



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

Facultad de Derecho

**Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global
Línea de Investigación Derecho Penal y Política Criminal**

Tesis de doctorado

**LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO NUEVA FORMA DE POLÍTICA
CRIMINAL Y LA ÉTICA DISCURSIVA EN UN ESCENARIO POS-
CONFLICTUAL**

Aproximaciones al contexto jurídico-político colombiano

Director/Tutor:

Doctor Don Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Doctorando:

Cristian David Ibarra Sánchez

Año Académico 2023-2024

*“En su mejor momento, el hombre es el más noble de todos los animales;
separado del derecho y la justicia es el peor”.*

Aristóteles

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought”

John Rawls.

A Stella Sánchez y Camilo Ibarra.

Mi manifestación real de amor.

A María Alejandra Ibarra.

Mi vida en su plenitud.

A Henry Ibarra.

Mi acompañante metafísico.

A mis estudiantes

Mi razón de ser

Agradecimientos

Deseo expresar mi agradecimiento a aquellas personas que, por su dedicación, motivación y criterio, han sido importantes en mi vida académica en estos años de estudio en la Universidad de Salamanca.

En primer lugar, agradezco infinitamente a mi maestro, mentor y amigo Don Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, quien fue mi tutor y director en el presente trabajo. A él gracias por su paciencia, orientación y dedicación en la guía que se ve reflejada en esta tesis doctoral. Gracias por estar presto a escucharme y encaminar mis dudas en el derecho penal y la justicia transicional. Ha sido un gran honor haber podido contar con él para hacer realidad este proyecto.

También quiero agradecer la compañía en este trayecto académico de Fray Giovanni Guarnizo Valenzuela O.P., Diana Paola Corredor Pamplona, William Hernández, Robinson Cárdenas, María Alejandra Orjuela y Miguel Andrés López. Me han acompañado en este proyecto, con muchos iniciamos este camino, fueron inspiración en momentos de vicisitudes y apoyo incondicional en las estancias de España y Colombia. Quedo en deuda y altamente agradecido. De igual modo, considero importante mencionar a las personas que impulsaron el presente trabajo de fondo y forma, ellos son Juliana Vargas, William Hernández y Robinson Cárdenas, de alguna forma agregaron algunas ideas al presente trabajo y, lo más complejo, ayudaron en la forma y corrección de estilo, se desvelaron conmigo revisando y estructurando el presente trabajo. En deuda por la caridad y signo de compañía.

Para culminar, agradezco profundamente por el amor y apoyo incondicional de mi familia, en especial a mi hija María Alejandra Ibarra Monroy, mi madre Stella Sánchez Rosero y mi hermano Camilo Andrés Ibarra Sánchez. Por otra parte y sin lugar a dudas, a Natalia Monroy Patiño, quien con su amor incondicional e inagotable ha permanecido de pie al lado mío. Nada de esto se hubiera podido materializar si no hubiese sido por mi hogar, con quienes he reído y llorado; son los que hacen que todo valga la pena.

INDICE DE ABREVIATURAS

C.N	<i>Constitución Política de Colombia de 1991</i>
CEV	<i>Comisión para el esclarecimiento de la verdad</i>
C.P	<i>Código Penal Colombiano (L.599/2000)</i>
C.P.P	<i>Código de Procedimiento Penal Colombiano (L.900/2006)</i>
DIH	<i>Derecho Internacional Humanitario</i>
FARC-EP	<i>Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo</i>
INPEC	<i>Instituto Penitenciario y Carcelario de Colombia</i>
JEP	<i>Jurisdicción Especial para la Paz de la República de Colombia</i>
JT	<i>Justicia Transicional</i>
JR	<i>Justicia Restaurativa</i>
SIVJRNR	<i>Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición</i>
SAAD	<i>Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa</i>
SDSJ	<i>Sala de definición de situación jurídica</i>

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PRIMER CAPÍTULO

DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: SISTEMA POLÍTICO, NOCIONES

GENERALES Y CONTEXTO HISTÓRICO

I. CONCEPTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

II. DOCTRINA Y LITERATURA SOBRE LA JUSTICIA

TRANSICIONAL. ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS Y FILOSÓFICOS.

1. Evolución del concepto de justicia transicional en la literatura jurídica.
2. Balance de paz, justicia y reconciliación.
3. Desarrollo de un plan comprensivo.

III. SISTEMA Y ESQUEMA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: REPARACIÓN, RESPONSABILIDAD Y RECONCILIACIÓN, UNA MIRADA A LA MEMORIA Y LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL

1. La noción de la justicia transicional
2. Principios de la justicia transicional
3. Características de la justicia transicional
4. El papel del derecho en la transición
5. La responsabilidad durante la transición
6. Marco normativo
7. Paz vs. justicia en la transición
8. Analogía entre Justicia Restaurativa y Justicia Transicional

IV. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE CASOS INTERNACIONALES.

1. Experiencia Latinoamericana

- a. *Argentina*
- b. *Chile*
- c. *Colombia*
- d. *Guatemala*
- 2. Experiencia Europea
 - a. *Bosnia – Herzegovina*
 - b. *España*
 - c. *Irlanda del Norte*
- 3. Experiencia Africana
 - a. *Burundi*
 - b. *Sierra Leona*
 - c. *Sudáfrica*
 - d. *Mozambique*
- 4. Experiencia Asiática
 - a. *Camboya*
 - b. *Timor Oriental*

SEGUNDO CAPÍTULO

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: POLÍTICA CRIMINAL Y EL PODER

PUNITIVO DEL ESTADO

- I. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**
 - 1. Contexto histórico y fundamento jurídico del Estado Social de Derecho a la luz del derecho penal.
- II. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.**
 - 1. Concepto y naturaleza de la pena.
 - a. *La responsabilidad de dictaminar la pena: el “ius puniendi”.*
 - b. *La “necesidad” de la pena y el contexto del Estado de Derecho.*
- III. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA PENA.**
 - 1. Teorías Absolutistas o de Justicia. Punitur, Quia Peccatum Est.
 - a. *Teoría de la Reparación.*

- b. Teoría Retributiva de la Pena.*
 - 2. *Teorías Relativas. Punitur Ne Peccetur.*
 - a. Prevención Especial o Individual.*
 - i. Prevención Especial Positiva.*
 - ii. Prevención Especial Negativa.*
 - b. Prevención General.*
 - i. Prevención General Positiva.*
 - ii. Prevención General Negativa.*
 - c. Teorías Mixtas.*
- IV. LA POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA FRENTE A UNA JUSTICIA TRANSICIONAL.**
- 1. El castigo penal y las soluciones penales en la justicia transicional
 - 2. Los fines de la pena en la justicia transicional
 - 3. Sujetos a quienes se dirigen las políticas criminales y penitenciarias
 - 4. Amnistía e indulto ¿dan cumplimiento a los presupuestos de justicia transicional?

TERCER CAPÍTULO

ALGUNAS TEORÍAS PERTINENTES DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y DEL DERECHO HACIA UNA ESTRUCTURA ANÁLOGA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

- I. LA JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA DE JOHN RAWLS Y SU EQUIVOCIDAD CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL.**
- 1. Vida y obra de John Rawls
 - 2. Primera etapa precontractual: La posición original, el velo de ignorancia y los principios de la justicia
 - 3. Segunda etapa contractual: La razón pública y la democracia
 - 4. Tercera etapa poscontractual: la sociedad bien ordenada, la paz justa y la paz democrática

5. El pensamiento de John Rawls a la luz de la justicia transicional. ¿Es viable una paz estable y duradera con parámetros justos?
- II. TEORÍA DE LA PUNIBILIDAD A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO Y SUS APROXIMACIONES A LA JUSTICIA TRANSICIONAL.**
1. Vida y obra de Santo Tomás de Aquino
 2. Una micro-teoría del Ius Puniendi y un dialogo con la justicia transicional. El verdadero objetivo de las penas en las transiciones
- III. SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL POPULISMO PUNITIVO, LA APLICABILIDAD DE LAS PENAS DESDE LA TESIS DEL “GARANTISMO PENAL” O “MÍNIMO PENAL” DE LUIGI FERRAJOLI. MECANISMO FEHACIENTE CONTRA LA EQUIVOCIDAD LEGAL PENAL.**
1. Vida y obra de Luigi Ferrajoli
 2. Sustento epistemológico del garantismo penal
 3. Derecho penal mínimo o garantismo penal acorde a la Justicia Transicional
- IV. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DE MICHEL FOUCAULT FRENTE A LA CONFESIÓN, LA VERDAD Y EL DECIR VERAZ. ALGUNAS APROXIMACIONES A LA JUSTICIA TRANCIONAL.**
1. Vida y obra de Michel Foucault
 2. La verdad y la confesión como proyecto iusfilosófico
 3. El decir veraz y el perdón en el contexto de la justicia transicional

CUARTO CAPÍTULO

COLOMBIA COMO EXPERIENCIA DE LOS PROCESOS TRANSICIONALES

- I. JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA, UNA SÍNTESIS DESCRIPTIVA BAJO EL ESQUEMA “VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN” EN EL MARCO DE LA IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA DEL ACUERDO FINAL PARA LA**

TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO A LA LUZ DE LA ÉTICA DISCURSIVA O DELIBERATIVA

1. Verdad como fin principal y altruista para la sanación y reconciliación.
2. Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, La convivencia y la No repetición (CEV)
3. Justicia como balance de garantía al cumplimiento del acuerdo de paz y el fin del conflicto.
4. Justicia Especial para la Paz (JEP)
5. La participación de las víctimas como verdadero referente de una justicia transicional.
6. La participación de las víctimas en el proceso de justicia transicional.
7. La justicia restaurativa y el modelo de aplicación en la justicia transicional.

II. MÍNIMOS DE CONVIVENCIA Y COEXISTENCIA EN EL TODO SOCIAL. LAS BIENAVENTURANZAS EN EL POSCONFLICTO.

1. La ética discursiva en un posible escenario pos-conflictual
2. La Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas: un enfoque hacia la legitimidad y la participación ciudadana en un escenario pos-conflictual

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN.

El mundo como lo conocemos hoy se ha desatado en diversos hechos históricos y fenómenos de lo que refleja indirectamente la realidad contemporánea actual desde lo político, lo jurídico, lo económico, lo social e inclusive lo ético. Sin lugar a dudas en las últimas décadas, en los diferentes Estados del mundo, se han padecido los contextos del conflicto, la guerra, diferentes dictaduras y regímenes totalitarios; y sus mismos pueblos han luchado para encontrar la verdad, la libertad y la democracia como eje central de su fuero político-jurídico. Inclusive, fue en la década de los 70, después de hechos desgarradores como las dos guerras mundiales y la vigencia de la Guerra Fría, cuando emerge el concepto de “justicia transicional” a partir del cual se desarrolla una serie de reflexiones frente a la justicia y la paz dentro de un marco legal, dando pie a la extinción de diversos movimientos políticos dictatoriales de regímenes no liberales que fueron menoscabando la conciencia y la dignidad humana.

A la luz de ello, diversos autores como Ruti Teitel, André Du Toi, David C. Gray, Elena Maculan, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, entre otros; se han preguntado ¿cómo deben luchar las sociedades para superar un pasado lleno de desgracia, indignidad y miseria humana? En relación con esta pregunta, y con sus incertidumbres, surgen otras preguntas más: ¿cómo lograr acabar con estos malestares y encontrar una sociedad estabilizada por la justicia y la paz? ¿Cómo pueden, jurídicamente, lograrse esas transformaciones tan anheladas? ¿Se puede configurar un mecanismo alternativo de solución de conflictos para el cese de hostilidades y lograr el bienestar de las sociedades, perdonando crímenes políticos para victimarios que se condujeron por sus intereses personales?

Precisamente la presente tesis intitulada: *LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO NUEVA FORMA DE POLÍTICA CRIMINAL Y LA ÉTICA DISCURSIVA EN UN ESCENARIO POSCONFLICTUAL*, pretende hacer un análisis profundo del esquema y el sistema de la justicia transicional, conllevando así posibles respuestas que identifiquen parámetros justos que, además, muestren un equilibrio dentro de las políticas de transición y los postulados del Estado frente a sus políticas públicas, máxime en relación con la política criminal y penitenciaria, que igualmente debe desarrollarse en un marco

legal y jurídico para que estos puedan alcanzar como objetivo o fin la paz tan anhelada en situaciones de conflicto.

La pregunta problemática que conduce el presente texto se dirige a saber ¿Es posible construir un esquema jurídico-político frente a la justicia transicional que sea parte integral de las políticas criminales y penitenciarias de los Estados, con parámetros de justicia, que puedan develar directamente la verdad, el perdón, el olvido¹, la no repetición y la reparación para las víctimas que han sufrido la guerra? Lo anterior, pues diversos autores como Juan Antonio García Amado, Mario Trapani e incluso el mismo profesor Raúl Zaffaroni, argumentan que no se puede hablar de un esquema jurídico frente a la justicia transicional, ya que ésta emerge como política pública fundante de gobiernos (en cabeza de quien tiene el poder) y se sustenta frente a “constructos mediatos” a los marcos legales, es decir, que conforme se suscribe una transición o diálogo para implementar una justicia transicional; ésta surge de manera rápida y no hace parte integral de un marco jurídico. Estas posturas de transformación o transición se reproducen con un esquema dentro de la política criminal de los Estados, empero no es generado desde la misma legalidad previa, es decir, fundamentada y analizada dentro del constructo de un Estado de Derecho; pues se desarrollan en contextos muy específicos y se dan a partir de transiciones y diálogos que se puedan establecer con aquellos responsables de graves violaciones de derechos humanos cometidas en el contexto de un conflicto armado, transición política o regímenes represivos², con la finalidad de lograr una paz estable y duradera con aquellos responsables de graves violaciones de derechos humanos.

A ello habrá que decir que, si bien es cierto, la justicia transicional es un contexto político que se implementa conforme a las políticas públicas de cada Estado, no es óbice para que pueda convertirse en una política criminal de los mismos, quienes tienen el deber de proteger la dignidad de sus conciudadanos y brindarles el bienestar social, lo cual implica el cumplimiento de sus fines y de los propósitos sociales conforme a postulados

¹ Al contexto de la significación de la palabra “olvido” surgen marcos problemáticos. Por una parte, hablar de olvido en el contexto transicional devela la importancia de dejar atrás el pasado atroz a favor de los victimarios, sin embargo, en el imperativo de Adorno: “*Recordar para no repetir*” se hace manifiesta la frase “superar el pasado” en términos de acudir a él (al pasado) de manera crítica cada vez que sea necesario. El recuerdo, más que el olvido, es una necesidad (Ardorno, 1998).

² En este entendido, los agresores que son procesados mediante la implementación de modelos de justicia transicional hacen parte de grupos sociales específicos, como lo son agentes gubernamentales, miembros de las fuerzas armadas de un determinado país o grupos beligerantes.

de garantías mínimas penales, tanto para los actores de un conflicto o dictadura, como para las víctimas. No sobra aclarar que, a pesar de que existan implicaciones en la seguridad jurídica de un ordenamiento tras la implementación de la justicia transicional, los Estados no renuncian a la justicia ni a la rendición de cuentas por parte de los responsables, sino que en pro de abordar efectivamente la necesidad de justicia y la reparación a las víctimas mientras se avanza hacia la democracia y la paz, se implementan medidas excepcionales y provisionales³ que permitan un avance real hacia la reconciliación social y la estabilidad política.

Por ello, la implementación de la justicia transicional fortalece la seguridad jurídica de los Estados, toda vez que garantiza la investigación y procesamiento de aquellas graves violaciones a los derechos humanos, además de procurar reparación y conocimiento de la “Verdad”. De todos modos, la efectividad y la imparcialidad del sistema que se implemente para llevar a cabo la justicia transicional, es la que permite que exista una sensación general de seguridad jurídica en el colectivo social respecto de la protección y garantía de los derechos humanos (que es como tal el fin último de los Estados y de la comunidad internacional).

A la luz de lo anterior, el presente texto denota cuatro capítulos de estudio que conciernen a lo ya mencionado. El primer capítulo denominado: *“de la justicia transicional: sistema político nociones generales y contexto histórico”*, abarca directamente el concepto general y las nociones que han imperado desde la década de los 70 con el concepto de la justicia transicional, dilucidando en qué consiste, cuál es su funcionalidad y los fines que en ella operan; es decir, muestra un marco ontológico y deontológico de la justicia transicional frente a su configuración inicial. Por otra parte, es necesario destacar la doctrina y literatura que frente al tema concierne, puesto que, desde los albores de dicho concepto se ha venido soslayando también la evolución de lo que es justicia transicional, empero, también se han evidenciado directamente casos concretos de la realidad que han dado un desarrollo y evolución comprensivo de lo que es la paz y la justicia frente a contextos de reconciliación. Esto denota la importancia del sustento epistemológico de la justicia transicional no solamente a nivel doctrinal sino también frente a la fenomenología histórica que ha surgido a lo largo de los años desde

³ Como la amnistía o el indulto.

los juicios de Nuremberg y Tokio, pasando por Sudáfrica, Chile, Argentina, Irlanda, hasta los diálogos entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP iniciados en 2016.

Por otra parte, es menester develar el sistema y el esquema de la justicia transicional pues ello enmarca directamente las nociones de responsabilidad que tienen los actores del conflicto o en su defecto, los dictadores; además de ello, responder el interrogante de cómo puede surgir directamente una reconciliación de la sociedad en clave de “memoria histórica” dentro de su contexto y una reconstrucción social. Luego, en lo que respecta directamente a la justicia transicional, es igualmente importante dilucidar los principios y las características que de ella operan, y que son las que le darán directamente un papel normativo o legal dentro de un marco jurídico, punto fundante en este evento, ya que se llegará directamente al papel que juega la justicia restaurativa, la cual no es operable desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, sino que por el contrario, es importante frente al contexto de una justicia transicional que enmarca la gravedad de las responsabilidades que se puedan dar durante la transición y el papel del derecho frente a las diferentes posturas producidas en un ámbito de reconciliación social.

En el segundo capítulo intitulado “*el Estado Social de Derecho: política criminal y poder punitivo del estado*”, se da cuenta de cómo se configura el Estado Social y Democrático de Derecho, y cuál es su marco jurídico penal y político criminal para una posterior aplicación de políticas transicionales. Esto revela directamente un contexto histórico y un fundamento jurídico que se da frente al estado con miras a un derecho penal, ya que hablar de la justicia transicional implica directamente poder hablar de la potestad punitiva del Estado y de las sanciones criminales, claro está, en un margen totalmente distinto en el entendido de que no se habla de una justicia ordinaria sino de una transición cuyo objeto es construir una paz estable y duradera. Lo anterior se debe identificar directamente con el concepto y la naturaleza de la pena en el sentido de que solo surge directamente de la potestad punitiva del Estado, el cual busca con ello identificar la responsabilidad para poder dictaminar una sanción; esto abarca otra verdad absoluta que no se puede refutar a la luz de la ciencia penal y de la justicia transicional, esto es, una “necesidad de la pena”.

A razón de ello, se hace un análisis directo de lo que es el fundamento y función de la pena frente a las teorías absolutistas, las teorías relativas y las teorías mixtas, ya que,

tal como se sustenta la pena, esta conduce directamente a nociones que no se pueden dejar a un lado en la justicia transicional y que además deben estar destacadas en una política criminal y penitenciaria que debe ser análoga a aquella. Posteriormente, se vislumbra con gran importancia el castigo penal y las soluciones penales que se puedan originar en una justicia transicional, los fines de la pena dentro de esas políticas transicionales y, los sujetos a quienes se dirigen estas políticas criminales y penitenciarias dentro de un contexto de transición. Por último, se desarrolla la naturaleza de la pena a la luz de dos conceptos claves frente a este contexto: la amnistía e indulto.

Ahora bien, debe reconocerse que no todo sistema o proceso es perfecto, por esta razón el tercer capítulo se denomina “*Algunas teorías pertinentes desde la filosofía política y del derecho hacia una estructura análoga de la justicia*”. Este apartado pretende demostrar de manera directa algunos errores que se pueden encontrar dentro de la justicia transicional pero que igualmente tienen una solución desde la óptica de la filosofía del derecho. En ese orden de ideas el capítulo inicia tomando como referencia la perspectiva teórica de John Rawls, quien identifica de manera oportuna e importante, quizás se puede decir que ha sido el filósofo más avezado en los tiempos contemporáneos, frente al concepto y la noción general de la justicia, como aquel valor fundamental de las sociedades democráticas donde todo integrante del conglomerado social merece el mismo respeto y consideración en razón a los derechos inalienables del ser humano, los cuales deben ser garantizados y protegidos por la sociedad y los Estados; esta concepción de justicia se basa en dos principios: igualdad y diferencia.

Lo que se pretende directamente es identificar la congruencia que existe entre la idea rawlsiana de justicia y la teorización de la misma justicia transicional; por ello se traen a colación la etapa precontractual del pensamiento de Rawls (conformada por la posición original, el velo de ignorancia y los principios de la justicia), la etapa contractual (la razón pública y la democracia), y la postcontractual (la sociedad bien ordenada, la paz justa y la paz democrática), en búsqueda de un análisis crítico de la justicia transicional y de su rol en las sociedades modernas.

Estas posturas tuvieron un desarrollo asertivo frente al pensamiento que tienen diferentes autores que sostienen que la justicia transicional tiene un marco de justicia⁴, puesto que, para el mismo Rawls dentro del contexto dialógico y argumentativo, las sociedades pueden encontrar los principios de justicia con miras a la democracia y la razón pública que edifiquen una paz justa. De hecho, este fundamento es lo que sustenta el mismo marco de la justicia transicional, pretendiendo de manera directa, no solo acabar con el conflicto interno o la dictadura sino, igualmente, que la sociedad bien ordenada pueda dirigir consensos, constructos razonables y dialógicos dentro de la participación democrática para la consolidación de posturas justas y de la paz.

Igualmente, y continuando con el sustento ius filosófico, se encuentra el pensamiento de Santo Tomás de Aquino conforme a una micro teoría del ius puniendi que otorga bases sólidas a lo que es la pena y cómo ésta opera directamente en un ejercicio social. Por esta razón se hace una analogía entre el pensamiento de Tomás de Aquino concerniente a la sanción y la idea de la verdad⁵ como objetivo primario de las penas que a la luz de nuestro contexto pueden ser transiciones del encuentro de sanciones retributivas y restaurativas. Lo anterior, no implica directamente el orden genérico que se esboza en el capítulo 2, sino que conlleva directamente sanciones limitadas por su misma naturaleza de la política transicional. Busca, de igual forma un equilibrio justo para las personas que anhelan la paz y que han convivido con el conflicto y los victimarios que de cierta manera, y en principio, se encuentran arrepentidos y quieren reparar su daño.

⁴ Dentro de estos autores, se destacan: Ruti Teitel: En su libro "Transitional Justice" (2000), Teitel sostiene que la justicia transicional es un marco de justicia que se aplica a las sociedades que han sufrido violaciones graves de derechos humanos. Pablo de Greiff: De Greiff, en su obra "The Handbook of Reparations" (2006), sostiene que la justicia transicional es una forma de justicia que se ocupa de las violaciones graves de derechos humanos y que busca reparar el daño causado a las víctimas. Martha Minow: En su libro "Between Vengeance and Forgiveness" (1998), Minow argumenta que la justicia transicional es un marco de justicia que busca equilibrar la necesidad de responsabilizar a los perpetradores con la necesidad de restaurar la sociedad. Nancy Fraser: En su obra "Justice Interrupted: Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition" (1997), Fraser sostiene que la justicia transicional es un marco de justicia que busca reparar las violaciones de derechos humanos y las injusticias estructurales.

⁵ Para un mejor entendimiento se debe hacer referencia a lo que implica el concepto de verdad dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Según Foucault y de acuerdo a su obra Vigilar y Castigar, la verdad es una construcción social que está determinada por relaciones de poder y discursos, y que esta vinculado estrechamente al conocimiento. Según este planteamiento la verdad y el conocimiento pueden llegar a ser limitados o transformados por el poder. Según Tomás de Aquino y de acuerdo a su obra Summa Teológica, la verdad es una propiedad inherente a las cosas y que existe independientemente de la percepción humana, pues es la adecuación entre el intelecto y la realidad. Dicha concepción de verdad se divide en objetiva -correspondencia entre el conocimiento y la realidad- y subjetiva -certeza que tienen un sujeto cognoscente de lo que cree que es verdadero-.

A continuación, se toma el contexto epistemológico del pensamiento Ferrajoli, cuyo garantismo jurídico o garantismo penal, pretende analizar de manera concreta el esquema penal y las mínimas garantías que deben tener tanto las víctimas y como los victimarios, garantías también conocidas como mínimos penales para consolidarse las sociedades justas y bien ordenadas. El análisis que se desprende de este capítulo corresponde al del derecho penal mínimo o garantismo penal acorde con políticas transicionales que buscan de manera efectiva la paz, la verdad, la reconciliación, la reparación, la no repetición, el perdón y el olvido.

Por último, en el capítulo en mención, se desarrolla el pensamiento de Michel Foucault, conforme a la idea de confesión, veracidad y verdad dentro del esquema de la justicia transicional. Ello implica el sentido más amplio del paradigma de la “Verdad”, pues concretamente la justicia transicional solo es posible con cimientos sólidos de una verdad recuperada y recopilada frente a los gravámenes que se hayan ocasionado. Esto implica igualmente la creación de una comisión objetiva, real y pertinente que pueda generar esa verdad latente de los pueblos que han sufrido los conflictos y que necesitan el contexto de memoria histórica para que estos hechos no vuelvan a surgir. Además, establece que para los infractores tengan la oportunidad o, sea oportuno, esclarecer los hechos inhumanitarios y su reincorporación a la sociedad.

Para culminar, el último capítulo denominado “*Colombia como experiencia de los procesos transicionales. La justicia transicional en la política criminal del Estado y la ética discursiva en un posible escenario posconflictual*”, desarrolla de manera directa un análisis necesario frente al Estado colombiano, pues este es el último en el mundo en realizar un proceso de paz con nociones transicionales, y es también quizá el más evolucionado de todos los tiempos. Lo que se pretende en el presente capítulo es mostrar de manera directa cómo el proceso de transición en Colombia es ejemplo y modelo para transiciones futuras, ya que contiene un esquema fundamental -la *justicia especial para la paz JEP*- cuyo sustento normativo se encuentra en la creación del acto legislativo 01 de 2017 con el cual se implementó la reglamentación de una justicia transicional para juzgar todos los delitos políticos que llegasen a ser cometidos en el marco del conflicto armado colombiano.

Igualmente es importante resaltar la tarea que tiene la Comisión de la Verdad, ya que presenta un modelo sólido para la búsqueda de la Paz y la reparación en pro de las víctimas que han sufrido el conflicto. El papel de dicha comisión es fundamental dentro de los procesos de memoria histórica y fortalece la importancia del papel que tiene la JEP con su sala de Reconocimiento de la Verdad y de la Responsabilidad (SRVR), que determina quiénes pueden obtener la calidad de víctimas dentro del conflicto con el objeto de reparar los daños ocasionados. Todo ello da cuenta de la importancia que, para el proceso judicial al interior de la JEP, tienen los mecanismos extrajudiciales.

Otro papel importante que no se puede dejar abandonado al azar es el que tiene la Justicia Restaurativa siendo análoga a la Justicia Transicional, puesto que acá ya no se trata directamente de una Justicia Ordinaria cuyo objeto es imponer una sanción a los criminales que están dentro de un marco dogmático jurídico penal, sino por el contrario, busca organizar unas sanciones limitadas (tipo amnistía) para unos ciertos delitos políticos y que configura un sistema transicional totalmente distinto al que pueda tener el derecho penal ordinario del Estado colombiano.

Por último, y como se analizó en el capítulo 3, frente al pensamiento de John Rawls, se aborda el problema de una etapa postcontractual, en este sentido posconflictual desde la perspectiva de la ética discursiva. Al hablar de posconflicto surgen panoramas éticos que la misma población civil debe acordar y que el Estado debe sancionar dentro de su marco legislativo, en ese orden de ideas las personas que fueron agredidas y las personas que fueron victimarias, tendrán que volver a convivir y coexistir dentro del panorama del Estado y la sociedad civil. Ello indica que una sociedad debe tener panoramas y postulados en los cuales tanto agredido como agresor puedan convivir y coexistir en el marco de un plexo de valores que permita el bienestar social. La postura que tiene este documento es la del modelo discursivo o la ética discursiva de Habermas (...), pues se acopla directamente a un modelo normativo de democracia y de derecho discursivos, desde el que se propone el reconocimiento del otro en un ámbito de intersubjetividad. Desde esta perspectiva el perdón y la reconciliación podrían conducir directamente a la cohabitación del todo social, pero todo ello frente a un constructo democrático y de participación de los ciudadanos en el “todo social”.

Se terminan estas líneas, no sin antes agradecer a la universidad de Salamanca, a su profesorado, pero en primera medida a Don Ignacio Berdugo Gómez de la Torre por estos 5 años de estudio y aprendizaje en tan prestigiosa Universidad. El documento que se presenta hoy es fruto de la investigación y el trabajo continuo, por lo que ahora queda a consideración de los lectores en espera de que les sea útil y que contribuya con el saber y con el desarrollo de una cultura jurídica y política.

Cristian David Ibarra Sánchez
Universidad de Salamanca 7 de octubre 2023

PRIMER CAPÍTULO

DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO, NOCIONES GENERALES

Y CONTEXTO HISTÓRICO

La Justicia Transicional (de ahora en adelante JT) surge como respuesta jurídica y social a la búsqueda de la reconciliación frente a un conflicto generado por la guerra, que pretende superarse de manera radical. Esta figura político-jurídica se ha presentado en diferentes países de todo el mundo, más allá de la cultura y las creencias de cada sociedad. En virtud de lo dicho cabe afirmar que una de las principales características del ser humano radica en su necesidad de conformar cuerpos sociales, pues de acuerdo a (Aristóteles, 2004), eso hace parte de su naturaleza. Sin embargo, de dicha condición emergen en el hombre la inconformidad o los desacuerdos que a lo largo de la historia se ha configurado en conflictos, guerras y beligerancias y, por ende, en la generación de contravenciones que en muchas ocasiones producen directamente vulneraciones a los Derechos Humanos.

Es así como los enfrentamientos entre Estados e incluso los poderes totalitarios se van convirtiendo en objeto de discusiones con las que los pueblos configuran sus esfuerzos para dar fin a las hostilidades, ocupándose de tratamientos de actuación transitoria a ciertos crímenes e injusticias sociales que, por ejemplo, bajo las dictaduras suponen un rechazo a las necesidades de toda una comunidad, y que incluso, suponen en muchas ocasiones la emergencia de agrupaciones que, inconformes ante la situación, buscan luchar contra su propio Estado o en contra de otros Estados, lo cual genera un conflicto sociopolítico persistente y reiterado, en razón de la desigualdad que provocada por brechas sociales, teniendo en la mayoría de sus veces aspectos negativos para la población civil.

De igual forma, se presentan conflictos generados por creencias de tipo racial, que dan cabida a enfrentamientos por terrenos o etnias en los que se cree tener la legitimidad de anteponerse sobre otros (pensemos, por ejemplo, en el régimen nazi) fundamentando, la mayoría de veces, dictaduras o Estados absolutistas⁶. Otro caso paradigmático podemos

⁶ Diferenciados por la legitimidad en el ejercicio del poder, pues las dictaduras no tienen en cuenta ni la ley ni la voluntad del colectivo; mientras que muchas veces los estados absolutistas, aunque no se

observarlo en Ruanda (y como se verá más adelante) donde se emprendieron acciones de limpieza étnica y, como consecuencia de ello, se presenta un marcado conflicto entre los miembros de los grupos étnicos Hutus y Tutsis, marcado por la clasificación de las personas de acuerdo a su apariencia física y estatus socioeconómico, aunado al posterior enfrentamiento entre dichas comunidades y las Fuerzas Ruandesas de Defensa, que estuvo seguido de un proceso transicional que buscaba terminar de la guerra y restaurar el tejido social. En este caso, fueron utilizadas herramientas jurídicas del derecho penal para la persecución de delitos cometidos por una de las partes involucradas en el conflicto, así como también haciendo uso de una figura típica del Sistema de la Justicia Transicional como lo es la amnistía, que se aplicó en la transición de dicho conflicto; esta disparidad en el uso de las herramientas generó para muchos doctrinantes impunidad al ser selectivos en la aplicación de las mismas según el juzgamiento que se dio a cada parte involucrada en el conflicto (Knust, 2013).

En los hechos relatados, se entrevé un primer paradigma en el cual se configuró un modelo supranacional que ha mantenido el contexto del derecho penal en el ámbito internacional: los tribunales internacionales y la hoy conocida Corte Penal Internacional que, sin lugar a dudas, son el resultado de una serie de fenómenos conflictivos y de guerras en el contexto del siglo XX, denotan procesos judiciales, una serie de hechos jurídicos relevantes y mecanismos alternativos de solución a dichos conflictos.

Por otro lado, se resalta el fenómeno de “globalización”, que trae consigo una serie de consecuencias como parámetro de aproximación a las culturas, la activación económica mundial, la relación comercial y política entre los Estados, la evolución tecnológica, etc. Por esta razón es bien catalogada por el Diccionario de la Lengua Española como la “difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres” (Real Academia Española, 2014) y que, de cierta forma, dinamizan esa configuración supranacional que evoca la internacionalización. Ello indica un rasgo característico del momento histórico actual en el que el mundo se ve inmerso y en el cual surgen constantes cambios que conducen a la influencia de la internacionalización en los campos jurídicos⁷ y político en cuanto a cómo llegarían a

sometan al imperio de la ley, cuentan con respaldo por parte de la sociedad, legitimando el ejercicio del poder.

⁷ De acuerdo a Boaventura de Sousa en su libro, "El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita", existen cuatro campos jurídicos que se ven afectados por la globalización: el campo jurídico estatal, el campo jurídico internacional, el campo jurídico transnacional y el campo jurídico de

resolverse los conflictos entre naciones y de cómo la conformación de distintos tratados generaría mayor entendimiento entre los países.

En consecuencia, se han generado cambios necesarios en los ordenamientos jurídicos y en las ramas del poder público de los Estados, ya que las normas y los derechos no sólo se regirán con base en la Constitución sino que tendrán, desde ese momento, que ir de la mano análogamente con los tratados internacionales en materia de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario (de ahora en adelante DIH). En ese orden de ideas el derecho penal no será la excepción. Surge entonces la rama del “Derecho Penal Internacional” con el fin de que la dogmática del derecho penal interno se pueda desarrollar congruentemente con las normas y postulados que sobrevienen de convenios y tratados internacionales. Así, logró consolidarse un derecho penal internacional que obtiene su génesis tras la Segunda Guerra Mundial que, en concordancia con la definición de Cassese (2008): “es el cuerpo de reglas internacionales establecidas para castigar ciertas categorías de conductas —crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, agresión, terrorismo— y hacer a aquellas personas involucradas en tales conductas criminalmente responsables” (p.3). De esta manera, la evolución que ha tenido el derecho penal internacional ha traído como consecuencia que los Estados y los sujetos de derecho del “todo social” estén sometidos y vinculados a una nueva normativa, en la cual, los crímenes cometidos como lo ejecutores de dichos crímenes deben ser investigados, perseguidos y juzgados de manera rigurosa y para esto se hace útil la cooperación que se logre de forma global.

Ahora bien, el punto de partida lo constituye la actuación de los Tribunales de Núremberg y Tokio frente a todos los procesos judiciales que fueron impulsados por las naciones aliadas y vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. Jerarcas y altos funcionarios alemanes y japoneses que fueron juzgados en estos tribunales; con ello se inicia el primer paso jurídico con el que se construye el concepto de transición (Ibarra Sánchez, 2016, p. 60). La novedad radicaba tanto en la naturaleza de estos tribunales como en la forma en que iban a ser juzgados y castigados los presuntos responsables. Este punto fue decisivo entre países aliados como Rusia que pedía castigos severos y públicos para mantener la memoria de las atrocidades cometidas, y Estados Unidos que pedía un

resistencia; defendiendo la importancia de tener en cuenta la diversidad de intereses del cuerpo social y las perspectivas presentes en la globalización.

juicio justo (este último fue el que evidentemente prevaleció). También cabe resaltar que estos juicios dieron origen a la declaración de los siete principios de Núremberg, los cuales fueron relevantes pues, dieron lugar a que fueran oficialmente reconocidos por la carta para los Tribunales Militares Internacionales y sus sentencias (Organización de las Naciones Unidas & Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 2002, pág. 16 y ss).

En la práctica, políticamente se daba un primer paso para el establecimiento de un nuevo orden mundial orientado por las políticas de transición, el cual, a partir de estos juicios se daría comienzo al derecho penal internacional. Esto significaba que tanto a personas naturales como a organizaciones, grupos ideológicos, instituciones, etc., en cabeza de sus representantes podría atribuírseles culpa y responsabilidad por cometer crímenes que lesionaran a la humanidad; por ejemplo, cuando hubo un regreso al uso de campos de concentración en Europa en la antigua República de Yugoslavia, en 1993 se creó el Tribunal Penal Internacional, y fue ante este Tribunal que se tuvo que responder por todos estos actos y crímenes masivos. En ese momento también se crea otro ente jurídico, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda en 1994 tras el genocidio ocurrido en ese país. Estos dos hechos clarifican la magnitud de delitos y la necesidad urgente de una intervención internacional (Boelaert, 2000).

Ahora bien, la base de dichas políticas transitorias se va a articular poco después en torno al desarrollo y consolidación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Peces Barba, 2013) y a la existencia de la ONU. Sobre esta base se abre una fase, que llega hasta nuestros días, de normativización de los Derechos humanos a través de distintos Tratados entre los que hay que resaltar, por su importancia para el tema objeto de nuestro análisis, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos, el pacto de San José de Costa Rica también llamado Convención Americana sobre Derechos humanos de 1978, entre otros.

Hay que subrayar que fue, sobre todo la Convención de Viena, la que demostró la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos y cómo estos generaban que las relaciones internacionales por medio de estos tratados se desarrollaran de la manera más pacífica entre naciones, ya que con ello se garantizaría un consentimiento y cooperación mutua, al igual que la eficacia en el cumplimiento de lo pactado entre naciones.

El proceso del derecho penal internacional tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial estuvo condicionado por la Guerra Fría fundamentalmente para América Latina. Sin embargo sería posteriormente este conjunto de reglas el referente para el nuevo continente en tanto que dichas normativas supranacionales tendrían un avance en materia legal ya que se aplicaría una construcción de orden supranacional que garantizaría los Derechos humanos. Gracias a ello dicha rama del derecho comienza a tomar más fuerza a medida que las naciones iniciaron a configurar relaciones más estrechas mediante la firma de tratados comerciales y alianzas políticas en los cuales se benefician de manera mutua procurando, a gran escala, reunir varios Estados con el propósito de generar acuerdos de carácter político, económico cultural o militar.

En relación con lo dicho Berdugo Gómez (2017) se refiere sintéticamente a estos ejemplos que son los más relevantes, pero no los únicos: el Mercado Común, hoy Unión Europea (de ahora en adelante UE) y, en América, la Organización de Estados Americanos (de ahora en adelante OEA), o más recientemente, el Mercosur, también está la OTAN que está encargada de que se garantice la seguridad y libertad de quienes la conforman ya sea a través de la política o a través de la fuerza militar. De acuerdo con el jurista estas nuevas instituciones producen consecuencias jurídicas y políticas, que según los casos en mayor o menor grado diluyen las fronteras que en el siglo XIX delimitaron a los Estados que están situados en un territorio que comprende tanto Europa como América Latina y que, política y jurídicamente, comparten análogos valores en relación con el conflicto y que los mismos sirven para mediar soluciones, ya sea en temas políticos o territoriales (p. 20 y ss).

Además de la complejidad en los procesos de creación de las normativas supranacionales, se puede decir que otra importante consecuencia fue el surgimiento de Tribunales con sus respectivos juzgamientos y las características iniciales de la transicionalidad, donde se puede apreciar paralelamente una normativización de los Derechos humanos que son base primordial de todos estos tratados y que son una garantía para la armonía en relaciones diplomáticas (Fernández Liesa, 2013), que a su vez establece un núcleo de derechos compartido por los Estados y que serán respetados aun en tiempo de guerra o de alteración del orden por cualquier causa.

Así las cosas, el sistema del derecho penal internacional empieza a tener una constitución completa al poner en marcha a distintos Tribunales con jurisdicción

supranacional. Los más representativos son: el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos humanos (de ahora en adelante TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos humanos (de ahora en adelante CIDH), cada uno de estos tribunales empieza a juzgar a las personas que han cometido crímenes internacionalmente penados (Berdugo Gómez, 2017, p. 21).

A pesar de ello, no podemos soslayar el hecho de la consolidación de regímenes dictatoriales producidos en América Latina, que fueron promovidos por Estados Unidos y que llevaban a cabo políticas lesivas de los derechos fundamentales y comportamientos susceptibles de quedar comprendidos y, por tanto, tipificados, dentro del marco del derecho penal internacional. Esto amerita un estudio detenido, pues el contexto de las sociedades latinoamericanas conlleva una naturaleza distinta a la que se habían desplegado en otros contextos. Se trataba entonces de contextos donde se había producido conflictos internos, que en consecuencia dejaron grandes huellas como la desigualdad social, la mala distribución de las riquezas, en varios casos la conformación de grupos guerrilleros o de autodefensas que estaban en contra del gobierno de turno que, con ideas de revolución, aunque la excepción en América Latina fue Cuba, ya que dicho Estado sí logró la revolución.

