lugar designar una serie de elementos que puedan caracterizarse como una oposición de tipo objetivo (latente) y subjetivo (manifiesto). Si dos solicitantes se esfuerzan en obtener un puesto habrá conflicto, lo mismo que en el caso de dos partidos políticos en lucha por el poder, dos bandas criminales que se disputan un mismo sector, dos naciones que se enfrentan en el campo de batalla, y cosas parecidas.”¹⁴

Por ende la oposición entre dos elementos concurrentes (sean estos por aspiraciones o por valores escasos) puede ser de una manera consciente o deducida, deseada o impuesta, pero en síntesis todo conflicto se reduce a una relación entre dos o más elementos que como reseña FREUND citado por ORO se enfrentan a propósito de un derecho y que para ser mantenido o reestablecido, recurren al rompimiento de la resistencia del contrincante, muchas veces mediante la violencia que puede derivar en el aniquilamiento físico del adversario.

5.2- El conflicto como arma política

Siguiendo a SERRANO no todos los conflictos sociales pueden ser calificados como políticos el problema de estos conflictos radica en la distinción de este tipo de conflictos.

¹⁴ DAHRENDORF, Ralf Op. Cit

A diferencia de los conflictos sociales, los conflictos de esta índole se gestan a raíz de la no existencia de una norma clara y explícita que pueda determinar el curso a seguir sobre determinada acción. Estos conflictos para el mentado autor:

“pueden suscitarse si se trata de un problema que tiene características de encrucijada, dilema o impasse y frente al cual existen alternativas de solución que son contrapuestas, antagónicas o excluyentes. Una de las características de los conflictos políticos es que en última instancia constituyen una pugna de criterios difícilmente reductible al arbitraje de un tercero, sea éste una norma positiva o de otra índole. En los conflictos políticos las voluntades antagónicas operan con cierto grado de autonomía, puesto que tienen la capacidad de crear normas que exigen la obediencia de toda la población.”¹⁵

Una vez solucionada la desavenencia –muchas veces mediante el uso de la fuerza pública, la parte que ha vencido en el conflicto decide imponer su voluntad no solo a los que han resultado vencidos, sino que además a todos los miembros de la comunidad política. Así, la solución de los conflictos políticos afecta, no solamente a las partes que luchan, sino también a todos los habitantes del Estado.

Otro rasgo característico de los conflictos políticos puede verse cuando el antagonismo no puede ser sujeto de la vía judicial. Para tal caso entonces se tiene que lo político prima sobre lo judicial toda vez que el concepto de institucionalidad ha sido desbordado o superada por la dinámica del conflicto. Por ende, la lucha de poder ya no discurre dentro de un marco regulatorio al no existir una norma o una figura que asuma el rol de juez o mediador. Por tal razón, la confrontación pone en una encrucijada lo que se asume como legal ya que transcurre al filo del principio de legalidad o al margen de éste.

Por otro lado es preciso señalar que esta tipología de conflicto, siempre se remite al Estado por cuanto los rivales luchan por la distribución de los bienes materiales o inmateriales como objeto de la discordia. Este tipo de conflictos usualmente se resuelven mediante el uso de la fuerza, en clara contraposición a los conflictos sociales, donde el uso de ésta y la violencia son mecanismos para atentar contra el Estado.

¹⁵ SERRANO, Enrique “El conflicto político” Revista Estudios Políticos Num. 11 Universidad de Antioquia 1997

Finalmente podemos ubicar como partícipes dentro del conflicto, encontramos los partidos políticos quienes luchan para imponer su versión de lo ocurrido, derivando esto en múltiples interpretaciones de la realidad y los acontecimientos.

5.3- El conflicto colombiano

El conflicto en nuestro país, ha tenido diferentes matices. En primer lugar no se ha podido determinar la causa exacta que llevó a éste, ni poder identificar claramente a los actores armados de éste. Lo anterior se complementa con el silencio impuesto a las víctimas con el propósito de generar impunidad y obstaculizar la investigación judicial. De igual manera éste no ha sido constante toda vez que ha pasado por diversas transiciones que van desde la relativa paz después de la guerra de los mil días, pasando por la violencia bipartidista y el trance de ésta a la violencia subversiva. Posteriormente se dio una expansión y fortalecimiento militar de las guerrillas teniendo como pico los años de 1996 a 2002. Sumado a esto aparecieron los grupos paramilitares como una “solución” para acabar con las guerrillas y la propagación del narcotráfico

La guerra de los mil días (1899-1902)

Un levantamiento anunciado

La guerra civil de 1895 promovida por los liberales no logró derrocar al presidente Miguel Antonio Caro. Hacia 1899 la situación política del país, influida por numerosas convulsiones políticas tales como el debilitamiento del Ejecutivo y económicas toda vez que el país se encontraba en un estado de inquietud financiera como bien lo señala SANTOS al citar un ejemplo de esto:

“Una ordenanza expedida por la Asamblea del Tolima, “que establece una nueva monstruosa contribución directa sobre toda renta proveniente ya de capital, ya de dinero a interés, o ya de cualquier oficio o profesión”, disparó las alarmas y produjo una fuerte devaluación del papel moneda. Los analistas económicos, como Miguel Samper y Carlos Martínez Silva, exclamaron a mediados de mayo: “Cómo angustia la situación del país! El cambio sube con rapidez aterradora. Si la situación del cambio no mejora en el resto del

año la catástrofe será inevitable para el país¹⁶", y declararon que "la crisis que afecta al país no es política sino económica". Además de manifiestos movimientos bélicos en los departamentos de Santander y Cundinamarca, obligaron al gobierno central a declarar turbado el orden público.

Detallan HENAO y ARRUBLA que:

*"no se dictaron providencias enérgicas para procurar ahogar el levantamiento, y ya el 18 de octubre siguiente el gobierno declaró turbado el orden en toda la República. Estalló, pues, la contienda armada para derrocar al gobierno, con apoyo de amigos del exterior, y fue la más larga, cruel y asoladora de las que han afligido al país después de su nacimiento a la vida independiente"*¹⁷

A lo largo de este conflicto, se produjeron diversas acciones militares y su desarrollo puede dividirse en enfrentamientos de ejércitos y en combates de guerrillas. En la primera fase las dos grandes batallas fueron Peralonso sucedida el 15 y 16 de Noviembre de 1899 en la cual fueron derrotadas las tropas del gobierno y la segunda en la batalla de Palonegro entre el 11 y 25 de mayo de 1900 la cual produjo un estrepitoso fracaso para los rebeldes liberales. De ahí en adelante continuó una prolongada fase de enfrentamientos rebeldes por todo el país lo que conllevó a la necesidad de suscribir tratados de paz para poner fin a este conflicto, como lo fueron el Tratado de Wisconsin (celebrado el 21 de Noviembre de 1902), hasta el restablecimiento - por parte del gobierno- definitivo del orden público el 1 de Junio de 1903.

El costo de la guerra

A pesar de los decretos de indulto y los tratados de paz que fueron suscritos por las partes en conflicto, la paz no fue un efecto inmediato, por lo cual debió optarse por una serie de estrategias como el Tratado de Chinacotá (suscrito el mismo día del de Wisconsin) para lograr la desmovilización de los combatientes rebeldes. Si bien se ha dicho que los tratados en comento fueron una versión idílica de garantía de paz, estos no permiten ver el engranaje

¹⁶SANTOS MOLANO, Enrique " La guerra de los mil días, El siglo XX colombiano nació con la herencia de la guerra que habíamos comenzado en la agonía del siglo XIX" Revista Credencial Septiembre de 2016

¹⁷ HENAO, Jesus María y ARRUBLA, Gerardo "Historia de Colombia: Tomo 2" Academia Colombiana de Historia Plaza y Janés Bogotá 1984

de un complejo proceso de paz. JARAMILLO citado por RODRIGUEZ¹⁸ explica que el gobierno recurrió a varios mecanismos para poder desarmar a las fuerzas insurgentes. Elementos como la compra de armas de estos, ofrecimientos de dinero a oficiales y jefes de guerrilla para acogerse al indulto, otorgamientos de recursos para movilización, hasta apelar a la delación para negociar la vida de los insurrectos capturados.

Este tipo de dificultades generadas en gran parte por la falta de respeto a lo que se había acordado, generó en muchos casos la persecución y asesinato de combatientes como Avelino Rosas o Tulio Varón. Otros veteranos como Rafael Uribe Uribe ingresaron al sector político, siendo asesinado en 1914 por dos albañiles en circunstancias oscuras.

Finalmente es importante iterar que nunca se ha podido cuantificar el verdadero costo de esta etapa del conflicto, toda vez que existe una discrepancia en el número total de víctimas y el costo económico de dicha confrontación., Para VILLEGAS:

*“El número de combatientes se estimó en 110.000 hombres (75.000 por parte del gobierno y 35000 por los liberales). Teniendo en cuenta el total de beligerantes, parecen exagerados los cálculos de muertos, a pesar del encarnizamiento de la contienda. Jorge Holguín los estima en 180.000; Luis Eduardo Villegas en 100.000; el coronel Leónidas Flórez Álvarez los calcula en 60.000. Igualmente discrepantes son los cálculos del costo de la guerra: 25 millones de pesos oro según Jorge Holguín, 75 millones de acuerdo con Eduardo Silvestre y 370 millones según estimado de Luís Eduardo Villegas.”*¹⁹

Económicamente el país quedó arruinado provocando así una gran crisis económica que se acrecentó con la separación de Panamá el 3 de noviembre de 1903, y la deuda de los gastos de campaña en los que incurrió el Estado en esta confrontación.

La violencia bipartidista (1946-1964)

Las herencias de una vieja violencia: Rivalidad política y enemistad interna.

¹⁸ RODRIGUEZ G. Juan Camilo “Consideraciones históricas sobre la justicia transicional en Colombia: De la colonia al siglo XIX” en Justicia Transicional: Verdad y Responsabilidad, Volumen 4, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

¹⁹ VILLEGAS Jorge “ Consecuencias de la Guerra de los Mil Días” Carlos Valencia Editores, Bogotá, 1978

Como lo reseñamos anteriormente, las decididas disputas por el poder durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, por parte de los partidos tradicionales, generaron una serie de conflictos violentos entre éstos para lograr el dominio del aparato estatal, a tal punto de ser éstos, una constante histórica de varias décadas en el país.

Aterrizando en etapa del conflicto tiene su origen hacia 1946, desatándose una ola de violencia política tras la finalización de la hegemonía conservadora. Esta violencia se centró especialmente en las regiones que habían sufrido una tensión similar tras el inicio de la República liberal. Departamentos como los Santanderes y Boyacá fueron duramente golpeados por esta problemática.

En segundo lugar, el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán el 9 de Abril de 1948 el cual desencadenó una mezcla de confrontaciones sectarias, bandolerismo social y político por todo el país. Aunado a lo anterior, este enfrentamiento se vio –tiempo después- atizado por el sectarismo manifiesto del Presidente Laureano Gómez (1950-1953), desembocando esto en una confrontación armada abierta, radicalizándose ésta en actos atroces como crímenes sexuales, descuartizamiento de personas vivas, desmembramiento de cuerpos, entre otros perversos actos de violencia.

El lugar de las víctimas: El saldo inicial del conflicto.

De acuerdo con el informe “¡Basta Ya!” publicado por el Centro Nacional de Memoria Histórica:

“La Violencia se expresó, entre otras formas, en la ola represiva contra los movimientos agrarios, obreros y populares urbanos aglutinados en torno a los ideales del gaitanismo. Como sello distintivo de la década de 1950, la violencia se libró entre los ciudadanos adscritos a ambas colectividades políticas mediante el ataque a los militantes del partido contrario o a sus territorios de influencia. La confrontación política bipartidista se radicalizó y se degradó a tal punto que las agrupaciones armadas cometieron masacres, actos

*violentos con sevicia, crímenes sexuales, despojo de bienes y otros hechos violentos con los cuales “castigaban” al adversario.”*²⁰

De igual manera uno de los documentos que mejor ilustran esta etapa del conflicto, es el informe publicado por la Secretaría de Agricultura del Tolima en 1959 el cual reseñó las víctimas en esta primera fase, según dicho reporte el saldo de víctimas estimado como “capital humano” fue de 16.219 muertos, sin incluir esta cifra las víctimas de las fuerzas del Estado, ni de masacres colectivas. Para elaborar dicho informe, se realizó una encuesta a 400 damnificados, los cuales estimaron en “capital humano” arrojando que solo entre 1949 y 1957 “16.219 muertos, sin incluir los muertos habidos con fuerzas regulares del Ejército, ni en masacres colectivas, que generalmente eran abandonados a los animales, o arrojados a los ríos y precipicios, y tampoco las bajas sufridas por las Fuerzas Armadas”²¹

La magnitud de la violencia entre estos dos partidos, trajo también la problemática del desplazamiento forzado y el despojo de tierras. De acuerdo con SANCHEZ, sólo entre 1946 y 1966 cerca de dos millones de habitantes del campo, fueron desplazados forzosamente hacia las principales ciudades del país.²² Este fenómeno fue acompañado – y en algunos casos propiciado como una forma de alcanzar el dominio de tierras - en gran medida por un traslado de la tenencia de las tierras que los campesinos dejaban atrás. Según CHAPARRO este fenómeno tiene dos connotaciones: el abandono y el despojo.²³

El primero sucede cuando la persona se desplaza, abandonando por consiguiente su predio, viéndose impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con el terreno. El segundo evento ocurre cuando un tercero –aprovechándose de la situación de violencia- priva de una manera arbitraria de la posesión a la persona desplazada de su propiedad, posesión u ocupación de su terreno, valiéndose de artimañas jurídicas o de facto para luego desplazar al legítimo titular aduciendo que las tierras le pertenecían. Esta modalidad de desplazamiento será recurrente tiempo después con la lucha guerrillera como lo veremos más adelante.

²⁰ Informe ¡Basta Ya! Centro Nacional de Memoria Histórica. Bogotá 2012

²¹ GOYENECHÉ, Teresita “Los nacidos de la guerra” La Silla Vacía Abril 25 de 2017

²² SANCHEZ LEON Nelson Camilo “ Tierras en transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia” Colección de Justicia Bogotá 2017

²³ Op.Cit

El cierre del conflicto bipartidista

Con el ascenso de Rojas Pinilla al poder –mediante un golpe de Estado- en junio de 1953, la oportunidad de pacificar el país y poner fin a la violencia bipartidista estaba en manos del gobierno. Dicho gobierno –de carácter militar- ofreció una amnistía a guerrilleros liberales y a las autodefensas campesinas. Las primeras fuerzas insurgentes acogieron este beneficio, mientras que las segundas lo rechazaron, excepto las autodefensas de la zona de Sumapaz y el oriente del Tolima quienes estaban influenciadas por los lineamientos del Partido Comunista Colombiano.

Teniendo en cuenta el corte anti-comunista del gobierno, la necesidad de una ofensiva militar era imperante contra los núcleos de esta autodefensa de tinte comunista, que al postre generarían los grupos guerrilleros que veremos a continuación y ciertamente esta acción gubernamental alentó a éstos a no dejar las armas y continuar con la lucha armada.

6.-Las guerrillas en Colombia (1958- presente)

Las guerrillas no son un actor homogéneo dentro del conflicto armado en Colombia. Por el contrario, han surgido diversas organizaciones armadas que han luchado contra el Estado, reivindicando diferentes paradigmas ideológicos. Muchas veces éstas han colisionado de manera violenta en diferentes disputas y solamente han concurrido coyunturalmente en la unidad.

Desde los años 60 hasta hoy, han existido varios grupos guerrilleros como lo son las FARC (ya desmovilizada), el ELN, el EPL y el M-19. Por el contrario grupos como el M-19, el EPL y las FARC ya se desmovilizaron entre los años 1990 y 2016 respectivamente. En los años ochenta irrumpieron algunos grupos revolucionarios como lo fueron el Movimiento Indígena Quintín Lame y las guerrillas del Partido Revolucionario de los Trabajadores.

En otros casos ha habido guerrillas que son disidencias de los grupos anteriormente mencionados, destacándose a saber: el Ejército Revolucionario Guevarista y la Corriente de Renovación Socialista (pertenecientes al ELN) y el Frente Ricardo Franco (disidencia de las FARC). Es importante anotar que algunas disidencias como lo fueron las del EPL no se acogieron a los acuerdos de paz y siguen delinquiendo como lo veremos en este contenido y otras se transformaron en movimientos estudiantiles como lo es el Movimiento Jaime Bateman Cayón (derivado del M-19).

Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo – FARC-EP (1964-2016)

A raíz de inequidades que se derivaron de la creación del Frente Nacional, que en su diseño institucional fue exitoso toda vez que enfrió en gran parte el conflicto bipartidista y garantizó una convivencia entre estos dos partidos, no logró superar los problemas que el país presentaba como lo fueron la fallida reforma a la estructura de la tenencia de la tierra, la debilidad institucional, la desigualdad de ingresos, la presencia precaria del Estado en algunas regiones y el uso simultaneo de armas y urnas.

Por otro lado factores exógenos como las revoluciones sucedidas en China y Cuba, la creación de la Alianza para el Progreso (con el fin de contrarrestar la propagación de las ideas comunistas en América Latina), cimentarían el escenario propicio para el surgimiento de los grupos armados. Esto conllevó a dos interpretaciones clave: la primera sostenía que la violencia era producto de la delincuencia común y era patológica en las clases populares colombianas, y la otra corriente que interpretaba que ésta era un problema derivado de la desigualdad social y de un problema de articulación entre el Estado y las regiones.

Habida cuenta de los factores anteriormente descritos tenemos que la transformación de las autodefensas campesinas comunistas en un grupo concentrado que se autodenominó Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que tendría su bautizo de fuego en 1964 con el ataque de las fuerzas gubernamentales con apoyo de los Estados Unidos mediante el Plan LASO ²⁴ a las autodenominadas Repúblicas Independientes de Marquetalia, Guayabero, El Pato y Riochiquito. Utilizando su entrenamiento como autodefensas campesinas y después de estas ofensivas militares, este grupo se reorganizaría bajo una estrategia defensiva con 300 hombres y seis frentes de batalla, sin embargo PIZARRO citado por el Centro Nacional de Memoria Histórica, menciona que en su primigenia concepción este grupo armado no era más que una “*reserva estratégica en caso de golpe militar que cerrara la posibilidad de acción política legal.*”²⁵. Por otro lado factores como un precario armamento, escasa presencia en el territorio nacional y

²⁴ En inglés Latin America Security Operation

²⁵ PIZARRO LEONGOMEZ, Eduardo citado en el informe ¡Basta Ya! Centro Nacional de Memoria Histórica Bogotá 2012

reducidos recursos financieros, y sumado a que apenas en los años 70 tenía solo 1000 hombres, influyeron en que este grupo armado no tuviera influencia todavía en Colombia.

En los años 80, la simplicidad del conflicto se torna más compleja con la aparición del narcotráfico que en principio era rechazado por este grupo, fue después una fuente de financiación inesperada. Para 1982 adoptaron el nombre de FARC-EP y en 1984 firmaron una tregua con el gobierno de Belisario Betancur creando la Unión Patriótica como lo veremos más adelante. Hacia los años 90 este grupo armado tuvo un proceso de reorganización militar al cambiar su estrategia de guerra de guerrillas, por guerras de movimiento y ocupación (como lo fue la toma de municipios como Mitú en el Vaupés) lo que permitió concentrarse en gran parte del departamento del Meta, presionando al gobierno para que realizase un despeje de los municipios de San Vicente del Cagúan, La Uribe, La Macarena y Villahermosa. Esta situación evidentemente debilitó al gobierno y favoreció a las FARC, permitiendo el tráfico de armas, insumos para el procesamiento de drogas y su presión sobre las autoridades locales. Lo anterior conllevó a la creación por parte del gobierno de Andrés Pastrana del denominado “Plan Colombia” que tomando como referente el “Plan Marshall”²⁶, recibió de parte de Estados Unidos una generosa ayuda militar y económica con el objetivo de poner fin a las FARC.

Con el gobierno de Álvaro Uribe, las FARC fueron debilitadas estructuralmente mediante el Plan Patriota, aunque su accionar delictivo se recrudeció por medio de atentados contra la población civil como lo fue el del Club El Nogal en Bogotá (2003), secuestros y asesinatos como lo fue el del entonces gobernador de Antioquia Guillermo Gaviria y Gilberto Echeverri quienes se encontraban en poder de las FARC desde hace un año (2003), 11 diputados de la Asamblea del Valle secuestrados desde el año 2002 (2007).

La constante presión militar sobre éstos obligó a esta mesnada a retornar a la guerra de guerrillas, desembocando en desertiones, bajas en combate, pérdida de presencia en el territorio e incautación de material logístico, igualmente en 2008 fue sacudida por la muerte por causas naturales de alias “Tirofijo” su máximo comandante y fundador y de “Raúl Reyes” miembro del secretariado, en un bombardeo a su campamento en Ecuador que habría que desencadenar una crisis diplomática entre Colombia, Ecuador y Venezuela.

²⁶ El Plan Marshall, fue concebido por el entonces Secretario de Estado norteamericano George C. Marshall como una ayuda económica para reconstruir Europa devastada por la II Guerra Mundial

Por otro lado las FARC insistieron en un “acuerdo humanitario” que no era más que el canje de prisioneros de guerra o políticos de las FARC y el gobierno colombiano, lo que permitió la liberación de algunos secuestrados que se encontraban retenidos desde gobiernos anteriores con gestiones de gobiernos extranjeros como lo fueron el de Francia en cabeza de Nicolás Sarkozy y Venezuela representada por Hugo Chávez.

En ese período también se hicieron los rescates militares con ayuda de inteligencia militar, de algunos secuestrados que eran considerados como de alto valor para esta guerrilla como lo fueron Ingrid Betancur, los contratistas norteamericanos que eran calificados de agentes de la CIA, mediante la operación Jaque y otros 11 secuestrados más que estaban en poder de este grupo, entre otras operaciones que dieron un golpe fuerte a esta organización.

Con el cambio de gobierno, continuó la presión militar sobre éstos, dando de baja a importantes cabecillas como alias “Mono Jojoy” (2010) y “Alfonso Cano” (2011) sin embargo arreciaron los ataques contra la fuerza pública como lo fueron en los años de 2012 y 2013 en los departamentos de Caquetá y Arauca. Estos hostigamientos continuaron hasta diciembre de 2014 rompiendo el alto al fuego que se había pactado como requisito para continuar con el proceso de paz iniciado desde 2012.

En 2016 tras varias negociaciones con este grupo, se logra firmar el último de los seis puntos del acuerdo de paz que fue adelantado en La Habana (Cuba), firmándose éstos de manera oficial el 26 de septiembre del año en comento en Cartagena de Indias en presencia de varios jefes de Estado y el entonces Secretario General de la ONU Ban Ki Moon. Sin embargo este acuerdo fue sometido a un plebiscito general, cuyos resultados fueron desastrosos y en contra del pronóstico optimista del gobierno, lo que obligó a la modificación de dichos acuerdos que fueron finalmente firmados en el acuerdo del Teatro Colón de Bogotá en noviembre de dicho año y ratificados por el Congreso de la Republica. Para 2017 este grupo entregó sus armas de fuego, explosivos y demás material militar para ser almacenados en contenedores y posteriormente ser destruidos por la Misión de Observación y Verificación de los acuerdos de paz de las Naciones Unidas en Colombia y suscribieron una lista de bienes con los que pretenden reparar a las víctimas, aunque dicho listado ha sido catalogado por el Fiscal General como: *“El documento entregado se caracteriza por la indeterminación de los activos relacionados, lo cual debería ser*

enmendado a la brevedad lo que hace francamente inútil e improcedente el inventario presentado".²⁷ Actualmente este grupo presentó su partido político denominado Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común de cara a las elecciones presidenciales a celebrarse en mayo de 2018.

Por otro lado se sostiene por parte de este grupo que la exhaustiva lista de bienes y enseres domésticos con las que se pretende reparar obedece al afán de cumplir el acuerdo y no perder sus beneficios.

Ejército de Liberación Nacional (1962-presente)

Paralelamente a la aparición de las FARC, surgió el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en 1962. Este primer grupo, influenciado por el Marxismo - Leninismo y los lineamientos de lucha guerrillera inspirados en la Revolución Cubana, fue nutrido por jóvenes de las ciudades que se encontraban en descontento por las restricciones para participar en política derivadas de la creación del Frente Nacional, además de campesinos veteranos de las antiguas autodefensas gaitanistas del Magdalena medio, el Alto Sinú y la zona del valle del río San Jorge.

En el caso de los jóvenes, eventos como Mayo del 68 en Francia, las movilizaciones estudiantiles contra la guerra de Vietnam y figuras como el Che Guevara influenciarían los levantamientos de la clase universitaria en Colombia contra los primeros gobiernos del Frente Nacional. Otro factor clave fue la denominada "Teología de la Liberación" impulsado por la doctrina social a favor de los pobres fomentada por los lineamientos de la Iglesia Católica de ese entonces y que permearía fuertemente la estructura filosófica del ELN, permitiendo el ingreso de sacerdotes como Camilo Torres, Domingo Laín y Manuel Pérez a sus filas.

El ELN tuvo como una primera estrategia el discurso de una construcción de base social en el cual planteaba impulsar proyectos de corte comunitario, no había presión sobre la comunidad, solo basaban su discurso en temas de justicia social y de la brecha existente entre ricos y pobres y se denominaba en principio como "*una organización guerrillera con*

²⁷ Cuestionamientos del Fiscal a inventario de bienes de FARC. El Tiempo. (24 de Septiembre de 2017) recuperado de <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cuestionamientos-del-fiscal-a-inventario-de-bienes-de-farc-122814>

pensamiento revolucionario que se caracteriza como marxista-leninista”²⁸ paulatinamente este grupo abandonaría toda esa esencia ideológica que los había inspirado para convertirse en un grupo terrorista.

En 1965 con la toma de Simacota (Santander), el ELN se dio a conocer a la luz pública mediante el ataque a dicha población, con el objetivo de lograr:

*“La toma del poder para las clases populares, la instauración de un gobierno democrático y popular que libere a nuestro país de los monopolios internacionales y de la oligarquía criolla y que garantice la plena igualdad de nuestro pueblo, que otorgue plenas libertades democráticas a los sectores populares, que conceda a la mujer sus legítimos derechos, que libere las fuerzas creadoras de las masas, que garantice el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de los colombianos.”*²⁹ traduciéndose lo anterior en una revolución del campo hacia las ciudades, en las cuales se conformaron milicias urbanas con el fin de reclutar combatientes para las filas de dicho grupo cuya finalidad era la toma del poder.

Sin embargo esta guerrilla fue objeto de varios reveses militares, siendo la Operación Anorí (1973) uno de sus más contundentes reveses al quedar seriamente diezmados, incluyendo la caída en combate de uno de sus máximos ideólogos el sacerdote Camilo Torres.

A diferencia de la guerrilla anteriormente citada, el ELN concentró su accionar ofensivo en atentados terroristas contra instalaciones públicas pero hacia los 70s recrudesció su accionar en primer lugar atentando contra el general Álvaro Valencia Tovar (1971) y emboscando un destacamento del Ejército en San Pablo (Bolívar) donde perdieron la vida más de 14 soldados (1975) . En este mismo año atentó contra la vida del general Ramón Arturo Rincón Quiñones quien fallecería como consecuencia del mismo.

La estrategia de guerra cambiaría en los años 90 con el aumento de crímenes por parte de esta caterva al atacar poblaciones civiles para impedir la realización de elecciones, la

²⁸ SUAREZ VANEGAS, Juliana “ELN: 48 años de crímenes contra la humanidad” http://www.observatoriodih.org/_pdf/el_n.pdf

²⁹ Ejército de Liberación Nacional “Manifiesto de Simacota” 1965 <http://www.cedema.org/ver.php?id=3703>

destrucción con dinamita de carreteras, el secuestro de aeronaves, el asesinato de líderes políticos hasta atentados contra la industria petrolera en las zonas de Cusiana – Coveñas.

Actualmente este grupo ha manifestado lograr un proceso de paz -promovido por varios elementos de la sociedad- con el gobierno de turno, mostrando como voluntades para esto la liberación de varios de sus secuestrados (algunos por presión militar) y la suscripción de una agenda conjunta de dialogo pactada en Caracas en 2016. Lo anterior y sumado a una tregua de cese al fuego bilateral que se prolongó hasta el 12 de enero de 2018, no mostró una real voluntad de realizar un proceso de paz con el gobierno, ya que se cometieron una serie de crueles atentados no solamente contra la Fuerza Pública como se observó en Barranquilla y Convención sino también contra la población civil en varias regiones del país.

Ejército Popular de Liberación (1965-presente)

Al mismo tiempo de crearse la guerrilla previamente descrita, apareció en 1965 el EPL como un brazo armado del Partido Comunista Colombiano influenciado por el pensamiento Marxista- Leninista y Maoísta. Hacia los años 1967 y 1970 ya consolidado como grupo guerrillero, hizo presencia en las zonas del Alto Sinú, San Jorge (zonas anteriormente ocupadas por las autodefensas gaitanistas), extendiéndose a la región del Bajo Cauca y en Urabá (Antioquia).

Hacia las décadas de los 80 y los 90, se concentró en las zonas de desarrollo agroindustrial como lo fueron los departamentos de Córdoba, Antioquia, Cesar y en la región cafetera. Por otro lado incursionó como estrategia de guerra, cerca de grandes propiedades de prósperos ganaderos o industriales para realizar extorsiones a estos, muchas veces infiltrándose en sus negocios o en los sindicatos de empresas agrícolas del sector, con el fin de recabar inteligencia para posteriormente secuestrar de manera extorsiva a sus objetivos y en algunos casos despojándolos de sus predios con la silente permisividad de funcionarios de organismos estatales.

En 1991 se produjo una gran desmovilización de éste grupo guerrillero y se reinsertaron a la vida civil bajo el nombre de Esperanza, Paz y Libertad, sin embargo entre el periodo de 1991 a 1995 fueron asesinados de manera selectiva por órdenes de las FARC al considerar que estaban traicionando la ideología del movimiento revolucionario. Sin embargo este grupo continuó delinquiendo bajo las órdenes de Francisco Caraballo quien posteriormente

sería capturado en 1994 y luego bajo alias “el Nené o Eduardo” (nombre de guerra de Hugo Carvajal) quien habría de concentrar su accionar subversivo en Santander, Cesar y Norte de Santander mediante secuestros a ganaderos, comerciantes, profesionales y estudiantes de estos departamentos hasta el año 2000 cuando fue dado de baja por tropas del Ejército en Matanza (Santander).

Actualmente este grupo opera en la zona del Catatumbo (Norte de Santander), reducido al Frente “Libardo Mora Toro” quien estuvo comandado por alias “Megateo”. Dicho grupo se dedica principalmente al narcotráfico y a la delincuencia común al estilo de una BACRIM para financiar sus operaciones.

La negociación como mecanismo idóneo para la terminación del conflicto

Durante el gobierno de Belisario Betancur, se inició un proceso de paz sujetado en una reforma política con el fin de facilitar la realización de negociaciones de paz con los grupos insurgentes. Lo anterior se tradujo en un proyecto de amnistías que se cristalizaría en una ley a finales de 1982. En este proceso, intervinieron las FARC-EP, el ELN, el EPL, el ADO (Autodefensa Obrera) y el M-19.

Lo anterior derivó en la creación de la Unión Patriótica en 1984 como una solución para la terminación del conflicto armado, pero dicho experimento fue efímero toda vez que fue exterminado tanto física como políticamente. Reseña el portal VERDAD ABIERTA que: *“Varios factores conspiraron para que el proceso de la UP no fuera exitoso. Por un lado, varios sectores del establecimiento (políticos y militares) así como empresarios y ganaderos nunca creyeron en la real voluntad política de la guerrilla y vieron al nuevo partido como una extensión de la lucha armada.”*³⁰

En el gobierno de Virgilio Barco se desmovilizó el M-19, integrándose este a la vida pública a través del partido Alianza Democrática M-19, obteniendo relativo éxito en diversos procesos electorales en el país.