Con todo esto, los Estados latinoamericanos comienzan a generar paulatinamente procesos de transición de dictaduras a democracias estableciendo Estados Sociales Democráticos de Derecho, que hacen que se plantee la necesidad de abordar la problemática de la denominada JT como condición para superar en definitiva los conflictos armados y las amenazas al Derecho Humanitario.

En ese orden de ideas Berdugo Gómez (2017) sostiene que:

(...) la Justicia Transicional entrevé a la responsabilidad por comportamientos que han lesionado derechos fundamentales y que han sido llevados a cabo por quienes tenían la obligación de garantizarlos. Aunque las consecuencias de esta Justicia Transicional no sean solamente penales, los comportamientos a los que se refiere, por su gravedad, constituyen delitos, e incluso, con frecuencia, quedan dentro de los que merecen la consideración de crímenes contra la humanidad, que son objeto del Derecho penal internacional (p. 22)

Así, se debe dejar claro que las dictaduras y los conflictos que tienen como consecuencia la implementación de procesos transitorios diversos y únicos político-jurídicamente hablando. Es a partir de la década de los ochenta del pasado siglo que las organizaciones internacionales (especialmente la ONU y algunos tribunales) elaboran una doctrina con una serie de principios que fundan y delimitan la denominada Justicia Transicional, estos son:

1) La obligación del Estado de investigar las graves violaciones de derechos y juzgar a sus responsables; 2) el derecho individual y colectivo a conocer la verdad sobre los hechos y, en especial, sobre las personas desaparecidas; 3) el derecho de las víctimas a obtener una reparación; 4) la obligación del Estado a adoptar medidas que impidan la repetición de estas graves violaciones de derechos (ONU, 2014).

En el mismo sentido la CIDH, aprobada por la OEA, afirma que:

Al respecto, se ha indicado que la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición contribuyen a la consecución de dos objetivos intermedios o a mediano plazo (ofrecer reconocimiento a las víctimas y fomentar la confianza), así como dos objetivos finales (contribuir a la reconciliación y reforzar el estado de derecho (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 20).

La Cuestión del presente capítulo radicará entonces en estudiar la JT desde una perspectiva general, analizando la variedad de procesos y mecanismos que se han asociado con los intentos de edificar la paz en sus sociedades y han procurado resolver los problemas derivados de abusos a gran escala, ya sea con el propósito de que los responsables rindan cuentas de sus actos, hacer justicia y lograr la reconciliación. Se trata, pues, de analizar aquellos procesos de transición que regulan el paso de un régimen totalitario a un régimen democrático o de un estado de guerra a una paz sostenible y prolongada en el tiempo; y que en dichos procesos haya pronunciamientos respecto de la normatividad promulgada en esos periodos anteriores que, a veces, por su contenido, constituyeron instrumentos para lesionar o facilitar la lesión de derechos. El estudio de la realidad latinoamericana frente al tema tendrá prioridad, pues será el vínculo directo con el segundo capítulo que es dedicado a Colombia y la JT.

Lo dicho requiere de un estudio sobre las sanciones elevadas a los directamente responsables que han violentado la integridad y dignidad de la humanidad, pues ciertamente, al ser la JT un esquema de consideración política, resalta las leyes de auto amnistía, indulto o de punto final, que de cierta manera se han constituido, en ocasiones, en piezas importantes para facilitar o posibilitar los procesos de transición (Ambos, Cortés & Zuluaga, 2018), empero, como reitera un importante sector doctrinal, es difícil en el marco de un Estado de Derecho ignorar las graves violaciones de Derechos y renunciar a responsabilizar de los mismos a agentes gubernamentales, pues la clave radica en que nadie está por encima de la ley y esta tiene sentido pleno cuando se proyecta para la protección y garantía de los derechos (Berdugo Gómez, 2017, pág. 24).

Ahora bien, de las nociones de la JT es necesario desvelar su comprensión conceptual y esquemática; sin embargo, cabe anotar que en la práctica es muy complejo su desarrollo ya que en este proceso deben desenterrarse hechos muy dolorosos para las víctimas y sus familias, como por ejemplo, en el caso de Colombia, que muchas víctimas del conflicto pedían a la justicia que sus victimarios “por lo menos les entregaran los cuerpos de sus familiares para ellos poder tener una tumba donde llorar” (Ríos Monroy, 2021). Así se entrevistó que el proceso la reparación no es igual para todas las víctimas y este debe ser edificado jurídicamente de manera sólida y objetiva.

Frente a lo mencionado y someramente, se concluye que la JT acorde a los lineamientos trazados por diferentes países que se han acogido a ella, busca brindar bases sólidas que se ciñan bajo las normas de Derecho Internacional, toda vez que con la transición de guerra a un estado de paz por medio de la justicia y buscando el resarcimiento a las víctimas y la retribución ejemplar para los autores de los crímenes, se encuentra el camino adecuado por medio del que se pretende llegar a la concordia de la comunidad afectada (Eser, 2012). De forma tal, la JT constituye un sistema en el que se involucran diferentes sectores sociales que anhelan la paz y la reconciliación social; por ello es de gran importancia ahondar en lo que se trae a colación cuando se habla sobre este tema, puesto que es el camino que un Estado ofrece a la sociedad para lograr reconstruir el tejido social, reparar los daños ocasionados por el conflicto y regenerar los lazos sociales rotos por la violencia.

I. CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

La JT nace como mecanismo político-jurídico, mediante el cual la comunidad internacional, basada en principios de derecho penal internacional, encaminados a la consecución de los fines de los Estados democráticos y sociales de derechos, lucha contra la impunidad; por ello su principal fundamento sostiene que:

“la Justicia Transicional debe ayudar a convertir a las sociedades oprimidas en sociedades libres, haciendo frente a las injusticias del pasado a través de medidas que permitan lograr un futuro equitativo. Esa justicia debe ocuparse de los crímenes y abusos cometidos durante el conflicto que llevó a la transición, pero también tiene que ir más allá y hacer frente a las violaciones de derechos humanos que precedieron al conflicto y lo provocaron o contribuyeron a él”. (Arbour, 2007) (*Cursiva fuera de texto*).

Así las cosas, la finalidad que tiene la JT es el reconocimiento de las víctimas como tales, lo cual implica no sólo el reconocimiento simbólico, sino también la necesidad de ofrecer las garantías necesarias para que no vuelvan a padecer sufrimientos que no deben soportar; además de lo anterior. Otro de sus objetivos está orientado a la consecución de la paz, la reconciliación y la vivencia adecuada de la democracia. Consecuentemente, el factor determinante que versa sobre su concepto general es la necesidad de la rendición de cuentas y de la reparación a las víctimas que los Estados reconocen como tal; no se puede concebir ninguna omisión o acción en contra de todos los fundamentos y principios en los cuales se basa la Dignidad Humana.

La expresión “Justicia Transicional” ha sido definida por varios autores como una concepción de la justicia en contextos o tiempos de transformación o transición política (Pereda et al, 2016, pág. 292). Sin embargo, la idea de la JT se asocia directamente con periodos de cambio político, frente a un esquema jurídico que pretende dar respuesta dentro de su legalidad para confrontar hechos que han afectado profundamente al DIH por regímenes represivos o dictatoriales, o por conflictos armados internos. En este sentido García (2015) sostiene que:

La J.T. se ocupa del tratamiento que en tesituras de transición política se puede o se debe dar ciertos delitos graves o ciertas injusticias patentes ocurridas en la

situación o bajo el régimen anterior a la transición en cuestión (...) hablando con propiedad, referirse a un tipo de justicia que halla aplicación en determinadas situaciones, concretamente en las transiciones políticas. La J.T., como objeto de reflexión, implica o nos conduce a una particular teoría de la justicia (2015, p. 100).

Por su parte Valencia (2007), al plantear la pregunta sobre la naturaleza de la JT, desvela lo siguiente:

Bajo este neologismo tomado de la lengua inglesa se conoce hoy todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática (p.1).

A su vez Elster (2004), uno de los referentes más importantes en este tema, sustenta que “la Justicia Transicional está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro y agrega lo que denominó “la ley de la Justicia Transicional”, como la que genera “la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales” (Elster J. , *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, 2004, pág. 1 y ss). Lo que en la mayor parte de la doctrina se conoce como el “jus post bellum” (el derecho y la justicia después de la guerra).

Como consecuencia de tales perspectivas encontramos que la JT contiene soluciones directas a fenómenos particulares que vulneran de manera directa la Dignidad Humana, los derechos humanos o el DIH, pero que son edificadas dentro de factores políticos; es decir, que esta emerge con nociones netamente políticas e incluso sociales, pero su aplicabilidad legal, que es el resultado posterior al fenómeno del conflicto o régimen, para muchos juristas y filósofos adolece de serias dificultades. Ya lo advierte García (2015) cuando afirma que la JT es un tema de moda literaria e incluso filosófica, pero con bases conceptuales y teóricas bastante deficientes (p 101), y junto a ello, se suma que dicho instrumento puede incluir mecanismos tanto judiciales como no

judiciales con diferentes niveles en la forma de juzgar a los individuos (Ambos, Cortés Rodas, & et al, Justicia Transicional y Derecho Penal Internacional, 2018) (de esto se hablará más adelante). Ahora bien, la doctrina y la normativa que se abarcó en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, surgió como el paradigma gracias al cual el Estado pudiera responder legítimamente a las violaciones masivas de derechos humanos, y la herramienta de la JT demostró en diferentes oportunidades (con muchos peros para diversos doctrinantes) ser el mecanismo más idóneo para resolver conflictos de tan grande magnitud. Por esta razón, este concepto, aunque sea relativamente nuevo, ha generado muy buenos resultados bajo su correcta aplicación.

Ahora bien, el calificativo que Ambos (2018) expone, pretende defender dicha teoría de las críticas que García Amado ha desarrollado. Para aquel —Ambos—, el componente de justicia penal o justicia en sentido estricto es solamente menor en el concepto de JT:

En la Justicia Transicional se da una profunda tensión entre justicia y paz, entre derecho y política, entre justicia retributiva que mira hacia el pasado y una Justicia Restaurativa que mira hacia el futuro. Pero la Justicia Transicional debe ser comprendida cómo justicia porque surge en determinados momentos políticos de crisis o de transición, y tiene que resolver la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre quienes reclaman desde la justicia retributiva castigar a todos los criminales y quienes reclaman la impunidad absoluta y pretenden que no haya ningún tipo de castigo (p. 26).

En ese orden de ideas, la persecución penal a cargo del Estado, de quién emerge el poder punitivo y sancionatorio (*ius puniendi*), y al análisis del juzgamiento que se debe realizar a todos los involucrados por una justicia penal ordinaria, reclama poder desplegar un sistema legítimo y pragmático que justifique un modelo de justicia alternativa, coherente y análogo a los preceptos del Estado de Derecho; pues éste debe salvaguardar los intereses y los fines propios del Estado y promover los derechos individuales, colectivos y los Derechos humanos.

Por esta razón la ONU afirma que la JT corresponde a:

(...) toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (2004, p. 6).

A esto se suma el papel que tienen los Estados para intervenir en dichos procesos, puesto que ellos también reconocieron la positiva contribución del Consejo de Seguridad el cual señaló la importancia del Estado como uno de los elementos principales de la prevención y solución de conflictos y el mantenimiento y la consolidación de la paz. Destacaron, además, que la justicia de transición era un componente fundamental de la paz sostenible en los países en situaciones de conflicto y posteriores al conflicto. Su garantía se desvela en el poder de impartir justicia y garantizar la seguridad, contribuyendo así a mitigar los conflictos y a reducir el riesgo de nuevos hechos delictivos en contra del DIH y crear condiciones propicias para el desarrollo sostenible.

Las iniciativas relacionadas con la JT fomentan la rendición de cuentas, refuerzan el respeto por los derechos humanos y son cruciales para generar los fuertes niveles de confianza cívica que son necesarios para impulsar la reforma de los Estados de Derecho, el desarrollo económico y la gobernanza democrática. Tales iniciativas pueden comprender mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales, incluidos el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones.

Un indicativo necesario de advertir es que la JT no es una herramienta que pueda llegar a resolver todos los casos y males que haya padecido una sociedad; tampoco llegará a impedir las luchas extensas a nivel social y político. No es un tipo de justicia determinada o predeterminada como lo pueden ser los conceptos de justicia distributiva, reparadora o retributiva, conmutativa, etc. A contrario sensu, este mecanismo pretende acoplar a las diferentes circunstancias que se puedan presentar dentro de la diversidad del conflicto, sus razones, sus propósitos, el contexto social y político.

Aunque en ocasiones la JT puede llegar a ser tildada de “Blanda” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2020), lo que procura es proporcionar una garantía de justicia a las víctimas del conflicto, empero, bajo la particularidad de cada

conflicto, es necesario observar que cada constitución de transición es única y auténtica, permite darle garantías diferenciadas de justicia a quienes tienen el título de perpetradores, y son responsables de la comisión de crímenes a gran escala y de manera prolongada.

Por ello, la JT se orienta de manera integral a partir de la participación de los diferentes actores del conflicto suscitado; lo cual hace necesario determinar quienes conforman dichos intervinientes, según Elster (2004, pp. 99-116) se dividen en tres categorías: victimario, víctima y beneficiario indirecto (que suele representar intereses económicos privados). En tal sentido, las medidas y sus efectos no son la transformación total de una sociedad; son acciones que conducen a transformaciones que se pueden presentar de manera gradual, y que sin embargo tienen elementos importantísimos para la recuperación de sociedades sumidas en la violencia.

De acuerdo con Uprimny (2005), a grandes rasgos la JT es la respuesta que se le ha dado a un problema reiterado a nivel mundial: el conflicto generado por la guerra, y con ella los graves atentados a la Dignidad Humana, las sanciones que deben ser impuestas a los responsables de estos delitos y la necesaria reparación del tejido social, procurando la posterior reconciliación. Luego la JT se enfoca en las acciones y métodos que implementa un determinado Estado en procura de los procesos de transición, y permiten hacer el tránsito de un estado de guerra a un estado de paz. Este propósito trae consigo la exigencia del uso de la justicia como principal columna de la reconciliación y reparación, para lo cual se hace necesaria la apertura de los canales de diálogo que permitan realizar negociaciones políticas entre los diferentes actores, cuya finalidad sea la satisfacción de las exigencias de las distintas partes. Sin embargo, estos procesos transicionales deben acoger las regulaciones y recomendaciones hechas por la comunidad internacional y las disposiciones expedidas por la Corte Penal Internacional (atendiendo a la implementación y protección de los DD.HH. y del D.I.H) y que, en específico, se dirigen a aquellos actores que hayan cometido delitos de lesa humanidad mediante la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas, ambas siendo elementos esenciales de la JT.

Es así que se establece como premisa principal del proceso de transición la búsqueda de la verdad, como primer paso hacia la construcción de la memoria histórica, la reparación del tejido social y la reconciliación social que, necesariamente debe traer

consigo la transición como mecanismo de urgencia, pues se implementa cuando las regulaciones ordinarias no resuelven el problema que se presenta, y se convierte en la oportunidad de usar una alternativa que i) no permita la presentación de impunidad respecto de la sanción a los responsables de delitos -con ocasión del conflicto- y ii) Abre el camino al diálogo social, en el que participen los sectores que afectaron y se vieron afectados por la violencia del conflicto.

La naturaleza de la JT radica en la forma de dar solución a la violación de derechos humanos, y puede tener dos clasificaciones: la primera, refiere a una justicia que tenga unas características totalmente diferentes de la justicia ordinaria, por su condición de ser “transicional”, pues denota la transición, como un tipo especial de justicia, diferente al carácter general que se conoce filosóficamente. La segunda de estas dos clasificaciones apela a la idea de la JT como un acuerdo o compromiso, es decir una forma de llegar a una concesión para la resolución de un conflicto. Estas dos clasificaciones tienen mucho en común, pues permiten ver en la JT no una justicia diferente, ni un simple acuerdo, sino que una aplicación de los principios tendientes a la justicia en diferentes circunstancias (Greiff, 2011).

Es por ello que se considera a la JT el instrumento adecuado para la adjudicación de responsabilidades individuales y colectivas, respecto de los hechos que hayan ocurrido en relación al mismo, atendiendo a las premisas de verdad, reparación no repetición y prevención. Uno de los puntos fundamentales de esta herramienta es la participación de las víctimas en cada una de las etapas de la transición, generando sentimientos de empatía y solidaridad a nivel colectivo, y generando así la cooperación social. En conclusión, como sustenta la Corte Constitucional de la República de Colombia:

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

II. DOCTRINA Y LITERATURA SOBRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS Y FILOSÓFICOS.

El concepto de JT tiene su génesis en cierto catálogo tanto literario como jurídico, político y filosófico que se esboza en la década de los ochenta del siglo pasado (Esleter, 2006). Muy bien referenciado lo sustenta Berdugo Gómez (2017):

Aunque tanto los procesos de transición, como las dictaduras que los preceden, son en cada caso distintos tanto jurídica como políticamente, a partir de la década de los ochenta del pasado siglo se elaboran por la doctrina, por organizaciones internacionales, especialmente por la ONU y por algunos tribunales, con relevante papel de la CIDH, una serie de principios que delimitan la denominada Justicia Transicional (p. 22 y 23).

Al estudiar el fenómeno de las transiciones desde la óptica jurídica, queda claro que el objetivo principal era ofrecer algunas respuestas que se hayan generado frente a sistemas judiciales posteriores al conflicto, y esto inmediatamente conllevó cuestionamientos sobre la razón del surgimiento de dicho mecanismo, sobre cómo se

debía proceder judicialmente y sobre la viabilidad de dicho sistema en un ordenamiento jurídico-político. Esto conduce inmediatamente a bases conceptuales particulares y distintivos de la JT, pues dicho fundamento filosófico desempeñó un papel relevante en la configuración de la comprensión de los dilemas a los que se enfrentaron los actores, así como en las justificaciones de sus acciones y juicios. La "transición" era la lente normativa dominante a través de la cual se contemplaba el cambio político a mediados de los 70 y 80, por lo que prestar atención a sus contenidos distintivos debería arrojar algo de luz sobre el surgimiento del campo (Paige, 2009).

Ahora bien, el mencionado campo de la JT, surgió doctrinalmente de un conjunto de interacciones entre activistas de derechos humanos, abogados y juristas, responsables políticos, periodistas, donantes y expertos en política comparada preocupados por los derechos humanos y la dinámica de las "transiciones a la democracia". Así lo argumenta Paige (2009):

Una ventana para entender cómo las transiciones ayudaron a estructurar este nuevo campo -que más tarde cristalizaría en torno a organizaciones como el Proyecto sobre Justicia en Tiempos de Transición, con sede en EE.UU. (1993), Justice in Transition, con sede en Sudáfrica (1994), y una ONG internacional llamada Centro Internacional para la Justicia Transicional (2001), así como focos dentro de otras ONG, universidades e instituciones internacionales- es una serie de conferencias que tuvieron lugar a finales de los años ochenta y principios de los noventa. En la conferencia del Instituto Aspen de 1988, "Crímenes de Estado: Castigo o perdón", la conferencia de la Fundación Carta 77 de 1992 en Salzburgo, Austria, "La justicia en tiempos de transición", y la conferencia del Instituto para la Democracia en Sudáfrica (IDASA) de 1994, "Afrontar el pasado", se reunieron actores políticos, activistas de derechos humanos y observadores de todo el mundo para comparar experiencias y debatir opciones. Cada una de estas conferencias no sólo contó con el mismo tipo de participantes (en términos de competencias profesionales), sino que también tuvieron muchos participantes que se solapaban, como Zalaquett, Malamud-Goti, Aryeh Neier, Juan E. Méndez, Diane Orentlicher, Lawrence Weschler, Alice Henkin, Tim Phillips y Adam Michnik. Además, cada uno de ellos se estructuró de forma similar: trataron un conjunto distinto de medidas -enjuiciamiento, revelación de la verdad, restitución o reparación, y reforma de las instituciones estatales abusivas- cuyos objetivos eran proporcionar justicia a las víctimas y facilitar la transición en cuestión. Las

conferencias optimizaron la posibilidad de realizar un análisis comparativo de los "dilemas" de la transición" (p. 324 y 325).

Además de lo mencionado, la conferencia del Instituto Aspen de 1988, que fue la primera de una serie de reuniones que ayudaron a aclarar y consolidar un marco conceptual para un campo emergente frente a la JT, reunió a activistas de derechos humanos, filósofos, juristas y politólogos de América Latina, Uganda, Haití y Corea del Sur, en un esfuerzo por comparar las experiencias de iniciativas de búsqueda de justicia en varios contextos de transición. Algunos de los participantes habían sido actores en los esfuerzos de JT, otros se convertirían en actores de tales esfuerzos, y otros más serían observadores con diversos grados de interés en el resultado de cualquier situación nacional en particular.

A esto se suma directamente el fenómeno doctrinal que se da posteriormente a la Segunda Guerra Mundial con los juicios de Núremberg y Tokio, al igual que el origen de la ONU; situaciones que permitieron la emergencia de un importante acervo bibliográfico en relación con la JT que se produce en el sistema anglosajón y condujeron igualmente a la base central de la presentación de los "Principios de Chicago sobre Justicia Transicional", los cuales representan orientaciones básicas para el diseño y aplicación de políticas transicionales que tiene como fin hacer frente a las atrocidades del pasado, y los cuales se desarrollan tras una serie de reuniones y consultas que tuvieron lugar durante un período de siete años con la participación de distinguidos académicos, juristas, trabajadores de la comunicación, líderes religiosos y otras personas influyentes.

La primera reunión fue organizada por el International Human Rights Law Institute (de ahora en adelante IHRLI) en 1997 y fue desarrollada en el Museo Conmemorativo del Holocausto en Washington, DC. Las actas se publicaron en "14 Nouvelles Études Pénales" de 1998 y las directrices preliminares fueron revisadas y publicadas en "Post-Conflict Justice". Luego, a partir de 2003, el IHRLI y el Consejo de Relaciones Exteriores de Chicago celebraron una serie de tres reuniones para debatir sobre la JT y examinar el proyecto de los "principios", el cual cambió de nombre por "Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional". De esta manera, dicho documento se benefició de los aportes de un grupo diverso de expertos a título personal, profesional y cultural (Bassiouni C. , 2018). Por otra parte, se configuró con el fin de contribuir a los

movimientos internacionales de herramientas políticas para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos y el DIH por los acontecimientos presentados en el pasado; así lo denota Reyes (2012) al expresar:

Cuando el mundo toma conciencia de la dimensión del genocidio judío. Aparece el deber de memoria: la humanidad no puede permitirse otra experiencia de inhumanidad porque no la soportaría. De ahí el nunca más. Y el antídoto contra el poder destructor de la barbarie es, según los supervivientes, la modesta memoria. (p.103).

Estos principios representan un compromiso fundamental con la verdad, la paz, la reconciliación, los derechos de las víctimas y el carácter de dignidad inherente al ser humano, pues expresan los fundamentos político-jurídicos en los que se sustenta la JT:

En particular, la Justicia Transicional y la lucha contra la impunidad se fundamentan en cuatro de los principios de las normas internacionales de derechos humanos: a) la obligación del Estado de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluida la violencia sexual, y de castigar a los culpables; b) el derecho a conocer la verdad sobre los abusos del pasado y la suerte que han corrido las personas desaparecidas; c) el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a obtener reparación; y d) la obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de distintas medidas, que tales atrocidades vuelvan a producirse en el futuro. (ONU, 2014, p. 5).

De manera inicial, se sustenta que los conflictos a lo largo del tiempo implicaron graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos fundamentales, incluido el genocidio, la violación y el desplazamiento masivo de personas, las desapariciones, las masacres y la tortura. La mayoría de las veces, la justicia por las atrocidades del pasado se ha sacrificado por conveniencia política, a menudo como un medio para negociar el final de un conflicto. Sin embargo, hay un creciente reconocimiento internacional de que para combatir esa atrocidad se requiere de la construcción de una sociedad democrática que responda a un compromiso abierto respecto de las demandas de las víctimas y a un compromiso con la verdad, la justicia y la reconciliación. Cada vez más, la comunidad

internacional, los gobiernos y organizaciones de la sociedad civil han solicitado la rendición de cuentas por las atrocidades del pasado tal como se expresa a través de una diversidad de ideas y prácticas conocidas como JT.

Obtener justicia luego de los conflictos representa un cambio significativo en la política internacional de la paz; así, análogamente representa también una etapa importante en la evolución del movimiento mundial para proteger y defender los derechos humanos fundamentales. Finalizados los conflictos, el logro de la justicia para combatir las secuelas de la atrocidad, se basa en el entendimiento de que la estabilidad interna, la seguridad y la gobernabilidad democrática deben ser reforzadas por un compromiso con la justicia y la rendición de cuentas. Claramente, para combatir la violencia es esencial la prevención de la victimización futura, el logro de la paz, la reconciliación y la protección de los derechos humanos. A pesar de la creciente importancia política de estas ideas y un constante aumento de los recursos específicos para instrumentar este tipo de iniciativas, para la comunidad internacional todavía representa nuevos desafíos que tienen una gran dificultad para llegar a ser superados.

Con frecuencia, luego de los conflictos, estos actores claves dejan de coordinar y financiar programas y se debilitan las estrategias de JT o no se abordan adecuadamente las demandas específicas en el contexto de la cultura local. Este problema es consecuencia, en parte, de la falta de principios claros y ampliamente aceptados sobre Justicia Transicional. Los Principios de Chicago sobre JT se han diseñado para hacer frente a estos problemas. Cada principio está seguido de un examen de las recomendaciones concretas en relación con el diseño y la aplicación específica de estrategias, políticas y programas en pro de la JT.

El proyecto conjunto del International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, el Instituto Superiore Internazionale Di Scienze Criminali y la Association Internationale de Droit Pénal sobre los Principios de Chicago sobre la JT utilizan el término “deberá” para indicar una obligación establecida en virtud del derecho internacional y el término “debería” para hacer referencia a una propuesta de acción basada en las normas internacionales. Los Principios de Chicago sobre JT se han diseñado para fomentar una mejor atención y una mayor coherencia en relación con estrategias para hacer frente a las atrocidades del pasado. El término “Justicia Transicional” se utiliza en

el entendimiento de que existe una serie de conceptos similares o relacionados entre ellos como “justicia de transición”, “estrategias de lucha contra la impunidad” (Montañez, 2014), “consolidación de la paz” y “reconstrucción posterior al conflicto.” Estos términos, sus definiciones y su diversa superposición reflejan la evolución de estas ideas y los vínculos con las instituciones particulares, en lugar de la expresión de diferencias sustanciales en la comprensión o la ideología. Los Principios de Chicago sobre JT en la búsqueda de la rendición de cuentas de las secuelas de los conflictos como un todo multifacético e interdisciplinario, es un proceso que se extiende más allá de un enfoque legal formal.

Si los juicios no se integran en una estrategia amplia de rendición de cuentas, podrían aparecer como actos políticos que pueden correr el riesgo de permitir que los perpetradores se conviertan en mártires o podrían crear barreras para una visión más coherente con la justicia desde una perspectiva social (problemática que se abordará más adelante desde el enfoque de la realidad colombiana). Así las cosas, los Principios de Chicago sobre JT reconocen diferencias sustanciales entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Penal Internacional. Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional se han elaborado en un momento de intenso debate internacional sobre estas cuestiones, pero dichos Principios establecen un vínculo entre la teoría y la práctica, proporcionando una valiosa referencia para aquellos que participan directamente en los procesos de paz, la reconstrucción nacional, las operaciones de mantenimiento de la paz, el desarrollo y la aplicación de políticas para defender y proteger los derechos fundamentales.

a. Evolución del concepto de Justicia Transicional en la literatura jurídica.

La JT como concepto es relativamente nuevo en la ciencia jurídica, cuya coherencia recién está emergiendo luego de dos décadas de desarrollo teórico y práctico. El compromiso esencial de la JT se basa en las promesas mundiales fundacionales que establecieron el moderno Sistema de Derechos Humanos hace más de cincuenta años. Las bases conceptuales de la JT se remontan al período posterior a la Primera Guerra Mundial, cuando la naciente comunidad internacional empezó a considerar seriamente el valor de la búsqueda de la justicia a raíz del conflicto, a pesar de no haberse adoptado medidas de fondo. Tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional

estableció las principales instituciones de la JT, incluido el Tribunal Penal Internacional de Nuremberg y Tokio y el apoyo relacionado con la persecución de esos crímenes de guerra en el ámbito nacional en Europa y Asia. (Bassiouni, 2007).

Sin embargo, la Guerra Fría, las exigencias de la “realpolitik” y las profundas divisiones ideológicas de la época dificultaron la aplicación de políticas tan importantes como la rendición de cuentas y la justicia. Desde mediados del decenio de 1980, hubo una oleada de interés en la JT asociada a una serie de transiciones políticas de regímenes autoritarios a democráticos⁸. En general, estas estrategias de JT emergieron de abajo hacia arriba como derivación de los movimientos populares y en respuesta a las experiencias o demandas locales. A mediados de los años noventa, un amplio consenso internacional se desarrolló en relación con la necesidad de vincular la justicia y la reconciliación con el fin de los conflictos y el apoyo a las transiciones democráticas.

La aceptación internacional de las ideas y estrategias sobre JT se relaciona también con la ampliación de las operaciones llevadas a cabo por Naciones Unidas sobre el mantenimiento de la paz y las misiones de derechos humanos, así como por el creciente reconocimiento institucional de la relación entre los derechos humanos y el desarrollo internacional. Junto a estos procesos internacionales, muchos países aplican sus propias estrategias de JT, algunas veces por iniciativa propia, otras con orientación y soporte externo. En los últimos años las estrategias de JT han alcanzado un impulso sustancial como resultado de su aplicación generalizada. En todo el mundo, ahora es posible aprovechar y aprender de las experiencias anteriores.

Asimismo, hay un creciente consenso mundial alrededor de la validez y la necesidad de un compromiso con la JT así como de propiciar el aumento de estudios comparados y el establecimiento de principios y directrices claras.

b. Balance de paz, justicia y reconciliación.

⁸ A pesar de que para la época no existía, se desarrollaron una serie de procesos de transición a la democracia -en Latinoamérica en específico-, que sentaron las bases para su posterior desarrollo. Ejemplo de ello es la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) para investigar las desapariciones y asesinatos cometidos por el régimen militar en Argentina; la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación para investigar los crímenes cometidos durante la dictadura de Chile; la Comisión de la Verdad para investigar los crímenes cometidos durante el conflicto en el Salvador.

Con todo, surge una problemática referente al equilibrio, la reconciliación y la paz con posterioridad a los conflictos. Uno de los objetivos del movimiento por la JT es demostrar que la paz y la justicia son complementarias, sin embargo, la auténtica paz requiere de la creación de una fundación para el desarrollo social y político y la generación de condiciones para el crecimiento económico basado en el respeto de los derechos humanos fundamentales. Los Principios de Chicago sobre JT exaltan el valor a largo plazo de un firme compromiso con la rendición de cuentas integradas en un plan de base amplio para la reconstrucción nacional y la reconciliación.

Una serie de principios rectores que establecen claramente los compromisos fundamentales con respecto a la JT puede ayudar a que los negociadores no caigan en la tentación de evitar un compromiso con los temas de justicia, a fin de lograr acuerdos políticos oportunos. Luego de un conflicto resuelto formalmente el proceso de transición requiere intervenciones claves para garantizar la seguridad, la desmovilización de grupos armados, la reconstrucción de las instituciones estatales⁹ y el fomento del desarrollo económico y la estabilidad general. Estos objetivos no pueden lograrse simultáneamente o aplicarse rápidamente. Un enfoque serio de la JT requiere equilibrar apremiantes exigencias morales de la acción con un reconocimiento de las limitaciones prácticas y políticas que caracterizan los contextos de transición.

Los Principios de Chicago sobre JT reconocen que los sistemas jurídicos en estos contextos son, a menudo, inexistentes o disfuncionales y que las operaciones de mantenimiento de la paz por lo general no son adecuadas para hacer frente a las demandas de las víctimas y a otras necesidades de la justicia. Los esfuerzos de reconstrucción deben ser administrados con gran sensibilidad respecto de los compromisos fundamentales de la JT. Esto fomenta una mayor integración de las políticas, así como un reconocimiento

⁹ Teniendo en cuenta el pensamiento de John Rawls (2012) sea oportuno exponer que el objeto de la justicia demarca en la estructura básica de la sociedad, esto es, las grades instituciones sociales, como la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Se define entonces de acuerdo con Rawls en su obre "*Teoría de la justicia*" en el capítulo "La justicia como imparcialidad", la estructura básica de la sociedad se basa en los principios de igualdad y diferencia, para garantizar la igualdad de oportunidades y justicia social para todos sus miembros, a través de la protección de los derechos y libertades básicas, además del diseño de desigualdades justas y beneficiosas para todos los integrantes del cuerpo social (pág. 20 y ss).

de que la reconstrucción de una sociedad en la estela de destrucción es, en sí misma, un acto de reconciliación y un modo de búsqueda de la justicia. Además no debe soslayarse el hecho de que la aplicación de la JT siempre tenderá a desarrollarse en el marco de políticas controversiales, tanto a nivel nacional como internacional.

Si bien las características específicas de cada intervención son necesariamente objeto de debate, la visión global de la JT debe estar siempre centrada en las víctimas y su efectiva reparación, esto en relación con la reconciliación social y no en objetivos a corto plazo, sino en un firme compromiso moral y legal con los derechos humanos fundamentales. (Bassiouni, 2007).

c. Desarrollo de un plan comprensivo.

Un boceto adecuado del concepto de “Justicia Transicional” demanda un elevado grado de flexibilidad y de una responsabilidad con la evolución y las necesidades específicas de la realidad local. Por esta razón el éxito de la JT requiere de un compromiso creativo con la situación política. Una adecuada estrategia de JT permitirá encontrar la verdad y coadyuvará a la reconciliación y a la generación de condiciones para la reparación total. De igual forma contribuirá a la superación de la violencia a través de un proceso abierto, transparente, veraz y oportuno. El desarrollo de la JT exige, pues, que las estrategias, por un lado, propendan por que los grupos vulnerables como las mujeres, los niños, los refugiados, los ancianos, los desamparados y las minorías religiosas o étnicas, estén provistos de una protección especial y, por otro, que busquen la consolidación de los medios más idóneos para participar en el proceso de abordaje del pasado. (Bassiouni M. C., 2007).

El proceso de reconstrucción del sistema de justicia debe llevarse a cabo con el compromiso de acoger adecuadamente las necesidades y el aporte local. Así como los conflictos surgen de distintos temas locales producto de diferentes tipos de represión y violencia, la situación varía drásticamente en el postconflicto. Si bien es cierto ello puede simplificar la creación de estrategias para hacer frente a la violencia pasada, promueve un

desequilibrio de intereses que puede influir negativamente en la creación de políticas justas e imparciales. Los sufrimientos derivados de los regímenes autoritarios y represivos durante los conflictos de violencia, sobre todo, los relacionados con situaciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, masacres, tortura institucionalizada y otras graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos son, en última instancia, temas de mucho debate.

Sin embargo, a raíz de los conflictos, las sociedades y los gobiernos deben reconocer los sufrimientos y tomar medidas para resolver las reclamaciones de justicia producto de la violencia pasada. Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional (de ahora en más P.C.J.T) alientan un enfoque global integrado para hacer frente a las atrocidades del pasado que impliquen una acción rápida, la planificación a largo plazo, las consultas nacionales, la participación de diversos grupos, la sensibilidad con el contexto local y la cultura (Nárdiz, 2014), una amplia reforma institucional y una perspectiva interdisciplinaria nacional e internacional a la vinculación de la justicia, la paz y la reconciliación (Bassiouni, 2007).

Aunque esta es solo una pequeña parte de la historia, es relevante porque estos encuentros entre juristas, filósofos, políticos y organismos internacionales fueron cruciales para estructurar los límites conceptuales iniciales de la JT. Dichos límites se han ido ampliando constantemente desde entonces, a veces como respuesta a las dificultades prácticas encontradas en nuevos contextos políticos, y a veces a través de la reflexión de quienes trabajan en el propio del Derecho Internacional con miras a la JT. Por lo tanto, los cambios en la práctica de los activistas de derechos humanos en la década de 1980 a la fecha, se han ido desarrollando en tipologías de experiencias y una comprensión sistemática de los contextos nacionales. Este hecho se puede ver en cada una de las conferencias donde se estructuraron las experiencias nacionales entre un grupo diverso de participantes internacionales.

La JT se empezó a desvelar como un dispositivo para denotar una nueva forma de abordaje de los derechos humanos y en respuesta a los dilemas políticos específicos que enfrentan los defensores de derechos humanos en lo que ellos entendían como contextos de transición. Las "transiciones" significaban la mejor comprensión de los tipos de

reclamos de justicia que se consideraron legítimos o ilegítimos en períodos de dictaduras o conflictos.

III. SISTEMA Y ESQUEMA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: REPARACIÓN, RESPONSABILIDAD Y RECONCILIACIÓN, UNA MIRADA A LA MEMORIA Y LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL

Este subcapítulo busca vislumbrar la dinámica del derecho, la pena y la justicia en períodos de cambio social, político y jurídico que atraviesa un determinado Estado, en donde se plantean las situaciones en las que debe haber una intervención eficiente por parte los diferentes actores políticos que determinan el porvenir colectivo. Cuando se presentan ciertas coyunturas que orillan al Estado a recurrir a herramientas político-jurídicas y económicas alternativas, se busca determinar la importancia y papel que desarrollan las mismas, en este caso hablando específicamente de la JT como respuesta a las problemáticas que se desprenden de una variación en las condiciones generales en las que se desarrolla una sociedad o comunidad.

En tanto que la comunidad en general se ve envuelta dentro de los procesos transitivos, debe haber una especie de consenso social en el que se determinen las condiciones de desarrollo e implementación de la JT, girando siempre en torno a la protección de la Dignidad Humana, que es la base tanto de la aplicación y acceso a la justicia como de la relevancia que tienen las afectaciones a derechos humanos causadas a las víctimas y el reconocimiento de la responsabilidad de los actores durante los procesos de cambio.

Al respecto la Corte Constitucional (Sentencia T-291, 2016) señala que la Dignidad Humana debe ser entendida en torno a dos dimensiones, la primera de ellas es el objeto concreto de protección, que se cimienta en tres lineamientos que se complementan:

- a. La Dignidad humana entendida como la autonomía o posibilidad de que una persona desarrolle un plan vital y de determinarse según sus características.

b. La Dignidad humana entendida como la existencia de unas condiciones concretas y determinantes para la existencia.

c. La Dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, como la integridad física y moral, es decir que los ciudadanos no sean sometidos a cualquier forma de humillación o tortura.

Como segunda dimensión, la Dignidad Humana dentro de la funcionalidad de la norma atendiendo a tres expresiones de la cuales es garante el Estado: i. Como principio fundante y valor del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado en sí mismo, ii. Como principio constitucional y iii. Como derecho fundamental autónomo (Sentencia T-291, 2016) que equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de serlo, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde a su condición humana y a su protección y eficacia directa cuyo reconocimiento general compromete fundamentos políticos del Estado.

A propósito de ello, se ve reflejada la aparición de aporías dentro de los ordenamientos jurídicos, toda vez que existe un distanciamiento entre lo previsto en la normatividad (el deber ser o la razón de ser) y lo reflejado en la realidad social en que son aplicadas dichas disposiciones, puesto que no atienden a las necesidades y revictimizan en muchas ocasiones a las personas o comunidades que se ven afectadas por las situaciones violentas, generando además violencia institucional. Como consecuencia de ello, existe una serie de factores que imposibilitan la concreta aplicación de los principios bajo los que se rige el Estado Social de Derecho y las obligaciones Estatales en cuanto a la protección de los Derechos humanos y de la Dignidad Humana de los habitantes de su territorio, como lo son el conflicto interno o los regímenes autoritarios, situaciones en las que interviene la JT como una metodología de solución de conflictos a gran escala.

Por otra parte, se entrará a analizar si la aplicación de este mecanismo transicional genera injusticia e impunidad, o si por el contrario es eficaz y su implementación ayuda a gestionar la convivencia pacífica en las comunidades, dando paso a una estabilidad nacional necesaria a partir de la protección y respeto de aquellos valores y principios que han venido siendo transgredidos por situaciones violentas o de represión social; para posteriormente plantear una hipótesis acerca de los binomios conceptuales de la pena-perdón y del arrepentimiento-perdón, en donde es de vital importancia la conciencia

moral, entendida como aquella relación entre culpa y castigo, ambas provenientes de hechos punibles y reprochables, que varían de acuerdo a las condiciones determinadas de cada individualidad colectiva (contexto, antecedentes, costumbres, concepciones religiosas y éticas).

Dentro de los paradigmas que se desprenden de la aplicación del Derecho como herramienta de orden y control social, se resalta el paradigma de Justicia vs. Verdad - Paz en cabeza de la lista debido a su rara consecución mediante la implementación de un único instrumento jurídico como la Jurisdicción Ordinaria. Esta situación se ve intensificada en situaciones de cambio dentro de un Estado como consecuencia de un posconflicto o del cambio de régimen de gobierno, toda vez que se presenta un período transitorio que tiene por finalidad ser el puente que dé paso a una nueva situación política, social y jurídica.