Con el gobierno de César Gaviria, movimientos insurgentes como el Quintín Lame (de carácter indígena) se desmovilizaron por las épocas de la promulgación de la Constitución de 1991. Posteriormente se intentó realizar una serie de diálogos con la denominada

³⁰ Portal verdad abierta <https://verdadabierta.com/el-saldo-rojo-de-la-union-patriotica/>

Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (integrada por las FARC, el ELN y una facción disidente del EPL). Los diálogos exploratorios se llevaron a cabo en la población de Cravo Norte (Arauca) y posteriormente en la ciudad mexicana de Tlaxcala. Sin embargo estos diálogos no tuvieron éxito en gran medida por el secuestro por parte del EPL del exministro Angelino Durán quien falleció en cautiverio.

Posteriormente se intentaría un nuevo proceso de paz con el gobierno de Andrés Pastrana que al principio recibió el beneplácito del país toda vez que se negociaría directamente con el máximo comandante de las FARC alias “Tirofijo” pero dichas negociaciones en primer lugar fueron infructuosas por factores como el excesivo optimismo del mandatario y la ausencia de un derrotero claro de negociación.

En segundo lugar las FARC tenía una posición ambigua frente a sus voluntades de paz y respetar a la población civil. Esto se vio acrecentado por la creación por parte de este grupo de la “ley 002 o impuesto para personas que tengan un patrimonio superior a 1 millón de dólares”. Simultáneamente éstos desarrollaron una política de intimidación, amenazas y funcionarios del orden nacional, departamental y municipal, en orden de generar ausencia de agentes estatales en las regiones. Frente a lo anterior, el hecho más impactante en la política regional fue el asesinato por parte de las FARC de Diego Turbay Cote en ese entonces presidente de la Comisión de Paz de la Cámara de Representantes el 30 de Diciembre de 2000 en la carretera que conduce de Florencia a Puerto Rico (Caquetá)

Dicho proceso finalizó unilateralmente por parte del gobierno el 20 de febrero de 2002, con el secuestro del avión de la empresa “Aires” en el que viajaba Jorge Eduardo Gechem en ese entonces senador de la República. Es de anotar que durante este periodo que fue uno de los más críticos durante el conflicto armado toda vez que las FARC se reorganizaron militarmente y se consolidaron territorialmente al solicitarle al gobierno -durante la etapa de negociaciones- el despeje de una zona de 42 mil kilómetros cuadrados denominada popularmente como la “Zona de Distensión”

En el gobierno de Álvaro Uribe, mediante la denominada “seguridad democrática”, se decidió confrontar abiertamente a las guerrillas. A falta de voluntad de éstas, se decidió hacer uso de todos los instrumentos del Estado (la fuerza pública, la justicia y la colaboración de los ciudadanos) para derrotarlas militarmente. Si bien esta política funcionó exitosamente toda vez que se dieron de baja algunos de los miembros del máximo

“secretariado” de las FARC como ya lo reseñamos anteriormente, esta guerrilla no pudo ser derrotada por vía militar.

Con el gobierno de Juan Manuel Santos una oportunidad de dialogo fue presentada a las FARC teniendo en cuenta el debilitamiento militar de éstas, lo que permitió el acercamiento del entonces grupo guerrillero a la negociación con el gobierno. La primera fase de conversaciones se adelantó en Oslo (Noruega) y posteriormente continuaron en La Habana (Cuba), donde finalmente se adelantaron dichas negociaciones que derivaron en los primeros Acuerdos de Terminación Definitiva del Conflicto que fue firmado en la ciudad de Cartagena. Estos acuerdos debían refrendarse popularmente en aplicación a lo dispuesto en la ley 1745 de 2014, pero al ser rechazados por la votación popular, debieron renegociarse con los promotores de la votación negativa y las FARC, lo que obligó a la creación de un nuevo texto que fue firmado finalmente en la ciudad de Bogotá, denominado “Acuerdo del Teatro Colón”³¹

El auge del paramilitarismo

La defensa nacional como medio para repeler a los grupos armados ilegales

Desde comienzos de la década de los 60, las Fuerzas Militares y los organismos de seguridad estatales han sido entrenados bajo la doctrina de la Seguridad Nacional promovida por los Estados Unidos. Dada la anterior premisa, urgió la necesidad de adaptar dicha doctrina a un conflicto de baja intensidad como lo es el conflicto en Colombia, creando diversos grupos de extrema derecha cuya misión era la eliminación del denominado “enemigo interno” representado éste en la existencia del comunismo y los grupos insurgentes o subversivos.

Así, en el marco de la estrategia anteriormente reseñada, se recomendó por parte de asesores militares estadounidenses, la creación de grupos antiterroristas contra la lucha anticomunista. Lo anterior se tradujo en el decreto 3398 de 1965 que instó en sus artículos 3 y 6 a los colombianos a participar de la defensa nacional. Mencionan los anteriores:

“ARTÍCULO 3o. Todos los colombianos están obligados a participar activamente en la defensa nacional, cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.” y respectivamente *“ARTÍCULO 6o.*

³¹ Suscritos el 24 de noviembre de 2016

Defensa civil es la parte de la defensa nacional que comprende el conjunto de medidas, disposiciones y órdenes no agresivas, tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos que la acción del enemigo o de la naturaleza puedan provocar sobre la vida, la moral y bienes del conglomerado social.”³²

Lo anterior sentó las bases legales para el desarrollo de las denominadas “autodefensas” y bajo dicho amparo, miembros de las Fuerzas Militares entrenaron, adoctrinaron y armaron a los habitantes de las zonas de conflicto, exhortando a éstos a participar en la lucha contrainsurgente para derrotar a los grupos insurgentes.

El Estatuto de Seguridad de Turbay 1978-1982

A raíz de la aparición de grupos armados ilegales de izquierda como las FARC, el M-19, el EPL y ELN en regiones donde el Estado no hacía presencia, surgió la necesidad de expedir por parte del gobierno el Estatuto de Seguridad en 1978³³. Dicha figura jurídica para JIMENEZ referenciando a COMBLIN definió el concepto de enemigo interno como:

“cualquier adversario que opera dentro de las fronteras de la nación y que puede ser una amenaza contra los objetivos nacionales que se agrupan en tres categorías: la primera, defiende un legado de valores morales y espirituales; la segunda, los elementos que construyen la idiosincrasia o características nacionales, y la última, los atributos de la soberanía en su sentido clásico”³⁴

Lo anterior y agregado a la definición de enemigo clásico, permitió establecer que cualquiera que se opusiera al gobierno o criticase al régimen era considerado como una amenaza a los valores políticos trascendentales que conformaban y caracterizaban a la nación. Bajo el anterior argumento se legitimó el actuar de dichas fuerzas, esparciéndose estas por zonas donde se quisiera proteger los intereses políticos y económicos (explotación de recursos naturales tales como carbón y petróleo) y la defensa del sector agropecuario.

³² Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 3398 de 1965

³³ Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 1923 de 1978

³⁴ JIMENEZ JIMENEZ, Catalina “Aplicación e instrumentalización de la doctrina de seguridad en Colombia (1978-1982: Efectos en materia de derechos humanos” Universidad Sergio Arboleda 2009

Dicho estatuto de carácter punitivo fue la plataforma perfecta para el combate a los grupos guerrilleros y la restauración del orden público. Para muchos, se consideró que la norma jurídica fue excedida en sentido que se permitió la represión y según MORENO se violentaron: “*derechos humanos de la población civil, principalmente de opositores y críticos de la política turbayista, estudiantes, sindicalistas y periodistas para los cuales la medida no aplicaba.*”.³⁵

Las bases jurídicas de éste se asientan en primer lugar en el artículo 121 de la Constitución Colombiana de 1886 que facultaba al Presidente para decretar en caso de guerra exterior o conmoción interior³⁶ (tema que nos ocupa) turbado el orden público en toda la república y revestía al gobierno nacional de una serie de facultades legales en caso de perturbación del orden público. Dicho artículo era enfático en establecer la responsabilidad del Presidente y los ministros en caso de declarar turbado el orden público sin haber ocurrido y también los funcionarios que hubiesen cometido abusos en el ejercicio de las facultades que le hubiesen sido conferidas.

En segundo lugar se fortalecieron punitivamente delitos como la rebelión, la asociación para delinquir (hoy concierto para delinquir), la extorsión y el secuestro. De igual manera se ampliaron facultades para la detención preventiva a sospechosos para ser interrogados, se establecieron los consejos de guerra –tribunales militares- cuyas garantías eran escasas toda vez que suprimió a los particulares la lectura de los expedientes.

Finalmente, el Estatuto de Seguridad fue desmontado hacia 1982, en gran medida por críticas a su ineficacia para repeler a los grupos armados ilegales tanto de derecha como de izquierda y por otro lado por presiones de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional quien había denunciado la legalidad del Estatuto y la legitimidad del gobierno no solamente a nivel nacional sino también internacional.

La capacidad de operación de estos grupos

Operacionalmente, estos grupos se caracterizan por no tener un modelo de acción definido, únicamente supeditado al nivel de conflicto de la región, el nivel de organización del

³⁵ MORENO CALDAS, Olga Lucia “Estatuto de seguridad nacional: Efecto colateral de la pacificación forzada” Universidad del Valle 2011

³⁶ Colombia. Constitución Política de 1886. Temis. Bogotá 1972

movimiento popular, la resistencia de la población civil frente a los proyectos sean políticos o económicos y el accionar de la fuerza pública.

Lo anterior encierra tres modelos operativos a saber:

a) El involucramiento de la población: Este factor comprende las amenazas a la población civil mediante la elaboración de listas de miembros de la comunidad para integrar las filas paramilitares, o para intimidarlos mediante amenazas de desplazamiento o de su misma muerte. Los denominados grupos de autodefensa eran protegidos por la fuerza pública y éstos en contraprestación ofrecían libretas militares, salarios y demás beneficios. En relación a lo anterior es necesario destacar que los patrullajes conjuntos incluían también acompañamiento de comandantes paramilitares, quienes muchas veces eran transportados en helicópteros de uso privativo de las Fuerzas Militares y eran entrenados en las bases militares aledañas a la zona de conflicto.

El financiamiento y mantenimiento de estas operaciones se hace en base a cobros mediante la denominada “vacuna” a campesinos, ganaderos o empresarios de la región como lo fueron en su época los municipios de San Vicente de Chucurí (Santander), algunas municipalidades de Casanare aledañas a la explotación petrolífera de Cusiana y la zona bananera de Urabá.

b) La consolidación de una estructura permanente: Para conformar dichos grupos, se puso de presente la participación de sectores del narcotráfico, esmeralderos y ganaderos para su financiamiento y funcionamiento, el cual como ya reseñamos anteriormente ha actuado en conjunto con la Fuerza Pública en lo tocante a su entrenamiento y armamento y ejercer control en determinadas zonas. Hacia 1983 se hizo público por parte del entonces Procurador General de la Nación que, elementos de las Fuerzas Militares participaron en la conformación de estos grupos paramilitares quienes participaron y promocionaron en las actividades de estos grupos. Este accionar se concentró en ejecuciones selectivas y masacres como lo fueron las de Segovia, El Tomate, La Negra y Pueblo Bello.

De lo anterior se han librado numerosas órdenes de captura contra militares retirados que participaron en éstas o de comandantes paramilitares pero algunas se han hecho efectivas, mientras que otros casos prescriben por la inoperatividad investigativa del Estado.

c) El reclutamiento de personas para la comisión de delitos específicos: Esta modalidad se dio en sus inicios en los departamentos de Antioquia y Norte de Santander en donde sectores de poder económico y social reclutaron mediante redes de informantes a personas ajenas a la organización para la comisión de delitos como homicidios a sindicalistas, torturas y desapariciones. Lo anterior como estrategia para entorpecer las investigaciones, generar impunidad sobre dichos crímenes muchas veces catalogados como de lesa humanidad y encubrir a los autores intelectuales.

La acción paramilitar y la creación de las Autodefensas Unidas de Colombia

El primer grupo paramilitar fue el MAS (Muerte a Secuestradores) financiado por el cartel de Medellín y principalmente por Pablo Escobar, surgió como respuesta al secuestro de Martha Nieves Ochoa – hija de Fabio Ochoa- en 1981 por parte de la guerrilla del M-19. Dicho grupo tenía como tarea el proteger no solamente a los narcotraficantes de la guerrilla, sino también “combatir” el crimen mediante asesinatos selectivos de miembros de las guerrillas tanto del M-19 como de las FARC. Este grupo contrainsurgente estaba integrado no solo por personas pertenecientes al citado grupo narcotraficante sino también por mercenarios extranjeros como Yair Klein quien entrenó a dichos grupos en lucha contraguerrilla.

El anterior grupo se desintegró con la liberación de Martha Ochoa pero dejó la semilla para la creación de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, quienes surgieron en primer lugar en Puerto Boyacá un pueblo esmeraldero que como bien lo señala RIVAS posteriormente sería lugar de producción de paramilitares. Al referirse a lo anterior, el mentado autor dice *“Es decir, en donde había riqueza se hacía necesario armar a grupos violentos para proteger los recursos propios y aumentarlos por cualesquiera métodos.”*³⁷

Otro factor decisivo para la consolidación de estos grupos, fue el Decreto Ley 356 de 1994 expedido por el gobierno de César Gaviria. En dicho instrumento se reglamentaron los denominados “servicios especiales de seguridad privada” que funcionarían de manera distinta a los servicios de vigilancia privada tradicionales, toda vez que como al tenor de lo dispuesto en el artículo 39 de dicha normativa, su función sería: *“desarrollar actividades en áreas de alto riesgo o de interés público, que requieren un nivel de seguridad de alta*

³⁷ RIVAS NIETO, Pedro et.al “Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)” Revista CONfines, Universidad Autónoma Nacional de México 2008

capacidad.”.³⁸ Lo anterior se tradujo en las denominadas CONVIVIR que operarían en zonas en las cuales la capacidad de respuesta militar frente a los embates de la guerrilla fuese escasa o nula.

Hacia 1996 aparecieron las Autodefensas Unidas de Colombia, como una simbiosis entre las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá y el precitado grupo, como un grupo dedicado a luchar contra las guerrillas del ELN, EPL y las FARC. Originalmente obtenía su financiamiento por medio de colaboraciones de terratenientes, ganaderos y narcotraficantes de las regiones en las que operaban, pero posteriormente recurrieron a la extorsión y al narcotráfico como fuente de ingresos.

Dicho grupo fue responsable de masacres y torturas a miembros de la población civil y guerrillera mediante el uso de armas no convencionales tales como motosierras para descuartizar a sus víctimas. De igual manera desplazaron y desaparecieron a un centenar de personas entre las décadas de 1990 y 2000. Muchos de los desaparecidos fueron incinerados, mutilados o en su defecto devorados por animales salvajes. De igual manera se les atribuye homicidios de líderes indígenas, sindicalistas, militantes de grupos de izquierda que se les endilgaba de colaboradores de la guerrilla.

Este grupo extendió sus tentáculos hacia la política, al influenciar por medio de intimidaciones, amenazas y demás elementos coercitivos elecciones de miembros de elección popular. Este fenómeno fue denunciado hacia el año 2002 por parte de la Cámara de Representantes en primer lugar con la infiltración de este grupo en la Fiscalía General de la Nación, pero no fue sino hasta 2005 en donde se denunció la presencia de muchos congresistas cercanos al paramilitarismo. Dichos legisladores fueron después endilgados de favorecer y beneficiar las acciones de este grupo tales como masacres, asesinatos selectivos, desplazamiento forzado, entre otras para consolidar su presencia en el territorio colombiano.

Este escándalo derivó en la llamada “parapolítica” dio lugar a fuertes debates que polarizaron el país, minaron severamente la relación entre el gobierno Uribe y el Congreso de los Estados Unidos y las organizaciones de Derechos Humanos y a su vez fuertes enfrentamientos con la Corte Suprema de Justicia y duros cuestionamientos a la legitimidad

³⁸ Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto Ley 356 de 1994

del Congreso de la Republica, toda vez que un gran número de sus miembros tenían vínculos con dicho grupo ilegal.

La expedición de la Ley 975 de 2005 como instrumento de justicia transicional

Con el gobierno de Álvaro Uribe se dio la desmovilización de varios frentes de esta organización paramilitar, como un proceso de amnistía junto con cese de hostilidades como condición para poder negociar y de sometimiento a la justicia. En este primer punto es necesario precisar que dicha ley no fue producto de la concertación social ni de un proceso de debate social como es de tradición jurídica en los procesos de justicia transicional, dicho instrumento fue fruto de negociaciones entre el Estado y los grupos paramilitares. Dicha ley de carácter penal, ha sido objeto de incesantes correcciones e interpretaciones por parte de los operadores de justicia como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Uno de los elementos más destacados de ésta ley, es la predilección que se le da a las formas clásicas del derecho penal para hacer frente a la verdad, justicia y reparación al establecer paquetes de confesiones de los perpetradores para obtener sustanciales rebajas en sus penas. Lo anterior para BASTIDAS *“trajo consecuencias; el proceso judicial avanza muy lentamente y refleja signos de crisis. Como es conocido un proceso penal genera la verdad necesaria para imponer castigo, pero no es el mecanismo idóneo para producir una verdad que permita construir memoria social sobre los crímenes atroces.”*³⁹

Estructuralmente pretendió el legislador otorgar dos componentes a este proceso de justicia transicional. El primer mecanismo de carácter administrativo – gubernamental comprendió las desmovilizaciones y postulación de sus integrantes y el otro fue la fase judicial, encomendada a la fiscalías de Justicia y Paz que actúan frente a las salas de justicia y paz de los tribunales superiores del país.

Sea importante aclarar que este procedimiento es de carácter especial ya que como lo refiere la Corte Constitucional en sentencia C-752 de 2002 al referirse a esto acotó:

“ El proceso de justicia y paz al que se ha hecho expresa referencia, no obstante tratarse de un procedimiento penal especial, diseñado en un contexto de justicia transicional para investigar juzgar a las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la

³⁹ BASTIDAS, Raquel “Justicia Transicional” Editorial Leyer 2010

ley que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional, destaca la Corte, está llamado a desarrollarse con estricta sujeción a las garantías sustanciales y procesales propias del Estado de derecho. Al respecto, por fuera de las manifestaciones concretas previstas en las distintas instituciones procesales reguladas por la ley de justicia y paz para el cumplimiento de sus objetivos, de manera especial, el mismo compendio normativo deja en claro que la aplicación e interpretación de sus disposiciones deben llevarse a cabo con pleno acatamiento a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia, así como también, respetando el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y las garantías judiciales de los procesados.

En relación con este aspecto, el artículo 2° de la Ley 975 de 2005 consagra expresamente que “[l]a interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. En esa misma orientación, el artículo 4° prevé que: “[e]l proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados”

Jurisprudencialmente, esta ley protege a la víctima toda vez que le confiere no solamente la protección judicial sino también el intervenir en el proceso a través de un “recurso sencillo y eficaz” como lo ha dispuesto la Convención Americana de Derechos Humanos. Decimos eficaz toda vez que los derechos de estas a la verdad, justicia y reparación deben ser tutelados dentro de un plazo razonable. Respecto de lo anterior, puntualiza la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006 que:

“Este derecho implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Lo anterior, dicen los Principios, por cuanto no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia”. Ahora bien, también se establece en los Principios que “(e) l derecho a la justicia confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción. Si la iniciativa de investigar corresponde en primer lugar al Estado, las reglas complementarias

de procedimiento deben prever que todas las víctimas puedan ser parte civil y, en caso de carencia de poderes públicos, tomar ella misma la iniciativa.”⁴⁰

Prima facie, la competencia de los tribunales nacionales debe ser la norma, pero cuando dichos tribunales no estén en condiciones de hacer justicia imparcial o se encuentren en la imposibilidad material de funcionar, debe estudiarse la competencia de un tribunal internacional ad hoc, o bien de un tribunal internacional permanente, como la Corte Penal Internacional. En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso.”

Ahora bien es obligación de la Fiscalía adelantar investigaciones relacionadas con los postuladores por el gobierno nacional al procedimiento y beneficios que la ley en comento trae, con el propósito de establecer la verdad de lo sucedido. Esto se materializa con la formulación de imputación de cargos y eventualmente solicitar la condena por los crímenes cometidos. A la víctima se le debe procurar que se restablezca el derecho afectado y se repare el daño infligido, lo cual hace necesaria su intervención a lo largo del proceso en condiciones de igualdad con el postulado y los demás sujetos procesales.

Situación actual

Con la desmovilización del precitado grupo, surgieron y se fortalecieron varias disidencias del paramilitarismo, quienes se organizaron en diferentes bandas criminales denominadas inicialmente “BACRIM” quienes han mantenido su presencia en todo el territorio colombiano y en algunos países como Venezuela y Panamá.

Dichas organizaciones – hoy denominados Grupos Delictivos Organizados- tienen vínculos con las guerrillas que operan actualmente en el país y se financian por medio del tráfico de estupefacientes y las alianzas que tienen con los carteles mexicanos como los de Sinaloa y los Zetas, además de la delincuencia común.

Entre sus actuaciones se tiene la extorsión, el secuestro con fines extorsivos, el reclutamiento infantil, el narcotráfico, el hurto de gasolina para ser revendido, la minería ilegal y los asesinatos selectivos. Con la expedición de la Directiva 016 de 2015 por parte del Ministerio de Defensa se autoriza a la Fuerza Pública el combatir a estos grupos

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006 Sala Plena. Bogotá 18 de Mayo de 2006

delictivos, dicha política ha sido eficiente toda vez que ha reducido y disuelto a la mayoría de éstos, quedando únicamente el denominado Clan del Golfo operativo a nivel nacional y las disidencias de las FARC y el EPL denominadas como Grupos Armados Organizados dedicados al narcotráfico en la zona fronteriza con Venezuela y Ecuador.

El narcotráfico

El narcotráfico es una de las principales causas de la extensión del conflicto armado en Colombia, ya que su ha podido influenciar e interactuar con las guerrillas y el paramilitarismo transformándose esto en un engranaje fundamental para alimentar la guerra.

En primer lugar para PECAUT al ser citado por PIZARRO se considera que en el conflicto armado: *“el factor mayor de la mutación fue (...) el tráfico de drogas”*⁴¹, ya que los dineros derivados de éste habrían de financiar movimientos guerrilleros así como organizaciones paramilitares desde los años ochenta. Estos grupos a raíz de la muerte de Pablo Escobar, se vieron fortalecidos, toda vez que los integrantes del Cartel de Medellín tomaron progresivamente el control militar de dichas organizaciones. Para MOLANO, el narcotráfico permitió beneficiar coyunturalmente a las guerrillas ya que: *“el movimiento armado, que hasta entonces era netamente agrario, se transformó en una enorme fuerza militar”*⁴²

Dicha coyuntura residió en el dilema que tenían los grupos insurgentes de prohibir o no el cultivo de coca en sus zonas de influencia. Dicho problema precisa el periódico El Tiempo⁴³ fue conjurado por las FARC en su VII Conferencia (1982) mediante la creación del cobro de un impuesto de vigilancia a los intermediarios de coca y pasta base en sus zonas de presencia. Por su parte el ELN prohibió el cultivo de coca y amapola en las zonas de su influencia, pero terminaría cediendo para involucrarse de alguna manera en la producción de cultivos ilícitos.

⁴¹ PIZARRO, Eduardo “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

⁴² MOLANO, Alfredo “Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)” en “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

⁴³ Así fue la marca del narcotráfico en la guerra de las Farc. El Tiempo (10 de Junio de 2016) <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16616285>

Lo anterior permite vislumbrar dos consecuencias. La primera es el surgimiento de una economía a base de la coca que impulsó la creación de un campesinado dedicado a lo ilícito y en segundo lugar un fortalecimiento militar de guerrillas como las FARC que se convirtieron en una autoridad regulatoria en los espacios en los que el Estado se encontraba ausente lo cual permitió ampliar su capacidad operativa y de reclutamiento.

Para DUNCAN el narcotráfico generó una especie de economía política, que incidió en la prolongación del conflicto armado. Para dicho autor

“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 [...] eran [...] 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”⁴⁴

⁴⁴ DUNCAN, Gustavo “Exclusión, insurrección y crimen” en “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

CAPITULO 2

ENFOQUES DE LA JUSTICIA

Los sistemas de justicia penal tienden por antonomasia a ser sistemas altamente estructurados y formales que dependen del encarcelamiento y los poderes del Estado para mantener el orden social, pero se carece de un sistema que permita buscar una solución no represiva.

Ahora bien después de la terminación de un conflicto, una guerra o un régimen dictatorial surge la necesidad de impartir justicia a aquellas personas que vulneraron y violaron los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por una parte y por la otra el objetivo de alcanzar la paz.

Teniendo en cuenta lo anterior, se distinguen dos concepciones de justicia a saber: la justicia restaurativa o reparativa y la justicia retributiva.

Justicia restaurativa o reparativa

Esta justicia es una concepción de justicia alternativa que intenta abordar aquellos aspectos del crimen que no son considerados por la concepción de justicia que se aplica dentro del derecho penal ya que tiene un objeto y un propósito distinto al de la justicia retributiva. De esta manera la justicia que nos ocupa, observa el crimen desde una postura amplia, es decir va mucho más allá de la relación delito –castigo/ Estado-delincuente.

Lo anterior significa que esta postura aboga por la restauración y reparación de los daños causados por el delito, a la víctima y a la sociedad. Entonces el objeto primordial de este tipo de justicia es el daño, es decir se ocupa de los efectos generados por éste en la víctima y la sociedad con el objetivo de reparar sus efectos y restaurar las relaciones que se vieron afectadas por el crimen.

Para dicha clase de justicia, el delito se concibe como una acción que va en detrimento de intereses jurídicos tutelados y que dicha conducta produce unos resultados negativos para la sociedad, por ende esta justicia propende por superar el conflicto y reparar el daño, es decir restablecer el tejido social que se vio afectado por la acción delictiva. En tal sentido, para esta justicia debe haber la participación de varios sujetos para su correcta realización.

De este modo se extiende el campo de acción de la justicia toda vez que se pasa de considerar la relación vertical existente entre el Estado y el delincuente a tener en cuenta las relaciones de carácter horizontal que existen entre el delincuente, la víctima y la sociedad. Dichas relaciones giran en torno al delito en cuanto este implica daño, dejando de un lado la dimensión jurídico-legal de la conducta punible como una violación a la ley para enfocarse en las consecuencias morales y sociológicas de éste, específicamente en el daño. Directamente este tipo de justicia se pregunta por el daño y sus consecuencias, se ocupa del modo directo, de la víctima del daño.

El interés de esta clase de justicia es entonces reparar a la víctima en la medida de lo posible por el daño ocasionado por el delito ya que se considera a ésta, como un ser humano que ha padecido sufrimientos físicos y psicológicos. Para UPRIMNY

“Según estas visiones, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener al respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, repararle el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales.”⁴⁵

A diferencia de la justicia retributiva, ésta busca hacer justicia con mínimos de retribución, es decir que apelando a al interés de terminar el conflicto se han de dejar de un lado los intereses de retribución toda vez que lo que se pretende es reparar el daño causado. Frente al victimario, esta justicia inquiere a éste por las razones y motivos con el fin de que éste reconozca su responsabilidad del crimen. Dicho reconocimiento presupone el asumir una serie de obligaciones encaminadas a reparar el daño causado a la víctima, por un lado y por el otro permite la reintegración del agresor en orden de restaurar las relaciones que se vieron afectadas por el delito. Lo anterior se traduce entonces en resocializar al delincuente ayudándolo en el sentido de concientizarlo de la gravedad de su acción y de los daños y sufrimientos causados.

La sociedad juega un papel muy importante en este tipo de justicia, toda vez que tiene como finalidad en primer lugar el restaurar los derechos afectados de la víctima, y por otro lado

⁴⁵ UPRIMNY, Rodrigo *Et. Al* “ Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades” Consultado en http://www.satellitechnologies.com/USB/lecturas/ru_justiciaRestaurativa.pdf

reconstruir los lazos sociales que se vieron menoscabados por el crimen. Dicha restauración se realiza mediante el dialogo, esto mediante la apertura de espacios de comunicación en donde participen activamente la víctima, el victimario y los miembros de la comunidad. Para que este dialogo sea fructífero se requiere que haya comprensión del crimen, el reconocimiento de responsabilidades, la reparación del daño y la adquisición de compromisos frente a este.

Justicia retributiva

Como su nombre lo indica este tipo de justicia propende por retribuir al delincuente el daño causado a la víctima mediante la imposición de una pena o castigo. Es entonces la forma tradicional de la cual el Estado actúa mediante la figura del *ius puniendi* para reprimir los comportamientos que considera perjudiciales para la paz. En esta clase de justicia el delito según MARQUEZ al ser citado por IBAÑEZ: *“es un problema entre el Estado y el delincuente, sin que en ella la víctima, su familia o la comunidad puedan participar activamente aun cuando puedan estar interesados en la búsqueda de la solución generada con el delito”*.⁴⁶ Lo anterior se puede deducir que el delito es un problema único y exclusivamente entre el Estado y el delincuente y la víctima, sus familiares y la comunidad no pueden participar ni involucrarse en el proceso penal que el Estado inicia contra el delincuente.

En contraposición a la justicia restaurativa, su éxito se mide en la cuantificación de la pena y se busca que se prive de la libertad al delincuente no permitiendo entonces la resocialización de éste. Entonces es una justicia que se ha de concentrar en el delincuente y el Estado, desconociendo el sufrimiento ocasionado a la víctima, la reparación del daño y la restauración de su dignidad, así como el restablecimiento de los lazos sociales y la reincorporación de éste a la sociedad.

Lo anterior permite inferir que no existe un espacio para restaurar y reparar el daño, ni menos propiciar el perdón y la reconciliación entre la víctima y el victimario pero prevalece el derecho a la justicia conforme lo ha dispuesto el derecho internacional humanitario y los mismos derechos humanos.

⁴⁶ IBAÑEZ, Jorge Enrique en “Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad” Berg Institute, Madrid 2017

Veamos entonces como se diferencian estas dos clases de justicia según criterios de la doctrina

CRITERIO ANALIZADO	JUSTICIA RESTAURATIVA	JUSTICIA RETRIBUTIVA
Concepción del delito	Es una ruptura del tejido social antes que una infracción a la ley.	Es una infracción a la ley penal.
Realización del delito	Se crea una situación en la que se abren riesgos a la vez de oportunidades para poder superar el daño mediante la reparación.	Se centra en la culpabilidad del delincuente. Se mira directamente al pasado como hecho criminal causado por el delincuente.
El papel de la víctima	Hay voluntariedad de ella para participar en el restablecimiento de las relaciones entre la sociedad y el delincuente.	Se excluye a ésta toda vez que el delito es un conflicto entre el Estado y el delincuente.
Respecto de las responsabilidades	Se invita al agresor a que tome una responsabilidad activa por sus hechos, mediante voluntades de reparar o compensar el daño.	El agresor se enfrenta al sistema y a las consecuencias punitivas de su actuación. Su responsabilidad es de carácter pasivo por hechos cometidos en el pasado.
Reparación del daño	El delincuente coopera para la reparación del daño.	Se le excluye su participación de éste acto.
Resocialización del delincuente	Se inclina por la resocialización de éste, permitiendo que éste se reincorpore a la sociedad.	Veda dicho beneficio y no permite que se le restaure su dignidad ni menos el restablecimiento de los lazos sociales.

Tabla 1 Cuadro comparativo entre la justicia restaurativa y retributiva

En consecuencia a lo anterior podemos concluir que en los procesos de justicia transicional el derecho a la justicia, cobra especial importancia ya que constituye un deber y obligación impuesta por la costumbre internacional frente a los Estados, y este debe satisfacer dicho derecho e implementar los mecanismos idóneos para compensar los derechos de las

víctimas a la verdad, justicia y no repetición, mediante la aplicación de mecanismos propios de una justicia restaurativa ya que como lo hemos anotado anteriormente e los procesos de transición buscan lograr la paz y reconciliación de una sociedad golpeada por la violencia.

CAPITULO 3

LA SANCION PENAL EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y RETRIBUTIVA

Para estudiar este tema es preciso tener en cuenta los postulados de la teoría de la pena tanto en su contenido como en su vigencia dentro de un proceso de justicia transicional, toda vez que no se debe olvidar que dentro de un proceso como éste, siendo de naturaleza penal toda vez que se analiza la responsabilidad de algunas personas por delitos de gran impacto hacia los Derechos Humanos y violación al Derecho Internacional Humanitario – crímenes de lesa humanidad tales como genocidio, crímenes de guerra, tortura etc.- y aun con las variaciones propias de la justicia transicional, sean aplicadas penas y no simples sanciones desprovistas de reproche.