Durante estos períodos de transición, los Estados buscan la implementación de estrategias políticas, fundamentadas en posturas jurídicas que las configuren y permitan el acceso a la justicia. Dentro de estas alternativas aplicadas por los Estados se encuentra la JT, que busca proteger de manera efectiva los Derechos Fundamentales de la sociedad que fueron vulnerados o puestos en peligro con la situación que hizo determinante la necesidad de cambio. Es por ello que las posturas políticas fijan las herramientas que propenderán por la reconciliación colectiva y la reconstrucción del tejido social dañado o alterado por las situaciones vulneradoras de derechos individuales y colectivos; se apuesta por el acceso a la justicia, cuyo fundamento deberá reposar en la reparación, la verdad y la no repetición de las vulneraciones masivas y sistemáticas de Derechos humanos, en otras palabras, el cimiento de la JT será la protección y garantía de los derechos de las víctimas.

En este sentido, y de acuerdo con el Congreso de la República (Proyecto de Ley Estatutaria Número 85 de 2003, 2003), la Justicia traza el camino hacia la reparación de las víctimas y la resocialización de los delincuentes, dejando de lado fines como la venganza, mediante la implementación de medidas alternativas a la privación de la libertad y opta por recurrir a mecanismos alternativos como la JT o la JR. Estos últimos propenden por el restablecimiento de la paz y del orden social mediante procesos transicionales, superando aquellos conflictos que originaron actos violentos y que no fueron afrontados de forma adecuada; se basan en lineamientos de conciliación y

reevaluación de las injusticias, donde los principales actores son los protagonistas el conflicto de origen y el Estado pasa a ser un acompañamiento dentro del proceso y no el foco de atención. Es importante recalcar que La JT y la JR no son excluyentes, sino que por el contrario se complementan y son de gran ayuda en procesos de transición hacia la paz, puesto que ambas permiten llegar a las metas que persiguen los Estados, logrando el supuesto fundamental del cambio: la reconciliación social que trae consigo las garantías propias de una democracia, de la mano de una paz duradera y viable.

En principio y para precisar la idea de justicia, se parte del ideal restaurativo que es muchas veces visto como una contraposición a la misma concepción tradicional de justicia, pero que ha sido apadrinado y acondicionado en múltiples ocasiones para servir como mecanismo de solución de conflictos y búsqueda de justicia. De acuerdo con lo planteado por Johnston y Van Ness (2007), para que una práctica pueda considerarse como restaurativa, necesariamente deberá incluir uno o varios de los siguientes elementos:

i. Un proceso informal cuya finalidad sea la reparación de las víctimas, agresores y aquellos que fueron involucrados o afectados con la comisión de un delito; esto con el propósito de desentrañar la verdad en cuanto a qué ocurrió, que daño se provocó y qué debería hacerse para reparar el daño, evitando su repetición a futuro.

ii. El fomento y protección de las comunidades e individuos que se han visto afectados por los hechos vulneradores, conflictos o daños, además del reconocimiento de los mismos como principal motor del mecanismo de solución de conflictos.

iii. La búsqueda de respuestas no estigmatizantes o vengativas para los ofensores como resultado de los procesos llevados a cabo por los operadores jurídicos, pero asegurando que los primeros reconozcan y asuman una responsabilidad, como primer paso para dar inicio a la etapa de reparación de las víctimas y reintegración de los mismos ofensores a la sociedad.

iv. La renovación o cambio de concepción de los valores y principios que regulan la toma de decisiones y la imposición de sanciones dentro de un determinado ordenamiento jurídico, que permitan el correcto desarrollo de la transición.

v. Dar la importancia debida a las afectaciones causadas a las víctimas como pilar de la toma de decisiones e implementación de sanciones, además de tener como elemento determinante de las mismas las necesidades que resulte de las vulneraciones a Derechos humanos.

vi. El refuerzo de las relaciones interpersonales_haciendo lo máximo por tener una convivencia sana.

Si bien es cierto que estas particularidades determinan el carácter “restaurativo” de la justicia, se plantean una serie de elementos que configuran la JR:

a. En primer lugar, debe darse de forma voluntaria y autónoma entre las partes en entornos seguros e independientes de instituciones, en compañía de un facilitador que guie el proceso de dialogo y restauración; con lo cual se genera el cambio de postura de las partes frente al conflicto y permite una rehabilitación y reinserción de los ofensores a la sociedad, sin que ello traiga perjuicios posteriores para alguna de las partes, buscando el fin último de rendición de cuentas sobre lo ocurrido.

b. La inclusión de las víctimas, abriendo canales de comunicación efectivos de los que puedan hacer uso -como las comisiones de la verdad- y que permitan una comprensión de esta comunidad dentro de los procesos de restauración, logrando así una efectiva reparación de los daños ocasionados por los ofensores.

c. Por otra parte, la conformación de factores de responsabilización de los ofensores por sus conductas, la restauración de la víctima para que pueda salir de su posición de vulnerabilidad y por último la reintegración del infractor a través de la reconstrucción de los vínculos que lo atan a la sociedad (Kelmelmajer, 2009).

d. Siguiendo con la participación de la comunidad dentro del proceso de responsabilización, restauración y reintegración, teniendo el proceso restaurativo una mayor acogida social pues, habrá un mayor consenso de los hechos ocurridos que se dará en función del compromiso social que trae consigo efectos positivos en las dinámicas sociales ya que abre el horizonte social en cuanto a la concepción comunitaria de justicia. Según Rosenblatt (2014), los procesos de Justicia Restaurativa (de ahora en adelante JR) buscan cambiar el rol

del ciudadano receptor de servicios, al ciudadano tomador de decisiones, generando grandes cambios en las relaciones políticas inmersas en la democracia.

Por tal razón, es importante hacer una distinción entre ambos: JR y JT, para así poder entender su relación y sus comportamientos dentro de procesos de cambios sociales.

En primer lugar, la JR o Reparadora se presenta en el entendido en el que una conducta ofensiva, delictiva o criminal está dirigida a personas o colectivos específicos y por ello la justicia sólo se alcanza con la reparación del daño. Se centra en las causas que provocaron el daño y en las consecuencias del mismo, buscando una solución real y efectiva al conflicto. En analogía con la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la JR pretende la resolución del conflicto de forma duradera mediante el entendimiento entre las partes, siendo ellas quienes determinen la dimensión del daño para la víctima y establezcan los términos de la restitución a cargo del ofensor, evitando su posterior estigmatización, sin embargo, como peculiaridad de la JR, y a diferencia de la Justicia Transicional, se implementa en aquellas situaciones en las que no existe una vulneración masiva de los derechos consagrados en las Cartas Políticas o en los Tratados y Convenios Internacionales.

Como características de la JR se presentan:

1. Una respuesta flexible a las circunstancias del delito.
2. Respeto por la Dignidad y la Igualdad de cada una de las personas, puesto que desarrolla la tolerancia y promueve la armonía social.
3. Carácter alternativo a la aplicación de la justicia penal formal y las consecuencias estigmatizantes y revictimizantes que trae consigo.
4. La posibilidad de aplicación de este mecanismo en conjunto con la aplicación de la justicia penal tradicional.
5. Se dirige a las causas que provocaron el conflicto e incorpora la solución del problema en conjunto, dando un papel relevante tanto a la víctima, como al ofensor.

Es así que se plantea la participación de la comunidad dentro de los procesos restaurativos abriendo camino la denominada “Justicia Restaurativa Transformadora” (Clamp, 2016) que involucra a las víctimas en espacios idóneos y flexibles, adaptados a sus necesidades en donde son reparadas por el daño que sufrieron, además de la presencia de los ofensores dentro de espacios garantistas, reintegradores e inclusivos; se combate entonces la imposición de prejuicios y estereotipos sociales que den apertura a espacios de reconstrucción y transformación social.

Como alternativa a la justicia ordinaria, se presenta la JR en base a dos novedades relevante en el manejo de la ofensa y de la sanción ya que, en el contexto restaurativo se considera que el conflicto que se desprende de la ofensa no puede ser solucionado en su totalidad si se involucra únicamente al Estado y al ofensor, se plantea por el contrario que si no hay una inclusión de la víctima y la sociedad, el proceso de reparación y de rendición de cuentas es incompleto e impide la reconciliación. De igual forma, las sanciones ordinarias impuestas por el Estado (prisión y multa) no generan satisfacción pues no cumple con las finalidades de la pena y se enfoca únicamente en la sanción del ofensor, sin pensar en factores como la reparación de las víctimas, la reintegración social del ofensor y el restablecimiento de las condiciones que existían antes de la comisión del delito. La JR enfoca sus esfuerzos al futuro, toda vez que su fin último es el restablecimiento de los vínculos sociales que fueron rotos por el delito.

Dentro de las diversas formas que puede asumir la JR se pueden resaltar las siguientes:

- La mediación entre la víctima y el infractor, que cuenta con un desarrollo esquemático triangular en el que el acercamiento entre la víctima y el victimario se produce con la intervención de un tercero mediador que dirige el diálogo entre la víctima y el ofensor y les ayuda a buscar una solución a su conflicto, similar a un proceso conciliatorio.
- Las conferencias comunitarias como las que se presentaron en Nueva Zelanda, que implican más participantes pues, no sólo están presentes las víctimas principales y el infractor, sino también las víctimas secundarias (como los familiares y las comunidades dentro de las que se desenvuelven las víctimas) de parte tanto de la víctima como del ofensor. Tiene como punto común con la mediación, la intervención de un tercero que propende por la búsqueda de una

solución del conflicto que sea propuesta y aceptada por ambas partes, más no impuesta.

□ Los círculos de paz en los que participan todas aquellas partes interesadas en el delito cometido y son una adaptación de las tradiciones de los pueblos aborígenes de Canadá donde todos los participantes se sientan en un círculo y el infractor inicia el diálogo con una explicación de lo ocurrido posterior al uso de la palabra por parte de la víctima y de los demás integrantes del círculo, en búsqueda de una solución y llegando a una conclusión que resuelva el conflicto.

Se plantea que la JR se puede presentar antes de la iniciación de un proceso penal ordinario, durante o con posterioridad a su desarrollo y de esto dependerán los alcances que tenga la JR dentro del conflicto a solucionar, puesto que en el primer caso el proceso no tiene inicio, en el segundo la mediación da por finalizado el proceso penal y en el tercer caso se pueden presentar modificaciones en las condiciones del cumplimiento de la pena o sanción. Sin embargo, en las tres etapas agota su propósito que es la reconciliación entre las víctimas y el ofensor, y la regeneración de los tejidos o de las relaciones sociales rotas.

Por finalidad de la JR se tienen: i) el cambio de concepción del delito en sí mismo y ii) la respuesta a sus consecuencias, con el propósito de que se consiga una restitución hecha por el ofensor, en beneficio de la víctima que puede ser acordada por las partes o por un tercero que siga la voluntad de las mismas, además de los ya mencionados actos de reparación simbólicos o no.

Por su parte, la JT es un concepto marco que permite la implementación de una Política Jurídica transicional hacia la paz, cuya finalidad es dar por terminado un periodo de gobierno totalitario o absolutista, o terminar un conflicto interno mediante la implementación de herramientas como el indulto o la amnistía, que no reflejan justicia en sí misma sino la búsqueda colectiva de la paz. Este concepto se desarrolla en tres momentos históricos así:

i. El establecimiento de responsabilidades individuales por crímenes de guerra con un enfoque retributivo¹⁰ como consecuencia de los Tribunales de Núremberg, durante la Segunda Postguerra Mundial.

ii. La incorporación de criterios de reconciliación y perdón como elementos que hacen sostenible la transición mediante la aplicación selectiva¹¹ del derecho penal convencional, durante los años 70's y 80's en el contexto del declive de la Guerra Fría.

iii. La creación e incorporación de mecanismos permanentes — judiciales y extrajudiciales— de Justicia Transicional como la Corte Penal Internacional, los Tribunales Especiales (nacionales e internacionales) o las Comisiones de la Verdad, los cuales se basan en criterios de retribución, perdón y reconciliación. Surgen como consecuencia de la violencia globalizada que se presenta en los años 90's.

El informe No. 616 de la ONU (2004), indica que “la Justicia Transicional abarca la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinación de todos ellos” (p.6). Para la ex comisionada de dicho órgano internacional, Arbour (2006), sustenta que la Justicia Transicional confronta la tarea de reevaluar las justicias pasadas que consistían en sociedades oprimidas hacia la transformación de sociedades libres.

Notablemente, la JT se despliega en base a la participación de las víctimas dentro de proceso de rendición de cuentas, sanción y reparación, en base a cuatro pilares: El derecho de la víctima a la verdad, el derecho de la víctima a la justicia, el derecho de la víctima a la reparación y el derecho de la víctima a la no repetición. Ahora bien, se plantea

¹⁰ Se presenta aquí la aplicación conjunta de las justicias restaurativa y transicional, que se abordará adelante en base a lo expuesto por el Profesor Uprimny.

¹¹ Entendida como la sanción limitada como forma de responsabilidad durante la transición, de la que se hablará más adelante.

la dificultad de determinar qué individuos deben ser considerados como víctimas y se llega al tópico en el que se considera víctima a aquel individuo o aquella comunidad que haya sufrido desapariciones forzadas, secuestros, homicidios, desplazamientos forzados, torturas, abusos sexuales, actos de barbarie y otros que sean consecuencia o se hayan presentado con ocasión del conflicto armado o del régimen autoritario.

Es entonces que la JT cumple una labor holística en la que se dé la importancia a todas y cada una de las víctimas y de sus afectaciones, aunándolas y convirtiéndolas en un sufrimiento colectivo, pero a la vez consolidando una necesidad comunitaria de paz nacional donde exista una reconciliación y convivencia apropiada entre víctimas y ofensores. Siendo aplicada en crímenes de Lesa Humanidad o Afectaciones Gravísimas de los Derechos humanos.

Se puede concluir que la JR es un “Paradigma Dominante” que permite el diseño de la Justicia Transicional, toda vez que al complementarse dan paso a la razonable implementación de mecanismos restaurativos dentro de los procesos de transición hacia la paz (Uprimny & Saffon, 2005). La justicia se convierte en un elemento exigido y determinante en los procesos transicionales, pero a la vez determinado por las mismas transiciones; y adquiere una resignificación que implica situaciones particulares distantes del contexto de “normalidad”. Es decir que la JR legitima la implementación de la Justicia Transicional en tanto que mantiene como punto central la protección de los Derechos humanos, procurando la re-construcción de los lazos sociales que fueron destruidos por violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos humanos y Fundamentales de los integrantes de una sociedad. Por tal razón es de gran relevancia la garantía que brinde el Estado frente al bienestar social de las comunidades en general y sobre todo a aquellas directamente afectadas por el conflicto, con el propósito de superar la desigualdad que en algún momento fue detonante de violencia y vulneración de derechos.

De ahí que este sistema tiene por finalidad dar una transición de un estado de conflicto a un estado de paz, mediante la implementación de nuevas posturas políticas, acuerdos judiciales y medidas extrajudiciales que permitan dar una respuesta adecuada a la problemática de violencia que se vive en un determinado Estado. Señala Franzki, H. (Franzki, 2012) que la Justicia Transicional no es una caja de herramientas neutral, es un

concepto específico de cambio político y justicia histórica, que establece los límites y da así los parámetros para una “sociedad libre” dentro de un Estado Social de Derecho.

Como concepto de cambio, la Justicia Transicional se propone la evolución de la política integrando a los actores locales, en búsqueda de participación ciudadana que modifique las relaciones individuales con las Instituciones Estatales y los Operadores de justicia, generando una estabilidad política y, por ende, social. Este cambio se da de forma gradual, mediante variaciones progresivas y controladas de las herramientas políticas, jurídicas y económicas que buscan estabilizar la sociedad tras temporadas conflictivas que abrieron el camino a la implementación de medidas alternativas como la Justicia Transicional.

Los procesos de Justicia Transicional se componen de una serie de estrategias de carácter jurídico y no jurídico, que permiten realizar la transición hacia la paz y cuya finalidad es dar por terminado un periodo de mandato autoritario o absolutista, o períodos de conflicto interno dentro de un país, garantizando la Justicia Social o Colectiva. Sin embargo, existe una confusión acerca de su naturaleza y de las funciones que debe cumplir. Es por ello que deben darse las siguientes claridades frente a la Justicia Transicional

1. No es una forma jurídica. Por el contrario, es una postura política compuesta de nociones jurídicas que permiten su configuración y que buscan el fortalecer e implementar del Estado Social de Derecho mediante el desarrollo procesos de reconciliación, garantía de derechos de las víctimas y reparación integral. Busca el cambio de mentalidad colectiva que se relaciona con la violencia, dando paso a la apropiación social de nuevos valores y conceptos frente a sus contextos locales y al nacional que permitan la reconciliación social. Como mecanismos de esta clase se tienen, por ejemplo, la expedición de leyes de indulto y amnistía.

2. Pretende ser justa. La finalidad de los procesos de Justicia Transicional es de puente transitico a la paz cuya finalidad es dar por terminado un periodo de vulneración sistemática de derechos humanos ocasionado por regímenes políticos extremistas o periodos de conflicto armado interno. Promueve la eliminación de las causas de situaciones de violencia e injusticia social sistemáticas y estructurales mediante la puesta en marcha de garantías de no

repetición de las violaciones a derechos humanos, como las indemnizaciones, recuperación moral, peticiones públicas de perdón y definición de fechas de conmemoración.

Es por ello que se hará un recuento de la Justicia Transicional como sistema, de sus componentes, características y demás aspectos que son de relevancia para su comprensión.

3.1. Noción de la Justicia Transicional

Como se observó anteriormente, el origen histórico del término “Justicia Transicional” proviene de la interacción de diferentes actores políticos, académicos y activistas que tenían especial preocupación por los derechos humanos y la dinámica de transiciones durante la última década de 1980 y a principios de 1990, quienes abrieron un campo nuevo de estudio en el que se analizó las transiciones y cómo estas ayudaron a estructurar organizaciones como el “Proyecto de Justicia en Tiempos de Transición” en 1993, “Justice in Transition” en 1994 y la ONG Internacional “Centro Internacional para la Justicia Transicional” en 2001 (Paige, 2009).

La Justicia Transicional se compone de las diferentes formas en las que los países afrontan y aprenden a revisar críticamente periodos de conflicto y represiones que trajeron consigo vulneraciones masivas y sistemáticas a derechos humanos causadas por periodos de conflictos armados o regímenes tiránicos. Al respecto el Centro Internacional para la Justicia Transicional (2020) señala que:

El origen de este sistema de justicia se remonta a la necesidad de proporcionar las exigencias entre justicia y paz en contextos especiales de transición entre la guerra y la paz o la tiranía y la democracia. La principal característica este modelo alternativo de justicia es que los países buscan hacer frente a la violación masiva y sistemática de Derechos humanos, es decir enfrentar un estado de anormalidad social, donde las instituciones ordinarias no brindan la respuesta que requiere la sociedad a nivel moral y jurídico. Como consecuencia de ello, los derechos a la justicia de las víctimas se ven sacrificados por sus derechos a conocer la verdad y ser reparados en los daños que les fueron ocasionados, dando paso a la

reconstrucción del tejido social que fue alterado por la guerra o el periodo de régimen político tiránico, buscando una reconciliación democrática y una paz duradera mediante la garantía de la no repetición (n.p.).

Es entonces que debe entenderse la Justicia Transicional como una rendición de cuentas hecha por los actores principales de los hechos que generaron vulneración masiva de derechos humanos, priorizando a las víctimas y la reparación de su integridad y Dignidad Humana. En razón de la identificación de niveles hecha por Elster, J. (Elster J. , 2006), dicha rendición de cuentas se desarrolla en cuatro niveles, así:

1. Individual: donde los actores del conflicto se dividen en víctimas y victimarios, ubicándose en alguno de los efectos que trae consigo la Justicia Transicional. A pesar de que no son los únicos que participan dentro del mecanismo puesto que deben incluirse los auxiliares de estos dos grupos, los sectores neutrales, los defensores del proceso transicional y los promotores de derechos humanos, estos deben ser considerados como agentes de la Justicia Transicional, más no un nivel de intervención de dicho mecanismo.

2. Estados-Nación: este nivel se enfoca en los actores del mecanismo que se encargan de la definición de los acuerdos y las disposiciones, que son necesarias para el proceso transicional puesto que facilitan sus fines y dan paso a la democracia y participación de la comunidad durante la transformación social. En este nivel, existe una intervención externa, puesto que el Derecho Internacional Público incoa a los Estados a dilucidar, sancionar y reparar las violaciones que fueron provocadas por la vulneraciones y violaciones a los Derechos de Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Este nivel impone una dualidad de obligaciones al Estado: Por un lado, debe propender por dar las pautas que permitan la entrega de armas, la desmovilización o el manejo de las fuerzas armadas del país, mediante la implementación de indultos o amnistías. Por otra parte, dar aplicación al imperativo de justicia para las víctimas y prevenir la impunidad de los victimarios, lo cual limita las pautas que guían la primera obligación.

3. Actores corporativos: en este nivel se encuentran las organizaciones políticas, económicas, administrativas y no gubernamentales que buscan apoyar, facilitar, auxiliar y hacer veedurías del proceso transicional. Sin embargo, estos actores colectivos también pueden ser considerados como víctimas del periodo de violencia.

4. Instituciones supranacionales: Cuando en un Estado no existen las herramientas, capacidad o voluntad política para poder enjuiciar a los criminales de guerra, intervienen entonces Tribunales Internacionales transitorios como el Tribunal de Crímenes de Guerra de Núremberg, el Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra para el Lejano Oriente o Los Tribunales ad hoc que se implementaron para la Ex Yugoslavia, Ruanda y Burundi. Sin embargo, existe un tribunal internacional permanente que se encarga de juzgar vulneraciones y conflictos que no son atendidas por los Estados de forma autónoma o eficaz, este tribunal es la Corte Penal Internacional que es resultado de los acuerdos pactados en Roma en el año 2000¹².

¹² Estatuto de Roma, cuyo preámbulo recoge las causas y preocupaciones de la comunidad internacional por la vulneración Masiva de los Derechos humanos, así: “Los Estados Partes en el presente Estatuto, Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento, Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado, Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera, Han convenido en lo siguiente [...]”

En este punto es importante reconocer las tres fases que hacen parte de la implementación de la Justicia Transicional: la situación anterior, la situación en el tiempo de transición y la situación posterior a la transición (García Amado J. , 2015).

Fase anterior o pre-transitiva: se caracteriza por la presencia de hechos que hayan provocado graves y amplias vulneraciones a los Derechos humanos como consecuencia del régimen o del conflicto armado y se determina por la comisión de “violaciones fragantes y sistemáticas de los derechos humanos, definidos por cuatro elementos: i) La cantidad de las violaciones cometidas, ii) El periodo prolongado de tiempo en el que se cometieron las violaciones, iii) El tipo de derechos violados, el carácter de las violaciones y la condición de la víctima, y iv) La planificación del hecho cometido” (Parmentier, 2010). En resumen, en esta fase se presentan situaciones de vulneración estructural y deliberada de Derechos humanos mediante acciones y medidas concretas, o mediante omisiones estatales consentidas por el poder político y que son respaldadas mediante la práctica de violencia institucional. Este es el punto de partida a la hora de determinar el conflicto: sus causas y las formas en las que fueron asumidas, hasta llegar al punto de ser generadoras de vulneraciones graves a los derechos humanos de los habitantes de ciertos territorios.

Fase de transición: donde se presenta una etapa de negociación en cabeza de los actores políticos en donde se determinan dos puntos cruciales:Cuál es la situación alternativa a la que se quiere llegar y qué se va a sacrificar para lograrlo. En este punto entran en juego las dicotomías de justicia y estabilidad o seguridad jurídica, y la ética de principios y la ética de responsabilidad bajo un marco de legalidad y respetando los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, mientras que se llevan a cabo deliberaciones y se toman decisiones que serán determinantes en la consecución o no de un buen tránsito hacia la paz. Es en esta fase en la que es fundamental la intervención de los diferentes actores sociales y políticos, lo cual permite la construcción conjunta de la transición y de la reconciliación colectiva. En este punto se analiza la importancia del reconocimiento de los delitos y del arrepentimiento de los ofensores dado en los encuentros dialógico que permiten un acercamiento y reconciliación de las partes

dentro del proceso transitorio, además de ser un motivo de búsqueda de la paz y la justicia, ambas unidas por la protección de los derechos de las víctimas.

Fase pos-transicional: Donde se implementa la ética del mal menor, en razón a las diferentes herramientas utilizadas para llegar a la transición, como las penas limitadas, o la llegada de un gobierno menos represivo que el anterior. Esto dependerá de las circunstancias y de las posibilidades fácticas. Esta fase busca calificar las situaciones dadas (provenientes de la fase pre-transitiva) y determinar las acciones consiguientes mediante la valoración de los escenarios que se presenten, donde si es vista como justa. Será deber del Estado hacer lo posible por mantenerla; mientras que, si una acción se entiende como injusta, se activa una obligación Estatal de modificarla para convertirla en justa. En este punto la resaca que deja la fase anterior o pre-transitiva debe ser atendida en función de las necesidades de los individuos y las comunidades especialmente afectadas, buscando una reconciliación y un nuevo depósito de confianza en las instituciones estatales que deben velar por la garantía y protección de los derechos consagrados en la carta política del Estado.

3.2.Principios de la Justicia Transicional

Los procesos de transición a la democracia, en búsqueda de la protección de los derechos adoptan mecanismos de Justicia Transicional que pretenden, de manera legítima, dar respuesta a las consecuencias de las vulneraciones y violaciones a derechos humanos mediante alternativas valorativas y jurídicas que difieren de los exigidos penalmente por los Órganos Jurisdiccionales Ordinarios, basados en tres principios fundamentales derivados de la tipificación desarrollada por Joinet, (1997):

1. El derecho a la justicia, entendida la justicia como “la virtud política que se predica de las sociedades, relaciones o decisiones bien ordenadas o proporcionadas; y como servicio público de solución de conflictos y asignación de recursos escasos o disputados mediante la interpretación razonada y razonable de ley por los jueces y el tribunal del Estado” (Valencia, 2003).

Supone abrir escenarios para fortalecer o construir espacios en los que se pueda llegar al esclarecimiento de los hechos sucedidos y definir las maneras más adecuadas de reparación. Es la primera en la lista, ya que hace alusión a la obligación de los Estados de investigar hechos ocurridos, de tal forma que se “satisfaga el derecho de las víctimas a tener conocimiento certero de qué ocurrió y quiénes lo causaron” (Botero & Restrepo, 2005). De forma tal, que el Estado tenga en su poder todos los elementos necesarios para sancionar las vulneraciones, garantizando sus principios y fines en lo que respecta al debido proceso y al acceso a la justicia, en un marco garantista donde las investigaciones sean “prontas, imparciales y exhaustivas” (Botero & Restrepo, 2005).

En este punto, la Justicia Transicional busca proporcionar las medidas de justicia más relevantes en las condiciones del contexto en el que se da la transición, por lo tanto, es la aplicación de una política protectora de derechos humanos a una determinada circunstancia y genera una necesaria impunidad dentro de los procesos de negociación, con la implementación de medidas que impidan situaciones de indulgencia o impunidad, e incluso extracciones de responsabilidad a la hora de la aplicación de penas, lo cual contrariaría lo dispuesto en relación a derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

2. El derecho a la verdad, entendida aquella como un fin en sí mismo, como consecuencia de la satisfacción del derecho a la justicia, ya que permite concretar la verdad como derecho individual y colectivo. El primero se configura en el momento en el que la víctima tiene conocimiento de las circunstancias de los hechos en su totalidad (modo, tiempo, lugar, motivaciones, reconocimiento de afectación e incluso el estado de los procesos ante la justicia ordinaria). Se plantea entonces que la Justicia Transicional abre el camino para construir y rehacer la memoria histórica colectiva, mediante las declaraciones de las víctimas y de los victimarios, de los pueblos y comunidades afectados por el conflicto de forma directa. Por consiguiente, tras la recopilación de la verdad el Estado tiene la obligación de enfrentar las problemáticas de forma legítima y eficaz, mediante la puesta en marcha de la jurisdicción, o de las herramientas que faciliten el proceso transicional.

En cuanto a lo atinente a la verdad en su dimensión colectiva, es implícito el deber social de “No olvido”, que brinda las pautas para la reconstrucción del tejido social mediante la paz y la reconstrucción de la memoria colectiva histórica de los sucesos, plasmadas en documentos y reportes, que buscan garantías de no repetición de hechos de la misma magnitud a raíz de la comprensión de sus causas y de las formas en las que llegaron a justificarse. Para ello, se implementan comisiones en los que se desarrollan juicios de verdad cuyo objeto es la creación de espacios autónomos y no coactivos en los que se exponen versiones de lo sucedido por los diferentes actores del conflicto o del régimen, buscando llegar a un estado de reconciliación.

3. El derecho a la reparación integral, que “deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación” (Joinet, 1997). Para la Corte Interamericana de Derechos humanos (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos, 2002) (Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, 2003), supone la restitución del derecho y/o rehabilitación e indemnización de la afectación, con la única finalidad de hacer desaparecer los efectos de los periodos conflictivos. La restitución en sí misma, busca que las víctimas gocen del derecho que les fue vulnerado en algún momento con las agresiones, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos humanos (Caso Durand Ugarte contra Perú, 2000) "el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades". Supone la compensación material en los mismos términos de los daños causados por la vulneración de los derechos humanos, la atención humanitaria necesaria para recuperación mental y física de las comunidades afectadas por el conflicto, y muchas veces compensaciones económicas por los daños causados. Esta compensación material es el medio que busca la justicia material dentro de las transiciones.

La reparación también se presenta de forma colectiva, donde el Estado es el que brinda garantías a la comunidad en cuanto a la apertura de espacios que tienen por finalidad la reparación simbólica y el perdón.

Como se mencionó anteriormente, la Justicia se presenta como exigencia determinante y determinada a la vez por los procesos de transición, y es por ello que se alimenta de situaciones anómalas o disímiles del contexto de “normalidad”. Como consecuencia de lo expuesto hasta ahora, se tiene que la Justicia Transicional es el medio para llegar a una transformación radical del orden social y político como fin en sí mismo, determinado a través de la ponderación adecuada entre Paz y Justicia.

3.3. Características de la Justicia Transicional

La implementación como modelo o “sistema de justicia transicional” busca que se salvaguarden los derechos y la seguridad de la ciudadanía, teniendo como principal pilar la defensa de los derechos humanos y su materialización mediante las negociaciones políticas y las exigencias políticas hechas por entes internacionales. Tanto así, que se plantean como objetivos de la Justicia Transicional:

- El reconocimiento de la Dignidad de los individuos, de acuerdo a lo dispuesto a nivel nacional (Corte Constitucional) e internacional (Tratados Internacionales).
- La reparación integral de los daños ocasionados durante el periodo de conflicto, violencia o abuso de poder.
- El reconocimiento de los crímenes cometidos por parte de los ofensores como acto jurídico y simbólico.
- La garantía de no repetición y de recuperación del tejido social roto por los actos ocurridos en el periodo pre-transicional.
- La creación o fortalecimiento de Instituciones, con el propósito de recuperar la confianza de la comunidad en el Estado.
- El acceso a la justicia para los sectores más vulnerables, tras la violación de sus derechos, asumiendo posiciones propositivas, evitando posiciones expectantes y resignadas.

- La participación eficaz y activa de los grupos sociales marginados, en la búsqueda de una sociedad justa y envuelta en los procesos decisorios.
- El respeto por el Estado Social de Derecho, sus principios, fines y medios de protección.

La presencia de estos elementos facilita los procesos de paz y promueve la resolución duradera de los conflictos sociales, sentando bases para afrontar futuras situaciones similares con la finalidad reconciliadora. Sin embargo, cada contexto social exige condiciones diferentes que dependen de la situación pre-transitiva y transitiva en particular. Por tanto, la Justicia Transicional debe ser camaleónica y adaptarse a las necesidades de una determinada sociedad.

Por consiguiente, el principal método implementado por la Justicia Transicional, se encuentra el estudio del contexto social, político y económico en el que se va a desarrollar, determinando las condiciones en las que debe darse la transición; puesto que las herramientas y las formas de atención a las violaciones de derechos debe adecuarse a las necesidades sociales del país en específico, lo cual asegura que se atiendan de forma adecuada. Esta implementación selectiva, permite que se realicen intervenciones adecuadas y, de forma equilibrada. Se da una proporcionalidad entre la búsqueda de la justicia y el riesgo de inestabilidad social que se desprendería de cambios radicales, como los que surgen de la implementación de mecanismos políticos como la Justicia Transicional y permiten la apertura, y acercamiento a la comunidad, en especial de las comunidades y sectores sociales marginados, toda vez que la sostenibilidad de las acciones tomadas en el periodo de transición dependerían de la participación popular, brindando mayor seguridad a las comunidades que se vieron afectadas. Como consecuencia de ello, se da paso a la innovación en cuanto a las formas de reparación, de rendición de cuentas y el esclarecimiento de los hechos ocurridos.

La primera, de ellas procura la transición de la guerra a la paz, y la segunda genera la individualización y formas de castigo a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la transición.

Como base fundamental de la transición se da la Protección de las Víctimas a partir de tres premisas: i) Justicia, ii) Verdad y iii) Reparación. No obstante, el Proceso

transicional se centra en la búsqueda de Paz y Reconciliación mediante la implementación de incentivos para llegar a suscribir acuerdos de paz cuyos lineamientos son el perdón y el olvido. Pero surge la pregunta de si sólo la justicia trae consigo la paz o si, contrario sensu, la paz permite el desarrollo de la justicia mediante el conocimiento de la verdad y la reparación de los perjuicios causados por una serie de hechos que atentan contra un grupo de personas, y hacen posible así la paz y reconciliación.

Para ello, la composición de la Justicia Transicional se enfoca en cuatro líneas fundamentales que permiten el logro de su esencia, que son la búsqueda de la confianza del colectivo y la prevención de situaciones similares:

1. Procesos penales contra los responsables de los crímenes. Son juicios donde se asume la responsabilidad de los daños causados a las víctimas y se imponen sanciones paralelas a las que en un caso “normal”, serían utilizadas.
2. Procesos para el establecimiento de la verdad. Mediante el desarrollo de investigaciones de las violaciones a derechos humanos hechas por órganos no judiciales.
3. Reparaciones individuales, colectivas, materiales e inmateriales o simbólicas de las consecuencias de la vulneración a derechos humanos durante el periodo previo a la transición.
4. Reformas jurídicas e institucionales que afectan a la policía, la justicia, el ejército y los servicios de información militar.

Estos lineamientos en los que se basa la Justicia Transicional, dan paso a la materialización del respeto de los derechos humanos que fueron vulnerados. Sin embargo, se debe resaltar que no es un método que elimina los defectos de una sociedad, ni termina las luchas sociopolíticas en pro de la justicia o de la igualdad de oportunidades, como se dijo anteriormente, es un proceso que facilita la terminación de conflictos en los que se vieron afectados sectores sociales vulnerables puesto que se da paso a la negociación entre las partes y otros participantes, donde se incorporan elementos relacionados con la Justicia y se da paso a vindicaciones y reivindicaciones de las víctimas, abriendo el camino hacia la paz duradera y estable. La Justicia Transicional busca ser una herramienta que permita la liberación de las sociedades oprimidas, haciendo frente a injusticias con la

aplicación de medidas que permitan lograr un futuro equitativo y lleno de oportunidades en igual medida para los ciudadanos.

3.4.El papel del derecho en la transición

La transición se caracteriza por un evidente cambio normativo y reevaluación de los principios subyacentes, además de la legitimación del poder estatal; por ello, cobran especial relevancia la creación e implementación de políticas públicas que se acoplen al contexto social en el que se van a implementar y así, den respuesta efectiva a las necesidades sociales, dando utilidad para el Estado en cuanto a la protección de los derechos humanos frente a los conflictos internos e internacionales y, en cuanto a las concepciones preponderantes entre la relación de política y justicia.

Dentro de las posturas que se plantean frente a la posición del derecho durante la transición se plantean dos:

- i. Realismo radical, que afirma que la transición simplemente busca un equilibrio de poderes y, por tanto, el Derecho no tiene cambio o no juega un papel relevante en el periodo de transformación política y social.
- ii. Narraciones idealizadas, que plantean al Derecho como fuerza inaugural y fundacional que lleva al desarrollo político-jurídico durante los periodos de transformación.

Sin embargo, una postura más neutral e integradora señala que el Derecho es la herramienta que equilibra las fuerzas políticas que da inicio al cambio o transición, sin que dependan del mismo, ni este último esté determinado por las posturas políticas en desarrollo. No obstante, se sabe que las dos deben generar una cooperación que lleve por buen camino la transición y atiendan a las necesidades sociales.

La transición política que trae consigo la implementación de la Justicia Transicional, implica, per se, una transformación o cambio normativo enmarcado en la prevalencia de la legalidad, donde en muchas ocasiones se da una incorporación de las normas jurídicas internacionales a los contextos internos de derecho nacional, con el objetivo de dirimir los problemas que surgen frente a las problemáticas de reconciliación

social derivadas de la transición y las falencias de los sistemas jurídicos de derecho interno preexistentes. Este cambio normativo se presenta en dos modalidades:

a. El cambio de la Teoría Jurídica dominante mediante la metamorfosis del papel que desempeña el Derecho dentro de la sociedad, ya que mediante sentencias judiciales se da paso a la creación de una nueva normatividad bajo la concepción de Estado de Derecho. Esta modalidad se caracteriza por su rapidez y aplicación inmediata en razón a que atiende al cambio de los principios de valoración y decisión de la legislación existente por parte de los operadores judiciales.

b. El cambio de la Teoría Jurídica dominante a través del cambio de normatividad que es producto de la legislación desarrollada durante el periodo de transitorio, que tiene desventajas como su condicionamiento por los actores políticos, lleno de inexperticia e ilegítimo, a comparación de la legislación durante tiempos de normalidad.

Sin embargo, ambas modalidades traen consigo una nueva serie de decisiones judiciales desarrolladas mediante la jurisprudencia, como instrumento que da forma a la transición y representa la aplicación efectiva de un compendio normativo nuevo o preexistente con enfoques garantistas y reparadores dentro de un contexto social determinado pero cambiante y sus circunstancias políticas, inherentes a la transición y a la restauración del constructo social.

Como se ha expuesto, la Justicia Transicional se deriva de la rendición de cuentas por parte de los ofensores de derechos humanos a gran escala, con el objetivo de llegar a la Justicia y lograr la Reconciliación. Esto implica un avance en la construcción de una identidad política social mediante la implementación de sanciones alternativas, derivadas de la transformación normativa, encaminadas a la garantía y protección de los derechos a la ciudadanía.

Aparece entonces la aplicación de sanciones penales “limitadas” donde el procesamiento no implica necesariamente la aplicación de una pena en sentido estricto, como consecuencia del carácter de las investigaciones que se desarrollan y que tienen una doble funcionalidad, ya que determinan dos situaciones: En primer lugar, un

procesamiento que establece la existencia del daño, por tanto esclarece los hechos y circunstancias en las que se perpetró el daño antijurídico; por otra parte, origina un fallo y condena leve, lo cual implica la imposición de la carga de culpabilidad en el ofensor por los daños causados y evita la impunidad de los mismos. A esto se le denomina procedimiento de “superacusación” que tiene por resultados el procesamiento y condena mediante el estudio de la evidencia y la exposición pública de la misma, constituyendo un símbolo de Estado de Derecho.

La jurisprudencia transicional representa en si misma el cambio normativo y la adhesión al cambio radical de las prácticas jurídicas de forma temporal, con la actividad legislativa (derogación, creación y sanción de leyes), las reformas constitucionales; o de forma transicional mediante instrumentos provisionales y limitadas de constituciones que se implementan durante la transición y lo que de ella se deriva (sanciones, reparaciones, depuraciones e historias). Con el objetivo de construir el cambio político para el periodo de Pos-transición a través de la implantación de modelos restaurativos y modelos normativos nuevos en los que se fundamenta el cambio y bajo los cuales la transición es viable, toda vez que haya una visión amplia de la situación transitoria en cuanto a la percepción y comprensión de las tres etapas que la componen (pre-transitoria, transitoria, y pos-transitoria).

Se plantea el Derecho como un medio durante la transición que da una mirada al pasado en búsqueda de la verdad y al futuro en persecución de la paz, con la intención de conducir a la sociedad en el levantamiento y transformación política. Por tanto, el Derecho durante la transición lleva a la inevitable reconstrucción del pasado y del tejido social mediante un rito público colectivo: La clarificación de los hechos, obtenida de la investigación (que difiere de la atribución de culpa de los acusados) y atribuye una responsabilidad política simbólica, “la búsqueda de la justicia en una paz frágil tiene consecuencias significativas para la aplicación efectiva del derecho penal, esto es, en cuanto a la posibilidad de acusar y penalizar, dada la limitación resultante de las sanciones penales que se da bajo estas circunstancias” (Teitel R. , 2000). En cambio, la limitación a las sanciones ofrece una declaración pública de la verdad de los hechos y su reproche.

El derecho debe comprender los elementos constitucionales integradores y al tiempo los propósitos transformadores y desvinculantes que se desprenden de la transición.

3.5. La responsabilidad durante la transición

Como se ha expuesto, la Justicia Transicional se deriva de la rendición de cuentas por parte de los ofensores de derechos humanos a gran escala, con el objetivo de llegar a la Justicia y lograr la Reconciliación. Mediante la implementación de sanciones alternativas, se pretende llegar a una Reconciliación Colectiva y a una Resocialización de los delincuentes; en el momento en el que esto sucede, se forjan perdones proporcionados y responsables que brindan Reparación, al menos simbólicamente, y permiten la incorporación del ofensor en la sociedad.

Se pretende lograr una transformación radical de un determinado orden social y político, en la búsqueda de una ponderación entre las exigencias de paz y de justicia, pero con un especial enfoque en la protección a las víctimas, es por ello que las sanciones dentro de un proceso de transición se caracterizan por ser i) pactadas dentro de negociaciones políticas (en el caso de las transiciones de guerra a paz) o ii) exigidas desde el plano internacional para cumplir con la finalidad de justicia por el que todo Estado debe propender (en los casos en los que se demanda la individualización y castigo de los responsables de crímenes de Lesa Humanidad cometidos con anterioridad a la transición).

La imposición de la responsabilidad penal durante la Transición persigue fines de amparo para las víctimas, derivadas de la consecución de justicia, verdad y reparación a partir de la sanción impuesta. Sin embargo, en periodos de metamorfosis social, se brindan incentivos que permiten lograr la paz duradera y la reconciliación social, pidiendo a cambio el perdón y el olvido. En búsqueda de estas transiciones en el Siglo XX, se tuvo que resolver la problemática de la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales que exigen el castigo de los ofensores y las exigencias de amnistía por practicidad dentro de los contextos transitorios, llegando a dar una cierta satisfacción en cuanto a la protección de los derechos humanos. Siendo así, no se permite la impunidad y es posible la obtención de un camino hacia la paz y reconciliación nacional duradera, a partir de la

reconstrucción de los lazos sociales que fueron deteriorados o destruidos por la guerra o el periodo dictatorial.

De acuerdo con (Botero, 2006), a pesar de la existencia de tensiones entre justicia y democracia - paz, debe existir un “estándar básico” de responsabilidad por los crímenes cometidos en los periodos pre-transitivos. Esto permitiría generar un equilibrio pragmático entre Justicia y Realidad Política, ambos encaminados por los principios generales del Estado Social de Derecho. Por tal razón se presentan los juicios selectivos o las sanciones limitadas para los máximos responsables de crímenes internacionales (Garzón Valdés, 1993) o se asumen amnistías, que procuran por la dignificación de las víctimas mediante el esclarecimiento de lo sucedido y el reconocimiento de la verdad (Zalaquett, 1992) y avanzar a la armonía de la sociedad.

El reconocimiento de las víctimas como tales y el reconocimiento de los perjuicios causados por los ofensores, en consecuencia del esclarecimiento de la verdad mediante la implementación de comisiones y la aplicación de sanciones penales restaurativas que no atiendan a parámetros de venganza, sino que por el contrario, promuevan la reconciliación y permitan forjar un camino hacia la paz duradera dentro de una nación (Uprimny & Saffon, Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades, 2005), consolidando transiciones políticas encaminadas a la conformación estructural y material de un Estado Social de Derecho en base a una democracia liberal.

No obstante, existe una prohibición de amnistías e indultos de crímenes que se clasifiquen como de Lesa Humanidad y de graves violaciones a Derechos humanos, impuesta en 1988 por la Corte Penal Internacional, como una Obligación Internacional de los Estados y que resulta integradora de justicia y verdad. De acuerdo con la ONU (2004), la subsanación de la vulneración y violación a derechos humanos se presenta cuando:

- a. Existe un enjuiciamiento individual de personas.
- b. Hay un resarcimiento de los daños ocasionados a las víctimas.
- c. Búsqueda e investigación de la verdad.
- d. Inicia una reforma institucional más garantista.
- e. Se realiza la investigación de los antecedentes de la transición, es decir se establece la etapa pre-transitiva.

f. Se remueve del cargo a quien ostentaba una función pública, lo cual trae consigo la transición de gobierno o de posturas políticas.

De esta forma, se evidencia que los fines últimos de la transición es la justicia, la verdad, la reparación, la memoria colectiva y el compromiso de no repetición donde hay un fomento en la confianza como elemento que contribuye a la reconciliación y al fortalecimiento del Estado Social de Derecho como objetos finales (De Greiff, 2012). En sentido tal que se responsabilice al Estado por violación de los deberes fundamentales de protección a la ciudadanía y de responsabilidad jurídica de los funcionarios oficiales por la actuación de sus subordinados (Levinson, 1974).

La atribución de responsabilidades individuales se presenta como una solución paradigmática para afrontar el “núcleo” del problema de la transición, toda vez que la sanción es encaminada al cumplimiento de sus funciones desde la perspectiva retributiva, como se vio inicialmente y que exige la vindicación y reivindicación de los derechos humanos vulnerados en periodo pre-transicional y buscando una transformación de dichas situaciones de forma tal que abra las puertas de la paz , la reconciliación y la no repetición; reafirmando, de paso, los atributos sancionadores del Estado (ius puniendi). En este sentido, las amnistías juegan papeles importantes en el entendido de que se presentan en las etapas de transición, durante las negociaciones e imposición de nuevas posturas políticas.

En resumen, la sanción durante la transición busca ser una respuesta categórica a la preocupación normativa frente a la impunidad, la reparación de las víctimas y la búsqueda de la estabilidad y la paz social, que depende de una multiplicidad de factores, dentro de los que se encuentran los daños ocasionados durante el conflicto o régimen totalitario, las secuelas de las vulneraciones, las necesidades sociales, la ineficacia del Estado o de sus instituciones, la cultura jurídica y las nuevas posiciones políticas que se asumen; siendo en gran medida simbólica y mediadora durante el cambio normativo, revelando las nuevas concepciones de justicia, reparación, verdad y realidad social.

De tal forma que se llega al punto en donde se debe determinar si la Justicia Transicional es injusta y genera impunidad. Al respecto existen diversas posiciones en las que unos están a favor y otros en contra puesto que muchas veces se evidencia un arraigo

a la concepción radical de que la justicia es concebida únicamente cuando existe una imposición de sanciones severas sobre los infractores de la ley penal, degenerándose en populismo punitivo, donde si no se impone una sanción que implique la privación de la libertad, no es posible llegar al acceso de justicia y el Estado pierde la legitimidad del uso del ius puniendi, ya que la sociedad no aprueba el uso que hace de este atributo y se siente insatisfecha con el actuar estatal.

Por el contrario, en una mirada más humanista el ius puniendi es una herramienta del Estado a la que acude en última medida, pues existen otras formas de solucionar los conflictos que se puedan desarrollar dentro de la sociedad y la sanción no se representa como necesaria para la reparación del daño causado por la infracción. En el caso concreto de la Justicia Transicional, dentro del que se implementan mecanismos como la amnistía o indulto y que buscan ser mecanismos llamativos que inviten a los ofensores a acceder a etapas de diálogo, abriendo en sí la etapa de transición. Se presenta la problemática de si existe impunidad respecto de aquellas personas que vulneran bienes jurídicos -que debieron ser protegidos por el Estado desde el principio-.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la finalidad de la transición, no se fundamenta en la venganza por los daños ocasionados, sino que, por el contrario, impulsa el reconocimiento de las víctimas, la reparación de los daños ocasionados por el ofensor, el ofrecimiento de perdón y la posterior reconciliación, todo como parte del camino hacia un estado renovado, pacífico, garantista y protector de los Derechos Fundamentales y Humanos para la población perteneciente al Estado.

La Justicia Transicional entonces no es justa en la medida en que se dan una serie de beneficios en cuanto a la aplicación menos severa de sanciones, pero tampoco genera impunidad toda vez que busca la responsabilidad de los ofensores por daños ocasionados y la reparación de los mismos, dando protagonismo a la víctima y a la sociedad, que participan de forma activa en los procedimientos de acusación y sanción, como paso previo a la reconstrucción de los lazos sociales.

En ese sentido, se presenta el binomio, al que se hacía referencia al principio del escrito, entre el perdón y la pena, y el arrepentimiento y el perdón. En el primer caso, se presenta la pena como respuesta inmediata del Estado, en contextos normales, a una

ofensa o a la vulneración de un bien jurídico tutelable, y entran a jugar un papel importante las finalidades de la pena compuestas por una prevención especial y general, que busca disuadir a los ciudadanos de cometer delitos; siguiendo con la retribución justa, que busca una sanción acorde al daño ocasionado o al bien jurídico vulnerado de acuerdo a su importancia; y la resocialización del delincuente para su posterior reintegro en la sociedad. Sin embargo, este modelo de justicia tiene muchos vacíos que impiden cumplir con sus objetivos e imponer arbitrariamente sanciones y penas que contrarían los principios generales del Estado y del Derecho Penal en sí mismo, además de que las víctimas no son tenidas en cuenta dentro del proceso y sus necesidades son dejadas de lado, surgiendo así inconformidades y rencores colectivos frente al Estado y al delincuente, quien es luego víctima de estigmas sociales que le impiden su desarrollo social y lo obligan a seguir cometiendo infracciones. En este caso es poca la relevancia que tiene el perdón de la ofensa cometida, pues el método centra toda su atención en la sanción y en lo severa que puede llegar a ser, sin importar otros factores de gran relevancia.

En el segundo caso, que se presenta en el desarrollo de la Justicia Transicional o Restaurativa, el acercamiento que tienen las partes es vital para el proceso de reconocimiento de la responsabilidad de los ofensores y la valoración de los daños ocasionados por los mismos, pues en ese sentido dialogado, se comprenden las causas y consecuencias del conflicto y se pueden asumir o implementar herramientas para evitar la repetición y asumir de la mejor manera las consecuencias que del conflicto se deriven. Donde el arrepentimiento es el principal generador de reconciliación y perdón, en la medida en que se va a buscar una reparación del daño, aunque sea de manera simbólica, y que se entiende como un ofrecimiento definitivo de paz y de reparación que genera un ambiente de reconstrucción, transformación y reconciliación social.

En relación a esto, la conciencia moral individual y social se inclina hacia una ponderación entre culpa y castigo, donde una determina a la otra, pero con un cambio de finalidad, puesto que ya no se busca una venganza por lo ocurrido, sino una búsqueda de verdad, perdón, olvido, no repetición, reparación integral de las víctimas y reconciliación que permita el cambio social que persigue la transición y el enfoque humanista que esta le da al ordenamiento jurídico y político de un determinado Estado, con una consolidación de paz con vigencia del Estado Social de Derecho.

3.6.Marco normativo

En razón a la novedad que representa la transición, como se mencionó antes, es de gran relevancia la doctrina nacional e instrumentos institucionales que se deriven de su aplicación, a la luz de la suscripción de tratados internacionales y la armonización de la legislación nacional en ese marco de compromisos y obligaciones internacionales. Todo esto en el entendido del estudio y revisión de los instrumentos jurídicos internacionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expresa en el marco jurídico para la paz dentro de los procesos de transición. Entonces, la justicia se desarrolla mediante procesos y mecanismos que buscan una resolución adecuada y duradera de los problemas que se derivan de la fase anterior a la transición, en base al respeto por el Derecho Internacional Humanitario; para ello, el Estado debe asumir la responsabilidad de establecer mecanismos que respalden la JR y por tanto la JT.

En el caso colombiano se abre paso a esa apertura de formulaciones legales con la ley 418 de 1997, por la que se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado mediante la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de las personas desplazadas por la violencia en el país, atendiendo tanto a la resocialización de los infractores, como a la reparación para la víctima.

Con posterioridad la ley 37 de 1981 instituye una amnistía condicional, viéndose beneficiados los pertenecientes a grupos armados al margen de la ley 49 de 1985 que dio autorización al Presidente de la Republica para conocer indulto del que se vio beneficiado el grupo M-19, cuyos integrantes pudieron reintegrar a la sociedad gozando de todos sus derechos políticos; a partir de eso en 1997, con la ley 387 se establecen una serie de parámetros que prevengan y brinden atención humanitaria de emergencia y poso socioeconómico para las personas víctimas de desplazamientos forzados; pero no en mecanismos que promovieran el conocimiento de la verdad, el acceso a la justicia y a la reparación, teniendo en cuenta a las víctimas de forma parcial; luego, en 2005 la expedición de la ley 975, denominada ley de justicia y paz permitió la desmovilización de los paramilitares.

Es entonces que en 2010 con la ley 1024, dentro de las disposiciones de Justicia Transicional se proponen por primera vez mecanismos que propenden por la garantía de verdad, justicia y reparación a las víctimas, además de conceder beneficios jurídicos que contribuyeron a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación. Hasta que en 2011 es creada la denominada ley de víctimas y restitución de tierras (Ley 1448) en la que se establecen medidas de atención, asistencia y reparación integral para las víctimas del conflicto armado interno, cuyo objetivo es el establecimiento de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas (tanto individuales, como colectivas) en el contexto de Justicia Transicional que se desarrollaba y mediante el cual se buscaba garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, reconociendo a los afectados por el conflicto en su calidad de víctimas y brindando garantías para la materialización de los derechos constitucionales, en adición de la creación del Centro de Memoria Histórica, cuya finalidad es preservar la memoria del conflicto y contribuir en la reparación de las víctimas.

En función de ello, se evidencia el “esfuerzo del Estado en cuanto a la implementación de la acción penal en contra de los responsables de la vulneración masiva de derechos humanos y el señalamiento de garantía para las víctimas, como aproximaciones hacia una Justicia Transicional Integral” (2009).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos humanos se pronunciado en varias ocasiones frente a los procesos transitorios que se han llevado a cabo en Latinoamérica, señalan Botero & Restrepo (2005) que “las pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto a adelantar en procesos de transición que están explícitamente recogidas en los distintos ordenamientos mencionados o que surgen de los mismos por vía interpretativa” (p. 24).” y se materializan en instrumentos internacionales enmarcados en los principios de verdad, justicia y reparación como:

- La Convención Americana de Derechos humanos.
- El protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- La Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura.
- La Convención Interamericana sobre Desaparición de personas.

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Se han trazado varios estándares que deben ser cumplidos dentro de los procesos de Justicia Transicional, acatando las obligaciones internacionalmente impuestas a los Estados, como la de velar por los derechos de las personas en su territorio, adoptando las disposiciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno. Como principal obligación se tiene la de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos, entorno al derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y el deber de respeto del debido proceso en todos los juicios llevados a cabo en la etapa de transición.

De igual manera, se habla de la identidad o continuidad del Estado, mediante el cual se entiende que la responsabilidad del Estado subsiste sin importar los cambios de gobierno; esto es, desde que se comete el hecho ilícito hasta que se satisface la necesidad de justicia, al respecto señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: *“la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado”* (p.26) (Cursiva fuera de texto) a partir de lo cual, en pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-579 (2013), ha precisado que el deber de garantizar la justicia a las víctimas por parte del Estado es presupuesto esencial para que se entiendan totalmente garantizados los derechos a la verdad y a la reparación integral, señalando unos parámetros enmarcados en los estándares internacionales obligatorios para los países en procesos transitorios: investigar, juzgar y sancionar; en la misma sentencia, encuentran los parámetros de:

- I. El Estado tiene la obligación de prevenir las violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas, como el desplazamiento forzado interno.
- II. La obligación del Estado de luchar contra la impunidad.
- III. La obligación de establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia, para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas de delitos. En este sentido, se fija la obligación del Estado de diseñar

y garantizar recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, e impulsar las investigaciones y hacer valer los intereses de las víctimas en el juicio.

IV. El deber de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, como el desplazamiento forzado.

V. El respeto del debido proceso y de que las reglas de procedimiento se establezcan en este sentido.

VI. El deber de establecer plazos razonables para los procesos judiciales, sobre la base de que los términos desproporcionadamente reducidos pueden dar lugar a la denegación del derecho a la justicia de las víctimas y a la no obtención de una justa reparación.

VII. El deber de iniciar de oficio las investigaciones en casos de graves violaciones contra los derechos humanos.

VIII. El deber constitucional de velar por que los mecanismos judiciales internos, tanto de justicia ordinaria como de procesos de transición hacia la paz – como amnistías e indultos–, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad.

IX. El establecimiento de limitantes y restricciones derivadas de los derechos de las víctimas frente a figuras de seguridad jurídica, tales como el non bis in ídem y la prescriptibilidad de la acción penal y de las penas, en casos de violaciones protuberantes a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

X. La determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de Justicia Transicional, en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan.

XI. La legitimidad de la víctima y de la sociedad, en casos de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, para hacerse parte civil dentro de los procesos penales con el fin de obtener la verdad y la reparación del daño.

XII. La importancia de la participación de las víctimas en el proceso penal, de conformidad con los artículos 29, 229 de la Constitución y 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos humanos.

XIII. La garantía indispensable del derecho a la justicia para que se garanticen, asimismo, los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas.

En casos concretos, la Corte Internacional de Derechos Humanos, se destacan:

- El caso de Velázquez Rodríguez Vs. Honduras (1988), donde la Corte dispuso que el Estado debiera pagar por concepto de indemnización del daño material y del daño inmaterial, continuar investigando efectivamente los hechos del caso, identificar a los responsables tanto materiales como intelectuales, así como a los eventuales encubridores, y sancionarlos administrativa y penalmente y ordena reconocer públicamente su responsabilidad.

- El caso de Godinez Cruz Vs. Honduras (1989), La Corte únicamente ordena el pago de la indemnización por los daños ocasionados a los familiares.

- El caso Bamaca Velázquez vs. Guatemala (2000), en donde se decide que el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana sobre derechos humanos y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación, realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio a las víctimas para así adoptar las medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario, y de igual forma establece el pago por concepto de daño inmaterial y material.

- Myrna Mack Chang vs Guatemala (2003), en donde se ordena investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales, remover todos los obstáculos y

mecanismos de hecho y derecho que mantienen en la impunidad el caso, otorgar las garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y a los familiares, realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, incluir dentro de los cursos de formación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía, y de organismos de seguridad, capacitación en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, establecer una beca de estudios con el nombre de la víctima, darle el nombre de Myrna Mack Chang a una calle o plaza reconocida en la Ciudad de Guatemala y colocar en el lugar donde falleció, o en sus inmediaciones, una placa destacada en su memoria y el pago por reparación integral a los daños causados.

- Colombia como en el de los 19 Comerciantes (2003), en donde la Corte decretó dar al Estado un plazo razonable para investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes y determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas, erigir un monumento y poner una placa en memoria de las víctimas, realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional, brindar tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, garantizar la vida, integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración ante el Tribunal y sus familias, indemnizar los ingresos dejados de percibir por cada una de las 19 víctimas, los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas con el fin de indagar el paradero de éstos y el daño inmaterial.

- Pueblo Bello vs Colombia (2006). La Corte ordenó al Estado realizar la investigación para determinar la responsabilidad de todos los partícipes en la masacre. Para la Corte era fundamental que el Estado colombiano determinara los responsables por acción o por omisión del incumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos violados, buscar e identificar a las víctimas desaparecidas, garantizar que las entidades oficiales correspondientes hicieran uso de las normas internacionales como parte de su instrumental para efectos de la búsqueda e identificación de personas desaparecidas o privadas de la vida. Finalmente, la Corte ordenó entre otras reparaciones, proveer un tratamiento médico o psicológico, realizar actos de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional, la construcción de un monumento para recordar a

las víctimas, pagar las cantidades fijadas por concepto de daño material y daño inmaterial.

En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como garante del cumplimiento y respeto de las garantías fundamentales de los derechos de las víctimas del conflicto armado, ha ordenado a los Estados adoptar disposiciones legislativas y administrativas para impedir violaciones, investigar de forma eficiente a los responsables, garantizar el acceso a la justicia y dotar a las víctimas de recursos eficaces para exigir el cumplimiento de sus derechos.

3.7.Paz vs. Justicia en la transición

Dentro de los mecanismos implementados utilizados por la Justicia Transicional se encuentran los diálogos de paz, en los que existe una constante tensión entre los conceptos de justicia y paz como valores estatales e institucionales, esto en razón a que, desde un punto de vista tradicional, ambos valores tienen medios y fines diferentes, por tanto, son opuestos fácticos que al ser pretendidos por mecanismos diferentes no encuentran conciliación. En este sentido mientras que los mecanismos mediante los que se busca la paz se consideran injustos debido a que abren la puerta a la impunidad, con la finalidad de ser un medio que permita el diálogo entre las partes; los mecanismos más restrictivos son los que se consideran justos puesto que atienden a la concepción tradicional de sanción y funciones de la pena pero no propenden por la protección de los derechos de las víctimas, el conocimiento de la verdad ni la posterior consecución de paz. En otras palabras, la justicia tiene como obstáculo la protección de los derechos de las víctimas y búsqueda de paz.

Es aquí que se presenta la “tragedia de la Justicia Transicional” porque sí o sí en su aplicación se da un sacrificio de la paz o de la justicia como valores. Sin embargo, se habla de una tercera vía en la relación entre ambos valores, cuando se le da un valor diferente a cada una y se pueden llegar a complementar, es por ello que, con el cambio de estándares jurídicos, las protecciones de los derechos de las víctimas se convertirían en restricciones virtuosas mediante las cuales el acceso a la justicia se vería un poco mermado, pero atiende al encauzamiento de las etapas de diálogo que se presentan en la transición. En este sentido, las restricciones en el uso de mecanismos políticos que den

paso al acercamiento entre las partes permiten la protección de los derechos de las víctimas, en el entendido en que se tienen en cuenta las necesidades de la víctima y la reparación de los daños ocasionados por el ofensor sin dar paso a la impunidad de los hechos vulneradores de derechos humanos, alcanzando así un punto medio entre las pretensiones de ambas partes y los deberes objetivos del Estado. Así las cosas y análogo a lo anterior, señalan Uprimny & Saffon (2007) que los estándares jurídicos de la Justicia Transicional no son percibidos como límites normativos, prevalecen las posturas maximalistas entre los actores antagónicos.

Por tanto, si ambas posiciones son percibidas como principios sine qua non la Justicia Transicional no puede darse, se presenta un conflicto de intereses que obstaculiza los procesos transitivos y se convierten en factores irreconciliables, pero si se presentan como limitante uno del otro, sea en la búsqueda de justicia o de paz, se van a dar ambos en las medidas necesarias para mantener la armonía social y dar viabilidad a la transición y transformación social.

A pesar que dentro de la concepción de Justicia Transicional no se encuentra como fin último la consecución la justicia, sino que por el contrario es concebida como un medio que permite generar cambios radicales dentro de una sociedad, no puede haber una deslegitimación del valor de justicia y por tanto, los mecanismos que sean usados durante la etapa transicional y pos-transicional deben velar por garantizar en la medida de lo posible la sanción y la responsabilización, que busca la justicia en contextos sociales normales, pero con la implementación de mecanismos que se fundamenten en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición, atendiendo a todo lineamiento internacional y nacional frente a la protección de las víctimas y de la búsqueda de una estabilidad social pacífica y duradera.

Siendo así se utiliza la teoría de los maximalismos de ambas posturas, que son inamovibles y que corresponden al perdón y olvido (paz) y a la aplicación completa de los derechos de las víctimas sin importar la existencia de negociaciones de paz (justicia), en complementación de puntos intermedios que comprenden:

- i. La aceptación retórica de la necesidad de protección de los derechos de las víctimas, pero la exclusión de hacerlo en la práctica (aporía).

ii. La admisión de la responsabilidad de satisfacer mínimamente la verdad y la reparación, excluyendo cualquier forma de justicia punitiva.

iii. La admisión de un grado mínimo de aplicación de justicia punitiva, con una mínima satisfacción de la verdad y la reparación.

iv. Un grado mínimo de justicia punitiva, en complemento con la satisfacción de la verdad y la reparación.

v. La admisión de la aplicación de restricciones de los derechos de las víctimas, sin que ello implique una afectación desproporcional de los derechos de las mismas.

vi. El reclamo de la protección total de los derechos de las víctimas, sin que sea considerada la existencia de un contexto de negociación.

Estos puntos representan un encuentro en las visiones de los intereses de los ofensores y de las víctimas toda vez que son puntos conciliables y pueden ser resultados de la aplicación de estándares jurídicos que implementen la “restricción virtuosa” de los extremos inamovibles, dando paso a una visión complementaria y no contradictoria entre la justicia y la paz.

3.8. Analogía entre Justicia Restaurativa y Justicia Transicional

Es importante realizar una relación y comparación entre la JT y la JR. Por ello es necesario en primera instancia aclarar que ambas son complementarias, toda vez que la Justicia Transicional se vale de las herramientas plateadas por la JR para cumplir con sus finalidades. En esta última, se relieván una serie de elementos que son obviados en la justicia ordinaria como lo son las víctimas y su reparación, además de la reconciliación y restauración de los lazos sociales; entonces en la JR se define el crimen en razón a la afectación de las personas y de las relaciones interpersonales, teniendo como principal objetivo la conciliación de las partes y la superación del hecho mediante la debida reparación.

De igual forma, la JR busca que la pena impuesta no solo sancione el hecho delictivo cometido, sino que realmente sea capaz de cumplir con su finalidad de resocialización y reinserción social del agresor, atendiendo a los principios de protección

de los Derechos humanos y fundamentales tanto de la víctima, como del ofensor., quitándole el título de “delincuente” y llevando así al restablecimiento de su confianza en el cuerpo social; busca la reparación transformadora que de paso a la transición a un estado de paz continuo.

De igual forma, la JR busca el resarcimiento de las situaciones, es decir, que busca devolver las cosas a su estado anterior -en lo posible-, lo cual permite a las partes involucradas sentirse reparadas y haber sido objetos de una justicia real y eficaz, tendiente a la protección y garantía de la Dignidad Humana; no sin dejar de lado el reconocimiento del sufrimiento de la víctima y el arrepentimiento del agresor, aunado a la construcción conjunta de soluciones que permitan dar por terminado el conflicto que origino la vulneración de los derechos de la víctima.

Por otro lado, la JT, como se vio, tiene la característica de proyección a futuro de la paz y la reconciliación mediante la reparación y reconciliación colectiva, que impulsen a la comunidad para contrarrestar la desigualdad y los puntos que abren camino al conflicto social. Como se dijo, este tipo de justicia se vale de los presupuestos de la JR, pues encuentra en ellas los fundamentos que permiten la transición hacia la paz y la estabilidad social que busca un estado en su etapa de posconflicto. En específico, la J.T. se orienta a encontrar un equilibrio entre las exigencias de paz y justicia, con la finalidad de honrar la democracia, participación ciudadana y protección de derechos fundamentales como fines esenciales del Estado.

Entre ellas, existe una complementariedad toda vez que ambas presentan una preocupación similar, que es la fundamental reconciliación social mirando al futuro y aprender de los errores cometidos en el pasado y tratando de evitar que estas atrocidades se repitan en un futuro; fundamentando la importancia de la garantía de no repetición. Además, la JT y la JR se comportan de forma concomitante, es decir que ambas pueden ser aplicadas en un único contexto, sin que ello implique contradicción en los procesos transitivos; por el contrario, al procurar ambas la conciliación social, traen consigo resultados positivos y enriquecedores en los procesos de transformación social.

Es por ello que la justicia en sí, se fundamenta en la verdad, pues cuando ella es ausente, la justicia nunca llega a ser completa. Pero no siempre la verdad facilita la

reconciliación y es por ello que estas dos herramientas buscan el perdón y la reconciliación -bajo el entendido de restauración- para poder lograr la paz estable y duradera. El perdón, les abre la puerta a los ofensores para reconocer su responsabilidad frente a los daños causados, bien decía Eduardo Galeano: “las leyes de la impunidad: obediencia debida, amnistía, indultos, etc. Están todas cortadas con la misma tijera. La sociedad enferma de miedo, dolor y desaliento, necesita de una nueva vitalidad que la democracia prometió y no pudo o no ha podido dar”. Sin embargo, el perdón no implica per se el olvido de los hechos ocurridos, y es por ello la reconstrucción de la memoria histórica un elemento esencial en la J.T., pues ella es la pauta de la garantía de no repetición, pues aquellos que conocen su historia y los estragos de la guerra, no estarán condenados a repetirla. Es por ello que la paz no se consigue con la firma de unos acuerdos entre los actores de un conflicto, sino que es una construcción social conjunta que no olvide aquello que pasó, que reconozca su pasado, la verdad de lo ocurrido y sobre estos presupuestos se proponga construir un mejor Estado, unas mejores condiciones, una justicia efectiva y eficaz. Que se abran las puertas al perdón y la reconciliación día a día, es el único camino para hacer posible la paz.

IV. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE CASOS INTERNACIONALES¹³.

Los conceptos de Justicia Transicional y posconflicto encuentran sus orígenes en las múltiples experiencias históricas, fruto de la violencia civil o estatal desplegada en un determinado contexto político, cultural o social, que terminaron desestabilizando profundamente los cimientos de la paz institucionalizada. Dichos conceptos han sido el resultado de una construcción teórico-práctica derivada de las múltiples experiencias europeas, africanas, asiáticas y latinoamericanas, cada una con las particularidades que derivan de sus diferentes sistemas políticos, sociales y culturales; no obstante, no es menos cierto que en las referidas experiencias, se identifican elementos comunes que han permitido la construcción teórica abstracta de los conceptos y sus criterios esenciales.

¹³ Sobre decir que los casos que se abordan en el presente sub-capítulo se ven de manera generalizada y tan sólo son unos pocos. Lo importante será develar aquí algunas de las experiencias de transición y como estos han aportado en los sistemas jurídicos para la materialización de los mismos.

Tal evolución conceptual y material, ha llevado a replantearse constantemente su aplicabilidad en cada contexto concreto, en un ejercicio de experimentación, fallo y corrección que hoy en día ha llevado a la construcción de sistemas transicionales mucho más complejos, que permiten el abandono del conflicto bajo una nueva perspectiva de integración entre los actores y las víctimas.

Sin embargo, los conceptos aún resultan ser volátiles, oscuros y controversiales pues se consideran aún hoy en día, criterios de difícil y confusa aplicación material, con limitaciones dentro de los sistemas jurídicos domésticos y el régimen consolidado por la Justicia Penal Internacional.

Ahora bien, Frente al contexto histórico de antecedentes y/o precedentes judiciales, el profesor Valencia Villa (2007) de manera precisa dice:

“Con excepción de dos episodios históricos muy peculiares, la caída de la oligarquía en la Atenas clásica, en 411 y 403 antes de Cristo, y la restauración de la monarquía en la Francia napoleónica, en 1814 y 1815, que por su antigüedad no pueden invocarse como precedentes, todas las experiencias de Justicia Transicional en sentido estricto se registran en nuestra época. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en efecto, numerosos Estados africanos, latinoamericanos, asiáticos y europeos han vivido complejos y desafiantes procesos de transición política a la democracia y a la paz, y han ensayado diversas fórmulas para combinar verdad, memoria, castigo, depuración, reparación, reconciliación, perdón y olvido, en un esfuerzo inédito por ponerse en regla con su propio pasado de barbarie e impunidad, honrar a los damnificados de la injusticia política y establecer o restablecer un constitucionalismo más o menos funcional”(p. 1).

A la luz de lo anterior, la JT significaría para un número mayor de personas el precedente judicial de los procesos contra los criminales de guerra Nazis en Núremberg, o los aliados de ellos en Japón con los juicios de Tokio; que de manera directa generaron un antecedente importante en la historia mundial, pero en realidad, las medidas judiciales que se expresan con la JT no son ciertamente nuevas.¹⁴

¹⁴ Por ejemplo Bass, J. (2000) “Stay the Hand of Vengeance”. El reconocido ganador del premio Pulitzer, el Doctor Gary Jonathan Bass relata una historia de tribunales de crímenes de guerra que se extiende al menos 200 años en el pasado. Igualmente, en el ya referenciado Elster, J. (2004). “Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective”, se ha escrito sobre juicios y purgas de hace más de 2.000 años, durante las revueltas políticas de la antigua Atenas.

Así las cosas, ¿cómo se puede establecer el “dónde” y “cuándo” de la historia judicial o de fallos judiciales de la JT? Tal vez se deba iniciar por investigar la aceptación del propio término "justicia de transición" como se vio en el subcapítulo anterior. Pero curiosamente, ninguno de los relatos existentes sobre la aparición de la Justicia Transicional explora la aparición del término. Así, para Ruti Teitel (2003), el Tribunal de Nuremberg es un momento importante de la primera "fase" de la Justicia Transicional, aunque ninguno de los actores implicados lo hubiera descrito como tal.

Aquí es donde la metodología de la JT enmarca parámetros importantes, pues diversos analistas toman este marco político como un problema perenne y en constante construcción. La JT emerge como concepto que se puede entender y diseccionar en todas las épocas, integrando así en una concepción universal y homogénea. Dicho significado mecanismo procedimental jurídico, ha sido en defensa de los derechos humanos y a hoy al DIH, sobre todo en la época inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Si se da un rápido recorrido a los juicios de Núremberg y Tokio, donde la mayor parte de juristas edifican los primeros precedentes de la JT, se puede constatar que, en los primeros, fueron una serie de Tribunales Militares basados en la ciudad alemana de Núremberg. Numerosos Nazis fueron juzgados por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. En un primer momento se dudó incluso si este tipo de juicios podrían llevarse a cabo. Churchill era partidario de ejecuciones sumarias, Rusia pedía ‘juicios espectáculo’, pero el deseo de Estados Unidos de un juicio justo fue el que finalmente prevaleció.

El primero y más conocido de los juicios fue contra los criminales de guerra más importantes, celebrado entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946. Los cargos fueron por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El genocidio no era considerado un crimen diferente, sino que estaba considerado como un crimen de guerra. Veinticuatro personas físicas y siete organizaciones fueron acusadas, entre ellas se encontraba el secretario del partido nazi, el comandante de las fuerzas armadas alemanas, uno de los adjuntos de Hitler y el editor de un periódico antisemita.

Los juicios también dieron lugar a la declaración de siete principios de Núremberg, que hacen referencia a la lista de principios legales que fueron reconocidos por la Carta para los Tribunales Militares Internacionales y sus sentencias. Los principios incluyen el de responsabilidad individual, la idea de que los jefes de Estado y de Gobierno pueden ser considerados culpables según el derecho internacional, el hecho de seguir las órdenes de un superior no puede ser argumento para evitar ser declarado culpable según el derecho internacional, entre otros. Estos principios fueron también adoptados por la Asamblea General de la ONU y son considerados todavía hoy como derecho internacional consuetudinario (que hace referencia a la legislación adoptada en base a costumbres adoptadas).

Los juicios de Núremberg fueron efectivamente el comienzo del Derecho Penal Internacional, una especialidad que aún hoy podemos considerar que se encuentra en su fase inicial de desarrollo. Significa que tanto personas concretas como organizaciones pueden ser consideradas culpables por algunos de los crímenes más difícilmente imaginables. Núremberg fue sede de los juicios gracias a su importante valor simbólico, como una ciudad políticamente relevante para los nazis, en la medida que allí sostenían grandes eventos políticos, en los escenarios históricos inmediatamente anteriores al inicio de la Segunda Guerra Mundial.

Pero también había una razón pragmática: Contaba con un Palacio de Justicia que milagrosamente había sobrevivido al bombardeo aliado y en el que se instalaría el Tribunal Militar Internacional, y una prisión anexa que permitía la segura reclusión

Por otra parte, El 12 de noviembre de 1948, un Tribunal Militar Internacional juzgó y condenó a muerte a responsables políticos y militares japoneses acusados de haber cometido crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. veinticinco jefes militares, políticos y funcionarios japoneses fueron juzgados por haber dirigido y perpetrado una guerra de agresión y haber cometido u ordenado crímenes de guerra, crímenes contra la paz y haber consumado terribles atrocidades contra la humanidad. El conocido como "el proceso de Tokio" acabó con varios dirigentes condenados a morir en la horca el 12 de noviembre de 1948.

El debate en torno a los conocidos como Juicios de Tokio comenzó ya desde su inicio. ¿En qué consistieron dichos procesos? ¿Se trataba de una serie de juicios justos por "daño infligido a los intereses de los pueblos amantes de la paz"? ¿o en realidad se trataba de los "juicios de los vencedores", ¿los Aliados, contra los líderes de los vencidos, es decir Japón? De hecho, en este caso tanto jueces como fiscales formaban parte del mismo bando con lo que la posibilidad de un veredicto final objetivo quedaba muy lejana.

La acusación incluía la matanza de civiles y prisioneros, la experimentación con seres humanos, los trabajos forzados y el uso de armas químicas que provocaron la muerte de millones de personas.

En el proceso de Tokio tampoco se pudo juzgar al emperador Hirohito, ya que se llegó a un acuerdo con el general estadounidense McArthur para librar al emperador de la horca, así fue descrito por Sadurní (2019):

MacArthur intuyó que ejecutar al emperador no ayudaría a controlar la situación y a apaciguar los ánimos, sino que podía volver a encenderlos. El general sorprendió en la Casa Blanca con una propuesta para eximir a Hirohito de toda responsabilidad y utilizarle en sus proyectos de normalización del país. De hecho, en el proceso tampoco se juzgaron los experimentos del escuadrón 731 o la masacre de Nankín. Muchos de los responsables acusados prefirieron suicidarse antes que ser detenidos y juzgados (p.1).

Tras las ejecuciones, y para rebajar la tensión entre los diferentes representantes de los acusados y los fiscales, un miembro de la defensa proclamó: "Ahora la paz debe reinar entre nosotros. Los horrores de la guerra deben ceder el paso a la colaboración entre los pueblos. Los Estados Unidos deberán olvidar Pearl Harbor y nosotros, los japoneses, olvidaremos Hiroshima y Nagasaki" (Viana, 2021, p.1).

Ahora bien, el presente capítulo quiere abordar el fenómeno global que se ha dado con la JT, sin embargo, dos serán puntos referentes: América y Europa. El primero, pues históricamente hay un periodo de la década de los 60 y 80 del siglo pasado, donde como consecuencia de la revolución cubana hay una presión muy fuerte por parte de Estados Unidos a través de la escuela de las Américas, donde empiezan a darse regímenes y cuadros militares con bases de líneas duras, donde se empiezan a dar los poderes en los

Estados de Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, entre otros, y como consecuencia se dan graves crímenes hacia la humanidad. Casos que, siendo particulares, tienen una fuerte influencia en la situación de América Latina, y que consecuentemente, conlleva al estudio de Colombia que se abordará en el presente escrito. Ahora bien, el segundo aspecto resalta en la realidad europea, y es importante resaltar el surgimiento del Tribunal Penal Internacional y los Tribunales especiales que surgen con parámetros sistemáticos de la JT, esto siendo relevante puesto que los problemas de Europa no están vinculados a regímenes dictatoriales como los mencionados en América Latina, sino desenvueltos en guerras civiles o de guerras de desmembramientos de Estados (caso como el de la Exyugoslavia, Croacia, Serbia, etc.). Esto denota una doble vía: por una parte, la forma clásica que se dirige a los excesos desde el poder que emerge de los Estados, la segunda son los conflictos bélicos entre los Estados, que como se vio, reluce en los contextos de Núremberg y Tokio. A la luz de lo anterior, Colombia en su particularidad tendría una incidencia de los dos contextos, por lo que es necesario abordar algunos referentes de estas dos consecuencias en la historia de la JT.

Puesto de manifiesto todo lo anterior, en adelante se pretenden abordar una a una las experiencias globales de posconflicto y Justicia Transicional implementadas en el marco de los diferentes sistemas jurídicos que dieron justificación a los mismos. En tal sentido se pretende en primer lugar realizar un abordaje histórico-contextual de la situación de cada conflicto, para posteriormente identificar las características particulares del posconflicto y la Justicia Transicional institucionalizada en cada caso. Tal abordaje se desarrolla a través de su identificación en el marco de las experiencias de los países de cada continente, con el fin de identificar elementos comunes, o disímiles entre las experiencias de cada uno de ellos y entre los continentes en sí mismos.

4.1.Experiencia Latinoamericana

a. Argentina

A mediados de la década de los 70, con la muerte de Juan Domingo Perón y la sucesión de su esposa en el poder, Isabel Perón, empieza un proceso de descomposición política y económica para el país. Dada la profunda crisis en la que se vio sumido el país, y a manera de respuesta, se conformó la “Junta Militar”, por la iniciativa de los cabecillas del ejército, la marina y la aeronáutica.

El 24 de marzo de 1976 a través de un golpe de estado denominado “Proceso de Reorganización Nacional”, la Junta derroca el gobierno de Isabel Perón, el cual dio inicio a una forma de gobierno represiva, caracterizada por:

Las estrategias llevadas a cabo por la Junta Militar para el ejercicio del poder se asemejaban a las que pusieron en marcha los totalitarismos del siglo xx. Desde nuestro punto de vista, el concepto de dictadura, y más específicamente el modo en que esta se ejecutó en Argentina, adopta componentes del totalitarismo, del autoritarismo y replica técnicas de tortura llevadas a cabo por militares europeos en diversos conflictos armados de mediados del siglo xx. (Patierno & Martino Ermantraut, 2016, p. 281).