De lo anterior según CALDAS⁴⁷ surge un primer interrogante y es. ¿Qué fines se persiguen con la imposición de una pena en un proceso de justicia transicional? Para responder a dicho interrogante es conveniente señalar en primer lugar que no todos los procesos de justicia transicional son iguales y sus instituciones se delimitan de acuerdo a las particularidades del conflicto que se pretende resolver, lo cual hace imposible identificar parámetros idénticos para todos los casos, como bien lo ha señalado el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En segundo lugar la jurisprudencia y los instrumentos internacionales han podido establecer algunos principios mínimos que han de respetarse frente a cualquier proceso de justicia transicional, tales como el deber de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de crímenes a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación, no repetición; y la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de Derecho. De lo anterior podemos preguntarnos ¿Qué se pretende con la pena y con la imposición de esta?⁴⁸

⁴⁷ CALDAS, Luisa Fernanda “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” en Revista Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia 2016

⁴⁸ Ídem

Podríamos aseverar como respuesta para dicho interrogante que se ha de tener en cuenta una imbricación entre los postulados clásicos de la pena y de los fines especiales de ésta, que busca la justicia transicional a saber:

1) La prevención general negativa: Para HÖRNLE (trad. 2015)⁴⁹, dicha prevención consiste en intimidar a la comunidad en sentido de los comportamientos antijurídicos son reprochados por el Estado y que un proceso especial como lo es la justicia transicional, el interés de prevención debe ceder frente a la consecución de la solución al conflicto.

2) La prevención general positiva: Reafirma la confianza en las instituciones y en las normas que contienen las disposiciones que vedan los comportamientos que atenten en contra del derecho internacional humanitario.

3) La prevención general especial: Le permite al desmovilizado la posibilidad de reintegrarse a la vida civil, mediante diversos programas que faciliten la reconciliación entre los actores del conflicto y la sociedad. De igual manera afirma LESCH⁵⁰ (trad. 1999) busca que se aparte al agresor de la comisión de futuros delitos. En esta teoría, la pena tiene – valga la redundancia- un valor preventivo ya que evita que la persona ya condenada por la comisión de uno o varios delitos vuelva a trasgredir la ley penal.

4) La retribución: En la aplicación de cualquier pena debe existir un componente de retribución, así éste se comprenda como un mero límite para la graduación de la pena. Sea importante aclarar aquí que en un proceso de justicia transicional, la graduación de la sanción no tiene correspondencia alguna con la gravedad del comportamiento, esto es debido a que dicho ejercicio se hace por ponderación de los diversos intereses que confluyen en un proceso de paz, lo que nos permite concluir que para lograr la paz y la consolidación de un Estado de Derecho, deben hacerse concesiones no previstas dentro del derecho penal ordinario.

Vistas las finalidades anteriores, se ha de reconocer que existe una tendencia moderna a encaminar los fines de la pena dentro de un marco de justicia restaurativa, aunque esta no ha sido aceptada y desarrollada plenamente por el derecho penal ordinario, reviste de especial importancia en un proceso de justicia transicional ya que precisamente uno de los

⁴⁹ HÖRNLE, Tartjana “Teorías de la Pena” Editorial Universidad Externado de Colombia 2015

⁵⁰ LESCH, Heiko “La función de la Pena” Editorial DYKINSON Madrid 1999

objetivos de este tipo de justicia, es el resarcimiento a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien no basta con los presupuestos anteriormente mencionados, sino también tenemos que tener en cuenta los instrumentos internacionales referentes a la justicia transicional que ha suscrito y ratificado Colombia, tales como la Corte Penal Internacional que imponen su propia finalidad a las penas. Es preciso entonces señalar que una de las exigencias de este organismo y que hace parte de su preámbulo constitutivo es “*poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*”⁵¹.

Concretamente para el caso colombiano, en los acuerdos de La Habana se determinó que el fin de la pena es la satisfacción de los derechos de las víctimas, esto a través de la consolidación de la paz, traduciéndose esto en uno de los postulados de la justicia reparadora y restaurativa, en donde prevalecen los derechos de las víctimas y la paz. La jurisprudencia patria y la legislación nativa han aceptado que haya diversas finalidades en la función de la pena tal como se ve reflejado en el artículo 4 del código penal nacional al señalar expresamente: “*La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*”⁵²

En la justicia transicional lo anterior no varía toda vez que se combinan los fines preventivos especiales, generales, la retribución y la reparación. Ahora bien, toda interpretación que se haga de los anteriores, debe tener como resultado final, los derechos de las víctimas, lo cual por medio de un test de proporcionalidad que como enseña CASAS “*requiere de una tónica, de la valoración del contexto específico en el que se debaten los derechos o intereses en tensión*”⁵³ el cual debe entonces valorar si la renuncia a imponer una pena drástica, proporcional a la gravedad de los delitos objeto de la justicia transicional, es justificada y necesaria en orden de alcanzar los objetivos que éste tipo de justicia propugna.

Determinado lo anterior, es preciso señalar si las penas que se fijaron en el acuerdo de paz, sirven o no para garantizar los fines que anteriormente ilustramos. En orden de responder

⁵¹ Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma de 1998

⁵² Colombia. Código Penal (Ley 599 de 2000). Editorial Leyer

⁵³ CASAS FARFAN, Luis Francisco “Detención y libertad en el sistema procesal penal colombiano” Editorial Nueva Jurídica Bogotá 2017

a este interrogante, es preciso exponer las tres clases de penas diseñadas por la jurisdicción especial para la paz.

1) Sanciones propias: Estas le son aplicables a quienes en el estadio procesal correspondiente, reconozcan la verdad y responsabilidad ante la sala de reconocimiento de la verdad respecto de las graves infracciones. Estas sanciones oscilan entre un mínimo de 5 años y un máximo de 8 años y comprenden una restricción efectiva de libertades y derechos tales como los de residencia y movimiento. El concepto de restricción efectiva hace alusión a la existencia de unos mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión que garanticen el cumplimiento de la pena y permitan certificarlo. Es importante anotar que estas sanciones no pueden ser de cárcel o prisión ni adopción de medidas de seguridad o semejantes. Es importante anotar que los sujetos de este tipo de sanción pueden presentar un proyecto sea individual o colectivo para realizar acciones restaurativas.

2) Sanciones alternativas: Se aplican antes de dictar sentencia, a quienes reconozcan su verdad y responsabilidad por graves infracciones ante la sala de enjuiciamiento del SIVJNRN. Según el acuerdo, esta sanción es de carácter eminentemente retributiva y tiene una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Para determinar dichas penas se debe tener en cuenta lo normado en el Código Penal y se impondrá posteriormente una pena con la duración anteriormente descrita siempre y cuando se suscriba un compromiso de resocialización. En lo referente a la graduación de la pena, se ha de tener en cuenta las razones que el compareciente tuvo para no decir la verdad en etapa anterior. Esta sanción no es sujeto de subrogado o beneficio alguno adicional a la pena alternativa.

3) Sanciones ordinarias: Estas se materializan cuando no se reconoce verdad o responsabilidad alguna y según lo estipulado en el mentado acuerdo, debe acatarse lo dispuesto en el código penal y se ha de regir por las reglas de dicha disposición excepto lo que se relacione a la duración de la pena, la cual se establece una excepción ya que la privación efectiva de la libertad es de mínimo 15 años y máximo de 20 años. Este tipo de sanción es beneficiaria de subrogados y beneficios siempre y cuando el beneficiario se comprometa a contribuir con la resocialización.

Estos tres escenarios punitivos otorgan tratamientos especiales en razón a los factores propios de una justicia transicional, son estos:

Para el caso de las sanciones propias, que admiten un comportamiento eminentemente benigno para quienes acepten en primer término su responsabilidad por trasgresiones graves a los derechos humanos y reconozcan su verdad. Este beneficio que se representa en los mínimos y máximos de la pena anteriormente descritos se traduce en la exclusión de la privación de la libertad, pero es cuestión de aplicación de los principios de la justicia transicional en orden de ponderar si dicho tratamiento les es dable a los máximos responsables de los delitos contra los derechos humanos.

En lo tocante a las sanciones alternativas, gozan de un beneficio de una pena benigna más por el término de 5 a 8 años que por la restricción de derechos, ya que debido a este evento surge la privación de la libertad. Debe tenerse en cuenta que el tratamiento para este tipo de sanciones cambia, toda vez que hace que la sanción se hace más severa en comparación frente al escenario punitivo previamente descrito ya que si bien hay reconocimiento de verdad y aceptación de responsabilidad, esta se hace en un estado procesal más adelante.

Finalmente las sanciones ordinarias las cuales consisten en la privación de la libertad por un lapso de 15 a 20 años, le son aplicables a quienes no reconocen ni la verdad, ni aceptan responsabilidad y son hallados culpables como desarrollo de un juicio. Debe tenerse en cuenta que en comparación con las penas que son aplicables en el derecho penal de carácter ordinario, donde por ejemplo el delito de genocidio, es castigado con una pena de prisión de 40 a 50 años, en un proceso de justicia transicional se otorga un beneficio representado en el mínimo y máximo de la sanción, aunque no se encuentre manifiesto en el acuerdo de paz objeto de estudio, se puede inferir que tal se otorga por el hecho de haberse desmovilizado y realizado dejación de armas.

Deriva entonces la segunda pregunta que debemos formularnos y es ¿dichas finalidades son compatibles a las que se pregonan en un proceso de justicia transicional? En primer lugar hay que analizar si estos se ajustan a lo preceptuado en instrumentos internacionales y a la Constitución, lo cual nos permite dar una respuesta positiva ya que de forma genérica la Corte Constitucional al analizar en primera vez el marco jurídico para la paz, ponderó los derechos a la justicia y a la paz y concluyó que en efecto podría haber penas alternativas privativas y no privativas de la libertad. Dicho ejercicio podemos verlo en la sentencias C-579 de 2013 y C-144 de 1997. En la primera se manifestó por parte de la magistratura en

comento que: *“De esta manera, las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena como mecanismos ordinarios o de justicia transicional son plenamente aceptados por la comunidad internacional y además han sido estudiados precisamente por esta Corporación, llegando a la conclusión de que no vulneran ninguna norma constitucional, por lo cual menos aún pueden considerarse como una sustitución de la Constitución. Estos mecanismos se fundan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas a través de sistemas que estén enfocados en la finalidad preventiva de la pena más allá de la retribución.”*⁵⁴

En la segunda sentencia podemos observar que: *“la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos. La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social.”*⁵⁵

De igual manera, la Corte Constitucional al examinar la Ley 975 de 2005, aseveró que todos los tratamientos alternativos a la pena, deben también incluir mecanismos que permitan revocar dichos beneficios y aplicar las penas que el código penal consagra frente a los delitos cometidos, lo que puede entenderse como una conversión de penas restrictivas de otros derechos a penas privativas de la libertad para quienes hubiesen incumplido los compromisos para obtener un tratamiento benigno.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá 28 de Agosto de 2013

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-144 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá 19 de Marzo de 1997

Manifestó dicha Corte en su sentencia C-370 de 2006 en primer lugar que para que el tratamiento especial fuese compatible con la Constitución, debía tenerse en cuenta que se trataba de una pena condicionada a la suscripción de unos compromisos y que si llegasen a incumplirse, resultaría en un rompimiento del equilibrio de la constitucionalidad de dichas penas.

Frente a este tema expuso que:

“Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena. Esta exigencia formulada en términos tan genéricos, despojada de contenido específico, no satisface el derecho de las víctimas al goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la “colaboración con la justicia” no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos.”⁵⁶

Si bien dicho ejercicio fue realizado con la Ley 975 de 2005, es perfectamente compatible con el actual proceso de justicia transicional ya que no existe elemento alguno que les permita a los sujetos de la actual Justicia Especial para la Paz, el trasgredir los compromisos sin consecuencia alguna y con más razón si estos violan los derechos de las víctimas tales como la reparación y la garantía de no repetición. Al examinar la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz la Corte señaló oportunamente:

“Por otro lado, cabe señalar que la expresión “renuncia condicionada” tiene una consecuencia muy importante y es que de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006 Sala Plena. Bogotá 18 de Mayo de 2006

*recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometido en el marco de la justicia ordinaria.*⁵⁷

La anterior consideración de la Corte permite entonces vislumbrar que si bien se alude a la renuncia condicional de la acción penal, esta debe activarse nuevamente si se observa incumplimiento alguno en los compromisos pactados en los acuerdos de paz.

La pena como instrumento de reconciliación

En un proceso de justicia transicional como el reseñado, la pena puede considerarse como un mecanismo de reconciliación social ya que tiene varias connotaciones a saber: la pena es una forma de interacción entre el agresor, el Estado y la sociedad; análogamente el imponer un castigo pone de presente a todo el conglomerado que alguien se ha comportado de manera errónea y merece una sanción; fortalece la efectividad de la norma como reguladora de la vida en comunidad; salda la deuda contraída por el infractor y la sociedad, lo que permite entonces la posibilidad – una vez cumplida su sentencia- al infractor de reintegrarse a la sociedad.

La pena inclusive permite dentro de este tipo de justicia, pasar de un estado de conflictividad social caracterizada por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a un estado de paz. Recuérdese que la magnitud de los conflictos como el colombiano, exceden la capacidad de operación propia del derecho penal ya que la proliferación de infracciones hace infructuoso cualquier tipo de juzgamiento individual y además la naturaleza del conflicto pone en evidencia que las conductas desviadas producto de este, no responden a determinaciones individuales y aisladas de sus autores materiales, sino que se hallan inmersas en contextos más amplios y obedecen a instancias superiores.

Es de igual manera pertinente señalar que con esto se persigue entonces el buscar un equilibrio entre la sociedad y los responsables de las conductas sujeto de reproche y se ha de buscar con éste una solución que permita el restablecimiento del orden social menoscabado por el conflicto.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá 28 de Agosto de 2013

Hechas las anteriores precisiones es dable concluir que la pena no es un fin en sí misma sino que es uno de los mecanismos como ya lo dijimos para conseguir la reconciliación social.

Los fines de la pena en la justicia restaurativa y retributiva.

Como ya lo hemos observado, en la mayoría de las sociedades se plantea que el delito debe ser censurado públicamente para hacer material el efectivo cumplimiento de la norma, pero hay otro extremo de la sociedad que patrocina por un equilibrio moral y material que ha de ser restaurado en orden de reconstruir las relaciones sociales que se vieron afectadas por el conflicto.

La interpretación de la concepción de justicia transicional adoptada por el gobierno en el Marco Jurídico para la Paz, se tradujo en que el asunto de castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos se plantea en términos de la aplicación de unas penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento. Lo anterior no significa el imponer una “pena carcelaria” en el sentido de la justicia retributiva. Son castigos desde la óptica de la justicia restaurativa.

Si para la justicia retributiva su fin es castigar con prisión a los criminales – teniendo en cuenta el precepto de que nadie está más allá del alcance de la ley - toda vez que los ciudadanos tienen derechos, *contrario sensu* la justicia restaurativa entonces propone que:

- 1) Que el sufrimiento de las víctimas debe ser reconocido mediante una vía distinta a la retributiva
- 2) Que los perpetradores deben ser hechos responsables frente a las exigencias de verdad, reparación de las víctimas y garantías de no repetición;
- 3) La justicia puede implementarse con un mecanismo como una comisión de la verdad, en la cual los ciudadanos apelando a sus propias tradiciones culturales logren la justicia, la verdad y la reparación.

Para CORTÉS:

“Con la utilización de la justicia restaurativa se trata de forma fundamental que no se llegue a permitir una amnistía total o general para los que han violado las leyes. La justicia restaurativa, que opera en el marco de una comisión de la verdad, busca no solamente establecer la verdad sobre las injusticias pasadas y revertir el silencio y la negación de los años del conflicto interno, sino que busca también hacer que los perpetradores de las graves injusticias admitan el conocimiento de los hechos criminales y asuman su responsabilidad política y moral. Estos dos procesos de la verdad están estrechamente relacionados: la “verdad fáctica”, que es significativa en los procesos de esclarecimiento de los hechos particulares bajo los que se dieron las graves violaciones de los derechos humanos, tiene que estar articulada con la “verdad como reconocimiento”, que implica el reconocimiento público de las violaciones de los derechos humanos por parte de los perpetradores.”⁵⁸

Así entonces, debe primar el reconocimiento de que se cometieron graves daños en el pasado, en el cual hubo muchas personas victimizadas –muchas veces de manera grave– y que individuos y grupos han sido identificados como responsables por los crímenes en comento, los cuales son objeto de reproche y sanción debe hacer viable la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas, lo cual facilita su inserción en el nuevo orden político y jurídico.

⁵⁸ CORTES RODAS, Francisco “Más allá del castigo “retributivo”: la justicia restaurativa”
El Colombiano, Medellín Noviembre de 2015
<http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/mas-alla-del-castigo-retributivo--la-justicia-restaurativa-DB1461984>

CAPITULO 4

UBICACIÓN CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

El legislador confiere a este tipo de justicia, el carácter de justicia restaurativa tal como se señala de manera expresa en el Acto Legislativo 01 de 2017 en su artículo 1 parágrafo 4 el cual reza respecto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) que se:

*“hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparatorias, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una **justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización.** La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.”⁵⁹ (El subrayado es nuestro)*

En este tipo de justicia la relación Estado- delincuente- víctima, se amplía a un parámetro jurídico que se enfoca en las consecuencias que tuvieron los hechos sobre la sociedad, rescatando los aspectos morales y psicológicos del delito. Este aspecto ocupa de modo directo, las consecuencias del acto criminal, y plantea la reparación del daño.

Esto implica una visión que suma a la importancia de la víctima en el crimen, el daño causado a la sociedad y pretende restaurar los derechos afectados y reconstruir la interacción social. Todo este andamiaje jurídico no funciona sin el reconocimiento pleno de los autores de los hechos criminales y de asumir su responsabilidad.

El resultado de este proceso debe orientarse con principios de ética en el logro de acuerdos que permitan hacerlo posible. Algunos autores hablan también de la reparación simbólica e inmaterial lo que en Colombia sería muy utópico. Como se quiera, la justicia restaurativa, constituye una alternativa dentro del sistema penal que no menoscaba el derecho del

⁵⁹ Colombia. Congreso de la Republica. Acto Legislativo 01 de 2017.

Estado en la persecución del delito, sino que busca comprender el acto criminal más allá de la simple trasgresión a la ley.

Este tipo de justicia contraria al concepto inquisitivo logra la humanización del proceso penal al reconocer la importancia de la víctima y la sociedad buscando su dignificación.

Se habla de justicia restaurativa porque el resultado de dicho concepto conlleva respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales o colectivas de las partes en aras de lograr la reintegración social de la víctima y el delincuente. Es una justicia que fija su atención al futuro para superar los traumas y asumir las responsabilidades. A su vez, se presenta como un modelo alternativo para enfrentar la criminalidad, sustituyendo la idea del castigo dado que reconstruye la relación entre víctima y victimario en la sociedad. Pero también busca el pasado, escudriñando la culpa del ofensor y propiciando que éste asuma su responsabilidad, la reconozca e intente reparar el daño que ocasionó.

Este modelo de justicia, se origina en el axioma de que el delito perjudica a las personas y a la sociedad. La Corte Constitucional en sentencia C-579 de 2013 señala que:

“la justicia restaurativa o por algunos llamada reparadora, contempla numerosas y diversas formas: reparaciones, daños remedios, indemnizaciones, restituciones, compensaciones, rehabilitaciones o tributos. En este sentido, existe un consenso internacional en que: 1) el Estado está obligado a dar una compensación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos perpetrados por el Estado; 2) si el gobierno que incurrió en las vulneraciones no compensa el nuevo gobierno está obligado a realizarlas. En todo caso, la reparación tiene un ingrediente colectivo, pues en los casos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, la sociedad en su conjunto sufre perjuicios (spill over effects) frente a los cuales se deben adoptar medidas”⁶⁰.

Este tipo de justicia, se nutre de fuentes religiosas, culturales y éticas. De ahí que su noción ostenta diversos significados pero siempre en la visión de proteger las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social. Se debe considerar que este tipo de justicia representa un modelo alternativo para enfrentar el crimen y parte de la importancia de lograr

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá 28 de Agosto de 2013

una reconciliación entre la víctima y el victimario. Un prototipo para conseguir esto, sería la mediación entre las partes con una persona que facilite la comunicación entre ambos con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre la manera de reparar el daño, además la solicitud del ofensor a pedir perdón y la concesión del mismo por parte de la víctima.

La justicia restaurativa posee otros instrumentos, tales como la participación en trabajos comunitarios y la asistencia psicológica a las partes. Esto se aplicó en Sudáfrica dando fin al régimen político del *Apartheid* logrando la conveniencia y la superioridad ética de usar la justicia restaurativa como paradigma capital de la justicia transicional otorgándole un importante grado de legitimidad basado en los derechos humanos y coadyuvando como garantía a la verdad y reparación. No se debe olvidar que la justicia restaurativa es útil para acompañar y mejorar el funcionamiento de los procesos de la justicia transicional.

Características de la justicia restaurativa

Dentro de los principios recogidos por SAMPEDRO⁶¹ que orientan el modelo restaurativo, se pueden enumerar los siguientes:

1. El delito provoca una rotura del tejido social que va más allá de la infracción a la ley.
2. El delito crea una situación que permite la oportunidad de superar el daño mediante la reparación.
3. La reparación cumple con producir un fenómeno pacificador propio del derecho penal.
4. La respuesta al delito exige mínima coerción, cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.
5. Se trata de establecer una estructura comunicativa que favorezca el asumir las responsabilidades.
6. El proceso restaurativo exige una reconducción profesional del conflicto
7. El acuerdo a que se llegue debe poseer compromisos razonables, proporcionados y respetuosos de la dignidad humana.

⁶¹ Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La justicia restaurativa: una nueva vía desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 87-124 (2010)

Visto lo anterior, es entonces posible afirmar que este tipo de justicia es estrechamente relacionada con los derechos de las víctimas que han sido reconocidos por la comunidad internacional. Así entonces, los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición tienen perfecta admisibilidad dentro de los postulados de la justicia restaurativa en sentido que reafirma el papel de las víctimas cuando se presentan violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, logrando entonces una justicia más humana y sensible al sufrimiento y dolor que fue padecido por las víctimas. De igual manera se constituye como un mecanismo efectivo para dar solución a los conflictos y lograr el perdón y reconciliación en las sociedades que han sufrido una violación masiva a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

CAPITULO 5

LAS SANCIONES EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

Es común la opinión de que lo pactado en La Habana, está asociado a la impunidad. Teniendo en cuenta el texto del acuerdo en su punto 5, al afirmar que serán concedidas amnistías e indultos respecto de los delitos políticos (rebelión); y los delitos conexos al ejercicio de la rebelión. Aunque es claro que en el mismo texto del acuerdo en su numeral 40 reza que no serán objeto de amnistía e indulto o beneficios equivalentes por los delitos de lesa humanidad, el genocidio, la toma de rehenes o privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento u otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento y el reclutamiento de menores.

Ante estas conductas la JEP como lo reseña la Corte Constitucional, debe evaluar:

“que las sanciones por los crímenes internacionales más graves, en el marco de las condiciones fijadas en el A.L. 01 de 2017, sean compatibles con los fines del derecho internacional, sin que se produzca impunidad. En este contexto, dicha Jurisdicción deberá establecer, caso por caso, sanciones que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Así mismo, dicha Jurisdicción deberá determinar si las sanciones son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, ponderando la proporcionalidad de la sanción en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricción a la libertad. En últimas, una adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción.”⁶²

Existen tres tipos de sanciones a la luz del Acuerdo de Paz:

⁶² Corte Constitucional Sentencia C-694 de 2017 M.P. Luis Guillermo Guerrero Páez

1. **Sanciones propias de la JEP:** Tendrán una función restauradora y reparadora del daño causado para quienes reconozcan verdad y responsabilidad y tendrán una duración de cinco a ocho años, o de dos a cinco años para quienes no hayan tenido una participación determinante en la comisión del delito. Dichas sanciones se traducen en restricciones efectivas de libertades y derechos tales como el sitio de residencia y la movilidad, en territorios y en condiciones que establece la JEP. Durante el tiempo de la sanción se harán actividades como la sustitución de los cultivos ilícitos, el desminado y la construcción y/o reparación de infraestructuras. En ningún caso se entenderán como cárcel o prisión. Esto, siguiendo la lógica de la justicia transicional como ha sido implementada en los países que han sufrido violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Este tipo de sanción pueden ser más leves cuando el responsable contribuya a garantizar la verdad, la reparación y la no repetición.
2. **Sanciones alternativas:** Estas consisten en la pena de prisión hasta por ocho años, dependiendo del nivel de participación y a diferencia de las sanciones del primer tipo, esta no es reparadora sino retributiva y se aplicará a quienes reconozcan verdad y responsabilidad en un proceso antes de la sentencia.
3. **Sanciones ordinarias:** Estas serán aplicadas cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad. Consisten en penas de prisión de quince veinte años.

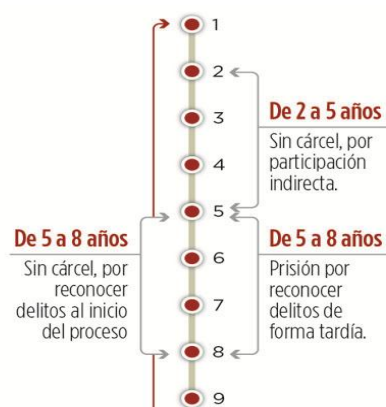


Figura 1 Esquema de las sanciones a la luz de la Justicia Especial para la Paz- Tomado del periódico "El Herald" en alianza con la Universidad del Norte de Barranquilla (Septiembre de 2016)

No obstante se aprecia una sensación de injusticia más cuando la ciudadanía ha sido testigo de un conflicto armado que significó víctimas de todo género y tipo, lo que lleva a solicitar mayor tiempo de condena sin posibilidad de beneficio alguno.

Afirmaba BECCARIA⁶³, padre del derecho penal moderno, que la historia ha demostrado que en la práctica no existe una relación estrecha entre el excesivo rigor de las penas y la prevención de los delitos, concluyendo que la mejor política penal es la inversión en la política social para prevenir los delitos.

Las sanciones por infracciones al DIH

Se ha creado un debate en torno a este ítem, tendiente a la eficacia o no de las sanciones en el ámbito del derecho internacional humanitario. Dicha discusión reside en el cómo las instituciones encargadas de aplicar este derecho, hacen efectiva su competencia para realizar esta tarea y en segundo lugar si la aplicación de estas se realiza de manera eficaz por parte de los organismos encargados de velar por el cumplimiento de estos derechos de acuerdo a lo dispuesto en los Convenios de Ginebra.

En primer lugar es preciso señalar que las sanciones que se aplican por infracciones al Derecho Internacional Humanitario, son en su mayoría ineficaces, toda vez que los organismos jurisdiccionales que deben procurar su efectividad no pueden o no quieren cumplir con la misión asignada de imponer dichas sanciones. Tanto los Convenios de Ginebra como los protocolos adicionales a estos, le imponen a los Estados que son parte, una serie de obligaciones claras y precisas, que tienen su refuerzo no solamente en las normas de derecho internacional público, sino también en las normas vernáculas del derecho público del Estado.

El emitir la infracción es de competencia del Estado, y este como lo hemos reseñado anteriormente tiene la tarea de enjuiciar y sancionar los actos contra el DIH, pero también terceros Estados, pueden hacerlo en uso del principio previamente referido de la jurisdicción internacional. Es importante precisar en este aspecto que si no se aplica lo dispuesto en el DIH para emitir la sanción, la Comunidad Internacional hace uso de unos mecanismos especiales para subsanar esta deficiencia, bien sea por la constitución de tribunales

⁶³ Cesare Beccaria “De los delitos y las penas” – Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015

mixtos⁶⁴ o la activación de intervención de la Corte Penal Internacional para solucionar las deficiencias jurídicas del Estado.

La ley de amnistía

La ley 1820 de 2016 se caracteriza por ser un proceso abreviado, excepcional, especial y transitorio como lo aseveró oportunamente la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2016 y conforme a las facultades que fueron conferidas por medio del acto legislativo 01 de 2016 en el cual se expresó en su artículo transitorio 1 que:

“Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz. Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República.”, lo anterior nos permite entonces concluir que se trata de un mecanismo extraordinario y expedito que tiene como fin el agilizar la terminación del conflicto y ofrecer garantías para dicho cumplimiento.

Sin embargo, haciendo un análisis de los artículos 41 y 42 de la precitada ley encontramos que en este instrumento hay una incoherencia legislativa con el acuerdo objeto de estudio, toda vez que no encajan dentro de unos supuestos de implementación o garantías del mismo lo que se deriva entonces en una aparente extralimitación y desviación de funciones del legislador y del ejecutivo por contravenir lo pactado.

Dicha contravención se refleja en la puesta en entredicho de tres temas axiológicos del acuerdo:

1. Centralidad de las víctimas y sus derechos
2. La necesidad de reparar a las víctimas del conflicto armado
3. La no limitación, restricción o anulación de los derechos de las víctimas

⁶⁴ Estas magistraturas de carácter híbrido o mixto combinan el sistema judicial internacional con el sistema judicial vernáculo.

No sobra mencionar aquí que el tema del financiamiento para la reparación de las víctimas es uno de los temas más álgidos, toda vez que hay una ausencia de presupuesto suficiente por parte del Estado para enfrentar la magnitud y gravedad del fenómeno en cuestión. Si analizamos el contenido de lo dispuesto en la ley 1448 de 2011 denominada “ley de víctimas” encontramos que dicha legislación contempla mecanismos de reparación administrativa para las víctimas en el marco de una justicia transicional y éstos programas se encuentran supeditados a una disponibilidad presupuestal por parte de Estado, pero según informes de la Contraloría General de la Nación y de la Comisión de Seguimiento, se advierte que dicha ley se encuentra desfinanciada.⁶⁵

Oportunamente la Corte Constitucional hizo hincapié de esta problemática al recordar el compromiso del Estado en el propiciar y garantizar la contribución de los perpetradores y beneficiarios a la reparación de las víctimas incluyendo sus bienes adquiridos de forma ilícita.⁶⁶

De esta manera, eximir entonces a los victimarios de su deber tanto ético como legal de contribuir a la reparación material de las víctimas por los delitos cometidos y que estos reatos son susceptibles de ser sujetos de amnistía o indulto, son una contradicción y extralimitación a las facultades otorgadas al Estado y transgrede lo dispuesto en el acuerdo de paz ya que pone en riesgo la materialización de aquel derecho fundamental a la reparación y el conceder un trato favorable a los victimarios no es una opción ya que se crearía un perjuicio a las víctimas y sus derechos.

Siguiendo la lógica razonable de un proceso de justicia transicional, lo más razonable entonces es el tratamiento penal favorable, pero dicha concesión debe estar sujeta a la existencia y garantía de derechos fundamentales a las víctimas a la verdad, justicia y reparación que se ven contradichos por los artículos 41 y 42 de la ley en comentario.

⁶⁵ Revista Semana <http://www.semana.com/nacion/articulo/ley-de-victimas-comision-de-seguimiento-advierte-graves-deficiencias/488239> 17 de Agosto de 2016

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006 Sala Plena. Bogotá 18 de Mayo de 2006

La amnistía y el indulto

Deben entenderse como aquellos actos jurídicos provenientes de la rama ejecutiva⁶⁷ o legislativa de un país que se usan para “olvidar” el delito criminal y extingue por consiguiente la responsabilidad penal al perpetrador de un delito, lo que impide el enjuiciamiento del crimen. Se puede considerar la amnistía como un perdón social y político otorgado por el Estado.

Los Estados acuden a esta figura jurídica por el modo expedito para detener la violencia y alcanzar la paz, pues ante el perdón de los autores criminales se demuestra una disposición a dejar las armas y a contribuir a construcción de una paz. El fundamento a favor de la amnistía lo resume Pensky⁶⁸:

“De hecho no hay en principio nada malo en comprobar que una sociedad está dispuesta a mediar o suavizar la justicia estrictamente retributiva – cuando la ocasión así lo exija- que una justicia fuerte pueda ser mitigada por la piedad”.