Durante la vigencia de la dictadura militar que se extendió hasta el 10 de diciembre de 1983, se produjeron múltiples violaciones a los derechos humanos, especialmente de aquellos que se oponían a las políticas del régimen.

El final de la dictadura militar, fue especialmente determinado por “la Guerra de las Malvinas contra Gran Bretaña en 1982, último recurso utilizado por los militares como una forma de consensuar en una nación dividida y con un descontento popular que hacía temblar la estabilidad del régimen” (Medrano, Ochoa, & Quiroga, 2015, p. 77).

Una vez superada la dictadura militar, Argentina entra en un proceso de reconciliación política, social y cultural¹⁵, en donde:

Los gobiernos posteriores a la dictadura respondieron al modelo neoliberal, las reformas estuvieron encaminadas a la liberación de los mercados, la disminución

¹⁵ Muy importante aquí denotar La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) fue creada en 1983, la cual tuvo como presidente de esta corporación a Ernesto Sábato. Esto luego de los hechos ocurridos en la época del terrorismo de Estado en Argentina a mediados de 1970 y 1980 que conllevaron a violaciones, desapariciones, muertes y en general, todo tipo de vulneración y afectación de derechos humanos. Como presidente de la Nación para 1983 fue elegido Raúl Alfonsín quién decretó el juzgamiento de las juntas militares y de los grupos guerrilleros, por ende, Raúl Alfonsín creó la comisión en mención, la cual debía investigar y organizar las pruebas sobre los crímenes cometidos por la dictadura militar. En cabeza de Sábato se presenta el informe final respecto a dichos hechos de violencia o crímenes de Estado cometidos durante los años 70 y 80 en el que cada caso de abducción, desaparición, tortura y ejecuciones fueron documentados en aras de vislumbrar los hechos sucedidos en el país (Crenzel, 2013).

del Estado, a insertar al país en los mercados mundiales; en materia política, hubo un indulto a los militares que habían participado en la violación flagrante a los derechos humanos, el Estado condonó a cientos de responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura, con la sanción de las leyes Punto Final (1986) y Obediencia debida (1987); ambas durante el gobierno de Raúl Alfonsín y los decretos de Carlos Menem, le brindaron indulto a los militares ya condenados por crímenes de lesa humanidad en el Juicio de las Juntas. (Medrano, Ochoa, & Quiroga, 2015, p.77).

No obstante, bajo el gobierno de Néstor Kirchner se logró demostrar la inconstitucionalidad de los actos de indulto a los máximos responsables de las violaciones a derechos humanos en la época de la dictadura militar, lo que dio paso a la posibilidad de abrir investigaciones formales en el marco de los procesos penales en contra de los autores de los crímenes de lesa humanidad.

Dichos esfuerzos por enjuiciar a los responsables de las atrocidades de la dictadura militar han sido complejos, especialmente frente a quienes ostentaban rangos inferiores en la cadena de mando del régimen, pues:

(...) como ya se ha mencionado, además de civiles que colaboraron con la represión, también militares y agentes de seguridad de jerarquía inferior, la única prueba que queda son los relatos de diversos testigos que sobrevivieron o que vienen luchando por justicia de parientes desaparecidos. Infelizmente, los agentes de menor rango del aparato represor muchas veces tenían documentación falsa o simplemente usaban apodos en sus tareas ilegales, lo que dificulta su identificación por parte de la justicia penal. (Rauschenberg, 2013, p. 130).

Todo lo anterior permite concluir con vehemencia, que Argentina se vio sumida por un periodo del posconflicto en el que se institucionalizó el indulto y la impunidad, sin embargo, los esfuerzos de los posteriores gobiernos y las organizaciones no gubernamentales, así como la presión internacional, derivaron en el juzgamiento posterior de los responsables, con las dificultades que por sí suponen las investigaciones judiciales décadas después de ocurridos los hechos delictivos.

b. Chile

En Chile se instauró un gobierno militar para el periodo comprendido entre 1973 – 1990, el cual nació como resultado del régimen socialista instaurado por Salvador Allende. La dictadura militar tuvo como principal objetivo a su cargo la erradicación de cualquier vestigio de la ideología hasta ese entonces vigente a través de la ideología de la seguridad nacional.

Dicha dictadura fue particular frente a las experiencias de América Latina, ello debido a que se caracterizó por:

(...) una tendencia “legalista” o “institucional-constitucional” que se desarrolla a partir de 1978. Esta tendencia busca, por una parte, “vestir el sistema”, esto es, dotarlo de un ropaje legal que se traduce, principalmente, en la Constitución de 1980 y en un itinerario institucional que culmina con el plebiscito de “Si-NO” sobre la continuación de Pinochet al mando del país, el 5 de octubre 1988. Este proceso y una creciente movilización social de la oposición al gobierno militar son los factores los que abrieron espacios, dentro de las limitaciones de la legalidad, para un cambio de régimen. (Nash Rojas, 2016, p. 130).

Lo particular en el caso chileno, es que, con la derrota del régimen en las urnas, la entrega del poder sucedió en forma pacífica a las autoridades democráticamente electas. Dicha transición entre el régimen militar y la oposición que pretendía la restauración de la democracia tradicional, se vio fuertemente marcada por múltiples reformas promovidas por los vencederos del plebiscito, pues:

Como es claro, el plebiscito había derrotado al proyecto de democracia protegida y le había concedido la victoria a la propuesta opositora de restauración de la democracia tradicional del país. Por esta razón, apenas siete días después del triunfo del No, los partidos de la Concertación hicieron una declaración para reponer en la agenda de la discusión pública la propuesta del Acuerdo Nacional por la Democracia respecto de la necesidad de una ‘transición consensual’ y los requisitos que ella debía cumplir desde el punto de vista de las reformas constitucionales: elección íntegra del Congreso Nacional por sufragio popular con

un sistema proporcional; flexibilización de las normas que regulan las reformas constitucionales; término de las procripciones políticas; derogación del artículo octavo de la Constitución y fortalecimiento del pluralismo; modificación de la composición y funciones del Consejo de Seguridad Nacional, para asegurar el pleno respeto al principio de la supremacía de la soberanía nacional; derogación de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, para restaurar la atribución de la confianza del Presidente de la República para el ejercicio de esos cargos (estas demandas constituyen un verdadero programa básico de rectificación de la democracia protegida que sigue vigente hasta nuestros días). (Godoy Arcaya, 1999, p. 94).

Todas estas reformas promovidas por los seguidores del “No” en el marco de la transición política, fueron el verdadero cimiento de la democracia chilena; reformas que aún hoy día siguen vigentes y que son muestra del cambio estructural que implicó para el pueblo chileno el abandono del régimen militar a cargo de Pinochet.

Para la transición hacia la democracia se entendió que era necesario el restablecimiento de las libertades públicas, la terminación del estado de emergencia, el retorno de la autonomía universitaria, la reapertura de los registros electorales entre otras medidas, que además se determinó desde un principio, no podrían exceder de un término de 2 años a partir de la entrega del poder para su implementación.

Con todo lo anterior, concluye Velásquez que el caso chileno como experiencia latinoamericana del paso de la dictadura a la democracia que:

La transición a la democracia en Chile fue lenta, tuvo flujos y reflujos. No fue lineal y rompió libretos esquemáticos, si bien es cierto que tanto gobierno como oposición estudiaron otras transiciones para incrementar su capacidad de maniobra en las relaciones estratégicas de poder, lo singular de este país fue determinante en virtud de la especificidad de la trayectoria política, de la peculiar forma de inserción en la novísima acumulación de capitales en el marco de la denominada globalización y de las nuevas aristas adquiridas por los significados sobre el ser de derecha o de izquierda. (Velasquez Rivera, 2006, p. 212).

Todo lo anterior permite arribar a la afirmación que el caso chileno se considera una experiencia particular que dista de los procesos transicionales de otras latitudes e incluso latinoamericanas, debido a la forma como se produjo el cambio y su participación determinante del régimen saliente con el gobierno electo en el marco de la reintegración democrática.

c. Colombia

Aunque no se hablará de manera detallada en el presente acápite del caso concreto de Colombia puesto que el último capítulo está referido a este contexto por ser el último referente tanto jurídico, si es necesario de manera superflua esgrimir algunos puntos.

El conflicto armado interno en Colombia se remonta a mediados del siglo XX con el nacimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL), todas ellas facciones de raigambre rural, con ideologías liberales y comunistas que se forjaron como férreas opositoras del Estado; sin perjuicio de otros escenarios o antecedentes que hayan podido tener lugar en la primera mitad de este mismo siglo.

En el marco del conflicto posteriormente confluyen nuevos actores, como resulta ser el caso del movimiento 9 de abril (M-19), una guerrilla de corte urbano que nació como respuesta al robo de las elecciones de Gustavo Rojas Pinilla.

No obstante, al contexto del conflicto colombiano se integró en la década de los 80 el fenómeno del narcotráfico, el cual se constituyó como fuente de financiación y acumulación del poder, y con este el nacimiento de los grupos de autodefensas campesinas¹⁶, conocidos también como grupos paramilitares, llamadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

¹⁶ En este momento es necesario aclarar y delimitar el contexto de las autodefensas campesinas comunistas que dieron surgimiento a grupos guerrilleros como las FARC en la década de los 50; e igualmente, denotar el campesinado que dio la aparición a los grupos paramilitares de las AUC en la década de los 80. Si bien es cierto que las FARC se antecedió en la conformación de campesinos, ejemplo claro las llamadas “ligas campesinas de los comunistas de Chaparral-Tolima”, como lo denota la Universidad del Valle (Colombia) donde editó *el informe del servicio de inteligencia colombiano- Estudio sobre las autodefensas comunistas de Colombia, 1958* y donde plasma precisamente el contexto histórico del campesinado comunista y su génesis; se dirá igualmente que las AUC surgen del campesinado que fue financiado por latifundistas, conformando así ejércitos privados para que protegieran sus tierras. Mientras el uno surge del campesinado

Es así como en el conflicto interno colombiano confluyeron un amplio número de actores que representaban a su manera posturas ideológicas que, en cualquier caso, sólo podrían tener en común su afán por el poder.

El proceso de transición de la guerra hacia la paz, tuvo sus primeros orígenes en el proceso de desmovilización e integración política del M-19 con quienes fue posible la suscripción de un acuerdo de paz que dio fin al mismo como grupo armado; con posterioridad se gestaron los fallidos diálogos de paz con las FARC y más recientemente, el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares.

Sin embargo, en la historia del conflicto colombiana ninguno de los eventos antes mencionados parece haber adquirido tal relevancia nacional e internacional, como la suscripción de los acuerdos de paz para la terminación del conflicto armado y la consecución de una paz estable y duradera, por medio de la cual el gobierno y las FARC dan por terminado un conflicto bélico que se extendió por décadas dejando cifras alarmantes de muertes, desplazamiento forzado y crímenes de lesa humanidad.

En el proceso de negociación de la terminación del conflicto armado con las FARC además de los detractores políticos internos, estuvo vigente la tensión de la lupa incesante de la Corte Penal Internacional, ante la eventual impunidad de los delitos cometidos en el marco de la guerra.

En tal sentido y derivado de los acuerdos de La Habana, se conforma la Jurisdicción Especial para la Paz, tribunal encargado de juzgar a los actores del conflicto que se sometan voluntariamente a ella, y la cual ha sido definida como:

(...) una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial, respecto a conductas

como parte de la subversión, manteniendo posiciones de insurgencia contra el Estado; el otro, surge a la luz de una conflictividad interna donde contraatacan a las negligencias y omisiones del mismo aparato legítimo de defensa del Estado, y luchas contra las posturas rebeldes de las guerrillas.

consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos humanos. (Loyo Cabezudo, 2017, p. 41).

No obstante, el modelo de JT implementado en Colombia, encuentra sus límites en el derecho internacional humanitario y específicamente en los derechos humanos en sí mismos; lo anterior si se considera que:

Tratándose de Justicia Transicional, el respeto de un Estado a su realidad histórica y cultural, al igual que a su derecho interno, no puede esgrimirse como excusa válida para incumplir las exigencias de la legalidad internacional o para eludir las lecciones de las experiencias ajenas. De una parte, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, ningún Estado puede invocar sus normas o decisiones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de carácter convencional, como las que se derivan de los Tratados de Derechos humanos y Derecho Humanitario en materia de tutela judicial efectiva y derecho de las víctimas a la justicia. (Palacios Aguilar, Asprilla Valencia, & Vergara Mosquera, 2017, p. 117).

Todo lo anterior permite inferir que actualmente el proceso de implementación de los acuerdos, específicamente a través de la JEP ha sido el resultado de un difícil proceso de integración de disposiciones jurídicas y voluntades de las partes en el proceso de negociación que han permitido hasta ahora salir avante a los acuerdos de paz, permitiendo el inicio de un lento pero determinante proceso de integración jurídica, social, cultural y política de los actores del conflicto sometidos a los mismos.

d. Guatemala

El conflicto interno guatemalteco tuvo sus inicios a mediados del siglo XX, exactamente en 1954 momento para el cual se instaura al interior del país una política contrarrevolucionaria promovida por Estados Unidos en el marco de la guerra fría con la Unión Soviética. Tales circunstancias repercutieron en que:

A partir de 1962 la dinámica contrarrevolucionaria encaminó al país hacia una profundización del autoritarismo y de la exclusión histórica, recurrió a la militarización del Estado y a la violación de los derechos humanos bajo la adopción de la Doctrina de Seguridad Nacional. (Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999, p. 123).

Derivado de lo anterior, la rebelión de izquierda y su alzamiento en armas encontró justificación en la exclusión económica y social de los sectores marginados, así como la inexistencia de un espacio democrático de participación:

En relación con el conflicto armado guatemalteco se ha hablado de tres grandes periodos, en alguna medida, ordenados por décadas. Durante los años sesenta, se desarrolla la primera fase del enfrentamiento entre guerrilla y Ejército, tras lo cual se produce un repliegue o una derrota relativa de los primeros. En la década de 1970 resurge el movimiento revolucionario: se desencadena en el país una metódica persecución en contra de los líderes de movimientos sociales y de sectores de la oposición a los sucesivos gobiernos militares. En la siguiente –en especial, durante su primera mitad– la política estatal se radicaliza aún más aplicando un hostigamiento sistemático tanto a las comunidades indígenas y los grupos campesinos organizados como a las vertientes urbanas de la guerrilla. (Ramírez Membrillo, Martínez, Hurtado Heras, & Melchor Díaz, 2017, p. 25).

El conflicto armado interno en Guatemala se extendió por un periodo de 36 años, en el que la violencia institucionalizada desde el Estado asesinó y desplazó a miles de ciudadanos, hasta que, en 1996, luego de 7 años de negociaciones se suscriben los acuerdos de paz que ponen fin al drama de la guerra.

En el marco de la transición hacia la paz, los acuerdos establecieron como obligaciones principales la promoción de los derechos en materia de verdad, justicia y reparación, así como el cese al fuego, circunstancias que permitieron las reorganizaciones de sectores de la sociedad civil tradicionalmente sometidos por la violencia contrainsurgente en el marco de la política de la Seguridad Nacional.

No obstante, a la fecha los acuerdos de paz son considerados vistos con cierto recelo, pues se considera que actualmente los postulados de los mismos distan de materializarse, así como los esfuerzos por esclarecer y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado han sido aislados y desarticulados de los mecanismos de Justicia Transicional (Beníte Jiménez, 2016).

A pesar de todo ello, algunos autores reconocen que el proceso de transición ha mostrado avances en el proceso de justicia legal; muestra de ello es la primera sentencia proferida por desaparición forzada, el arresto de militares de alto rango acusados de genocidio y la sentencia del expresidente Efraín Ríos Montt a 80 años de prisión por la misma causa.

e. San Salvador

A lo largo de la historia mundial se han suscitado diversas clases de conflictos cuyo origen se ha presentado desde diferentes perspectivas como la social, la cultural, territorial, entre otras formas. Como consecuencia de lo mencionado, es de notar que en el plano americano, particularmente, en América Central, se presentó el conflicto en la República de El Salvador, conflicto acaecido entre finales de los años 70's y 1992 (Moreno, 2017).

La desigualdad, las dificultades económicas de la población, la carencia de políticas públicas para acceder el empleo, la represión por parte del Gobierno y las autoridades y, por tanto, la ruptura de la democracia en los Estados, usualmente son las causas del surgimiento de los conflictos. Una clara muestra de lo mencionado es el caso del conflicto armado o denominado popularmente “la Guerra Civil de El Salvador” (Ibarra, 2021). Lo anterior, teniendo en cuenta que las características del país en momentos previos a que estallara la guerra, eran estas (Lopez, R, Quinteros, C, & Ramos, C, 2015).

Otra de las causas que dieron origen a la Guerra Civil de El Salvador, ya que se aduce que las protestas por presuntos fraudes electorales, se suscitaron para las elecciones de 1972 y las de 1977, año último en el cual las protestas sociales fueron mucho más

marcadas y ya se sentía una mayor represión social por parte del Gobierno respecto de la población. Sumado a lo anterior, y como respuesta a las movilizaciones se crearon los “escuadrones de la muerte” cuyas funciones se centraron principalmente en contrarrestar la protesta social y la movilización, es decir, el cambio de funciones de la fuerza pública con el fin exclusivo de enfrentar la protesta (Ibarra, 2021).

Como se mencionó, se estima que el conflicto salvadoreño dio inicio como consecuencias de las circunstancias de las elecciones de 1977, pero con inicio certero en 1979 tras el comienzo de los enfrentamientos. Razón de lo anterior, los resultados fueron más de 75.000 muertos, pérdidas materiales de más de dos mil millones de dólares, violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario (BBC Mundo, 2004).

Entre las situaciones más marcadas de este conflicto, y que fueron parte de decisiones judiciales supranacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se encuentran: La masacre de Sumpul, ocurrida el 14 de mayo de 1980, con un saldo de más de trescientos campesinos asesinados por parte de la Guardia Nacional Salvadoreña; la masacre de “El mozote y lugares aledaños”¹⁷, ocurrida en el Mozote, Los Toriles y La Joya del Morazán en diciembre de 1981, con la consecuencia de la muerte de más de mil campesinos que fenecieran a manos del Batallón Atlacatl de la Fuerza Armada del Estado (Universidad de El Salvador, 2007).

Este conflicto presentó una serie de “intentos” por llegar a su fin, que en conclusión se subsumen en un solo proceso que tuvo algunos altibajos u obstáculos causados por la indeterminación respecto del cese de actividades hostiles entre los bandos enfrentados. Es decir, en un período de dos años, se suscitaron cinco acuerdos que pretendieron dar fin al conflicto para establecer un marco de justicia transicional. Estos procesos fueron: “Acuerdo de Ginebra - 4 de abril de 1990; Reunión de Caracas - 21 de mayo de 1990; Acuerdo de San José - 26 de julio de 1990; Acuerdo de México - 27 de abril de 1990; y Acuerdo de Nueva York - 25 de septiembre de 1991” (Ibarra, 2021). Cabe aclarar que esos cinco procesos se dieron antes de la paz definitiva suscrita en el Castillo de Chapultepec en enero de 1992.

¹⁷ Denominado así por la Corte IDH

Finalmente, como consecuencia del acuerdo de Paz de Chapultepec, se establecieron diversos temas contentivos de políticas públicas de justicia transicional, es decir, surgieron mecanismos de transición que han permitido el establecimiento de un esquema social que le diera al país el correcto funcionamiento de la estructura del Estado. Así las cosas, se crearon instituciones como la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz (COPAZ) cuyo fin es la estructuración de recomendaciones y proyección de reformas legislativas; de otra parte, la reestructuración de la Fuerza Armada en cuanto a la depuración de miembros, el adoctrinamiento y la prestación del servicio y; la Comisión de la Verdad, como eje central de la justicia de transición (Rojo, 2005).

4.2.Experiencia Europea

a. Bosnia – Herzegovina

El conflicto de Bosnia – Herzegovina fue a diferencia de otras experiencias del orden internacional, no se extendió durante décadas, pues su vigencia apenas se extendió entre 1992 y 1996, no obstante, las graves consecuencias del conflicto aún hoy repercuten por su barbarie:

En las primeras fases de la guerra, los musulmanes y los croatas de Bosnia y Herzegovina lucharon juntos contra los serbios de Bosnia, pero a principios de 1993 estallaron los combates entre los croatas bosnios y los musulmanes bosnios. Se inició otra oleada de «limpieza étnica», esta vez en la región central de Bosnia. Las fuerzas croatas de Bosnia, respaldadas por Croacia, intentaron crear una franja de territorio étnicamente puro limítrofe con Croacia. Aunque las tensiones entre ellas continuaron, los combates entre las fuerzas croatas de Bosnia y las fuerzas gubernamentales bosnias, integradas principalmente por musulmanes, tocaron a su fin en marzo de 1994, con la firma del Acuerdo de Washington y la creación de una Federación Croato-Musulmana.

Al terminar la guerra, en diciembre de 1995, más de la mitad de los 4,4 millones de habitantes de Bosnia y Herzegovina habían sido desplazados. Se calcula que 1,3 millones eran desplazados internos y unos 500.000 se habían refugiado en

países vecinos. Además, unos 700.000 se habían convertido en refugiados en Europa occidental, de ellos unos 345.000 en la República Federal de Alemania. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, 2000, p. 242).

Particular resulta el proceso de Justicia Transicional en Bosnia – Herzegovina, pues dicho proceso se empezó a desarrollar antes de la terminación del conflicto, con la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, ello debido a la presión internacional, quienes a través de la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció al dicho tribunal en La Haya, lo que facilitó su puesta en funcionamiento en un momento tan tenso de la guerra.

Sin embargo, el juzgamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, siguen siendo motivo de serias dificultades, ello debido a que:

Junto con el TPIY, están los procedimientos judiciales que tienen lugar en los tribunales locales y cuya jurisdicción es concurrente con el tribunal, si bien éste puede alegar primacía por interés para la justicia internacional. De estos tribunales, y tal como comenta la fiscal general del TPIY, Carla del Ponte, “siempre se ha esperado que llevaran sus propios casos, aunque todas las evidencias demuestran que por diferentes razones eso no ha sucedido. Por ejemplo, en el caso de Bosnia y Herzegovina, los casos criminales que han sido presentados ante mi despacho para su contraste han sido 5.908 y, sin embargo, sólo se han procesado a 90 personas en los tribunales locales. (García Rodicio, 2005, p. 69).

Hoy día el reto de la Justicia Transicional en la región, se centra en la lucha contra la impunidad pues a la fecha, el papel de las víctimas del conflicto no ha sido reconocido como eje central del proceso de transición que aconteció como resultado de los acuerdos de paz de Dayton.

Lo anterior debido a que actualmente las reformas políticas de gobierno en Bosnia – Herzegovina siguen estando dirigidas por una lógica étnico-nacionalista en lugar de democrática y ciudadana, lo que de suyo supone la imposibilidad de construir el bien común del país.

b. España

El franquismo que se extendió en España por un periodo de casi 40 años, desde 1936 y hasta 1975, del régimen del General Franco se caracterizó su carácter autoritario, personalista y militar, en donde debido a la concentración del poder se suprimieron las libertades y el pluralismo y, en donde la injerencia de la iglesia católica fue determinante y concomitante al poder del Estado. Lo anterior llevó a afirmar que:

La dictadura de Franco se trataba de una Dictadura en la cual el Dictador no se encontraba sometido a ninguna norma previa. Así, el poder de Franco, fue desde el principio inmenso, no tenía limitación alguna. El papel de su autoridad como Caudillo fue decisivo. Gracias a su imagen de “Salvador de España”, le fue atribuida una personalidad carismática. Su carisma estuvo impregnado de un claro componente religioso. La fórmula “Caudillo por la gracia de Dios”, le legitimaba religiosamente, tendiendo a enfatizar su carácter irresponsable, como alguien que no debía su poder a la voluntad del pueblo, ni, en el fondo, a ningún otro factor. Este componente mesiánico y religioso, llevaba aparejado que no existiese ningún tipo de poder al cual él tuviese que rendir cuentas, ya que solo era responsable “ante Dios y ante la Historia. (Fernández Puig, 2011, p. 3).

Con la muerte de Franco, España entra en un proceso de transición a la democracia, la cual encuentra su auge con la promulgación de la constitución de 1978. Dicho proceso se caracterizó y fue definida:

(...) como una transición «vía transacción», puesto que se trata de un supuesto en el que una dictadura «inicia la transición estableciendo ciertos límites al cambio político y permaneciendo como una fuerza electoral relativamente significativa a lo largo de la [misma]» (Share y Mainwaring, 1986, p. 88). Se lleva a cabo una negociación «generalmente implícita entre las elites del régimen autoritario y [de] la oposición democrática», por lo que las partes mantienen una desigualdad de partida: «el régimen [dictatorial] toma la iniciativa de dar comienzo a la liberalización y durante la mayor parte del proceso permanece en una posición

que le permite ejercer una influencia significativa sobre el curso del cambio político. (Payero López, 2016, p. 210).

Tal connotación adquirió relevancia en el contexto de la transición española con la expedición de la Ley de Amnistía, la cual fue el resultado de la injerencia de los representantes del régimen que, a pesar de constituirse como una salida consensuada en el marco de la transición a la democracia, permitió a su vez la impunidad de los actores estatales que cometieron crímenes de lesa humanidad.

Al respecto ha considerado Tamarit, que:

La disposición de carácter transicional más importante y de mayor trascendencia fue la Ley de Amnistía, aprobada por el primer Parlamento elegido democráticamente tras la muerte de Franco. La amnistía de los presos políticos, que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de Amnistía fue aprobada el 6 de octubre de 1977 con el voto favorable de más de 90% de los diputados, entre los que se encontraban los partidos políticos que representaban la oposición democrática al franquismo. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía también los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y los “delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas” (art. 2). Se sellaba así un pacto, no asumido de modo explícito, por el que el régimen saliente accedía a la amnistía reclamada por las fuerzas democráticas a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los servidores de aquel por sus crímenes. (Tamarit Sumalla, 2014, p. 46).

Recientemente la justicia española desplegó un intento infructuoso para dejar sin valor ni efecto la ley de amnistía frente a los responsables de crímenes de lesa humanidad, y en consecuencia dada la connotación de imprescriptibilidad de las conductas, proceder con el juzgamiento de los máximos responsables, no obstante, la Audiencia Nacional

desestimó la competencia frente a dichos asuntos y ordenó cesar el proceso que se venía adelantando.

c. Irlanda del Norte

A finales de la década de los 60 del siglo pasado, nace al interior de la realidad política de la región un movimiento que tenía como estandarte la igualdad de los derechos civiles; dicho movimiento nació como respuesta a la relegación política y social de las minorías católicas. Con el paso de los años y casi a finales de la década del 60, debido a:

(...) la falta de respuestas por parte del gobierno las manifestaciones en principio pacíficas del nuevo movimiento fueron radicalizándose hasta llegar a ser manifestaciones violentas, materializándose en ataques a los barrios católicos convertidos, por su parte el IRA y Sinn Fein sufrieron influencias marxistas que alentaron la unidad de Irlanda, bajo la república de trabajadores socialistas unidos que buscaban la reunificación del país a través de la lucha armada. (González Rubio Babilonia, 2015, p. 44).

Los diferentes actores del conflicto se fueron radicando paulatinamente, fraccionándose en nuevas facciones cada una de ellas con posturas aún más radicales, algunas sustentadas en la doctrina socialista radical. En el marco de dicho conflicto se generaron incontables actos terroristas, especialmente con explosivos, principalmente en Inglaterra y Ulster.

Sólo para 1973 se dio paso al acuerdo de Sunningdale, el cual es considerado la primera fase de acercamientos para la terminación del conflicto irlandés, que posteriormente en 1985 desembocó en el Acuerdo Anglo-Irlandés en el que los gobiernos de Inglaterra e Irlanda buscaron la construcción de la paz.

Sin embargo, el proceso de transición parece haber llegado a una situación problemática, y posiblemente haberse estancado:

Probably because of the nature of a very violent conflict whose protagonists have tenaciously bargained the terms of the Agreement until the very end while being

encouraged to proceed by the British and Irish governments. Secondly, the state's failure to acknowledge past mistakes and abuses committed by its institutions and agents. The role of the British state is ambiguous indeed, since it was both a participant in the conflict though it managed at the same time to reach an agreement about an internal conflict that took place on its own territory. As the state could not clearly admit it, it placed itself above it. (Mailhes, 2005, p. 81).¹⁸

Tales circunstancias han llevado a que aumenten la tensión existente al interior del territorio irlandés, por la inoperancia del aparato estatal en la búsqueda de la verdad, la identificación de los responsables de los actos criminales distintos a los asesinatos y la mora judicial en el marco de las investigaciones de los actos delictivos cometidos en el marco del conflicto.

En suma, aún persiste un número de víctimas que no han sido reparadas en criterios económicos, lo que ha llevado a re victimizarlas, pues aún hoy en día viven en la pobreza, en parte debido a los hechos que debieron soportar décadas atrás (Northern Ireland Human Rights Comissions, 2013, p. 12-13).

4.3.Experiencia Africana

f. Burundi

La experiencia de Burundi encuentra sus orígenes en la guerra civil que se desató entre 1993 y 2005, librada entre las facciones de los hutus y los tutsis en el marco de la disputa por el poder político.

Desde su independencia de Bélgica en 1962, se empieza a gestar al interior de la organización del país un monopolio militar y político en cabeza de los tutsis, quienes a

¹⁸ La traducción al texto es la siguiente: Probablemente debido a la naturaleza de un conflicto muy violento cuyos protagonistas han negociado arduamente los términos del acuerdo hasta el final, mientras los gobiernos británico e irlandés los alentaban a continuar. En segundo lugar, la falta de reconocimiento por parte del Estado de los errores y abusos del pasado cometidos por sus instituciones y agentes. El papel del Estado británico es ciertamente ambiguo, ya que participó en el conflicto aunque al mismo tiempo logró llegar a un acuerdo sobre un conflicto interno que tuvo lugar en su propio territorio. Como el Estado no podía admitirlo claramente, se colocó por encima de él.

través del poder ilegítimamente adquirido desplegaron durante décadas campañas tendientes a erradicar las fuerzas hutus; ello derivó en masacres recíprocas que marcaron el curso de su historia, fuertemente determinada por sus raíces étnicas.

En 1998 empiezan a gestar las primeras negociaciones de paz entre los actores del conflicto, las cuales culminan en el año 2000 a través del Acuerdo de Arusha para la paz y la reconciliación en Burundi.

Al respecto, se consideró frente al proceso de terminación del conflicto que:

El fin del conflicto burundés se alcanza por el consenso entre las comunidades hutu y tutsi, representadas en las conversaciones de Arusha por los denominados G-7 (siete partidos hutus) y G-10 (diez partidos tutsis). En los acuerdos, firmados en dicha ciudad de Tanzania en el año 2000, figura el restablecimiento de los bushingantahe para “administrar justicia en un espíritu conciliador” y la creación de una Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), así como de un Tribunal Especial (TE). El despliegue de los instrumentos de la Justicia Transicional, previstos en los acuerdos de paz, está paralizado por las reticencias de los dirigentes burundeses (Reyntjens, 2008), en gran parte responsables de violaciones de los derechos humanos durante el conflicto. Las negociaciones entre el Gobierno y las Naciones Unidas, recomendadas por el denominado informe Kalomoh de 2005, tan solo han conseguido alcanzar un acuerdo para la formación de un comité encargado de las consultas para la aplicación de la Justicia Transicional. En el acuerdo, del 2 de noviembre de 2007, se destaca que el comité de “pilotaje” estará formado por seis miembros (dos del Gobierno, dos de las Naciones Unidas y otros dos de la sociedad civil)” (Castel, 2009, p. 58).

No obstante, el cese al fuego no se logró con la referida firma del acuerdo:

Hubo que esperar hasta noviembre de 2003 para que un alto el fuego fuera firmado entre el Gobierno de transición establecido después del Acuerdo de Arusha y el CNDD- FDD, convertido en el principal movimiento rebelde. El CNDD-FDD integraba al Gobierno y a las instituciones de transición y en 2005, ganó las elecciones. Pierre Nkurunziza, el dirigente del movimiento se convirtió en el

nuevo presidente de Burundi. Estas elecciones son generalmente consideradas como fin del largo periodo de transición político de Burundi. (Sculier, 2008).

El proceso transicional ha sido fuertemente marcado por la impunidad de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, ello debido al poco interés que el gobierno ha puesto en hacer rendir cuentas a los actores del conflicto, llegando inclusive a otorgar “inmunidad provisional” a los mismos a través de decretos presidenciales.

Tales circunstancias llevaron a que la Corte Penal Internacional, ante la inoperancia del sistema jurídico doméstico asumiera la investigación de los posibles delitos de su competencia cometidos en el marco del conflicto entre las facciones burundeses.

Sin embargo, tal intromisión llevó a que en el año 2017 Burundi fuese el primer Estado en retirarse del marco del referido tribunal, argumentando la falta de imparcialidad en las investigaciones adelantadas por la Corte; hecho que fue visto como el resultado del afán de mantener en el olvido los múltiples delitos hasta ahora no juzgados (Human Rights Watch, 2016); no obstante, la corporación ha manifestado que tal determinación no afecta su competencia frente a las investigaciones que ha venido desarrollando, de tal suerte que los procesos frente a los máximos responsables serán llevados hasta la determinación o no de su responsabilidad.

g. Sierra Leona

Sierra Leona durante toda su historia colonial y poscolonial ha tenido como sustento de su economía la explotación de diamantes, tal contexto paradójicamente ha llevado al país a sumirse en la miseria de sus habitantes, ello debido a las redes nacionales e internacionales de corrupción y tráfico de armas que rodean el mercado clandestino de las piedras preciosas.

Todo lo anterior como efecto, han concluido los historiadores, llevó en su momento al estallido de una guerra civil al interior del pequeño país:

Así, entre 1991 y el 2001, Sierra Leona fue azotada por una cruenta guerra de sucesión interna, marcada por una serie de golpes de Estado entre los cuales se destacan el liderado por el capitán Valentine Esegragbo Strasser en 1992, el dirigido por el brigadier Julius Maada Bio en 1996, que entregó en este mismo año el poder al gobierno civil de Ahmad Tejan Kabbah, y el de Johnny Paul Koroma, que a su vez derrocó a Kabbah en 1997. Todos estos golpes de Estado han provocado una profunda inestabilidad política y han contribuido a generar una aguda crisis socioeconómica, una grave deflagración política y tensiones sociales en el país (Wabgou & Quishpe Contreras, 2014, p. 1).

En este contexto, Sierra Leona desplegó múltiples procesos de negociación con los diferentes actores del conflicto con el fin de superar la crisis interna; en el marco de dichas negociaciones y con el fin de garantizar la terminación del conflicto fue necesario acudir a la ayuda internacional a través de la ONU, derivado del cual:

(...) se produce el Acuerdo de Lomé, el cual contempla amnistía general y total para la insurgencia del FRU (aunque con matices) y la creación de la Comisión de Derechos humanos, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación y el Tribunal Especial de Naciones Unidas para el caso particular (Wabgou & Quishpe Contreras, 2014, pág. 4).

La determinación de amnistía generó serias dificultades que llevaron en su momento al entonces secretario de la ONU a incluir una cláusula de exención de responsabilidad en dicho acuerdo, en lo que refiere al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y las graves violaciones al derecho internacional.

Lo anterior, aunado a la imposibilidad de implementar completamente el acuerdo, llevó a que en el 2000, el entonces presidente Ahmad Tejan Kabbah, solicitara a la ONU su asistencia para el juzgamiento de los combatientes, para lo que el órgano internacional estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona (Internacional Peace Institute, 2013, pág. 36).

Dicho órgano fue creado con el fin de perseguir y juzgar a los máximos responsables de las serias violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho de la Sierra Leona cometidas desde el 30 de noviembre de 1996. En su ejercicio:

The court rendered the first sentence in history for the crime of the recruitment and use of child soldiers in hostilities, secured the first conviction for “forced marriage” as a crime against humanity, and the first conviction for “attacking peacekeepers” as a war crime. (Internacional Peace Institute, 2013, p. 38).¹⁹

No obstante, dicho órgano de juzgamiento ha sido fuertemente criticado por perseguir a un reducido grupo de perpetradores, dejando aún en la impunidad, ante la inoperancia de la justicia interna, a los actores del conflicto de mediano y bajo nivel.

En el marco del proceso transicional, a pesar de lo indicado previamente, fue posible la inclusión de los actores del conflicto en el marco de la política como partido, que sirvió en el proceso de reintegración a la reconstrucción de la paz fundada en los pilares de la democracia, equidad y transparencia.

A pesar de la posterior disolución del partido de los disidentes, el grueso de sus integrantes entró a militar al partido de oposición, los que lograron llevar al poder al presidente electo del país.

h. Sudáfrica

El conflicto interno sudafricano resulta ser particular, pues a diferencia de las experiencias previamente delimitadas, el conflicto en este caso surge a raíz de las políticas discriminatorias, racistas y segregacionistas desplegadas por los colonizadores asentados en el territorio.

¹⁹ La traducción al texto es la siguiente: El Tribunal dictó la primera sentencia en la historia por el crimen de reclutamiento y uso de niños soldados en las hostilidades, aseguró la primera condena por “matrimonio forzado” como un crimen de lesa humanidad y la primera condena por “atacar a las fuerzas de mantenimiento de paz” como un crimen de guerra.

Tales particularidades del sistema político y cultural encontraron su auge con la declaración en 1948 del apartheid por parte del Partido Nacionalista, momento en el cual se afirmó:

Así, la tendencia del apartheid se manifestó en el sentido de una discriminación racial más rígida que la ya existente, con desigualdades cada vez mayores en la clase de trabajo que se ofrecía a los no blancos. (...) Podemos decir que el Partido Nacionalista en el poder sofocó a la población no blanca de Sudáfrica con una masa de leyes restrictivas y discriminatorias, suspendiendo derechos, limitando drásticamente las opciones, y definiendo rígidamente la desigualdad” (Denegri, 2015, p. 9).

En el marco de la política sentada por el Partido Nacionalista, la violencia institucionalizada en contra de la población de color derivó en graves delitos en contra del Derecho Internacional Humanitario, como lo fueron tortura, secuestro, violencia sexual, uso injustificado de la fuerza letal, asesinatos, entrenamiento y financiación de unidades paramilitares, entre otros (Lamb & Van der Merwe, 2009, p. 6).

El proceso de transición hacia la paz implicó en su momento, múltiples acercamientos que solo hasta 1991 llevaron a la consolidación del Acuerdo Nacional de Paz, que delineó el marco jurídico para la puesta en marcha del proceso de integración social de los grupos poblacionales históricamente excluidos, y el desmonte de las facciones guerrilleras que habían propiciado las más cruentas masacres y olas de violencia al interior del país.

No obstante, el acuerdo no resultó ser suficiente para garantizar el cese del conflicto, llegando inclusive a encontrar momentos de tensión donde su aplicación y los procesos de negociación no fueron suspendidos. Para 1993 una vez reanudadas las conversaciones, las cuales habían sido congeladas debido a la ocurrencia de la masacre de Boipatong en 1992, las negociaciones se centraron en la creación de una constitución provisional y un proceso electoral para el parlamento nacional.

Al respecto, como se ha documentado por parte de los historiadores (Lamb & Van der Merwe, 2009, pág. 8), tanto la constitución negociada como las elecciones que se

llevaron a cabo en 1994, fueron reconocidas nacional e internacionalmente como libres y justas, reconocidas además como hito en el marco de la defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, el Estado sudafricano debió solicitar la colaboración internacional con el fin de garantizar la implementación de las estructuras del acuerdo de paz, y a su vez realizar la función de veeduría en el marco del cumplimiento de los objetivos propuestos en el marco de la Justicia Transicional.

Actualmente, a pesar de los grandes logros reconocidos nacional e internacionalmente, desde el punto de vista económico, las causas que alguna vez sirvieron como pilar determinante del conflicto, siguen persistiendo, por lo que se ha reconocido se debe proseguir en la aplicación material de los acuerdos atacando las principales problemáticas tales como la alta tasa de desempleo, la concentración de la tierra y los altos índices de pobreza especialmente en la zona rural del país.

i. Mozambique

La guerra civil reciente de Mozambique centra sus orígenes en la contienda elevada entre el FRELIMO (Frente de Liberación de Mozambique) y la RENAMO (Resistencia Nacional de Mozambique); conflicto que encuentra su explicación en las orillas políticas de las que cada uno de los movimientos representa. En tal contexto:

Tras la independencia del país, el Frelimo instaura un régimen de partido único de corte marxista-leninista. Con el final de la guerra fría y la democratización del país, el partido consigue mantenerse en el poder ganando las elecciones del 94 y del 99, cambiando, para ello, radicalmente sus planteamientos ideológicos, aunque como luego veremos, manteniendo intactos los cuadros y la base política existente en la época anterior. (Garate Castro, 2013,n.p.).

No obstante, por su parte, la Renamo se constituyó como:

(...) un movimiento que pone en marcha una rebelión armada en 1977 contra el régimen instaurado en el país tras la independencia; una insurrección que fue apoyada por los regímenes racistas de Rhodesia y Suráfrica. Se inicia así una

guerra civil atroz y sangrienta que se prolonga durante 15 largos años. La guerra provoca casi un millón de muertos, además de la destrucción sistemática de infraestructuras, la paralización de la producción agrícola e industrial, la destrucción del sistema educativo y sanitario y cerca de dos millones de desplazados y refugiados. Hay que recordar que una buena parte de la estrategia de la Renamo estuvo dirigida precisamente a crear el caos y a fomentar las dificultades de vida entre la población civil. (Garate Castro, 2013, n.p.).

La justificación de tal rebelión armada varía según el extremo desde el que se aborde; para los partidarios del RENAMO la guerra civil fue el resultado de la respuesta de la clase campesina a las elites que transgredieron e insultaron las tradiciones y destruyeron la forma de vida de los nativos. En la misma línea de discurso, académicos han considerado que la guerra fue el resultado del profundo descontento por las políticas del FRELIMO, las cuales a tono con la teoría marxista desconocieron las tradiciones ancestrales del pueblo nativo.

La guerra civil estuvo marcada por actos de violencia y brutalidad, desplegados especialmente por el RENAMO quienes se caracterizaron por sus actos de barbarie.

El conflicto solo pudo ser superado cuando alcanzó un punto que hacía insostenible la guerra entre los actores, debido ello a las condiciones de limitación económica que atravesaba el país, lo que llevó a que en 1992 se firmara por ellos el acuerdo de paz que terminó la guerra civil.

Con el referido acuerdo, se implementó la democracia multipartidista como modelo político que permitió la superación al menos teórica del estado de violencia, como al respecto han manifestado los analistas:

La guerra se dio por terminada con los acuerdos de paz firmados en Roma en 1992. Si bien es cierto que el proceso de transición de un sistema de partido único marxista leninista a una democracia liberal multipartidista —liderada desde entonces por FRELIMO y con RENAMO como partido en la oposición— se ha considerado un éxito, las heridas siguen abiertas. También se aplaude el desarrollo

económico del país, pero tampoco en este terreno el éxito es absoluto como veremos más adelante” (Palacián de Inza, 2016, p.3).

Pudiéndose concluir que, a pesar de los avances y éxitos del proceso de paz y el escenario del posconflicto, aún siguen existiendo profundos rezagos del conflicto que deben ser atendidos con el fin de frenar el insipiente renacimiento de un conflicto armado de baja intensidad, que termine minando en caída libre la economía de la región.

4.4.Experiencia Asiática

a. Camboya

El conflicto camboyano tuvo su desarrollo entre 1967 y 1975 principalmente a cargo de los guerrilleros comunistas Jeremes Rojos, quienes se organizaron en contra del gobierno. Durante la vigencia del conflicto camboyano, Estados Unidos tomó parte activa a favor del gobierno anticomunista. Así lo relata Escobar quien afirma que:

Entre 1965 y 1973, Estados Unidos bombardeó masivamente el territorio camboyano con el fin de destruir las bases Viet Minh presentes en el país. La magnitud de los bombardeos, en donde cientos de miles de civiles perdieron la vida, y el llamado a la rebelión lanzado por el príncipe Norodom Sihanouk galvanizaron a la población civil, que se unió masivamente a la lucha armada contra el gobierno pro estadounidense de Phnom Penh (Becker 1998). El 17 de abril de 1975, después de cinco años de guerra civil, los soldados del Partido Comunista de Kampuchea (PCK) (ver el anexo de siglas), o jemerres rojos, entraron en la capital (Lavoix 2008, 9). (Escobar, 2013, p. 76 y 77).

Los dirigentes del PCK eran adeptos vehementes del colectivismo rural, su objetivo principal consistió en la transformación y aumento de la producción agrícola en el marco de una sociedad meramente campesina, que condujo a la eliminación de los funcionarios y oficiales del antiguo régimen.

Los actores del conflicto después de múltiples acercamientos por un periodo superior a tres años, desembocaron en la suscripción de los Acuerdos de Paz de París el 23 de octubre de 1991.

No obstante, la experiencia posbélica al interior del país no ha permitido el reconocimiento pleno de los derechos humanos transgredidos, así como la integración política de los diferentes sectores de la población, pues:

Desde finales de la década de 1990, el PPC [Partido Popular Camboyano] ha dominado sin disputa la arena política del país, ejerciendo una hegemonía total sobre todos los poderes del Estado. Sus líderes han interpretado el mantenimiento de la estabilidad como su propia seguridad política y económica (Bartu y Wilford 2009, 10), dando prueba de poca tolerancia al debate con la sociedad civil y con la oposición política. A esto se suma la corrupción endémica del país, que lo ubica en la posición 158 –entre 176 países– del Índice de Percepción de la Corrupción, publicado por Transparencia Internacional en 2012 (Escobar, 2013, p. 79).

El gobierno de Camboya, sin embargo, en 1999 inició un proceso de acercamiento con las Naciones Unidas, con el fin de establecer un tribunal para el juzgamiento de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado. La Asamblea General de la ONU aprobó en el año 2003 el acuerdo para la creación de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya; dichas salas se crearon con la finalidad investigar y sancionar a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática considerados máximos responsables (Muddell, 2003).

Respecto de su funcionamiento, logros y retos, se puede encontrar que:

Las Cámaras entraron en funcionamiento en 2006, y hasta el momento sólo uno de los 5 imputados originalmente ha sido sentenciado; mientras que se han cerrado el caso contra Ieng Sary, ex Ministro de Relaciones Exteriores, a causa de su muerte a principios de 2013 y respecto de su coimputada, esposa y ex Ministro de Asuntos Sociales a fines de 2012 por considerar que no se encontraba en condiciones de ser sometida a juicio atento su demencia senil.

Al estar encargadas del enjuiciamiento a los mayores responsables de las atrocidades cometidas 30 años atrás, se vuelve dificultoso identificar a aquellos responsables, puesto que la mayoría a esta altura ha fallecido, ello, sumado al

retraso en concluir investigaciones está dejando un vacío en el pedido de justicia de las víctimas (Sánchez Mera, 2014, p. 23).

Lo anterior permite inferir que, el espacio temporal en el que se desarrollaron los hechos y el momento en el que se adelantan los procesos de juzgamiento dificultan las investigaciones y las eventuales condenas a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, por lo que al menos en términos cuantitativos, las Salas se muestran como inoperantes frente a las competencias a ellas atribuidas.

No obstante, debe reconocerse que aún hoy día siguen vigentes las investigaciones a cargo del Tribunal, y aunque parece existir muy poca esperanza en los resultados de los juzgamientos, sigue existiendo la posibilidad de que los eventuales fallos inspiren al poder judicial camboyano en la carrera por la determinación de los máximos responsables del conflicto (Ainley, 2014).

b. Timor Oriental

El conflicto de Timor Oriental fue el resultado de un proceso de descolonización derivado de la dominación portuguesa, el cual fue promovido por un golpe de izquierda. El referido cambio:

(...) dio lugar a tensiones y violencias puesto que los partidos políticos de Timor Oriental compitieron por el poder político postcolonial, algunos de ellos con el respaldo de la vecina Indonesia. En 1975, Indonesia invadió Timor Oriental y el año siguiente incorporó el territorio como una provincia de Indonesia. Durante los 25 años siguientes, un violento conflicto entre la resistencia de Timor Oriental y las fuerzas de seguridad indonesias devastó la población local. Durante este período, el ejército de Indonesia llevó a cabo matanzas, desapariciones, torturas, violaciones, desplazamientos y destrucción de bienes en un intento de destruir la resistencia timoresa. Violaciones deliberadas de los derechos sociales y económicos contribuyeron al gran número de muertos durante la ocupación. Más de 80.000 personas murieron de hambre y enfermedades debido al desplazamiento forzado y la destrucción de los alimentos y las fuentes de agua por los militares indonesios. (International Center for Transitional Justice, 2009, p. 40).

Dicho conflicto interno se extendió por más de 24 años, fraccionando el sistema social y político interno, y sembrando profundas divisiones en la sociedad debido a la cultura de violencia. Para el año 2001 se creó la Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación por la Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental, la cual tenía como finalidad la investigación de la verdad sobre las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar entre 1974 y 1999.

La actividad desplegada por la Comisión se vio truncada debido a que:

La Comisión tropezó con dificultades para tratar esas violaciones, especialmente la falta de datos fiables sobre el período de tiempo que estaba examinando (1974-1999). Según la Comisión, "debido a la naturaleza cerrada de Timor Oriental bajo la ocupación y a que durante ese período las investigaciones se habían centrado en la necesidad urgente de poner fin a las violaciones masivas de los derechos civiles y políticos, solo se disponía de datos sociales y económicos puntuales.

Los datos económicos existentes variaban considerablemente en calidad y debían ser tratados con cautela". Así pues, se recurrió a otras fuentes, como entrevistas y datos secundarios (ONU, 2014, p. 22)

Dadas las dificultades que incidieron en las investigaciones desplegadas por la Comisión, la experiencia en el marco de la Justicia Transicional se ha considerado insatisfactoria e insuficiente, pues los postulados de verdad y justicia han resultado nugatorios; de todo lo anterior se concluye la imposibilidad de cumplir con los postulados del posconflicto como parámetro de integración social y construcción de paz.

Tabla No. 1. Resumen de experiencias de Estados que han suscrito acuerdos de paz.

EXPERIENCIA	CONFLICTO	ACUERDO DE PAZ / POS CONFLICTO / JUSTICIA TRANSICIONAL
--------------------	------------------	---

Argentina	1976 – 1983	1983, se crea la comisión nacional de desaparición a personas. 1985, juzgamiento de los primeros 9 miembros.
Bosnia Herzegovina	1992 - 1995	14 de diciembre de 1995, se da el acuerdo de paz. 2004 se crea el tribunal para las cuestiones que dejó la guerra, el tribunal finaliza las investigaciones en este mismo año. 2008 terminó sus actuaciones. 2010 hasta este año tenían derecho a apelar las decisiones tomadas por el tribunal.
Burundi	Matanzas de: <input type="checkbox"/> 1965 <input type="checkbox"/> 1972 <input type="checkbox"/> 1988 <input type="checkbox"/> 1991 <input type="checkbox"/> 1993	2000, se dieron los acuerdos de Arusha, rehabilitación de los Bushingtahe, dichos tribunales debían administrar justicia con un espíritu conciliador. Creación de la comisión de la verdad y reconciliación
Camboya	1967 - 1975	2001 – 2004, salas extraordinarias en tribunales de Camboya. Actualmente se siguen las investigaciones frente a los procesos de su conocimiento.
Chile	1973 - 1990	1990 se crea la comisión de la verdad y la reconciliación.
Colombia	Surgimiento de los grupos guerrilleros en los años 50.	2005, ley de justicia y paz.

		2010, ley de restitución de tierras.
		2011, marco jurídico para la paz.
		2016, firma del proceso de paz.
Sierra Leona	1988 - 1999	1999, se crea el acuerdo de paz y la comisión de la verdad y reconciliación.
Timor Oriental	1975 - 2000	2001 se crea la comisión para la verdad y la reconciliación.
España	Años de la dictadura franquista (1936 - 1975)	2007, ley de memoria histórica.
Guatemala	1962 - 1996	1986, negociación para la paz. 1996, firma del acuerdo de paz.
Irlanda del Norte	1969 - 1997	1998, acuerdos del viernes santo.
Mozambique	1977 - 1992	1992, acuerdos de paz firmados en Roma. La rendición de cuentas no fue el elemento base, para administrar justicia, se aplicaron diferentes elementos como: <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Políticos <input type="checkbox"/> Culturales
Sudáfrica	1980 - 1990	1994, se da el acuerdo nacional de paz. Con la elección de Nelson Mandela como presidente, se convoca una constituyente y de esta manera se crea la

		comisión da la verdad y la reconciliación.
Sri Lanka	Dicho conflicto duro alrededor de 20 años, hasta el 2002.	2002, se dio un cese al fuego por parte de los tamiles. Se inicia la negociación entre las partes.

Tabla 1. Resumen de experiencias de Estados que han suscrito acuerdos de paz.

SEGUNDO CAPÍTULO

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: POLÍTICA CRIMINAL Y PODER PUNITIVO DEL ESTADO. EL PAPEL DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL EN UN SISTEMA PENAL

Entiéndase desde luego, que el presente capítulo busca explicar la doctrina jurídico penal orientada a la punibilidad, y en ese orden de ideas vislumbrar los fines del Estado, pues en el recae el poder punitivo o “*Ius puniendi*”, es decir, en el surge la potestad punitiva para hacer efectivas las sanciones criminales que son orientadas bajo el principio de estricta legalidad (“*Nullum crimene sine poena sine legge*”), para aquel daño socialmente causado y promovido por el agente delictuoso. Es necesario detenerse a estudiar y analizar la JT como mecanismo político, pues ello conlleva indudablemente a la incorporación de mecanismos judiciales que puedan soportar los intereses, garantías y fines por los que debe propender el Estado Social de Derecho (de ahora en adelante ESD).

Lo anterior recoge una serie de aristas que deben ser analizadas: por una parte, la configuración del Estado y su génesis, desarrollada por una crítica filosófico-jurídica a lo largo de la historia, pasando por los contractualitas que el día de hoy se convierten en teoría perenne. Por otra parte, al establecer el criterio sólido de lo que es el ESD se debe entablar el concepto del Derecho Penal, la dogmática penal, la punibilidad, la política criminal y penitenciaria, entre otros; que de manera directa son los sistemas que entrarán a regular como “ultima ratio”, aquel “último” recurso que debe de utilizar el Estado como sancionador frente a quien comete los actos delictivos. Y este punto conduce directamente a revisar cómo la JT se implementa como un mecanismo alternativo que busca la paz y la extinción de conflictos, y que pretende desarrollarse dentro de los presupuestos tanto del ESD dentro de sus fines, como en la proyección de la política criminal y penitenciaria que de éste se desprende.

I. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO²⁰

²⁰ Valga la pena resaltar que el presente sub-capítulo denota el desarrollo histórico del Estado (desde los Estados totalitaristas o absolutistas hasta nuestro días). Sin embargo, se procura develar el desarrollo en el

Como punto de partida, se debe determinar cuál es el concepto de “Estado”, entendido como una forma de organización social política que se compone del ejercicio de una autoridad permanente y soberana dentro de un determinado territorio, teniendo como base primigenia el monopolio de la coacción legítima (es decir, en el uso legal de la fuerza y la violencia), con la finalidad de mantener el orden social y legal (según Weber, es el monopolio legítimo de la violencia producida y regulada por el ESD en su obra “*La política como vocación*”). Para ello es necesaria la configuración de unos presupuestos sine qua non, de no ser así, el Estado no cumpliría con su finalidad: En principio el elemento social (humano), debido a que implanta parámetros contextuales y culturales inherentes a los sujetos de derecho. En segundo lugar, el elemento territorial o geográfico que determina la jurisdicción y en limita el ejercicio de las facultades provenientes de la potestad Estatal en función del respeto de la soberanía de otros Estados, finalmente, el elemento de la soberanía y el poder. Señala Díaz (2001) que el ESD se dirige a él mismo, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes imponiéndoles el correcto ejercicio de sus funciones y finalidades en el marco de la aplicación del principio de legalidad sometido a la institucionalidad y constitucionalidad, lo cual representa una mayor legitimación, adhesión y participación ciudadana.

Es el ESD entonces, aquella organización sociopolítica descrita esquemáticamente desde puntos de vista tanto cuantitativos, como cualitativos que surge como respuesta a las demandas sociales que se desprenden de la convivencia en comunidad. Por tanto, es el motor que impulsa toda dinámica social, siendo garante de mínimos vitales como lo son la educación, la salud, la vivienda digna y el trabajo digno para los integrantes del mismo, materializando los derechos fundamentales proclamados por la Carta Política de cada Estado y los Derechos Humanos proclamados por el Derecho Internacional. En este sentido, el ESD constituye en sí mismo la democracia en su máximo esplendor, mediante la institucionalización de la misma, que es respaldada por la sociedad civil.

La fundamentación del ESD se basa en pilares constitucionales que garantizan condiciones transcendentales para la finalidad del Estado (Gómez, 2011), es por ello que

contexto colombiano, pues su corta tradición permite entrever como los diversos sistemas o escuelas de orden punitivo y el marco teórico Estatal de orden jurídico-político permiten una comprensión oportuna.

da especial importancia a la protección de derechos, libertades y garantías jurídicas que brindan seguridad a la hora de su materialización. Dentro de estas condiciones de gran relevancia se encuentra la tridivisión de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), la fiscalización de la administración, la preservación de la ética colectiva y la permanencia de las ideas humanistas que revisten al Estado de la legitimidad y acogida necesarias para su adecuado funcionamiento.

Como consecuencia de lo anterior, se considera al ESD como límite absoluto al abuso de poder por parte de las autoridades asegurando la protección judicial a la ciudadanía. Es por ello que el ESD en el marco de su carácter democrático se basa en el respeto a la Dignidad Humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. En principio, la Dignidad Humana se presenta tras el reconocimiento de un mínimo de derechos y garantías, siendo entendido como un Principio Constitucional y un Derecho Fundamental de carácter autónomo.

De acuerdo a la sentencia T-291, la Corte Constitucional de la República de Colombia (2016) identifica tres lineamientos fundamentales referentes a la Dignidad Humana, en principio debe ser entendida como una autonomía o la posibilidad de diseñar un plan vital por cualquier individuo. En segunda medida la Dignidad Humana debe ser entendida como unas ciertas condiciones materiales concretas para la existencia de los individuos, finalizando con la concepción de que la Dignidad Humana implica una intangibilidad de derechos no patrimoniales, refiriéndose a los personalísimos, como la integridad física o la integridad moral. Generando que los individuos puedan desenvolverse en su entorno sin que se vean sometidos a cualquier tipo de tortura o humillación, independientemente de condición.

A partir de estos lineamientos, la Corte Constitucional determinó que hay tres expresiones de Dignidad Humana que son fundamentales para el desarrollo de los fines del Estado colombiano y para la salvaguardia de los Derechos Humanos:

1. Es un principio fundante del Estado y del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la Dignidad Humana debe ser considerada como un valor constitucional.
2. Es un Principio Constitucional.

3. Es un Derecho Fundamental autónomo, consagrado en la constitución política de Colombia, en su artículo primero. Concepto que implica dos situaciones fundamentales:
 - a. El merecimiento de un trato especial que tienen las personas, por el hecho de ser personas.
 - b. La facultad que tiene toda persona para exigir a los demás que se le trate de acuerdo a estas circunstancias, por el hecho de tener la condición humana.

Es por ello que este derecho es de eficacia directa y el reconocimiento del mismo es un fundamento político del ESD, siendo el trabajo el medio apropiado para que los individuos conserven su Dignidad dentro de los núcleos que lo desarrollan. La solidaridad; una responsabilidad de orden social y de cooperación en donde quien tiene colabora con quien no tiene (equidad), dicha cooperación se torna de carácter obligatorio y no meramente facultativo. Lo cual genera importancia de la prevalencia del interés general, público y colectivo sobre el individual, pero que sin embargo no es dejado de lado, sino que, por el contrario, son el complemento necesario para el desarrollo armónico y solidario de la sociedad.

Por ello, la Corte Constitucional de la República de Colombia (1992) en la sentencia T-406 devela tres pilares sobre los que se debe cimentar el ESD. Empezando con la vinculación social del Estado, vista como una obligación de los poderes de velar por la adecuada distribución de los bienes materiales, pasando por la referencia social frente a los Derechos Fundamentales y su obligatoria interpretación (de acuerdo al contexto – de forma racional) y finalizando con la articulación social a partir de bases democráticas.

1. Contexto histórico y fundamento jurídico del Estado Social de Derecho a la luz del derecho penal.

Dentro de los planteamientos iniciales de lo que representa el Estado, formulados por los pensantes iluministas y contractualistas en el transcurso del Siglo XVII dentro del marco del movimiento de la ilustración, se impone el Principio de Legalidad como uno de los más relevantes, toda vez que es el punto de partida del reconocimiento de garantías

legales (seguridad jurídica), que traen consigo situaciones de suma importancia, como lo es la perdida relación entre la religión (específicamente con la moral) y el derecho penal, siendo roto el vínculo de pecado – delito – castigo.

De esta forma, surge en Francia²¹ durante 1789 el concepto de “Contrato Social” proveniente de la teoría contractualista expuesta por autores como Locke, Rousseau, Montesquieu y Hobbes. De acuerdo a este modelo estatal, el Estado y el poder no provienen de una fuente divina (Dios) y que estas dos figuras solo pueden provenir de la ley; por tal razón se señala que el pueblo cansado de las arbitrariedades del rey, decide revelarse contra el mismo, llegando a la conclusión que el Rey no era igual a ley (*Rex est lex*) sino que primaba una ley por encima de cualquier acto, poder, etc. Lo que se denominó Principio de Legalidad, y del cual se fundamentan los Estados hoy en día.

Esta situación dio paso a la apropiación del poder por parte de la sociedad civil, ya que los ciudadanos aseguraban sus libertades y convivencia pacífica dentro del colectivo mediante la imposición de una serie de valores que se traducen en límites claros a los mandatarios en el ejercicio del poder con el control y veeduría sobre quienes tienen el “potestas” o poder. De aquí surge la división auténtica del poder y dar paso a lo que hoy en día se conoce como ramas del poder público, con funciones autónomas, es decir que ninguna de las ramas puede ejercer la finalidad de las demás o interferir en sus funciones. En este sentido, la incidencia que hubo sobre el derecho penal fue de gran importancia, ya que dentro del consenso al que se llegó con el contrato social es que quien podía identificar y definir los delitos y esgrimir las penas a consecuencia de la comisión del punible era la ley penal, configurada mediante la figura del “ius puniendi”. Siendo así, el único ente con autoridad a ejercer la fuerza para el control y la sanción penal era directamente el Estado, haciendo uso del poder punitivo que le es otorgado legítimamente, es decir, en palabras de Claus Roxin:

Si la misión del Estado consiste en garantizar la coexistencia entre ciudadanos entonces sólo puede ser castigado aquel comportamiento que lesione derechos de

²¹ Habrá que decir que inicia en la revolución francesa, empero, otros acontecimientos llegaron a formar lo que conocemos como Estado de Derecho o por lo menos afianzar sus principios y posturas con miras a la no vulneración de derechos humanos, la construcción de sistemas de poder autónomos y la garantía de la legalidad como primacía, tales como: la Carta Magna libertatis de 1212, la revolución de América y la emancipación de los pueblos indo-americanos, entre otros sucesos.

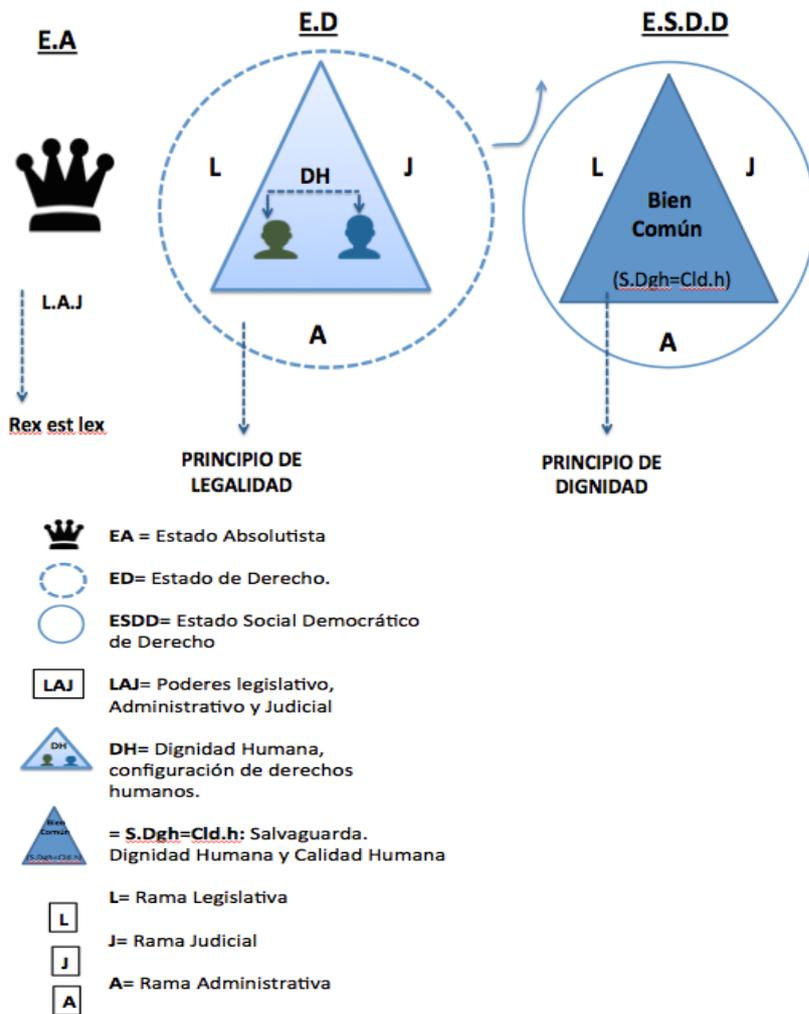
otras personas y que no es simplemente un comportamiento pecaminoso e inmoral. De acuerdo a esto, el Estado no podía en modo alguno castigar hechos como la herejía, que entonces era considerado como un grave pecado, porque ésta era un hecho que únicamente afectaba la salvación del hereje, pero no los derechos de otra persona (...) no lesionaban el derecho de otras personas ni significaba un obstáculo para la convivencia (Roxin, 1981, p.23 y ss)

Fue entonces que las exigencias del Estado en cuanto a su poder punitivo plasman el daño social como el “horizonte” donde culmina la pena y que encuentra al día de hoy su mejor expresión en la Obra “Dei Delitti e delle Pene”²² de Cesare Beccaria.

Empero, aun con la evolución de la percepción del Estado, y consigo el Principio de Legalidad en congruencia frente a los fines y funciones de las penas, una cosa es la Teoría del ESD, como se vio anteriormente y otra, será la expresión del derecho penal desde la punibilidad y el “ius puniendi”.

Ideograma 1. El principio de legalidad desde la ilustración a nuestros días

²² De los delitos y las penas.



Nota: El presente ideograma propuesto, de autoría propia, desenvuelve de forma sucinta la evolución histórica de los Estados, específicamente el Estado absolutista, el Estado de derecho y el Estado Social Democrático de Derecho. Se resalta el importante papel del Principio de Legalidad materializado en los estados, partiendo de sus inicios en el siglo XVIII tras las teorías contractualistas y pasando a la situación actual en la que se desarrolla este mismo en el marco del respeto y garantía de la Dignidad Humana. Tras la implementación del contrato social como fuente del poder público, y la pérdida de una serie de libertades que son entregadas al Estado con la finalidad de preservación de las comunidades, la sociedad admite que sea el Estado quien en su cuerpo colectivo opere el “ius puniendi”, teniendo dentro de sus

facultades la persecución y sanción penal, limitándose a lo dispuesto por el Principio de Legalidad en su sentido amplio y estricto, y teniendo en cuenta además la especial protección de la Dignidad Humana, situaciones que implican, per se, la determinación de los límites de la actividad punitiva del ESD y alcances de los bienes jurídicos tutelados, los delitos y las penas dispuestas por el legislador en el desarrollo de la creación de la ley penal.

Por otro lado, se hace necesario el análisis del contenido del ESD desde la perspectiva del derecho penal, puesto que dicha situación permite desarrollar una orientación que permita un acercamiento adecuado al problema de la JT como puente hacia la reparación, la reconciliación social y la paz duradera en el ESD, como se verá con más profundidad en el segundo capítulo. En el entendido en el que los Estados tienen la potestad penal acusatoria y sancionatoria, se eleva la necesaria garantía de Legalidad como derecho constitucional que impone la obligatoria tipificación de conductas consideradas como delictivas, sus correspondientes sanciones, su alcance y la duración de las mismas por parte del legislador con anticipación a la comisión de las conductas sometidas a reproche. Así, se salvaguardan los intereses del “todo social” y la protección de la ciudadanía dentro de un contexto axiológico además de seguir los parámetros de protección de la “*dignitas hominis*” o Dignidad Humana, situaciones sin las que no se podría llegar al mínimo de justicia, que debe ser garantizado por el Estado a la luz de los bloques de Constitucionalidad y Convencionalidad.

Sin embargo, dicha evolución se ha dado gradualmente y ha sido fundamentada en cimientos fuertes que son compuestos por el principio de legalidad, la división del poder público (pensamiento Montesquiano: ramas judicial, legislativa y ejecutiva), el respeto de los Derechos Humanos, la garantía de los mínimos vitales, los fines esenciales del Estado a los ciudadanos (salvaguarda y protección del “todo social”), el modelo democrático participativo, el poder punitivo único que permita el establecimiento de políticas criminales claras y dar así la legitimación necesaria para la intervención del Estado haciendo uso de su poder punitivo, incluso con la intervención más radical en la afectación a la libertad de los individuos que han lesionado o puesto en peligro el “pacto social” y el “ordenamiento jurídico”, además de la inclusión del otro como parámetro de justicia social, entre otros.

Es así que el ESD comprende la función real e integradora de efectividad de los parámetros de cada uno de los ítems que han sido mencionados²³, aplica de manera eficaz los fines esenciales y el poder punitivo del Estado, mediante la implementación de Estados, como lo denominaría Hobbes, “Leviatán”²⁴. Al respecto, la definición y aclaración del Principio de Legalidad frente a los delitos, las correspondientes sanciones y su aplicación en concordancia con la dogmática penal y la política criminal dentro de los sistemas penales. Es por ello que el ESD se da mediante la institucionalización y sistematización específicamente a la hora de la determinación y la delimitación de las funciones que le competen al Estado y a sus funcionarios o dependientes.

Como punto de partida de lo señalado, el filósofo Ronald Dworkin en su texto denominado “*Questioni di Principio*” señala que los valores predeterminados constitucionalmente por los Estados son la primacía y el catálogo axiológico que se derivan del sentido y la finalidad de las normas del ordenamiento jurídico del ESD (Dworkin, 1985, p. 5 y ss), en otras palabras:

El ordenamiento jurídico no se materializa completamente cuando se traduce en orden jurídico, es decir en relaciones intersubjetivas notorias, por el contrario, existe la necesidad de su positivización, pero no estrictamente en la descripción lingüística en la ley, sino que, como lo dispuso Santo Tomás de Aquino, debe ser dispuesta como conductas, relaciones y cosas específicas y exigibles. Por ello, el

²³ Y tan es así, que se debe expresar que no es en su totalidad cierto, puesto que es la Corte Constitucional quien por medio de su jurisprudencia hace valer y hacer efectivos ciertos derechos subjetivos, dándole una verdadera interpretación y aplicación a la norma. Para una mejor comprensión léanse todas y cada una de las sentencias de tutela frente a la vida, salud y Dignidad Humana desde 1991 a la fecha, donde claramente las entidades y el mismo Estado no dan esta aplicabilidad y, son las altas Cortes quienes deben configurarlas por medio de su jurisprudencia.

²⁴ La misión del Estado para la configuración del principio de legalidad en materia penal concluye en impedir que se caiga en “Estados Leviathan” como lo sustenta Claus Roxin en su texto *Iniciación al Derecho Penal de Hoy* (1981): “... las sanciones penales privativas de libertad (tanto si se trata de penas en sentido estricto, como de medidas de seguridad) se van transformando de medios de represión y expiación en instrumentos de tratamiento social. Tanto el sistema penitenciario resocializador como los establecimientos de terapia social, deben corregir defectos en la adaptación social y ayudar con ello al afectado mismo y a la sociedad. Aunque esta evolución debe ser valorada positivamente, encierra dentro de sí el peligro de que los esfuerzos de conseguir la adaptación del individuo a las pautas del comportamiento social destruyan su libertad. Los fenómenos de desintegración social no sólo se dan en personas que han cometido grandes hechos punibles, sino también en personas abandonadas, mendigos y marginados de diferentes clases. Los esfuerzos Estatales por disciplinar y socializar a tales personas pueden, por su puesto, impedir que caigan en la criminalidad; pero, al mismo tiempo, también pueden limitar excesivamente la libre configuración de su vida y conceder al “Estado Leviathan” el poder total a costa del individuo” (p.21 y ss) (Cursiva fuera de texto).

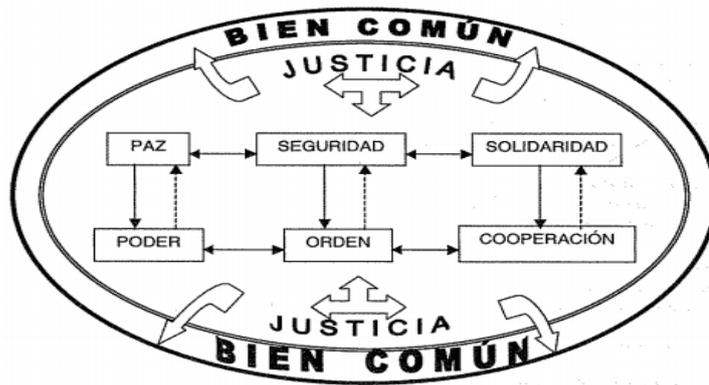
contrato social o proyecto compartido de vida social debe ser repensado y replanteado desde los valores de coexistencia (compartir en el mismo tiempo) y convivencia social (compartir en el mismo tiempo espacio-tiempo), generando espacios de paz, seguridad, solidaridad, poder legítimo, orden social, cooperación forzosa y todos aquellos valores que se fundamentan en la justicia y el bien común. (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002, p. 22).

De esta forma, los mismos Estados desde la concepción jurídica implementada con la Teoría del Estado y su evolución histórica, cumplen un papel cada vez más garantista de los derechos e integradores de los valores, cumpliendo los fines esenciales contemplados por la Carta Política del ESD (bienestar y seguridad de la comunidad). Esta evolución ha permitido que los Estados pasen de ser Absolutistas o Totalitaristas a ser Estados de Derecho para finalmente evolucionar a ser Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Para el filósofo Jaques Maritain:

(...) L'État démocratique, pour lequel la liberté, la loi et dignité de la personne humaine sont des principes fondamentaux, et où la rationalisation de la vie politique est cherchée dans la perspective des valeurs et des normes morales; et le cas d'un État totalitaire, pour lequel le pouvoir et une certaine oeuvre à accomplir par le tout sont les seules choses qui comptent, et où la rationalisation de la vie politique est cherchée dans la perspective des valeurs et des normes purement artistiques ou techniques. (Maritain, 1953, p. 58)²⁵

Ideograma 2. Valores de Coexistencia y Convivencia en el Estado Social de Derecho

²⁵ La traducción al texto es la siguiente: el Estado Democrático, donde la libertad, la ley y la Dignidad Humana son los dogmas fundamentales, y la racionalización de la vida política se persigue dentro de la perspectiva de las normas y los valores, mientras que en el caso del Estado Totalitario, en donde sólo se toman en consideración el poder y una determinada tarea a cumplir con el todo, y en el que la racionalización de la vida política se persigue dentro de la perspectiva de los valores y normas meramente artísticos o técnicos.



Nota. El presente ideograma es de la autoría del profesor Alberto Cárdenas Patiño (2002, pág. 23)

Para explicación del ideograma y siguiendo esta perspectiva de tradición Tomista²⁶, lo que justifica el “derecho a punir” se erige en dos momentos:

A. La facultad de punir en cabeza del Estado, que constituye el valor común a perseguir: el “Bien Colectivo”. Luego, quien dañe el “pacto social” le debe ser incoada una pena; lo anterior, solo es alcanzable (como indica el ideograma) por medio del valor de la justicia (De Aquino, 1485, págs. Questio 96, art. 3). Como lo dice el Profesor Alberto Cárdenas Patiño: “EL BIEN COMÚN con todos los bienes que encierra el criterio axiológico en el sistema penal “Sine Quorum Prohibitione societas humana conservari non posset” (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002, p. 46)²⁷ o en español, sin cuya conservación la sociedad humana no se podría conservar.

Cualquier sistema penal tendrá como objeto “valorar” ciertos bienes o derechos, es entonces cuando el legislador encuentra en la norma el “interés” de darles ese “valor” o “tutelarlos”. La valoración de los sujetos, traducida en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional son traducidas en normas, que retoman la categoría de “bienes jurídicos tutelados” y cuando estos se transgreden el legislador elabora los “tipos penales”. Como ejemplo claro, el legislador encuentra en el sujeto de

²⁶ Los juristas Alberto Cárdenas Sierra y Edgar Antonio Guarín en el texto “Filosofía y Teoría del Derecho. Diálogos de Tomás de Aquino con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann”, proyecta la filosofía Tomista como: “filosofía Perenne, es decir para referirse a esa filosofía transecular que siempre retorna y entra en contacto con los problemas nuevos de cada época y que no es desplazada o sustituida definitivamente por otra (...) no es tan solo una realidad histórica, porque posee sustancia universal que supera las modas de todos los tiempos, aunque, sin duda, debe revestir en cada restauración o renacimiento las nuevas problematizaciones o los nuevos lenguajes”.

²⁷ La traducción al texto es la siguiente: Sin cuya prohibición la sociedad humana no se podría conservar.

derecho un “valor” mayor el cual es la vida, al considerarla un derecho fundamental, fundamentada en la Dignidad Humana, el interés jurídico del ESD es tutelarla y, la sujeción a esto implica la prohibición de conductas que la ponen en riesgo o la transgreden; por tal razón se sancionan conductas como matar, que conlleva a condenar la muerte y a lo que se le denomina “antijuridicidad”.

B. La coherencia del ESD permite un engranaje cooperativo de las Ramas del Poder Público y sus funciones, en la búsqueda de la observancia de los fines esenciales del Estado, esto implica, per se, la obligada relación entre el juez y el legislador. Específicamente en el Derecho Penal, el legislador tiene por objeto la tipificación de delitos, lo cual implica la protección y salvaguarda de bienes jurídicos tutelados para que el individuo pueda, dentro de un plexo valorativo configurado normativamente, convivir y coexistir socialmente²⁸. Por otro lado, el juez asume el papel de mediador entre lo dispuesto por el legislador y lo impuesto al individuo sancionado, es quien vela por el equilibrio entre los Principios Constitucionales, los valores y normas legales, y la imposición de los fallos judiciales bajo parámetros de justicia; solo así se evitaría caer nuevamente en la imposición de Estados Totalitaristas y la denominada “ley de embudo”, al respecto señala el profesor Elías Díaz (1966):

(...) de no proteger el esquema de derechos de la persona humana, de todas las instancias éticas exigibles, cuya protección se considera más necesaria; el núcleo central (derechos individuales y sociales protegidos en la Constitución) cae automáticamente en faltas arbitrarias y abusivas, impide la existencia de un auténtico Estado de Derecho y favorece la implantación de un sistema político absolutista, autoritario o totalitario (p. 41).

De tal forma, el Principio de Legalidad se concretiza en el campo penal mediante la libertad de los sujetos cuando existen injusticias en el proceder judicial, de no ser de esta forma, el Estado se enfrentaría a constantes arbitrariedades judiciales. Esto brinda

²⁸ El jurista Alberto Cárdenas (2002, pág. 46) citando a Santo Tomás de Aquino, alude: “La ley humana no prohíbe todos los vicios... sino **sólo se prohíben los más graves**, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres, especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, **sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar**, como son los homicidios, hurtos, y otros vicios semejantes (Suma T. I-II. Q. 96 art. 2). (Cursiva fuera de texto)”

seguridad jurídica a los ciudadanos y da coherencia al papel del Estado en el ejercicio del Poder Punitivo que le es otorgado por el cuerpo social, así el legislador concreta los tipos penales y los jueces les dan sentido a sus fallos, permitiendo al ESD garantizar la efectividad de los derechos de las personas; así lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-238 (2005):

Esta disposición consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas, que desde la época de la Revolución Francesa protege la libertad individual contra la eventual arbitrariedad de los jueces y garantiza la igualdad de las personas, y que en su sentido amplio comprende:

- i) la reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C.N), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas;
- ii) la irretroactividad de las leyes que crean delitos o aumentan las penas, para evitar la imposición de sanciones ex post facto, esto es, con posterioridad a los hechos, respecto de conductas realizadas en ejercicio de la libertad legítima, de tanto significado en un Estado liberal, cuando no existía ninguna prohibición.

Después de dirigir una mirada a los valores descritos en el preámbulo de la C.N, y como consecuencia, la axiología jurídica dando pie al surgimiento legitimado por “ius puniendi”, será necesario señalar qué es Colombia como E.S.D:

Colombia es un Estado social de derecho²⁹, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales,

²⁹ La Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, expresa lo siguiente: “La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de derecho, es de una

democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Artículo 1º, Constitución Política de Colombia, 1991).

Lo anterior presupone advertir y analizar unos elementos pertinentes que se expresan en la Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional referente al artículo primero de la C.N:

Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se refiere a la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela (...) Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto."

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (Sentencia T-406, 1992).

Como antecedente a lo dispuesto por la Corte Constitucional, el Estado en su papel protector y garante de la sociedad, incluso frente al poder punitivo legítimo del mismo, se plantea el interrogante de determinar si el fundamento racional de los bienes jurídicos tutelados garantiza la efectividad y seguridad de la comunidad, además, determinar cuáles son las conductas susceptibles de reproche, castigándolos con las penas dispuestas por el legislador. De acuerdo con el jurista Elías Díaz, el filósofo Jacques Maritain y lo señalado por la Corte Constitucional, la clave interpretativa racional se fundamenta en la “ley natural”, que se compone de dos dimensiones: ontológico y gnoseológico, lo que se conoce como la teoría del “núcleo esencial”.