No obstante las amnistías pueden impedir la construcción de una memoria histórica y colectiva pues implica el olvido a actos atroces contra la humanidad y posibilita que la historia se repita.

Sin embargo, la Corte Penal Internacional es enfática en advertir la concesión de amnistías para transgresiones de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Estas graves violaciones son consideradas como un atentado contra el principio de solidaridad democrática. Las amnistías absolutas son excluidas por la comunidad internacional, aun cuando el argumento de alcanzar la paz. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶⁹ opina: *“La justicia es parte importante del establecimiento y mantenimiento de la paz, una cultura de impunidad y un legado de crímenes del pasado que no se sancionan solo pueden erosionar la paz”*

⁶⁷ Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 1252 de 2017

⁶⁸ Pensky, Max en “Justicia Transicional: Teoría y Praxis” Editorial Universidad del Rosario – Bogotá 2006 p. 137

⁶⁹ ONU – Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un post- conflicto. Amnistías p. 3. Nueva York

En Colombia, antes de la Constitución Política de 1991, hubo amnistías durante el proceso de paz con el M-19, aun cuando la Corte Constitucional⁷⁰ consideró que el Estado no debe dejar de imponer la pena que en justicia se debe, pero añadió, que eso no implica que el legislador no pueda conceder por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos.

Posteriormente, esta corporación declaró constitucional el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra preceptuando que el Estado no está obligado a conceder amnistías ya que esta figura jurídica no puede ser lo más amplia posible salvo que se trate de delitos políticos o conexos. La Corte Constitucional se ha pronunciado mediante un sinnúmero de sentencias⁷¹, sobre los parámetros que se deben tener en cuenta para otorgar amnistías y paralelamente considera una obligación estatal luchar contra la impunidad y en especial un acceso pronto y eficaz enfocado en la protección judicial de los derechos de las víctimas de tal forma que no haya ocultamiento de la verdad. La ley 1820 de 2016⁷² concede amnistías *de iure* por los delitos políticos de: rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación ilegal del mando y los delitos que son conexos con éstos.

Sea preciso afirmar que frente a este mecanismo se encuentran dos límites claramente definidos por el derecho internacional humanitario. El primero es que la expedición de las leyes o medidas de amnistías o indultos deben constituir la única alternativa para lograr la transición a la democracia y consolidar un Estado de Derecho y el segundo es la imposibilidad de anular las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

Primer límite

Se desarrolla en que la validez de una ley de amnistía depende de su constitución como una medida necesaria para superar un estado de guerra interior o un conflicto interno. No puede interpretarse lo anterior como un acto de mera gracia ni menos como una liberalidad del Estado, obligándose estos, por virtud del principio de la *pactae sunt servanda*, cumplir de buena fe los tratados internacionales que ha suscrito para evitar interpretaciones caprichosas o amañadas para convalidar medidas violatorias a los derechos humanos, por

⁷⁰ Corte Constitucional – Sentencia C-069 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁷¹ Sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
C-695 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁷² Arts. 15 y 16 de la Ley 1820 Consultado en
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html

ende las conductas como los crímenes de lesa humanidad, genocidios, crímenes de guerra, homicidios a los no combatientes en estado de indefensión, desplazamientos forzosos, torturas, desapariciones forzadas, violencia sexual o ataques contra la población civil sin distinción de raza, credo o condición (sean personas adultas o menores de edad) no pueden ser objeto de amnistías, y si llegasen a concederse son nulas de pleno derecho.

Segundo límite

El Estado no puede suspender o anular los compromisos internacionalmente suscritos. Al respecto Botero y Restrepo⁷³ opinan que:

“en el derecho internacional contemporáneo, parece se estuviera afianzando una tendencia conforme a la cual los tribunales internacionales competentes para conocer de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden declarar que las leyes u otras medidas nacionales que implican la amnistía o el indulto de crímenes internacionales, no tienen efecto jurídico alguno y no relevan al Estado, ni al autor de las obligaciones respectivas” este tema fue decantado por medio de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en la cual se consideró al referirse sobre el principio de jurisdicción internacional⁷⁴ que:

*“la aplicación de dicho principio supone reconocer que los jueces españoles son competentes para juzgar a quienes han cometido crímenes internacionales reconocidos en tratados que incluyen explícita o implícitamente la cláusula de la jurisdicción universal o prohibidos por el ius cogens, sin importar el territorio en que fueron cometidos, la nacionalidad de la víctima o la existencia de leyes internas de amnistía o indulto”*⁷⁵

⁷³ BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA Esteban en “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia” en “Justicia Transicional sin Transición. Compiladores Rodrigo Uprimny Yepes, Maria Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga. Editorial Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá 2006

⁷⁴ Dicho principio precisa que los tribunales internacionales son competentes para conocer de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y están facultados para declarar que las leyes u otras medidas de amnistía e indulto de crímenes internacionales no tienen efecto jurídico alguno.

⁷⁵ Tribunal Constitucional Español-Sentencia STC 237/2005, de 26 de Septiembre de 2005

CRITERIO A ESTUDIAR	AMNISTIA	INDULTO
Definición	Son disposiciones que impiden las actuaciones de la administración de justicia respecto de ilícitos que ocurren en un tiempo determinado, con ocasión de determinados hechos y respecto de ciertos reatos, en ocasiones con excepciones expresas respecto de algunas prohibiciones de carácter legal, constitucional o internacional.	Es una institución jurídica que impide que se castigue un hecho respecto del cual la justicia penal se ha pronunciado previamente. El indulto solo extingue la pena que haya sido impuesta al responsable del delito objeto de la gracia y es propiamente el perdón del delito, en ese sentido es una figura que sacrifica menos el derecho integral a la justicia.
Potestad discrecional	Corresponde al Congreso de la Republica toda vez que implica la limitación de la ley penal.	Corresponde su concesión al Gobierno Nacional pero debe ejercerse “con arreglo a la ley”
Búsqueda de la verdad y reparación.	Por la naturaleza de este beneficio, se dificulta dicha consecución.	Se facilita la posibilidad de buscarla.
Modalidades de concesión	Son de carácter condicional lo que traduce que son dables dependiendo de la revelación, por parte del beneficiario de información relacionada con los delitos o con organizaciones concretas a las que se pretende combatir, o pueden estar sujetas en su	No pueden concederse por delitos de lesa humanidad ni menos por delitos conexos.

	aprobación a otras contraprestaciones por parte de los beneficiarios.	
Delitos frente a los que procede	Delitos políticos y conexos	Delitos políticos únicamente
Efectos jurídicos	El sobreseimiento total y definitivo del proceso penal en el estado en que se encuentre y el impedimento para la jurisdicción de iniciarlo en caso de no existir, lo que entonces implica el olvido total del hecho punible en cuestión,	El indulto absuelve sin desconocer la infracción a la ley impidiendo únicamente que se sancione, más no que se investigue a los responsables de los hechos sobre los cuáles recae.

Tabla 2 Cuadro comparativo entre la amnistía y el indulto

Es necesario anotar que la Corte Constitucional ha enfatizado de manera reiterada que las leyes de amnistía o los decretos que el Presidente de la República expida al amparo de leyes de indulto o incluso de facultades excepcionales, se tornan inconstitucionales si éstas comprenden reatos diferentes a los políticos y conexos con estos o implicasen el perdón de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

CAPITULO 6

EL NO CUMPLIMIENTO DE LA VERDAD ANTE LA JEP

El vocablo “verdad” se usa para denotar la concurrencia entre una aseveración y los hechos, o la realidad a la que dicha afirmación se refiere o la fidelidad a una idea. El uso de la palabra verdad abarca asimismo la honestidad, la buena fe y la sinceridad humana en general; también el acuerdo de los conocimientos con las cosas que se afirman como realidades: en este caso los hechos.

Para el caso de la Justicia Especial para la Paz (JEP) en Colombia se ha escrito y debatido sí aflorar la verdad garantiza la reparación y sobre todo la aplicación de la justicia entendiéndola como el concepto que se ocupa del apropiado ordenamiento de las cosas y personas dentro de una sociedad. Todo esto ha llevado a controversias de carácter filosófico y legal.

La verdad jurídica

El razonamiento jurídico y todo tipo de argumento, es un producto mental del ser humano y no son absolutos, el alcance de la verdad en el derecho tiene como fuente el uso de los principios, de los axiomas y de las reglas lógicas con cuyo uso los tribunales procuran encontrar la verdad racional, y esta consiste en la búsqueda del conocimiento real mediante la probación física de la realidad en la etapa del pensamiento que constituyen las experiencias vividas en el largo conflicto armado.

Esta cimentación comprende una posición, o una herramienta poderosa para el análisis de lo que ha trastornado tanto al jurista como al teórico de la política y al propio ciudadano víctima de crímenes sucesivos, ¿qué es primero, la ley o los hechos? Pareciera análoga a la pregunta las cosas son justas por ser legales o son legales por ser justas, Algunos tratadistas que primero es la Ley, pues “toda decisión que corresponda al marco establecido por la norma es conforme a derecho”, es decir, por haber sido creados por los órganos revestidos de legalidad adquieren por si mismos el carácter de verdad legal sin posibilidad de ser cuestionados. Pero no hay unanimidad pues también hay quienes fundamentan que los hechos adoptan una posición realista frente al Derecho, superando el

formalismo kelseniano, permitiendo esclarecer la verdad dentro de un litigio, con base en todos los medios posibles para el conocimiento de los hechos.

La Constitución Política⁷⁶ en su artículo 29 establece una interpretación a favor de la persona que no deriva necesariamente en que los argumentos planteados por los ciudadanos deban resolverse conforme a sus pretensiones, sino en un criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable, mediante el cual ciudadanos, juristas y autoridades, deben ejercer sus respectivos derechos, atribuciones y funciones, con la intención de esclarecer la verdad de los hechos litigiosos, no de una manera caprichosa, sino de acuerdo con todos los medios posibles, buscando de manera objetiva y racional, una claridad de los hechos controvertidos y adoptando una estimación con base en las reglas de derecho aplicables, que se traduce en administrar una justicia efectiva para los gobernados de acuerdo con las pruebas aportadas.

La verdad jurídica tiene como punto de partida la conducta humana, misma que puede quedar comprendida o fuera del alcance de la Constitución y las Leyes vigentes, evidenciando el largo proceso de actualización del derecho para considerar incluidas las conductas en el orden jurídico vigente. Ejemplo como el evidenciado en las regulaciones en materia de justicia transicional han demostrado que pese a existir cambios en la normatización, su contexto con la “realidad” parece aún distante. Deber de la JEP es analizar el bien público, la seguridad y equidad de los derechos ciudadanos, para generar una armonía entre ellos, que se traduzca en la formación de personas reparadas, a fin de consolidar una comunidad madura y participativa con paz, prosperidad y bienestar.

La verdad y la justicia

Traigo a colación una opinión muy objetiva del Vicente Durán Casas S.J.:

“Con la verdad y la justicia es imposible improvisar. La propuesta de crear una comisión de la verdad que, escuchando a todas las partes, contribuya a poner fin al conflicto armado en Colombia ha despertado muchas preguntas e inquietudes. ¿Cómo habrá de incidir la verdad en los procesos judiciales que se llevan –o se podrían llevar a cabo– en un país tan

⁷⁶ Colombia. Constitución Política de 1991. Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa 2013

históricamente violento como Colombia? ¿Cuánta verdad se requiere –o se soporta– para hacer posible la reconciliación?”⁷⁷

Pero hay también filósofos actuales más optimistas, tales como John Rawls, quien definitivamente valida y resignifica la pregunta por la relación entre verdad y justicia desde una perspectiva filosófica de corte contractualista. Al comienzo de su denominada “Teoría de la justicia”, afirma este autor que:

“La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. Y añade: “(...) lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente, una injusticia solo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor”. Y ultima: “Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones (are uncompromising)”⁷⁸

Carencia de verdad en la justicia transicional

Hace un par de años en el cierre del “II gran Foro de Justicia Transicional”, realizado en Medellín, el entonces Ministro de Justicia y del Derecho, Alfonso Gómez Méndez, defendió la verdad, el reconocimiento de las víctimas y los mecanismos de justicia transicional como principios fundamentales en un proceso de paz duradero, pero indicó: *“Ese fue el problema de Justicia y Paz: nos dijeron verdades a medias y de allí el surgimiento de las bandas criminales. No podemos permitir que la ausencia de verdad nos conduzca a las Farccrim, los pueblos tienen que conocer su verdad”⁷⁹*. Si bien este Acuerdo de Paz proclama la integralidad del Sistema de Justicia Transicional, esto es, la ejecución complementaria y paralela de medidas de justicia, verdad, reparación y no repetición. No obstante, la estructura en la cual fue implementado y las relaciones entre sus partes plantean

⁷⁷ RAWLS, JOHN citado por DURAN CASAS, VICENTE en “Verdad y justicia, dos conceptos con capítulo propio en la filosofía ” en <http://www.jesuitas.org.co/19750.html>

⁷⁸ Op. Cit

⁷⁹ “No podemos permitir que la ausencia de verdad nos conduzca a las “farccrim” Ministerio de Justicia

<http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/605/%E2%80%9CNo-podemos-permitir-que-la-ausencia-de-verdad-nos-conduzca-a-las-%E2%80%98farccrim%E2%80%99%E2%80%9D-Ministro-de-Justicia.aspx>

interrogantes sobre esa integralidad, en particular sobre la relación entre la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (CEV) y la Jurisdicción Especial de Paz (JEP).

Estas dos instituciones actúan separadamente, en un estándar que no tiene precedente en procesos anteriores de justicia transicional. Esta dicotomía tal vez no sea la funcional.

La funcionalidad se hace todavía más difícil al recordar la escasa atención del Acuerdo Final a iniciativas anteriores como la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y el Centro Nacional de Memoria Histórica. El aislamiento corresponsable entre la Comisión y la Jurisdicción se explica porque el Gobierno y las FARC querían garantizar la certeza de los procesos judiciales, sin distorsiones provenientes de otras instancias. Esta era una inquietud preocupación válida: el sistema penal acordado en La Habana es bastante complejo, y el uso de información proveniente de la CEV lo haría probablemente más complicado.

Lo pactado genera el riesgo de que el conjunto de la justicia transicional se subordine a la JEP, y cuyo vigor está por probarse.

El Acuerdo Final dispone que las medidas de satisfacción de los derechos de las víctimas se ejecuten “*de manera articulada y complementaria*”⁸⁰, que “*ningún mecanismo del sistema primará sobre otro*”⁸¹ y que la Comisión de la Verdad “*no puede entenderse de manera aislada del Sistema Integral*”.⁸²

Los procesos de justicia transicional aplicados en diferentes países han sido bastante pragmáticos. Según analistas internacionales, el proceso colombiano apunta a los más altos estándares y adopta el consenso existente en materia de justicia transicional, en el sentido de que la integralidad es la mejor manera de garantizar los derechos de las víctimas.

⁸⁰ Acuerdos de Paz (Sección 5.1)

⁸¹ *Ibidem* (Sección 5.1.b)

⁸² *Ibidem* (Sección 5.111)

La necesidad de creación de una comisión de la verdad

Cuando una sociedad se encuentra ante un proceso de transición hacia la consecución de la reconciliación y la paz, debe someterse conforme a los cánones internacionales que propugnan por el derecho a la verdad y establecer responsabilidades judiciales sobre los agentes del Estado o los particulares, sobre estas bases de clarificación histórica se garantiza la legitimidad de los mismos. Este es el origen de órganos especiales llamados “Comisiones de la Verdad”.

Así surgen estos órganos que siguen los preceptos del Derecho Internacional Público, y la conciencia universal sobre el valor de los Derechos Humanos y revisten gran importancia jurídica porque reflejan el valor de su misión que es el esclarecimiento de hechos y la determinación de sus autores y partícipes estableciendo responsabilidades.

La Corte Constitucional ha señalado reiterativamente⁸³ que las comisiones de la verdad prestan una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto porque fomentan la rendición de cuentas, preservan las pruebas, identifican a los autores y exhortan reformas institucionales. Esas comisiones son órganos oficiales, temporales y no tienen carácter judicial. Se ocupan principalmente de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de sus investigaciones y sus recomendaciones.