Dicha teoría explica que hay un “algo” que debe ser preservado por el sistema de derechos, con el fin de ser “ampliado” y “potencializado” a su máximo esplendor, esta optimización se debe a la reserva legal, que como se dijo, es la substanciación de las conductas punibles y sanciones, constituida en la imposición de sanciones, incluyendo la más radical intervención estatal que implica la privación de la libertad de los individuos de acuerdo a lo que permite el ordenamiento jurídico. La finalidad de esto es la protección del bien común o el interés general, en el que automáticamente se introduce el valor de la justicia que impide sanciones o prohibiciones arbitrarias, garantizando un trato igualitario para todas las personas. En otras palabras, todo el sistema dogmático desde cualquier punto de vista, en especial desde el enfoque del derecho penal, se advierte que el núcleo esencial tiene consigo una serie de limitaciones, en forma de leyes, para salvaguardar los derechos fundamentales de orden constitucional y los bienes jurídicos tutelados y protegidos por el derecho penal, y no para opacarlos, excluirlos o disminuirlos.

En cuanto a la limitación del poder punitivo en cabeza del ESD y su enfoque humanista desarrollado mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se hace un desglose de la Dignidad Humana (Sentencia T-189, 1999) (Sentencia C-420, 2002) (Sentencia C-013, 1997) (Sentencia C-1287, 2001) (Sentencia C-646, 2010), sin embargo, la Corte se encarga de delimitar este principio más allá de su estricta formalidad, advirtiendo que en el marco de la “ley natural”, la condición humana no puede ser condicionada a la involución o a sistemas arcaicos y desconocedores de garantías mínimas o de derechos fundamentales sino que, contrario sensu, se debe presentar la “humanización de la sanción punitiva”, tal y como lo expresa el Magistrado Carlos Gaviria Díaz:

En el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado. (Sentencia C-679, 1998).

Asimismo, los presupuestos de la pena y la humanización de la misma desde la visión de la teoría de “núcleo esencial” y la posición asumida por el filósofo Maritain, advierte que el todo social debe tener obligatoriamente un carácter orientado al “Dignitas Hominis”, es decir, que la Dignidad Humana no es una situación que dependa de la exclusividad de acceso de una determinada población, sino que de otro modo, debe ser de acceso ilimitado e incluyente para todos ser humano sin condicionamiento alguno que se derive de sus ideologías, raza, orientación sexual, identidad de género, etc., es el Estado, en conjunto con la sociedad el encargado de determinar convenios en los que se determine qué es fundamental y que no, los bienes jurídicos que son susceptibles de tutela y de protección especial por parte del derecho penal, y del Estado por consecuencia.

El presupuesto de la ley natural permite que se respete la condición humana, sin que la misma sea objeto de retroceso en cuanto a su protección o garantías de las cuales goza, razón por la que se configura la necesidad de la tipificación de los delitos y de las sanciones que trae consigo su transgresión. Debido a esto, y a la concepción ontológica

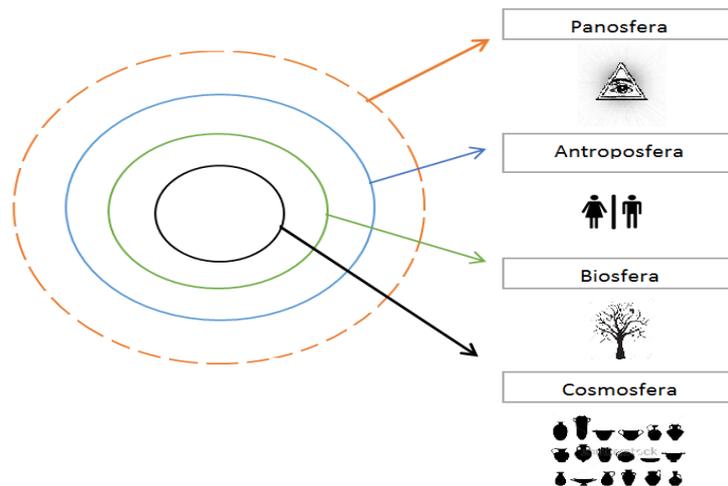
de la humanidad que involucra la racionalidad, se genera una serie de condiciones que conllevan a la humanidad; si estas condiciones son llevadas al extremo mínimo de la mera experiencia animal “bios”³⁰, a lo que se conoce como involución humana, se pierde la condición ontológica arriba planteada. Al respecto se acude a lo que promulga el pensamiento aristotélico al respecto del hombre como zoon politikón o animal político, dotado de razón y con la latente necesidad de la otredad para su convivencia y coexistencia. El mismo estagirita en su libro “la Política” citado por el filósofo griego Vassilios Kalfas: Είναι φανερό ότι η πόλις είναι κάτι το φυσικό, και ότι ο άνθρωπος είναι από τη φύση του πολιτικό ζώο (Πολιτικά 1253a9-11) (2015, p. 77) (Es obvia y necesaria la sociedad (ciudad) para el hombre quien por naturaleza es un animal político).

Como consecuencia de lo anterior, se da la protección de los bienes jurídicos tutelados y la “filosofía del castigo” sobre su justificación o no, y en general sobre los modos en que una comunidad puede, debidamente, reaccionar frente a la comisión de actos que considera gravemente reprochables (Gargarella, 2008, pág. 25). Esta filosofía pretende imponer al Estado la necesidad de justificar los delitos y sus castigos, mediante el control punitivo ejercido sobre el Estado, llevando a la comunidad a determinar de manera conjunta su actuar en derecho frente a la comisión de actos considerados como reprochables.

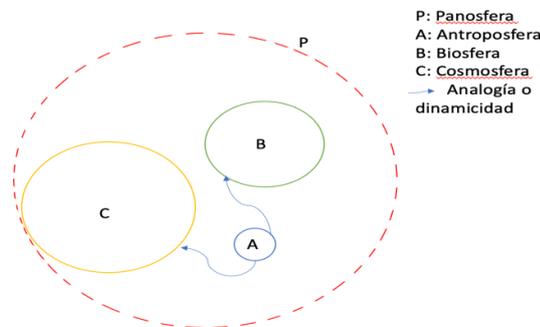
Ideogramas 3. A. Visión Cosmológica aristotélico-tomista desde la perspectiva de Teilhard Chardin³¹.

³⁰ Como se expresó en el texto “Los Crímenes de Lesa Humanidad a la Luz de la Filosofía Política y del Derecho” (Ibarra Sánchez, 2015) y, citando el pensamiento del Aquinate y del jurista Javier Hervada: “... el sujeto, lleva ligado consigo la Ley Natural que no es otra cosa que la luz de la inteligencia puesta en nosotros por Dios; por ella conocemos lo que es preciso hacer y lo que es preciso evitar (Suma teológica II, II, q 58 art1 y ss). Y ninguno puede afectar esta esencia del hombre, pues el mismo hombre también debe realizarse con los otros para convivir y coexistir. “La Dignidad Humana consiste en la eminencia del ser humano en el más alto grado de ser, que lo constituye como un ser dotado de exigibilidad en relación a sí mismo y a los demás hombres. Radica en la naturaleza racional o espiritual del hombre que le proporciona la intensidad y perfección del ser, más altas que al resto de los seres” (Ibarra Sánchez, 2015).

³¹ Al respecto, véase el libro “Los Crímenes de Lesa Humanidad a la Luz de la Filosofía Política y del Derecho”, (Ibarra, 2015, pág. 67).



B. Igualmente se puede encontrar esta visión cosmológica en el texto del maestro Zabalza Iriarte, *Recuerdos de un maestro*, Libro: El horizonte económico (2015)³²



El objeto del anterior ideograma es la graficar cómo la visión cosmológica y la situación del hombre-mujer como humanidad que se ubican en la antroposfera, implica la priorización de la Dignidad Humana para la ley y su preservación a toda costa, por el hecho tener la condición humana, incluso priorizándolo sobre las demás esferas. A pesar de la existencia de otras criaturas que gozan de las mismas condiciones de existencia y hacen parte de la “biosfera” que rodea al hombre, se presenta la prevalencia de este último porque es el único que puede producir normas “válidas” para la protección de las “dignitas” tanto animales, como humanas de cada esfera que lo rodea en su desarrollo. Es así que la idea de Dignidad Humana, basada en la racionalidad del ser humano, no puede ser sometida a la mera protección de una animalidad y de un mero “bios”, sino que debe

³² El segundo ideograma fue propuesto por el profesor William Hernández. Una vez analizado los enfoques del filósofo Zabalza Iriarte, denota como la cromosfera es más grande que la biosfera, y la biosfera es más grande que la antroposfera, Sin embargo, no pierde el sentido en decir que en la humanidad (donde reposa la racionalidad) es la poseedora de la Dignitas Hominis.

ser especialmente protegida por el ESD en una experiencia enriquecedora que permita a cada integrante de la sociedad a vivir un vida en pleno derecho y con la plena garantía de la protección de su integridad física, moral, emocional y demás, que influyen en su comportamiento en sociedad y en la calidad de vida con la que cuentan.

Como ejemplo de lo anterior, se trae a colación lo sucedido en la Segunda Guerra Mundial en donde la humanidad se vio degradada a un nivel tan bajo, que miles de personas fueron cruelmente asesinadas en los campos de concentración en condiciones precarias, que contraría toda concepción de Dignidad Humana, siendo reducidos en su dignidad y por lo tanto fueron tratados sin atención a la protección igualitaria, perdiendo todo sentido ontológico el hecho de ser humano, el cual a hoy en día tiene un carácter fundamental en un ESD³³, en el que es de máxima prioridad su reconocimiento y protección.

En cuanto al principio de igualdad frente al asunto ontológico citado anteriormente, se plantea que el no reconocimiento de dicha categoría, que implica necesidad a todo ser humano (incluso a quienes han perdido su libertad en procedimientos legítimos del Estado en uso del *Ius Puniendi*) tiene como supremacía la condición humana, que no se pierde ni extravía durante procedimientos legales. Esto en razón a que los procedimientos, como instrumentos del Estado, no son fines en sí mismos, sino que buscan tener en su centro a la persona humana, tal y como lo indica la Constitución Nacional y la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992.

Por otro lado, el desarrollo del segundo punto, referente a la finalidad de las normas configuradas por el ordenamiento jurídico (el sentido deontológico), debe orientarse a una consagración normativa fehaciente de las normas, siendo explícitas frente a la misma humanidad. La importancia que esto trae consigo es la construcción del fundamento y finalidad de la organización Estatal tanto en el sentido de su dogmática penal, como en su política criminal. Así, las penas deben producir un efecto positivo para la sociedad, y por tanto, se pretende que el Estado sea creador de las sanciones y las penas

³³ Es interesante este precepto constitucional análogo con los fundamentos del sistema penal actual, pues la llamada “*Dignidad Humana*” es el eje central donde culmina el derecho como “*ultima ratio*”. Cabe resaltar que esto es objeto del actual sistema penal colombiano evocado en sus leyes: Ley 599 De 2000 (el Código Penal) y la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

enmarcadas en la dignidad y respetuosas de aquellos mínimos esenciales para el óptimo desarrollo de la persona. Este aspecto punitivo que fue asignado al Estado hace no más de 200 años, permitió a los Estados salir del primigenio “Estado totalitarista”, el cual estaba sujeto a ordenes punitivos de orden draconiano, y si por el contrario, logrando y consagrando potestades legislativas, sancionatorias y ejecutivas al Estado.

De forma tal que se hace necesaria la remisión al segundo artículo de la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual sustenta los fines del Estado mismo de la siguiente forma:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 2º, Constitución Política de Colombia, 1991).

Lo que se resalta en subrayado evoca automáticamente cuestionar ¿cómo es posible erigir los fines a favor de promover la prosperidad general, garantizar derechos y principios y, proteger a la colectividad remitiéndose directamente a los asuntos penales? La respuesta da equilibrio a decir que sobre ello se cimienta la política criminal, que como lo determina la Corte Constitucional en su sentencia C-646 de 2001, que dice:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables

de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica” (Sentencia C-646, 2010).

De acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior, y a los propios fines del Estado (determinados, como se vio, en el artículo segundo constitucional), la política criminal debe ser entendida en dos sentidos: i) Como una actividad exclusiva del Estado, generadora de pautas y mecanismos diseñados para “combatir” el delito. Es decir que, el Estado en todo sistema jurídico-penal implementa bases que permiten el control social, la definición de comportamientos considerados como delictivos, la finalidad de las penas, etc. Y ii) como aquella actividad científica que forma parte del derecho penal, y que tiene como objeto los principios a los que deben estar sometidos en el derecho positivo (como se vio en el preámbulo constitucional y en su plexo valorativo), la determinación de las penas y sus fines a alcanzar en el sistema jurídico-penal; para ello debe existir una confrontación crítica de las normas penales y las teorías del delito, generando el adecuado control del comportamiento delictivo.

II. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.

Refiriéndose a la potestad punitiva del Estado o al denominado “ius puniendi”, se hace alusión al poder que este tiene para imponer sanciones, penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos o conductas punibles por parte de los sujetos que integran la sociedad. Estas sanciones de carácter penal son impuestas por el juez, quien debe actuar

conforme a la ley. Por tal razón, la ley penal debe estar previamente determinada por el legislador, indicando de forma clara y expresa los comportamientos típicos delictivos y sus sanciones. Dicha descripción de conductas debe servir al juez como punto de referencia para la subsunción de las conductas cometidas por el sindicado. Entonces:

“(…) la mancomunadamente llamada “punibilidad” se ejerce por parte del Estado como reacción a comportamientos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones, por medio del cual se crea la sanción penal, y es el ente judicial quien cumple la tarea de imponerla (la sanción) en concreto.” (Reyes Echandía, 1978, p.7 y ss).

Siguiendo entonces lo dispuesto en la máxima: “Nulla poena sine crimina sine legge”, la sanción penal es la manifestación del Estado como respuesta a la comisión de comportamientos que han sido determinados como delitos o contrarios a derechos por medio de la ley y, de la cual, el juez determina la pena en concreto.

Es así, que se traen a colación una serie de puntos relevantes, puesto que si no existiese la normatividad penal que contemplara la sanción y los parámetros para la determinación de los delitos, estos se convertirían en mandatos de carácter social con contenidos netamente éticos o morales, y no contendrían ningún tipo de fuerza vinculante³⁴. De ahí la importancia de que los tipos penales (que resguardan bienes jurídicos tutelados) sean el mecanismo utilizado por el Estado para la protección de los intereses jurídicos de la sociedad frente a la comisión de aquellas conductas que vulneran el esquema de valores de convivencia y coexistencia.

De otro lado, la existencia de la norma penal abre las puertas a la existencia de un derecho subjetivo, ejercido por parte de una de las Ramas del Poder Público, tal y como lo señala Giuseppe Bettioli (1962) quien sugiere que *“la norma penal compromete de manera directa un derecho subjetivo del Estado referente a la obediencia de la ciudadanía, y a su vez, la prevención general de cometer un hecho delictivo descrito previamente por la norma. A este “derecho” corresponde la obligación del sujeto de abstenerse de cualquier comportamiento que lesione los intereses jurídicos protegidos*

³⁴ Como lo expone Jürgen Habermas (1999) la coerción trascendental de tipo débil.

por la ley, siendo así, el responsable de cualquier acto delictivo debe soportar los efectos jurídicos dispuestos previamente por el legislador, sometiéndose a la pena” (p.62) (Cursiva fuera de texto).

Se evidencia entonces la reciprocidad entre derecho-deber derivado de la aplicación de la norma penal y configurada en el momento en el que una persona comete una conducta punible descrita en algún tipo penal. En ese preciso momento, el Estado puede ejercer su facultad punitiva e imponer una sanción o pena al infractor de la norma, quien se ve en la obligación de cumplirla³⁵.

Sin embargo, existen posiciones contrarias, como la del maestro Francesco Antolisei, quien advierte que:

20. Pretendida subjetivación de la norma penal.—se discute si respecto de la norma penal se da también el proceso de subjetivación que de ordinario se da cuando el ordenamiento jurídico impone obligaciones: particularmente si, en correspondencia con la obligación del súbdito de observar cierto comportamiento, es decir, de abstenerse de rechazar el hecho previsto por la ley como delito, surge en el Estado un derecho subjetivo: el derecho de castigar (...) En el estudio de este problema, aunque puramente teórico, se distingue en general entre el momento anterior a la violación de la norma y el momento posterior a ella, es decir, a la comisión del delito. En verdad se ha hablado de "derecho" de castigar también respecto de la fase que precede a la imposición de las normas, considerando la facultad que compete al Estado de emitir leyes penales como un derecho subjetivo, pero esta opinión hay que considerarla superada, pues ahora reconocen todos que el poder de imponer preceptos penalmente sancionados no es un derecho del Estado, sino un atributo de la soberanía. (Antolisei, 1960, p. 36).

Al respecto, Vincenzo Manzini (1962) argumenta que la facultad punitiva frente a los criminales no constituye un derecho subjetivo del Estado, sino por el contrario es la manifestación de su voluntad soberana (p. 93). Petrocelli (1955), al respecto, se pronuncia en el mismo sentido, argumentando que el delincuente que ha sido legalmente detenido

³⁵ Aquí se podría referir directamente de la textura abierta del lenguaje de Herbert L. A. Hart, para quien “verse obligado” es muy distinto de “tener la obligación de”. (Hart, 2012) y (Hart, 2019).

debe cumplir la pena que el juez le imponga, pero este no tiene la obligación de dejarse conducir a prisión, “sino que es privado del derecho de resistir, que es una cosa distinta” (p.180).

Así y retomando el argumento de Francesco Antolisei, quien señala:

Naturaleza del poder punitivo y titularidad de él. -Excluido que el poder punitivo pueda considerarse derecho subjetivo, se ha sostenido que trata de una “potestad” en el sentido indicado por la doctrina publicista. Sin embargo, si se admite, como aquella doctrina sostiene, que la potestad es por su propia naturaleza irrenunciable e imprescindible, nos parece que en tal noción no puede entrar el poder de que se trata, ya que él, por lo menos dentro de ciertos límites, es renunciable (...) la facultad de castigar es un poder jurídico, es decir, un poder no de hecho, sino regulado por el derecho, se dice lo suficiente para calificarla en su verdadera esencia (...) luego, la función punitiva es en todos sus momentos una de las manifestaciones esenciales de la potestad jurisdiccional del Estado, ya que atiende a la defensa objetiva del ordenamiento jurídico. En efecto, el castigo de los que han violado la ley penal no es un interés "particular" de la administración pública, sino un interés del Estado considerado en su unidad, puesto que es indispensable para que la comunidad social pueda existir y progresar. La doctrina dominante imagina ese castigo como el resultado de la actividad de una parte que, viendo violado un derecho suyo, pide a la autoridad judicial la reparación de él; pero esta concepción, elaborada, como toda la teoría del ius puniendi, a imitación del derecho privado, no responde en modo alguno a una visión realista de la función punitiva. (Antolisei, 1960, p. 39 y 40).

Por otra parte, el Profesor Alfonso Reyes Echandía (1978) se adhiere a esta concepción señalando que:

La tesis del derecho subjetivo de castigar y de la obligación de sufrir la pena cuando el precepto ha sido violado, no parece aceptable, porque el derecho subjetivo puede o no ejercitarse, al tiempo que el Estado, al describir como delictiva o contravencional una conducta, no puede menos prever la condigna sanción, y al realizarse por el individuo el hecho criminoso, no tiene vía diversa a

la de imponerle una sanción con la cual lo amenazó en la instancia legislativa; y por lo que hace al infractor, es inexacto afirmar que se trata de una verdadera obligación jurídica, como que su incumplimiento no le acarrea pena alguna (salvo que se trate de la específica modalidad de la fuga, tal como está tipificada en la ley penal). Además, la función sancionadora del Estado es absolutamente indelegable –a diferencia de cualquier derecho- como que solamente puede ser ejercida por sus legítimos voceros, la legislación y la jurisdicción (excepcionalmente la administración). No es correcto, entonces, sostener que el responsable de una infracción penal esté obligado a cumplir la sanción que se le haya impuesto, sino que es obligado, vale decir, constreñido a cumplirla (p. 11).

A manera de conclusión, la Potestad punitiva del Estado a la hora de sancionar, debe estar previamente establecida por el legislador, en la que se tipifiquen determinados comportamientos como susceptibles de reproche, sus respectivos castigos y la determinación de jueces naturales (quienes en nombre de la “jurisdicción estatal” tienen competencia para juzgar y sancionar), siguiendo lo dispuesto y lo regulado por el propio legislador en la norma previa.

1. Concepto y naturaleza de la pena.

En sentido nominal, la expresión de “pena” deriva del latín “poena” y este del griego ποινή (poiné) (Real Academia Española, 2001) significa castigo, dolor, tormento o sufrimiento. Sin embargo, en sentido calificativo, que se pretende estudiar en concreto en el presente escrito es de orden jurídico, es la “pena” que se impone al sindicado que realiza una conducta punible y cuya responsabilidad se comprueba en un proceso penal. Esto conlleva a la ejecución de una sentencia emanada por el juez natural, es decir por el designado previamente por la ley, quien concreta el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En palabras del jurista Alfonso Reyes Echandía (1978):

Cuando en el concurso de un proceso penal se demuestra plenamente que el sindicado realizó conducta de acción u omisión descrita en un tipo penal determinado de tal manera que aquella subsume integralmente en este, cuando, además, tal comportamiento vulnera ilegítimamente el interés jurídico que el legislador pretendía tutelar y, cuando finalmente, dicha conducta fue ejecutada

culpablemente –vale decir, con dolo, culpa o preterintención- el juez en nombre del Estado lo declarará responsable y procederá entonces a imponerle una sanción penal (p. 7).

Es importante resaltar que, la sanción debe ser predispuesta por el legislador, es decir, debe estar previamente decretada por ley, con todas las connotaciones y condiciones que la validez implica, y que se materializa en la tipicidad y taxatividad, en la que se subsuma la conducta delictiva cometida por el sindicado (Reyes Echandía, 1978). A partir de ello surgen diversos interrogantes respecto de la pena que determinan el mapa de ruta a la hora de hablar del objeto de la pena en su sentido más amplio, y que se concretizan en preguntas específicas: ¿Qué es? ¿Cómo se determina lo que será la pena? ¿Existen penas de diversos órdenes tales como el administrativo o el penal?

A lo largo de la historia jurídico-penal se han adoptado una diversidad de nociones frente al término “pena”, hasta lograr un punto de definición objetivo y adoptado por la mayoría de Estados. En principio se dijo que el ordenamiento jurídico de vía libre al Estado para establecer las penas como respuesta a la comisión de un hecho delictivo por parte de un individuo, buscando redirigir la conducta del condenado con la sanción y la limitación de sus derechos (Pagliario, 1980). Por ello, fue considerada como el mal legítimo impuesto por el Estado mediante sentencias judiciales en contra de quienes hayan sido encontrados como culpables del delito (Carrara, 1957). La finalidad de la sanción impuesta al delincuente es la prevención frente a la nueva comisión de estos hechos reprochables, puesto que se materializa con la disminución de los bienes jurídicos de los cuales goza a través de los fallos expedidos por los órganos jurisdiccionales (Grispigni, 1952).

Manzini (1911) sintetiza la pena mediante la definición y desglose de todos sus atributos, señalando que el castigo se justifica en la necesaria inducción de la sanción enérgica, pero bajo los parámetros de justicia, cuando la vulneración recae sobre algunos de los bienes jurídicos de los que es titular el Estado. De esta forma, garantiza la tranquilidad de la población civil frente a la actividad peligrosa del delincuente, preservando el orden social; es así que la función penal es de carácter social y exclusivamente pública.

De acuerdo con estos arquetipos, la imposición de la pena implica la sanción más radical, en cuanto a la afectación de los bienes jurídicos de la persona que ha vulnerado la ley con su actuar. Esta sanción, implementada de forma exclusiva por el Estado (potestad punitiva) y bajo los parámetros de una sentencia proferida por un juez (efecto de cosa juzgada y fuerza vinculante), tiene como finalidad la salvaguarda de los intereses colectivos.

Por otro lado, el concepto de la pena desde la óptica ius-filosófica parte desde la punibilidad, es decir, aquella connotación pública de la que se dota a la sanción jurídica, el cual es considerado de mayor gravedad por el ordenamiento jurídico:

(...) la pena, en sentido moderno, es la sanción jurídica de un delito. Más específicamente, “pena” es la sanción predeterminada por la ley como consecuencia de un delito y determinada por una sentencia de condena en las formas y garantías del proceso penal” (Ferrajoli, 2016, p. 27)³⁶.

Es por ello que desde una perspectiva formal -señala el profesor Fernando Velásquez- la pena es aquel mal dispuesto por el legislador y que es impuesto a quien comete el hecho delictivo. Sin embargo, desde el punto de vista material, tanto el fundamento como su sentido y fin aún no se encuentran determinados (tal y como se expondrá más adelante) (Velásquez, 2010). A pesar de lo planteado, se pueden identificar tres elementos que componen la sanción criminal:

1. En principio, la facultad de privación de bienes jurídicos determinados en razón de la protección de la convivencia y la coexistencia humana.
2. La imposición de la sanción, en cabeza del Estado, es realizada por el órgano jurisdiccional de acuerdo a los presupuestos determinados por la ley.
3. La pena es atribuida únicamente a quien es responsable de la comisión de la conducta punible (Velásquez, 1997). En esta idea también coincide Zaffaroni (1997).

³⁶ Para mejor comprensión al español, la obra citada del mismo autor se encuentra como “El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal” de la editorial Trotta, Madrid, (2016). P. 41.

Surge un dilema del que se desprenden dos vías respecto de la justificación de la sanción criminal, en primer lugar, se da un enfoque a la problemática de la determinación de aquellas conductas que son consideradas como punibles por parte el Estado. Por otra parte, se establece el procedimiento que debe ser aplicado a quien cometió la conducta punible y vulneró la ley penal. A partir de estos dos planteamientos, aparece la pena como consecuencia o respuesta jurídica; se habla entonces del “ser” (cuestión ontológica) y del “deber ser” (cuestión deontológica) de la pena. La primera referida a la razón del castigo, el cuestionamiento del porqué de la consecuencia; y la segunda encaminada a determinar la finalidad de la existencia de la pena.

Es decir que del análisis filosófico penal conoce de aquellos problemas que se desprenden del cuestionamiento de ¿por qué castigar? Al respecto, varios jusfilósofos penalistas como Claus Roxin, Mir Puing, Günther Jakobs, entre otros, afirman que de esta cuestión surge la idea de determinar “necesidad de la pena”, así como sus diferentes soluciones. Por ello, el profesor Luigi Ferrajoli explica la casi nula distinción entre la función de la pena y su finalidad, ya que no se pone a consideración ni su determinación, ni su objeto.

La pregunta porque castigar puede ser entendida en dos sentidos distintos: porque existe la pena o bien por qué se castiga; segundo, por qué debe existir la pena o bien porque se debe castigar. En el primer sentido, el problema del porqué de la pena es un problema científico, es decir, empírico o de hecho que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y refutables, pero de cualquier modo susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas. En el segundo sentido, el problema es en cambio, uno de naturaleza filosófica, y precisamente de filosofía moral o política, que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas, en cuanto tales ni verdaderas ni falsas, sino aceptables o inaceptables como axiológicamente validas o invalidas. Para evitar confusiones será útil usar dos palabras distintas para designar estos significados del por qué: la palabra función para indicar los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos. (Ferrajoli, 2016, p. 41 y 42).

Por ello, para develar el sentido epistémico de la función y fin de la pena, el mismo autor afirma que es necesario abordar las cuestiones históricas y sociológicas acerca de la función de la pena, que materializan el derecho penal y las penas. Las doctrinas axiológicas o de justificación, por el contrario, responden a las cuestiones éticas acerca del fin que la sanción debe perseguir (Ferrajoli, 2016)³⁷.

Cabe aclarar que gran parte de los doctrinantes se abstienen de dar respuestas claras acerca del por qué castigar, ya que no plantean de forma clara sus posturas ontológicas y deontológicas (“ser” o “función” y “deber ser” o “fin”), abriendo paso a la generación de una dicotomía, así como lo plantea el profesor Ferrajoli (2011):

Caen en esta confusión ante todo quienes sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como teorías de la pena, de manera que hablan a propósito de la tesis de los fines de la pena de “teorías absolutas o relativas”, de “teorías retributivas o utilitarias” y de “teorías de la prevención general o de la prevención especial o similares”, sugiriendo la idea de que la pena posee un efecto (y no un fin) retributivo o reparador o que ella previene (y no que debe prevenir) los delitos, o que reeduca (y no que debe reeducar) a los condenados, o que disuade (y no que debe disuadir) a los ciudadanos de cometer delitos (p.247).

En síntesis, muchos juristas se pierden en el laberinto de la determinación de la razón onto-deontológica de la pena, unos porque persisten en una mezcla entre su justificación y las teorías sociológicas e históricas, pues conciben como fines las funciones o los efectos de la pena, argumentando que la pena debe ser aflictiva a los condenados, toda vez que los actos punibles se cumplen en virtud de tales funciones. Por otra parte, para otros, la justificación normativa sobre el fin “axiológico” no constituye el sentido empírico o de las “teorías” que piensan asumirse. Por esta razón se hace necesaria la determinación de los fines que “encaminan” a la pena, es decir determinar el contenido normativo tal y como lo logran las teorías descriptivas frente a los usos o funciones de la pena. Con base en estas precisiones se indicará en primera medida el contexto histórico

³⁷ Igualmente se puede encontrar en Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal. Primera Edición. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid, Editorial Trotta. 1995. Pág. 247 y ss Pág. 331 y ss. Escritos sobre derecho penal. Volumen I. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Primera Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2004. Pág 116.

de la pena. Así, se estudiarán dos aspectos: **a)** Establecer en qué consiste y sobre quién recae la responsabilidad de dictaminar la pena o sobre quién recae el “ius puniendi” y **b)** Explicar la necesidad o el porqué de las penas

a. La responsabilidad de dictaminar la pena: el “ius puniendi”

Como se dijo anteriormente, el Estado como cuerpo social está facultado para ejercer determinadas acciones sancionatorias que son impuestas a individuos que hayan sido encontrados como responsables de la comisión de conductas delictivas, toda vez que dichas conductas vulneran o ponen en peligro los intereses sociales, los bienes jurídicos de mayor importancia y que como consecuencia de ello afecten al Estado. En eso consiste el ius puniendi, en ser aquella legitimidad de la que goza el Estado para restringir e incluso vulnerar los derechos más fundamentales de un individuo, como consecuencia de la comisión de conductas previamente determinadas como delictivas por el legislador. En este sentido una de las ramas del poder Estatal debe ser la encargada de la determinación e imposición de la sanción. Se hace referencia entonces a la Rama Legislativa y a la Judicial del Poder Público, que dentro de sus funciones tienen -la primera- la determinación de las conductas determinadas como susceptibles de sanción y los alcances de esta última y -la segunda- la aplicación de la normatividad expedida por el legislador.

En el entendido de que la pena no puede contrariar la Dignidad Humana ni los Derechos Humanos, el Estado debe velar porque las sanciones dispuestas y aplicadas en el marco del ius puniendi, sean guiadas por una serie de parámetros y en cumplimiento de un plexo valorativo encabezado por la Constitución Nacional. Es entonces que el Estado mediante sus operadores jurídicos hace uso del “ius puniendi”, de forma tal que responda a las necesidades sociales del colectivo y a las necesidades del individuo que es encontrado como responsable de la conducta susceptible de ser sancionada. Estas limitaciones al ejercicio del derecho punitivo del Estado se enmarcan en el cuidado de la integridad del procesado y de la protección del interés general.

Es por ello que debe recordarse que el derecho penal y su aplicación tienen un carácter subsidiario, pues es el último recurso en manos del Estado para dar cabal protección a los bienes jurídicos que han sido puestos en peligro, toda vez que esta rama del Derecho solo protege bienes jurídicos determinados como de mayor importancia para

el Estado. En este sentido, las contravenciones no podrían ser sancionadas como delitos, atendiendo a la proporcionalidad entre el daño ocasionado y la sanción impuesta, pues se vulneraría lo estipulado en la Constitución Nacional y en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado.

b. La “necesidad” de la pena y el contexto del Estado de Derecho

El proceso histórico de la pena ha tenido un trasegar álgido. Es así como, por ejemplo, en épocas pasadas, el derecho penal estaba estrechamente ligado con la moral, las costumbres, bien se podría revisar el derecho penal indígena desde la óptica latinoamericana (Borja Jiménez, 2001), igualmente se puede analizar desde el contexto e inclusive con la ética; es decir que se castigaban conductas contrarias a una moral colectiva, porque en ese momento eran consideradas pecaminosas (Roxin, 1981). En este punto es de gran importancia recalcar que los sistemas estatales nacieron con enfoques absolutistas, totalitaristas o monárquicas (Maritain, 1953); y que, por tanto, el uso y derecho sancionatorio recaía únicamente en cabeza del monarca absoluto quien, en su desviación del poder e interés particular y haciendo uso de su autoridad, imponía mandatos arbitrarios. Como consecuencia, la sociedad cansada de estos preceptos e influenciada directamente por los pensadores “iluministas” o de la “ilustración”, empieza a exigir el cambio de dicha inclinación, pues la teoría del contrato social se instituyó en centro y eje de sus teorías políticas y jurídicas.

Según la teoría del contrato social, el Estado y el poder sostienen el acuerdo entre el “todo social” de los ciudadanos, quienes deciden organizarse para que exista una operabilidad en su *modus vivendi*, es decir, coexistir y convivir. Para ello, la objetividad de su libertad se determina frente a una imposición legítima de orden coactivo: las normas (Rousseau, 1762 y Montesquieu, 1478).

En virtud de la Teoría del “Contrato Social” se dieron importantes bases para la determinación del Estado en torno a la concesión del poder punitivo, teniendo como principal premisa que aquel debe garantizar la coexistencia y convivencia pacífica entre los sujetos que habitan el “todo social”. El jurista Claus Roxin (1981) establece que entonces solo puede ser castigado el comportamiento que lesione derechos de otras personas y que no se trate simplemente de un comportamiento pecaminoso o inmoral. Es

por ello que el Estado debe enfocarse en determinar cuáles bienes jurídicos son los que dan paso a la condena del daño social, y en consecuencia debe haber un distanciamiento de las concepciones religiosas de “pecado”, pues a sanción criminal emerge como herramienta de protección y no de salvación del individuo desde su concepción religiosa o moral.

Ahora bien, en lo concierne a la ciencia penal, el pensamiento beccariano y en particular la obra *Dei Delitti e Delle Pene* (Beccaria, 1765), está directamente configurado por la ilustración; en este marco, el pilar concebido por este filósofo³⁸ da un aporte completo a la ciencia penal, y más específicamente a las penas.

Los principios garantísticos predicados por **Beccaria** en su inmortal obra **de los delitos y de las penas** siempre exigió una proporcionalidad entre la gravedad del delito y su consecuencia, o sea entre **el daño** y la cantidad de la pena (Agudelo, 2000, p. 24 y 25).

El filósofo, dentro de su doctrina formó estructuras sólidas para la humanización de las penas y las ideas primarias del liberalismo penal, que al día de hoy se manifiestan en todo el pensamiento occidental.

Siendo así, el derecho penal evoluciona para girar en torno a los criterios de la “dañosidad” social, lo cual procura, a posteriori, ser la base racional para la configuración de las sanciones criminales en relación con las necesidades sociales. De otra parte, actualmente se presenta el déficit y constante conducción a la “promoción” en materia de “pena”, pues se sufren secuelas como el “sentimiento popular”³⁹, lo que en nuestros tiempos ha traído consigo perjuicios sociales, pues las políticas criminales y los códigos de nociones irracionales han dado apertura a la arbitrariedad autoritaria, como sucedió en países como Alemania, Italia o, particularmente, Colombia. Por tanto, la pena no puede ser producto subjetivo de los “sentimientos jurídicos” o los “emotivismos” como se

³⁸ Habrá que recalcar que Beccaria no tuvo una aproximación jurídica en sus estudios (no estudio derecho), de hecho, era un filósofo moralista y, aun así, al día de hoy, su obra es una de las bases más fuertes de la ciencia penal.

³⁹ Del cual se hablará más adelante dentro del sistema penal colombiano, ya que una de sus mayores precariedades consiste precisamente en el populismo punitivo, sin salvaguarda de lo estipulado dogmáticamente y político criminalmente por el Estado.

profesó en un determinado tiempo, sino que, por el contrario, la pena es el resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la convivencia y la coexistencia social.

Sin embargo, el incurrir en una conducta punible, esto es, en la acción que afecta el bien jurídico del “todo social” como se resaltó anteriormente, no puede en sí mismo fundamentar todavía la necesidad de una pena; se deben establecer más criterios y principios que en la mayoría de Estados de Derecho le dan sustento y dentro de los cuales se resaltan la proporcionalidad y la favorabilidad de la sanción impuesta. Luego la pena, como intervención más radical del Estado, debe imponerse como “ultima ratio”, es decir que se configura porque no son suficientes otros mecanismos para contrarrestar los perjuicios colectivos generados por quien agrede la conciencia social. En síntesis, la necesidad de la pena solo puede ser justificada y legitimada cuando “el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales” (Roxin, 1981, pág. 30).

III. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA PENA

Anteriormente se habló de la pena en el campo de su funcionalidad y finalidad, pero para acotar mejor su significación, se deben realizar los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo se podría determinar qué comportamientos son castigables con una pena? ¿Cuál es el procedimiento referido al “todo social” y a la persona que ocasiona el daño a la misma sociedad?, partiendo de la premisa de que el Ius Puniendi emana del Estado.

La referencia a la infracción penal como consecuencia del delito orienta a las teorías de la pena en dos clasificaciones: absolutas y relativas. Las primeras enfocadas entorno de la reparación y la retribución. Las últimas, que manifiestan la corriente de opinión, y que consideran la pena no como un fin sino como medio para alcanzar la prevención de la criminalidad, la rehabilitación del delincuente y la defensa de la sociedad (Reyes Echandía, 1978), por esto son denominadas de prevención en sentido general y especial.

1. Teorías Absolutistas o de Justicia. Punitur, Quia Peccatum Est.

De acuerdo a estas teorías, la pena es entendida como fin en sí mismo. Se castiga *quia peccatum est*, mirando el pasado y aplicando la sanción como expiación el hecho criminal, razón por la cual existe conexión entre el delito y la pena, entre el mal causado con la aplicación de una pena; entonces la sanción criminal supone un nuevo mal que trae con su asignación equilibrio y justicia. Entre ellas se encuentran:

a. Teoría de la Reparación.

Halla el fundamento de la pena en la reparación del daño ocasionado de conformidad con el hecho punible, infligiendo un daño proporcional al delincuente. El profesor Carlos Roeder explica que la satisfacción a la ley y al orden jurídico se presenta cuando se reintegra aquella voluntad dañada, razón por la cual admite que el delito es un hecho inmoral y en consecuencia se debe aplicar, como signo de reparación, un castigo con el que sufra el delincuente (Roeder, 1876).

b. Teoría Retributiva de la Pena.

En cuanto a la perpetración del hecho criminal y frente a la culpabilidad que indilga el evento, como retribución justa, la pena significa un mal a imponerse. Conforme a lo anterior, esta teoría implica que el grado de culpabilidad debe ser equitativo con el mal representado por el delincuente; así, la pena será la expiación justa. El mayor representante de esta teoría es Immanuel Kant. Aunque toma como fundamento de la obra su pensamiento ético, sus reflexiones han dado lugar a la sostenibilidad de esta teoría en la ciencia penal y es acogida por la mayoría de doctrinantes, juristas y sistemas penales.

Para el filósofo prusiano el contenido de la pena es perseguido por la justicia para que domine la tierra, por lo que afirma:

(...) si la sociedad civil se llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si por ejemplo, un pueblo que habitase una isla se decidiese a abandonarla y a dispersarse, el último asesino detenido en una prisión, debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice

de esta violación pública de la justicia. (Kant I. , Die Metaphysik der Sitten, 1797, pág. 333).

Partidario igualmente de esta teoría es Friedrich Hegel. En su libro *Principios de la Filosofía del Derecho* expone, por medio de su metodología dialéctica⁴⁰, que el delito es la negación del derecho, y la imposición de pena por parte del Estado debe ser proporcional (es decir, el sufrimiento) al grado de culpabilidad que se haya generado, así el delito queda anulado y se restablece el derecho.

2. Teorías Relativas. Punitur Ne Peccetur.

Estas teorías hablan de todas las corrientes y doctrinas de opinión que entrevén la pena no como fin en sí misma, sino como medio para alcanzar la terminación de toda conducta criminal, la reeducación y reincorporación del delincuente a la sociedad y la defensa colectiva. Para ello, traen a colación la premisa “nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur” (ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para prevenirlos en un futuro) y así logran cimentar que la razón de ser de la pena es entonces la prevención futura, siendo ésta pensada para la sociedad y su protección.