En el Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito el 24 de Noviembre de 2016, en el Teatro Colón de Bogotá entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, el cual fue refrendado por el Congreso de la República el 30 de Noviembre del mismo año, se contempló la creación de la “Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad”, como un ente autónomo e independiente del orden nacional, de rango constitucional, con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeto a un régimen legal propio, por un periodo de tres años pero con un periodo previo de seis meses para preparar su funcionamiento contado a partir de la elección de la totalidad de los comisionados.

⁸³ Corte Constitucional – Sentencia C-771 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-694 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos

La Comisión de la Verdad y la JEP

La pretensión de un sistema integral necesita vínculo institucional, en cuanto al aspecto interno y externo, con instrumentos de justicia transicional preexistentes al acuerdo.

El vínculo interno se traduce en un Acuerdo como el Acto Legislativo que desarrolla la JEP recalca la centralidad de los derechos de las víctimas, pero dejan preguntas abiertas sobre su integración funcional.

La JEP si bien recibirá información de las víctimas e informes de distintas instituciones sociales y de entidades como la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, pero nunca de la CEV, en lo que establece una muralla entre la Jurisdicción y la Comisión. El resultado es inmediato: si la información originada en la Comisión no puede ser esgrimida ante la JEP, y no acarrea beneficios ni deméritos en el proceso penal, desaparece un posible aliciente para que los causantes de los crímenes se presenten ante la Comisión.

La relación entre una comisión de la verdad y la justicia penal es, por supuesto, un problema imperante en la justicia transicional. A principios del siglo XX, los casos de Sierra Leona y Timor Oriental, donde comisiones de la verdad coexistieron con cortes híbridas, motivaron una disputa que sólo se ha profundizado con el tiempo.

A grosso modo, hay dos modelos de relación entre una comisión de la verdad y la justicia penal: la gran mayoría de las comisiones transfieren la información referente a posibles delitos a las autoridades judiciales, pero algunas comisiones se han abstenido de hacerlo.

- Dentro de primer modelo -o de “contribución a la justicia”- la comisión transfiere a la justicia todos los archivos referentes a casos que consideró particularmente graves
- Bajo el segundo modelo existen comisiones cuya colaboración con la justicia no es explícita.

En cuanto al encadenamiento interno, todo proceso de justicia transicional requiere un seguimiento de las capacidades instaladas para ofrecer recursos a las víctimas. No obstante el Acuerdo Final no aplica explícitamente a la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) ni al Centro Nacional de Memoria Histórica.

En una premisa que en el Acuerdo que la CEV se deberá utilizar como aporte el Informe de la Comisión Histórica esto es, la compilación de ensayos encargados a la academia y sus miembros designados por las partes durante el proceso de negociación, pero no se menciona el trabajo del Centro Nacional de Memoria Histórica, salvo una breve alusión al Museo Nacional de la Memoria.

Pero la CEV recibe el mandato específico de investigar, entre otros hechos, el paramilitarismo, no es pragmático desconocer al Centro, que ha indagado sobre este particular. Por supuesto, nada impide una relación de cooperación entre la CEV y el Centro.

La escasa relación entre las instituciones del acuerdo, y entre éstas y las instituciones pre existentes no debilita en forma insalvable el proceso, aunque introduce algunas preocupaciones.

En efecto: el proceso ante la comisión no significa, para las víctimas, ni la posibilidad de buscar justicia ni la de buscar reparación, pues lo primero está en manos de la JEP, y lo segundo, esté ya en la mira de la Unidad. Para los responsables, no hay beneficio en la participación ante la Comisión, puesto que el aporte a la verdad permite pros sólo cuando se realiza ante la JEP.

Corresponde entonces a las generaciones contemporáneas y futuras la obligante tarea del comprender y juzgar el alcance de lo pactado en los acuerdos hacia el futuro y entender los errores del pasado, para no incurrir en ellos nuevamente.

CONCLUSIONES

En principio, se hace necesario señalar que la justicia transicional, debe ser el medio más eficaz para impartir justicia después de un conflicto armado. Debe precisarse que este tipo de justicia requiere para su correcta implementación una serie de instrumentos jurídicos que permitan garantizar el cumplimiento de la verdad y la reparación a favor de las víctimas con el fin de evitar la impunidad y poder resarcir el daño producido por las atrocidades que se cometieron durante dicha confrontación.

En segundo lugar los procesos de justicia transicional – si bien son de carácter único – deben ser diseñados para ser compatibles con el ordenamiento jurídico vernáculo para obtener la transición deseada y evitar los óbices que surjan para la reconciliación entre la víctima y el victimario, para lo cual es necesario integrar a la sociedad y a la comunidad en miras de hacer efectivo este tipo de procesos.

Frente a la imposición de las penas es necesario recordar que estas no son del resorte del derecho penal ordinario y sus elementos complementarios, ya que un proceso de justicia transicional propende por la implementación de políticas encaminadas a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, mediante procesos de restauración del tejido social que se vio mermado o menoscabado por el conflicto armado. Es necesario señalar que si se imponen penas dentro del espectro del derecho penal ordinario, se desdibuja la finalidad de la misma dentro de un proceso de justicia transicional, que no es más que verdad, justicia, reconciliación y reparación colectiva.

Ahora bien, el Estado debe propender por garantizar estos derechos a las víctimas a la justicia y la sanción a los máximos responsables de delitos de lesa humanidad con los propósitos de blindar los acuerdos frente a la comunidad internacional reafirmando entonces la confianza que se tiene en el Estado de ser garante de la no impunidad y de los derechos de éstas. Como ya lo anotamos previamente, la materialización de este derecho se traduce no en años de condena, sino en la consecución de proyectos sociales que tengan la finalidad alternativa de sancionar, reparar y reincorporar.

Respecto de los mecanismos de amnistías e indultos, éstos deben ser supeditados a los requisitos que le impone la Ley 1820 de 2016. Si bien estos dispositivos administrativos

tienen como finalidad el “olvidar” la pena, debe recordarse los límites que los Estados tienen para dicha concesión tales como que, estos han de ser instrumentos para lograr el cierre del conflicto o un estado de guerra interior y por otro lado que éstos no pueden saltarse los compromisos del Estado frente a la comunidad internacional respecto de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad cometidos en la situación anteriormente descritos y valga decir que en uso del principio de la *pactae sunt servanda*, los compromisos deben ser interpretados sin amaño alguno o glosas caprichosas.

Es necesario recordar frente a este punto que si se llegasen a conceder dichos perdones administrativos frente a delitos de lesa humanidad, los anteriores son nulos de pleno derecho en sentido que son violatorios a los derechos humanos, lo anterior entonces implica que no se releva al Estado de investigar los crímenes y al autor tampoco se le exonera de responsabilidad alguna, *contrario sensu* debe entonces fortalecerse la capacidad investigativa de éste y sancionar ejemplarmente al agresor.

En el desarrollo de esta monografía me permito señalar que si bien existen unos requisitos axiológicos que tienen como eje central los derechos de las víctimas, dichos derechos no se han materializado toda vez que existe una concesión desmedida de indultos y amnistías a los victimarios del conflicto armado, sin cumplir con reparar o decir la verdad, que es más que necesaria para las víctimas en un proceso de justicia transicional.

Urge entonces la implementación de la Comisión de la Verdad establecida en los acuerdos de paz que funcione como un mecanismo de reparación moral a las víctimas y que funcione de manera articulada con éstas con el fin de preservar la memoria colectiva, evitar el olvido y fomentar el perdón.

Solo así entonces se logrará una verdadera paz sin odios, blindada contra la impunidad y un perdón colectivo para evitar el resentimiento interno del país.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Recursos Literarios

BASTIDAS, Raquel “Justicia Transicional” Editorial Leyer 2010

BECCARIA, Cesare “De los delitos y las penas” Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015

BENAVIDES, Farid S. “Los modelos de justicia transicional y su coherencia en Colombia” en “Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios” MAPP – OEA, UE, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2014

BERNAL PULIDO, Carlos, BARBOSA CASTILLO, Gerardo, CIRO GOMEZ, Andrés Rolando (Editores) Justicia Transicional: Retos Teóricos, Volumen 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.) 2016

BERNAL PULIDO, Carlos, BARBOSA CASTILLO, Gerardo, CIRO GOMEZ, Andrés Rolando (Editores) Justicia Transicional: El caso colombiano, Volumen 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.) 2016

BERNAL PULIDO, Carlos, BARBOSA CASTILLO, Gerardo, CIRO GOMEZ, Andrés Rolando (Editores) Justicia Transicional: Verdad y Responsabilidad, Volumen 4, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2016

BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA Esteban en “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia” en “Justicia Transicional sin Transición. Compiladores Rodrigo Uprimny Yepes, Maria Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga. Editorial Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá 2006

CALDAS, Luisa Fernanda “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” en Revista Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia 2016

CASAS FARFAN, Luis Francisco “Detención y libertad en el sistema procesal penal colombiano” Editorial Nueva Jurídica Bogotá 2017

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA Informe ¡Basta Ya!. Bogotá 2012

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de 1998

ORO, Luis “La noción del conflicto” Ril Editores Santiago de Chile 2003

DUEÑAS RUIZ, Oscar José (2017); El acuerdo del Teatro Colón y la Justicia Especial para la Paz. Ediciones Aurora, Bogotá D.C

DUNCAN, Gustavo “Exclusión, insurrección y crimen” en “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

ELSTER, JON “Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica” Editorial Katz, Buenos Aires 2016

GOYENECHÉ, Teresita “Los nacidos de la guerra” La Silla Vacía Abril 25 de 2017

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique (2017); Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad (Segunda Edición). Berg Institute, Madrid (España)

HENAO, Jesús María y ARRUBLA, Gerardo “Historia de Colombia: Tomo 2” Academia Colombiana de Historia Plaza y Janés Bogotá 1984

HÖRNLE, Tartjana “Teorías de la Pena” Editorial Universidad Externado de Colombia 2015

JIMENEZ JIMENEZ, Catalina “Aplicación e instrumentalización de la doctrina de seguridad en Colombia (1978-1982: Efectos en materia de derechos humanos” Universidad Sergio Arboleda 2009

LESCH, Heiko: La función de la pena. Editorial Dykinson, Madrid (España) 1999

MORENO CALDAS, Olga Lucía “Estatuto de seguridad nacional: Efecto colateral de la pacificación forzada” Universidad del Valle 2011

MOLANO, Alfredo “Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)” en “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

NIETZSCHE, Friedrich “Sobre la verdad y mentira en sentido extra moral”. Biblioteca nueva Madrid. 1970

ONU – Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un post-conflicto. Amnistías p. 3. Nueva York

PENSKY, Max en “Justicia Transicional: Teoría y Praxis” Editorial Universidad del Rosario – Bogotá 2006 p. 137

PIZARRO, Eduardo “Una lectura múltiple y pluralista de la historia comisión de historia del conflicto y sus víctimas” Revista Academia Libre. Universidad Libre Barranquilla 2015

SAMPEDRO ARRUBLA Julio Andrés” *La justicia restaurativa: una nueva vía desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 87-124” 2010

SANCHEZ LEON Nelson Camilo “Tierras en transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia” Colección de Justicia Bogotá 2017

SERRANO, Enrique “El conflicto político” Revista Estudios Políticos Num. 11 Universidad de Antioquia 1997

SILVA GARCIA, Germán “La teoría del conflicto: un marco teórico necesario” Universidad Militar Nueva Granada 2008

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, et al “Justicia Transicional sin Transición: Verdad, Justicia y reparación para Colombia”. Editorial DeJusticia, Bogotá

Normatividad

Presidencia de la Republica. Decreto 3398 de 1965

Presidencia de la Republica. Decreto 1923 de 1978

Presidencia de la Republica. Decreto Ley 356 de 1994

Presidencia de la Republica. Decreto 1252 de 2017

Congreso de la Republica. Acto Legislativo 01 de 2017

Congreso de la Republica. Ley 599 de 2000

Congreso de la Republica. Ley 975 de 2005.

Congreso de la Republica. Ley 1448 de 2011.

Congreso de la Republica. Ley 1745 de 2014.

Congreso de la Republica. Ley 1820 de 2016.

Constitución Política de 1886. Temis. Bogotá 1972

Constitución Política de 1991. Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa Bogotá 2013

Gobierno de Colombia- Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Acuerdos de Paz del Teatro Colón

Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana

Corte Constitucional – Sentencia C-069 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá 23 de Febrero de 1994

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-144 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá 19 de Marzo de 1997

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá 30 de Julio de 2002

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá., 28 de agosto de 2002

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006 Sala Plena. Bogotá 18 de Mayo de 2006

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-771 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá 13 de Octubre de 2011

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá 28 de Agosto de 2013

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-752 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá 30 de Octubre de 2013

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2014 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá 6 de Agosto de 2014

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 694 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos Bogotá Noviembre 11 de 2015

Comunicado 51 del 11 de Octubre de 2017 (Ref. C-630/17 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez- M.P. Antonio José Lizarazo Campo)

Comunicado 55 del 14 de Noviembre de 2017 (Ref. C-674/17 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Sentencias extranjeras

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 25 de Octubre de 2012

Tribunal Constitucional Español

Sentencia STC 237 de 2005, Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, 26 de Septiembre de 2005

Recursos Digitales

ANNAN, KOFFI “United Nations Secretary General Report”

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf

BICKFORD, LOUIS, “Transitional Justice en: The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/fd/droi20060828_definitio_n_/droi20060828_definition_en.pdf

CORTE PENAL INTERNACIONAL <https://www.ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/verdad-y-memoria>

CORTES RODAS, Francisco “Más allá del castigo “retributivo”: la justicia restaurativa” El Colombiano, Medellín Noviembre de 2015

<http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/mas-alla-del-castigo-retributivo--la-justicia-restaurativa-DB1461984>

DOMINGO, VIRGINIA “Justicia Restaurativa”

<http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.co/2015/04/fines-de-las-penas-retribucion-versus.html>

EJÉRCITO DE LIBERACIÓN NACIONAL “Manifiesto de Simacota”

<http://www.cedema.org/ver.php?id=3703>

MINISTERIO DE JUSTICIA

<http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/605/%E2%80%9CNo-podemos-permitir-que-la-ausencia-de-verdad-nos-conduzca-a-las-%E2%80%98farcrim%E2%80%99%E2%80%9D-Ministro-de-Justicia.aspx>

PERIODICO EL TIEMPO

<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cuestionamientos-del-fiscal-a-inventario-de-bienes-de-farc-122814>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16616285>

PORTAL “VERDAD ABIERTA”

<https://verdadabierta.com/el-saldo-rojo-de-la-union-patriotica/>

RAWLS, JOHN citado por DURAN CASAS, VICENTE en “Verdad y justicia, dos conceptos con capítulo propio en la filosofía ” <http://www.jesuitas.org.co/19750.html>

REVISTA SEMANA

<http://www.semana.com/nacion/articulo/ley-de-victimas-comision-de-seguimiento-advierte-graves-deficiencias/488239>

SANTOS MOLANO, Enrique “La guerra de los mil días, El siglo XX colombiano nació con la herencia de la guerra que habíamos comenzado en la agonía del siglo XIX” Revista Credencial Septiembre de 2016

<http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/la-guerra-de-los-mil-dias-el-siglo-xx-colombiano-nacio-con-la-herencia-de-la-guerra>

SUAREZ VANEGAS, Juliana “ELN: 48 años de crímenes contra la humanidad”

http://www.observatoriodih.org/_pdf/eln.pdf

TEITEL, RUTI G. “Genealogía de la Justicia Transicional”, Volumen 16 *Harvard Human Rights Journal*, 2003., 69-94

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed

UPRIMNY, Rodrigo *Et. Al* “Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades” Consultado en

http://www.satellitechnologies.com/USB/lecturas/ru_justiciaRestaurativa.pdf

VILLEGAS Jorge “Consecuencias de la Guerra de los Mil Días” Carlos Valencia Editores, Bogotá, 1978

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:poc4dPhcWfIJ:ciudadanosporlapazdecolombia.com/consecuencias-de-la-guerra-de-los-mil-dias/&num=1&hl=es-419&gl=co&strip=1&vwsrc=0>