En esta teoría no se piensa en orientaciones metajurídicas o metafísicas, pues se fundamenta la pena desde su practicidad y objetividad, pretendiendo que no se cometan más delitos en el futuro y salvaguardando a los ciudadanos, lo cual permite garantizar también los derechos del sujeto que cometió el acto punible. De esta teoría se desprenden dos posturas:

a. Prevención Especial o Individual.

Esta postura va dirigida al individuo, pues pretende que el delincuente no cometa nuevos delitos en el futuro. Por esta razón es contraria a la teoría retributiva (en la que se plantea el fin de la pena en una culpabilidad pasada) y, por el contrario, se manifiesta para

⁴⁰ Recordemos que Hegel es el padre del método dialéctico (Tesis-Antítesis-Síntesis) como sistema para resolver cuestionamientos; así las cosas, argumentando que estamos en un ordenamiento jurídico donde priman las normas y el bien común (Tesis), este es negado por el delito o la infracción contraria al deber, contrario a derecho y busca acabarlo (Antítesis); luego el mismo ordenamiento crea leyes penales imponiendo penas que reestructurarán el orden violado (Síntesis). (Ferré Olivé, 2010. Pág.165 y ss).

prevenir delitos a posterioridad. Realmente, desde la filosofía pos-socrática ya se mantenían estos preceptos, la idea de imponer penas preventivas que se sustentó anteriormente: “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*”⁴¹. Dice Seneca (1999) en el texto la Ira, Libro II, Capítulo XXXI:

No castigaremos al hombre porque pecó, sino para que no peque más; y en sus penas, la ley no atiende a lo pasado, sino a lo porvenir; porque no se irrita, sino que prevé. Si se hubiese de castigar toda índole depravada y dispuesta al mal, la pena no exceptuaría a nadie.

Sin embargo, el contenido de la prevención especial es prácticamente nuevo, surgiendo a finales del siglo XIX, cuyo mayor representante es Franz Von Liszt y en Italia la Escuela positiva criminológica. Ahora bien, esta teoría tiene dos tipos de prevención especial, por un lado, la prevención positiva que procura la reeducación y la reinserción social del delincuente y, por el otro, la prevención negativa, que busca su neutralización.

i. Prevención Especial Positiva.

Esta procura por la reeducación y reinserción social del delincuente. En el siglo pasado, en las décadas de los 60' y 70' este tipo de prevención tuvo una importancia fundamental en los códigos y en las leyes penitenciarias del derecho penal italiano, pues se consideró que la pena debía ir dirigida a la reinserción social del delincuente. Desde una perspectiva jusfilosófica, se tiene contenidos utilitaristas; empero suscita a su vez principios humanísticos en la pena, confiando en el tratamiento resocializador, en el cambio que va a evitar una reincidencia del delincuente en el futuro.

El profesor Barbero (1980) argumentaba que dicha resocialización no era la adopción de nuevos valores éticos, sino que, resocializar implicaba que el sujeto llevaría en su vida un proceso sin cometer delitos y podría acoplarse nuevamente a la sociedad. Dentro de esta concepción, se abren nuevas perspectivas frente a la privación de la libertad, pues la resocialización abre paso a la imposición de nuevas penas garantistas como trabajos comunitarios, educación del interno en la penitenciaría, entre otras más; o

⁴¹ “Nadie castiga porque se ha pecado, sino para no volver a pecar”

incluso el uso de alternativas a la prisión como la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional de la misma, etc.

ii. Prevención Especial Negativa.

Del otro extremo se presenta la prevención negativa para los delincuentes que no se pueden corregir. Dentro de un marco de Estado de Derecho, la neutralización o inocuización y aislamiento definitivo debe darse para el delincuente que recae en las conductas punibles. Todo delincuente que no es capaz de reinserirse socialmente, debe convertirse en inofensivo para la sociedad para que no provoque daño en sentido colectivo. En estas teorías se cimienta la concepción de la cadena perpetua o la pena de muerte. Argumenta así Franz Von Liszt en referencia a los delincuentes irrecuperables, para quienes no tiene objeto la recuperación:

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y demeimondaines, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, ¡todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, cuyas tropas más distinguidas reconocen en sus filas a estos delincuentes. Mientras no hayamos encarado el rufianaje bajo el prisma ético-social, es un vano intento el de encarar la delincuencia habitual como tal.” (Von Liszt, 1994, p. 116).

b. Prevención General.

Esta teoría se concentra en el todo social o general, y sostiene en su tesis dos momentos: Uno negativo, cuyo mayor representante es Feuerbach (1847), quien propone la intimidación como forma de “coacción psicológica”; el papel de la pena será el de amenazar para que no se cometan los punibles. Mientras que la positiva⁴², es la

⁴² La prevención general como función pedagógica no es sólo intimidación, su objetivo es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad, esto es, la sociedad, salvaguardando el bienestar de todos.

configuración de dicho precepto, es decir, la imposición fuerte y dura de la pena, pues si esta no se materializa o no se hace efectiva como la “amenaza” que dice ser, la colectividad no la tomará en serio.

i. Prevención General Positiva.

Al hablar en el sentido positivo, la pena es conducida a la comunidad conviniéndola paulatinamente con función pedagógica y moralizadora; es decir, que se desvincula a la intimidación y se precisa en entender moralmente que la pena es necesaria para el desarrollo del todo social.

Ala luz del contexto pedagógico, se reafirma la moral colectiva y se piensa en una actuación ejemplar, conforme a los principios que se desenvuelven en la sociedad (Oneca, 1945). En este sentido la pena debía asumir una misión ético social, dándole fuerza a los objetivos de la conformación valorativa en la comunidad, y protegiendo así mismo los bienes jurídicos tutelados (Velásquez, 2007).

Los defensores de la prevención general positiva no circunscriben el fundamento de la pena a la mera idea de la intimidación. Es decir, creen que en esencia la pena va dirigida a toda la comunidad para conseguir estabilizar la conciencia en el Derecho, cooperando y apoyando así a las otras instancias informales de control social, que también pueden alcanzar con métodos extrapenales fines de prevención general (Velásquez, 2010).

De hecho, Roxin (2006), explica que la intimidación no es suficiente; pues se presenta como necesario el referente de la salvaguarda de la colectividad y esta debe reposar en su conciencia o en su moral. Si la comunidad jurídica pasara por alto una vez un robo con fractura o un atraco a una caja de ahorros, todo futuro ladrón o atracador podría alegar en su favor que él también podrá cometer por lo menos un hecho de este tipo sin castigo; con ello, a la larga quedaría derogado el ordenamiento jurídico.

Al ser el derecho penal un instrumento de control social formal, está sometido a las determinaciones y los controles que corresponden al sistema penal propio de un Estado de Derecho, de esta forma emergen límites como resultado de los principios de

proporcionalidad, culpabilidad o resocialización. Actualmente quien da dinamismo a esta sistematicidad de la prevención general positiva es el penalista Günter Jakobs; él asume buena parte de los efectos de prevención de la pena en la prevención general positiva, pero les da una renovada perspectiva. Para Jakobs, la teoría funcionalista de la pena se ve reflejada en el pensamiento de Emile Durkheim, quien alude en el delito la producción de daño en función de las estructuras de la sociedad y, toma además la postura de Luhmann, siendo para este la caracterización de los sistemas sociales, en el marco del funcionalismo sistémico, la que procura reducir la complejidad para alcanzar el consenso y disminuir el conflicto.

ii. Prevención General Negativa.

Se dice entonces que la prevención general negativa funge en un contexto netamente psicológico del ser humano racional, pues se constituye como herramienta intimidadora del sujeto al crear pensamientos de temor en quien pretende cometer un acto delictivo. Mediante la pena se crea, de acuerdo con Feuebarch (1847), una “coacción psicológica” impuesta al delincuente o a los demás sujetos que tengan bajo sus consideraciones ejecutar un hecho delictivo. Esto, en estricto sentido, es la ratio de la prevención general relativa; todo lo anterior, reiterando que sirve como instrumento para prevenir la comisión de delitos, pues el ser humano debe entender desde el uso de su racionalidad que puede controlar sus impulsos, y así, prevenir el mal que lleva hacia la pena.

Las preguntas que surgen a partir de lo anterior son: ¿cómo funciona la prevención general negativa en la realidad social? y ¿por qué el ser humano reacciona con temor frente a la aplicación de la prevención general negativa? Torío (1986) ofrece una aproximación a la respuesta de los interrogantes anteriormente formulados, aludiendo al pensamiento de Jeremías Bentham. Al referirse al presupuesto del utilitarismo penal desde la concepción de “dolor” y “placer”, según su pensamiento, estos dos factores son elementos fundamentales del actuar humano, pues son imperantes en cualquier acción que ejecute el ser humano. Señala este planteamiento a partir de la función penal de cuestionar al sujeto calculador en el ámbito penal desde un contexto del homo oeconomicus (concepto proveniente de la economía clásica), que configura al hombre como un sujeto guiado por razones de utilidad, lo que lo lleva a ponderar las utilidades

de su actuar desde la perspectiva racional del mismo, y bajo los parámetros calculadores a los que el hombre somete las consecuencias de su proceder, logrando entender si la acción ejecutada conllevará un beneficio o un costo; este sujeto es al que la ley penal debe motivar mediante la prevención general negativa.

Ahora bien, la realidad fáctica y moderna nos lleva a pensar de una manera diferente. Bajo la perspectiva del pensamiento de Hassemmer (1982) se plantea una postura diferente en referencia a lo dicho hasta el aseverar que bajo el contexto clásico se estaría hablando del delincuente como una persona completamente racional, “ser racional perfecto”. Afirma que el delincuente habitual no tiende, por lo general, a realizar una ponderación sobre las consecuencias que va generar su actuar, pues para el pensador alemán el hombre no reacciona como un ser racional puro; las experiencias empíricas y prácticas, pueden identificar que el ser humano no siempre actúa con una plena concepción de racionalidad. A la luz de lo anterior, la prevención general negativa tendría una gran barrera que impide la materialización de su finalidad, que es intimidar y atemorizar; pues si bien el sujeto, que no emplea un pleno y absoluto uso de la razón, al momento de la ponderación de consecuencias al querer cometer una acción delictiva, no tendría en cuenta el poder de intimidación ejercida por la prevención general negativa en el ámbito penal.

Entonces, esta prevención general negativa es foco de importantes censuras por su aplicación. En primer lugar, se afirma que esta, por sí sola, significa la utilización del sujeto al que se le aplica la pena como herramienta intimidatoria frente a la sociedad para que quienes la conforman se abstengan de la comisión de actos delictivos. Siendo así las cosas, el sujeto al cual se impone una pena hace las veces de “chivo expiatorio”; lo que conduce a que el Estado deshonre al sujeto para evitar la posibilidad de que los demás cometan acciones delictivas similares o de otra naturaleza. En segundo lugar, las amenazas aplicadas a seres racionales cuentan con la peligrosidad de que se tornen en un terror penal, pues no es sensato que se use como un instrumento del Estado para infundir terror en la población a través de una intromisión punitiva extrema (Roxín, 1976).

Frente a lo anterior Claus Roxin considera que quien quiera intimidar usando la pena como herramienta para lograr ese fin, promoverá penas cada vez más tendientes a castigar tan estricta y duramente como sea permisible; frente a esto, la prevención general

necesita de una limitación para que sus proporciones y aplicación se puedan dar en Derecho, pues no serían justificables los medios empleados para llegar a tal fin intimidatorio.

c. Teorías Mixtas.

Reyes (2017) dice que se le conoce con este nombre a aquellas teorías que dan a la pena un carácter absoluto –retribucionista o reparador- pero le asignan, además, alguna finalidad de carácter relativo (prevención, rehabilitación, etc.). Luego estas teorías pretenden combinar las teorías absolutas y relativas.

A lo anterior se puede anotar que el maestro Francesco Carrara suscribe una Teoría Mixta, pues en su texto “Programa del curso del derecho criminal” establece que la pena debe restablecer el orden de la sociedad, alterado por el delincuente, pero de la misma forma, la pena no puede perder el horizonte de su fuerza intimidadora y su objetivo específico de enmienda (Carrara, 1957, p. 65 y ss)⁴³.

Las penas, alude Roxin (1997) con posterioridad al estudio de los fallos del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Federal Alemán, contienen una retribución, prevención especial y general, pues son fines de la pena que tienen igual rango o jerarquía.

IV. LA POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA

Pero ¿cómo lograr que los Estados implementen en las sanciones un verdadero enfoque humanista y garantista de los derechos fundamentales de los individuos? Es así que aparece en el panorama del derecho penal aquel conjunto de respuestas que el Estado adopta para encarar la dinámica delictual en la sociedad: la Política Criminal. Esta herramienta tiene la finalidad de adoptar respuestas que hagan frente a conductas que sean consideradas como reprochables o causantes de perjuicios sociales, respecto de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; es así que se pretende dar garantía a la protección de los intereses esenciales del Estado y los derechos de los habitantes del mismo.

⁴³ Parte General Cap. III. Del fin de la pena § 613 al 626.

En este entendido, la Política Criminal debe prevenir el delito - atendiendo a las disposiciones constitucionales de cada Estado- y mantener el control de la criminalidad, no obstante, sin dejar al azar la protección de los derechos fundamentales y la búsqueda de la resocialización de las personas que son privadas de la libertad. Es por ello, que los Estados Sociales de Derecho buscan la implementación de Políticas Criminales reflexivas, coherentes y concomitantes a la política social y de seguridad social.

Pero antes de seguir ahondando en el tema, se debe hacer precisión en la generalidad de la Política Pública. A grandes rasgos, las políticas públicas son aquellos programas que desarrolla un gobierno en función de un problema o una situación determinada, y busca dar respuesta a las diversas demandas sociales en pro del alivio de las demandas sociales. Estas Políticas Públicas tienen un sentido propositivo, intencional y planeado, no de carácter reactivo o de casualidad; al ser así, toda política se compone de los siguiente ítems: i) los principios orientadores -ideología y sustento-, ii) los instrumentos mediante los que se ejecuta (incluyendo aspectos de regulación, financiamiento y mecanismos de desarrollo de la política) y iii) los servicios o acciones principales que se llevan a cabo de acuerdo a los principios constitucionales dispuestos.

Sin embargo, estas políticas no se pueden plantear de una forma “sectaria” -la Estatal-, sino que debe involucrar a diferentes sectores sociales y ser comunitaria, pues con la interacción de diferentes actores se puede nutrir cada una de las fases de criminalización, de las que se hablará más adelante, logrando beneficios convergentes a todos los involucrados. La Política Pública es entonces la respuesta colectiva al desacuerdo o problemática, y se le confía la regulación de las tensiones, pues es un mecanismo que adopta decisiones obligatorias para todos los miembros de la comunidad, es decir que tiene un carácter vinculante o forzoso que se adapta a un conjunto de reglas o pautas. En el marco de esa obligatoriedad, señala el profesor Vallés (2007) que el Estado puede implementar el uso de la fuerza física o de la amenaza de recurrir a ella en determinadas situaciones y se convierte en aquella garantía de construcción social implementada por el cuerpo social.

Al respecto, la relación que existe entre el Estado y generar las políticas públicas debe atender a una serie de presupuestos que permitan la buena formulación de estas

últimas en pro de la “macroinstitución” social encargada de administrar el desarrollo y de superar las problemáticas que existan, o en su defecto disminuirlas, de concertar y distribuir el poder político y orientar las decisiones sociales. Por ello, es el Estado en cumplimiento de sus funciones quien debe velar por que se llenen esos presupuestos de bienestar social, desarrollo económico y seguridad para sus ciudadanos. Es aquí que se presenta la necesidad de una política criminal que permita al Estado cumplir con sus fines esenciales, a la luz de la garantía de derechos fundamentales y el respeto por la Dignidad Humana.

Por ello, el profesor de Salamanca, Doctor José Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (1996, pág. 86), presenta un sentido muy preciso de la Política Criminal, como la:

Concepción sistemática de los principios fundamentales en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, con base en los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito mediante la pena y las otras instituciones utilizadas para ello.

Para el profesor Berdugo, la Política Criminal debe ser ese puente que use el Derecho Penal para analizar el contenido ya existente desde nuevas perspectivas, unas perspectivas garantistas, que permitan la protección de cada uno de los individuos que integran la sociedad, sin excluir a aquellos que han sido privados de su libertad. Haciendo una ponderación entre la garantía y la eficacia de la Política Criminal implementada en un determinado Estado, se plantea la cuestión de la dinámica social frente al *ius puniendi*, siendo el Estado el principal promotor de los derechos fundamentales y de cambio; en esta dinámica también se deben resaltar las coyunturas sociales, políticas, económicas y demás, en conjunto con sus consecuencias como, por ejemplo, la Justicia Transicional. Es así que las Políticas Criminales deben caracterizarse por su maleabilidad respecto del contexto dinámico en el que se desarrollan, acudiendo a la sanción de forma acertada y eficaz

Para la Corte Constitucional en sentencia C-936 (2010), la política criminal es aquel:

(...) conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle

frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.

La política criminal, como ya se explicó, no se reduce a una materia más del derecho penal. Por el contrario, tiene una dimensión de mayor amplitud pues debe contener factores interseccionales que promuevan la protección de los bienes jurídicos del Estado y la comunidad, además del reconocimiento y salvaguardia de la Dignidad de la persona que ha cometido la conducta punible (sin embargo, sigue haciendo parte integral de la misma, siendo análoga y coherente con sus preceptos, con la dogmática penal y la criminología). No obstante, como recurso exclusivo del instrumento penal, la coacción es el elemento distintivo de la política criminal que la diferencia de otras “políticas públicas”.

En efecto, conforme a la definición de la Corte Constitucional ya referida, y a las distinciones propuestas por ciertas perspectivas criminológicas, la política criminal tiene vínculos estrechos con las llamadas tres fases de criminalización. Así, la política criminal tiene que ver con la “criminalización primaria” o definición de un comportamiento como delito, que se presenta en la fase legislativa; igualmente se vincula con la “criminalización secundaria”, esto es aquella determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que compete a la fase de judicialización o investigación criminal de los hechos punibles; y finalmente también se vincula con la “criminalización terciaria”, esto es, la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que corresponde a la fase de ejecución penitenciaria. Incluyendo en este proceso dos Ramas del Poder Público -legislativo y

judicial-.

Por esta razón el Estado Colombiano, atendiendo a lo dispuesto por la Constitución Nacional, debe presuntamente fomentar “políticas criminales claras”⁴⁴, no sin relieves que esta situación se torna utópica por lo que concierne a la realidad. Dice la Corte dentro de esta dinamicidad entre Estado y política criminal:

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal.(...) La Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación: “De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las

⁴⁴ Y se alude a la “presunción” puesto que su configuración no ha sido posible y en varios momentos escasa. En el sub-capítulo 1.4.2 El problema en concreto: algunas aporías del principio de legalidad en las penas y su aplicabilidad en el sistema penal colombiano. Se pretenderá observar las falencias que cumple la “Política Criminal Colombiana” de lo cual, como consecuencia, ha encontrado nuevos fenómenos jurídicos como el populismo punitivo y los nuevos mecanismos jurídico penales frente a la “Justicia Transicional” (este último tema que no se tocará a profundidad).

personas, que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas” (Sic) (Sentencia C-936, 2010).

En síntesis, se plantea que la política criminal tiene a su cargo la “crítica” del derecho penal vigente y tiene por tarea el impulso del mismo para lograr su perfeccionamiento a futuro, evitando caer en situaciones como el populismo punitivo, generando estrategias contra el delito desde perspectivas diferentes al derecho penal, tornándolo más humanista y garantista, basándose en principios como el de prevención (ultima ratio), resocialización, excepcionalidad, coherencia y legalidad, entre otros.

V. LA POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA FRENTE A UNA POLÍTICA TRANSICIONAL

En este punto aparecen varias incógnitas respecto de la implementación de la Justicia Transicional, sobre todo frente a la imposición de sanciones a los combatientes en el marco de un conflicto armado, las cuales deben cumplir con los propósitos de la JR.

Pero ¿cómo lograr que los Estados implementen en las sanciones un verdadero enfoque de transición, humanista y garantista de los derechos fundamentales de las víctimas, procesados, etc? Es así que aparece en el panorama del derecho penal aquel conjunto de respuestas que el Estado adopta para encarar la dinámica delictual en la sociedad: la Política Criminal. Esta herramienta tiene la finalidad de adoptar respuestas que hagan frente a las conductas que sean consideradas como reprochables o causantes de perjuicios sociales, respecto de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; pues pretende garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y los derechos de los habitantes del mismo.

En este entendido, la Política Criminal debe prevenir el delito (atendiendo a las disposiciones constitucionales de cada Estado) y mantener el control de la criminalidad, sin que ello implique dejar al azar la protección de la Dignidad Humana y la búsqueda de la resocialización de las personas que son privadas de la libertad. Es por ello que los

Estados Sociales de Derecho buscan la implementación de Políticas Criminales reflexivas, coherentes y concomitantes a la política social y de seguridad social.

Antes de seguir ahondando en el tema, se debe hacer precisión en la generalidad de la Política Pública. A grandes rasgos, las políticas públicas son aquellos programas que desarrolla un gobierno en función de un problema o una situación determinada, y que busca dar respuesta a las diversas demandas en pro del alivio de las necesidades particulares de determinados sectores sociales.

Estas Políticas Públicas tienen un sentido propositivo, intencional y planeado, no de carácter reactivo o casual; al ser así, toda política se compone de los siguientes ítems: i) los principios orientadores -ideología y sustento-, ii) los instrumentos mediante los que se ejecuta (incluyendo aspectos de regulación, financiamiento y mecanismos de desarrollo de la política) y iii) los servicios o acciones principales que se llevan a cabo de acuerdo a los principios constitucionales dispuestos.

Sin embargo, las políticas no se pueden plantear de una forma “sectaria” -la Estatal-, sino que debe involucrar a los sectores sociales a los que va dirigida, pues con la interacción de los diferentes actores se puede nutrir cada una de las fases de criminalización, de las que se hablará más adelante, logrando beneficios convergentes a todos los involucrados. La Política Pública es entonces la respuesta colectiva al desacuerdo o problemática, y se le confía la regulación de las tensiones, pues es un mecanismo que adopta decisiones obligatorias para todos los miembros de la comunidad, es decir, que tiene un carácter vinculante o forzoso que se adapta a un conjunto de reglas o pautas. En el marco de esa obligatoriedad, señala el profesor Vallés (2007) que el Estado puede implementar el uso de la fuerza física o de la amenaza de recurrir a ella en determinadas situaciones y se convierte en aquella garantía de construcción social implementada por el cuerpo social.

Al respecto, la relación existente entre el Estado y las políticas públicas debe atender a una serie de presupuestos que permitan la buena formulación de estas últimas en pro de la “macroinstitución” social encargada de administrar el desarrollo, de concertar y distribuir el poder político y orientar las decisiones sociales” (Ortegón, 2008, p.19). Por esto la política criminal (como política pública del Estado) debe presuponer lineamientos

reactivos, punitivos y subordinados a las tendencias populistas en materia de seguridad ciudadana, valiéndose del sistema penal y de la privación de la libertad, como las medidas principales para resolver los problemas de criminalidad. Empero, igualmente con cimientos enfrentados a la justicia, verdad y reparación de víctimas ofendidos por el delictivo.

En ese orden de ideas, es el Estado, en cumplimiento de sus funciones, quien debe velar por que sean satisfechos esos presupuestos de bienestar social, desarrollo económico y seguridad para sus ciudadanos. Dicha situación abre la puerta a la necesidad de una política criminal que permita al Estado cumplir con sus fines esenciales, a la luz de la garantía y protección de los Derechos Humanos y al respeto por la Dignidad Humana.

Ahora bien, a partir de este contexto conceptual debe ser desarrollado en los procesos transitorios, dentro de los cuales se deben determinar las sanciones y las soluciones penales en el marco de la justicia transicional, los fines que debe cumplir la pena en el marco de la transición, los sujetos a quienes se dirigen las políticas criminales y penitenciarias transitorias y por último hacer referencia a los conceptos de amnistía e indulto, y cómo su aplicación se debe adecuar a las disposiciones internas de los estados y a lo determinado por la normatividad internacional.

1. El castigo penal y las soluciones penales en la justicia transicional

Dentro de los paradigmas de la Justicia Transicional se encuentra la implementación de castigos y soluciones penales que permitan dar cumplimiento a las exigencias de los Estados y de la comunidad internacional, más específicamente respecto del reconocimiento de la responsabilidad frente a la comisión de delitos graves cometidos en el marco de un conflicto armado.

Así, la justificación de la sanción dentro de la Justicia Transicional radica en la legitimidad que tienen cada Estado y la comunidad internacional; el primero en razón a la soberanía estatal, del cual se desprenden la existencia del derecho y de todo orden jurídico, a partir del cual el poder se monopoliza en cabeza del Estado, incluyendo el punitivo. Y el segundo en atención al resultado de los procesos sociales no estatales.

Al respecto, señala Luban (2011) que la humanidad no tiene la capacidad de conformar una comunidad política, toda vez que no existen las bases dentro de las relaciones humanas que permitan la implementación de un gobierno mundial, y que por tal razón las normas del Derecho Penal Internacional no tienen la misma fuerza vinculante que las normas internas de cada estado, toda vez que la legitimidad de las mismas proviene de la soberanía popular; a partir de lo que se desarrolla el argumento estatista del derecho doméstico.

Sin embargo, y siguiendo un enfoque distinto del Estatal, señala Ambos (2013) que es posible hallar otras fuentes del derecho internacional a partir de la fuerza desprendida de los procesos sociales no estatales que son dependientes y promovidos por la legitimidad otorgada por la comunidad en general. Es por ello que se trae a colación el derecho cosmopolita, que pretende la instauración de la paz y la garantía de un conjunto mínimo de derechos a toda persona. El punto relevante de esta concepción de derecho es que no depende ni de un orden Estatal, ni de un orden mundial entre Estados, pues se basa en la Dignidad Humana e impone una serie de obligaciones y limitaciones al principio de soberanía a los Estados.

En torno a la idea fundamental de la obligación que tienen los estados frente a la protección de los derechos humanos entra en vigor el Estatuto de Roma, que pretende la protección de los derechos humanos y de la Dignidad Humana mediante el derecho penal. Es a partir de tal contexto que la comisión de algunos delitos atenta contra la comunidad internacional, pues violan las normas del *jus cogens*, que son conocidas y entendidas por todos los hombres como vinculantes universalmente, tal como lo señala May (2005).

Teniendo en cuenta que las normas que conforman el *jus cogens*, al ser perentorias y creadoras de obligaciones *erga omnes* determinan la base para la identificación de los crímenes internacionales, Jürgen, (2006) propone la constitucionalización del derecho internacional para asegurar la paz y promover los derechos humanos mediante un sistema coactivo desarrollado por el derecho penal. En base a esta concepción, el Derecho Penal Internacional plantea que, si los crímenes violatorios del *jus cogens* no son juzgados por los tribunales nacionales, deberán entrar en acción como instrumentos subsidiarios la Corte Penal Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tal sentido, como lo señala Cortés (2018), se abrió la posibilidad a la comunidad internacional de enjuiciar a aquellos criminales que hayan cometido graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, cuando estos no sean investigados y juzgados por el Estado en cuyo territorio se hayan cometido dichos delitos.

Como consecuencia de ello, cada Estado debe proteger a los integrantes de su comunidad e imponer normatividades que permitan el juzgamiento y determinación de responsabilidades por la violación a los derechos humanos. Ahora bien, como se ha venido desarrollando a lo largo de este recorrido histórico y conceptual, los procesos de transición se implementan en el marco de conflictos armados en los que generalmente se presentan situaciones de afeción a los derechos humanos y la Dignidad Humana, por tal razón es necesario que dentro de los modelos de justicia transicional se implementen modelos sancionatorios que sean acordes a las necesidades sociales, políticas y jurídicas de cada proceso transitorio.

Al surgir la justicia transicional, con los juicios de Núremberg, se implementó una novedosa concepción de Justicia, que ofrece alternativas tanto políticas como judiciales para contrarrestar momentos de crisis en un determinado Estado, y cuya finalidad es equilibrar las exigencias sociales frente a las sanciones que se pudieran imponer a los criminales y la búsqueda de la paz. En tal sentido, es indiscutible la inviabilidad del tratamiento de la criminalidad masiva con una persecución penal masiva e individualizada a cargo de la justicia penal ordinaria, aunado al enfoque retributivo de este modelo de justicia y a su posible aplicación maximalista, tal como lo señalan Crocker (2000) y Elster (2004).

Es por ello que, en todo proceso transicional, los Estados deben asumir las obligaciones internacionales de investigar y juzgar a quienes compartan responsabilidad por violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y para ello deben ser creadas estructuras judiciales que permitan el cumplimiento de las mencionadas expectativas sociales internas e internacionales de aplicación de justicia penal, con la finalidad de evitar situaciones de impunidad, pues la renuncia a estas obligaciones en aras de promover la paz, implicaría un incumplimiento u omisión de un deber estatal que es exigido internacionalmente a través de la institucionalización del Derecho Penal Internacional, que vela por la protección de los

intereses de la comunidad y que prevalecen sobre los intereses unilaterales o bilaterales del Estado.

De acuerdo a lo propuesto por (Kant, 1982), la paz supone el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, y por ello exige que en caso de que estos sean vulnerados o violados se imponga un castigo justo. Dicha responsabilidad tiene un carácter universal y vinculante para los Estados, pues impone una serie de limitaciones al principio de soberanía de los Estados mediante la creación de instituciones como la Corte Penal Internacional, implementada a partir del Estatuto de Roma y protectora de los derechos humanos y la protección de la Dignidad Humana a través del derecho penal.

No obstante, dentro de los procesos de paz y en la búsqueda de la paz es necesario un sacrificio de justicia, pues el objetivo de la transición no está enfocado en la sanción, sino en la reconstrucción del tejido social que ha sido deteriorado por el conflicto armado y que busca ser restaurado mediante la implementación de estas alternativas políticas, legales y sancionatorias, como lo son las comisiones de la verdad, los centros de memoria histórica y la implementación de amnistías e indultos.

2. Los fines de la pena en la justicia transicional

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente respecto de la legitimidad internacional de ejercer la investigación y sanción de conductas que violen los derechos humanos y la dignidad humana, se presenta una apertura normativa que amplía las finalidades del castigo de los crímenes graves cometidos en un contexto de conflicto armado. Dicha apertura se caracteriza por tres aspectos relevantes, que de modo de parafraseo sería: a) el colapso de la distinción analítica entre la justificación de los objetivos del derecho penal -por ejemplo, la protección de bienes jurídicos- y la justificación de los medios usados para alcanzar estos fines -el castigo como medio de lograr la protección de los bienes jurídicos-; b) la llamada descentralización de la justicia penal, pues el castigo impuesto por un tribunal ya no está necesariamente en el centro del discurso -si, por ejemplo, se discute el desarrollo de un registro histórico como objetivo de soluciones penales; y c) no se ha encontrado ninguna fórmula que sea constructiva, polivalente y que permita conciliar perspectivas e intereses diversos (Buchard, 2017).

Es por ello que dentro de los modelos de justicia transicional se debe propender por la búsqueda de objetivos racionales y humanistas que permitan la protección y garantía de los derechos humanos. Estos objetivos son los que debe perseguir la imposición de una sanción penal dentro de un contexto de transición, ya que de ello dependerá su eficacia, que no va dirigida exclusivamente a la sanción, pues por el contrario busca la reconciliación social.

Partiendo de este presupuesto, las sanciones aplicadas en el desarrollo de una Justicia Transicional deben permitir un acercamiento entre los actores del conflicto armado, incluyendo también a las víctimas. Este acercamiento se presenta con la flexibilidad en las sanciones que llegaren a ser aplicadas, que permite también el esclarecimiento de los hechos generadores del conflicto, los hechos ocurridos durante el conflicto armado, la reparación a las víctimas y el cumplimiento de las obligaciones Estatales de juzgamiento y sanción de conductas que atenten contra los derechos humanos.

En este entendido, para que la sociedad pueda alcanzar la paz, debe sacrificar en parte la justicia, o más bien los objetivos que persigue la justicia ordinaria, pues no es viable la aplicación masiva e individualizada de penas ordinarias, pues ello supondría la contradicción a una JR -modelo que se desarrolla en los procesos de justicia transicional-, y al mismo tiempo implicaría una aplicación maximalista del *ius puniendi*.

Como se vio en el apartado anterior, a pesar de que se busca una flexibilización en cuanto a la aplicación de las penas, no se puede evadir la obligación que tienen los Estados respecto a la imposición de castigos justos y adecuados a los delitos cometidos en contextos de conflicto armado. Es así que dentro de los elementos que deben componer los procesos de justicia transicional se deben incluir estructuras judiciales que impidan la impunidad de los responsables de crímenes atroces, y que cumplan con las expectativas de justicia penal promovidas socialmente y exigidas dentro de las transiciones.

Dentro de las alternativas que se han implementado, se destacan los instrumentos utilizados en los juicios de Núremberg, el modelo sudafricano y el implementado en Colombia tras el acuerdo de paz. Estos modelos pretenden el intercambio de justicia por verdad, permitiendo la reconstrucción de los hechos sucedidos, la determinación de las

causas que dieron origen al conflicto y las posibles soluciones a los mismos. En tal sentido Koskenniemi (2011) indica que “estos juicios deberían dedicarse menos a juzgar a una persona, y más bien tratar de establecer la verdad de los acontecimientos pasados” (p.172).

En complemento se trae a colación la reflexión hecha por May (2005) cuando afirma que lo perseguido mediante la implementación de modelos de justicia transicional es la reconciliación social, independientemente de si se realizan o no juicios criminales, pues este modelo de justicia es el medio que permite alcanzar la paz y la estabilidad. Sin embargo, los Estados deben atender las disposiciones de la comunidad internacional para evitar casos de impunidad o arbitrariedad.

La búsqueda de la verdad a través de la justicia transicional debe centrarse en dos aspectos relevantes. El primero de ellos es la reconstrucción de la verdad fáctica, en cuanto al esclarecimiento de los hechos y las circunstancias que se presentaron durante el conflicto armado, la cual se relaciona directamente con el segundo aspecto que es la articulación de la verdad histórica, que implica el reconocimiento público de todas las situaciones que se presentaron durante el desarrollo del conflicto, incluyendo obviamente las violaciones a derechos humanos y al DIH.

Es así que estos modelos no sólo buscan establecer la verdad y reconstruir los hechos que han sido negados u omitidos por los actores del conflicto, sino que también buscan que estos últimos reconozcan los hechos criminales y así asuman la responsabilidad política y moral que tal situación generó. Entonces, se prioriza la justicia política sobre la criminal, en el entendido de que las sanciones penales no se aplican de forma masiva, y por el contrario se prioriza el cambio de paradigma político dentro del Estado, al permitir la participación política de los actores del conflicto, lo cual permite la creación de condiciones para que las víctimas, los perpetradores y beneficiarios el conflicto hagan parte de una conversación que abra las puertas a la reorganización política, en pro del equilibrio entre la reparación de los hechos ocurridos y la reconciliación por el futuro, en donde exista participación social y se tengan en cuenta las necesidades presentadas por los diferentes sectores sociales; en donde además se garantice la dejación de armas por parte de los grupos al margen de la ley.

Por tal razón la JR, busca no solo el reconocimiento de responsabilidad y su respectiva sanción, sino que prioriza el compromiso en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad, la búsqueda de la verdad y la reparación -fáctica y simbólica- a las víctimas del conflicto. Es así que se desarrolla uno de los fundamentos de la Justicia transicional, que pretende la aplicación de castigos reflexivos que permitan la reinserción a la sociedad y eviten la repetición de hechos similares a futuro.

En resumen, los fines de la pena perseguidos en procesos de justicia transicional, no se orientan por los objetivos que guían la implementación del ius puniendi en contextos de paz, pues buscan restablecer y reivindicar los derechos de las víctimas a través de la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas a través del reconocimiento de la responsabilidad de las violaciones sistemáticas a derechos humanos por parte de los perpetradores del conflicto armado, y la dejación de armas a cambio de participación política de los actores del conflicto, cuya finalidad sea la conversación social que permita atender las necesidades y causas que dieron paso al conflicto armado, dando paso a la reconstrucción del tejido social que fue roto en el desarrollo de este último.

3. Los sujetos de las políticas criminales y penitenciarias transitivas

Como se desarrolló en el apartado anterior, dentro de los procesos de justicia transicional se propende por la participación de los diferentes actores que se vieron involucrados en el desarrollo del conflicto, en donde la apertura normativa que se da a la hora de la sanción de delitos graves que violan los derechos humanos y la Dignidad Humana, atienda a la inclusividad y pluralidad, lo cual brinda mayor legitimidad a las alternativas sancionatorias empleadas en los procesos transitorios.

Así pues, todos los mecanismos utilizados dentro de las políticas criminales y penitenciarias transitivas deben atender a la reparación y restauración de los derechos de las víctimas, quienes son eje central de las transiciones debido a las atrocidades a las que fueron sometidos. Además deben atender la reconciliación entre víctimas y victimarios mediante la creación de nuevas dinámicas políticas que permitan su representación en estadios de decisión nacional y, por ende, la atención de las causas del conflicto y la proposición de soluciones que permitan dar solución a las problemáticas sociales generadas por el conflicto armado.

Por ello, y en el desarrollo de la justicia transicional, se busca que los tribunales encargados de enjuiciar los delitos que atentan contra la comunidad internacional se enfoquen en el juzgamiento de los máximos responsables y el conocimiento público de los hechos, lo cual permite avanzar en el proceso de reconciliación social y así reivindicar los derechos de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Aunado a esta situación, los objetivos de las sanciones se dirigen a la prevención especial y general, entonces no solo implica el juzgamiento de los responsables, sino que impone un precedente con efectos disuasivos para que no se repitan las conductas cometidas durante el conflicto por parte de otros grupos armados, e incluso para evitar la reincidencia de los perpetradores del conflicto. Así, se permite la reinserción de los victimarios al mundo social y político.

En ese sentido, para Grocio (1939) la sanción se debe dar en un contexto de utilidad general, para que produzca consecuencias y precedentes hacia futuro, evitando así caer en el sentimiento de venganza colectiva como legitimador del juzgamiento de los delitos cometidos durante el conflicto. Es entonces que el fin de la pena no atiende a la retribución, sino a su incidencia en la sociedad civil motivada en la eficacia tanto de la sanción, como de la amenaza legal para la comunidad, comprendiendo una función comunicativa de la pena para la comunidad en general.

Entonces pues, dentro de dicha función comunicativa debe incluirse el respeto a las víctimas, pues las sanciones aplicadas en la transición deben no solo no afectar los derechos de los perpetradores, buscar la verdad y abrir paso a una transformación política y social, sino que además debe contrarrestar las consecuencias psicológicas, sociales y económicas de las víctimas, pues el fin último de la transición es la convivencia armoniosa y garantista de derechos dentro de los Estados. Por ello, la pena en los procesos transitorios se dirige a los sujetos directos de quien recae la conducta o realizan la misma dentro del conflicto: víctimas y victimarios (que en su mayoría de veces son los mismos actores del conflicto), dado que implica un juicio de valor a las acciones cometidas al determinar su inmoralidad y permite a la víctima el reconocimiento social de su posición como sujeto a quien fueron afectados, en gran medida, tanto sus derechos humanos, como

su dignidad humana.

Es necesario hacer una acotación que resalta de manera oportuna por la actual Comisión de la Verdad en Colombia y el informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV), mientras la “*víctimas*” son aquellos sujetos individuales o colectivos que han sufrido el dolor del conflicto por los daños causados hacia ellos como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos. Se habla “*actores del conflicto*” las instituciones del Estado, como son Ejército, Fuerza Aérea, Armada Nacional y Policía. Además de los que ostentan el papel bélico en ese mismo conflicto. Así las cosas, los actores son aquellos individuos, grupos y organizaciones dentro del territorio, quienes toman decisiones sobre el mismo o influyen en su Estado, y/o se ven afectados, o también generan impacto por el desafío de la diversas problemáticas que se están afrontando.

4. Amnistía e indulto ¿dan cumplimiento a los presupuestos de justicia transicional?

Si bien la búsqueda de la paz a través de la justicia transicional implica negociaciones entre las partes en conflicto, incluido el castigo de crímenes sistemáticos, las demandas de amnistía incondicional e indulto son contrarias a los requisitos y realidades de los derechos humanos y el derecho penal internacional, toda vez que exigen el cumplimiento de una serie de expectativas propuestas por la comunidad internacional y plasmadas en convenios suscritos por la mayoría de Estados, dentro de las que se encuentra el reconocimiento de la responsabilidad de aquellos señalados de delitos políticos y conexos, además de los delitos de guerra.

Necesario abordar el concepto de **A.** amnistía y **B.** Indulto. Frente a la **A.** amnistía se dice que es un mecanismo jurídico de extinción de la acción penal por conductas que están relacionadas o vinculadas con el conflicto armado. La Real Academia de la Lengua Española la define del griego ἀμνηστία (*amnēstía*. *Lo que significa propiamente olvido*) *perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores* (2022). Luego, la amnistía como instrumento jurídico permite la posibilidad de

obstruir en un determinado periodo de tiempo el enjuiciamiento penal (hablando de infracciones de carácter no gravoso y con fallo judicial) conforme a una conducta criminal que se haya cometido con anterioridad a la aceptación de la amnistía o conforme a la responsabilidad jurídica, su anulación de forma retrospectiva. La amnistía resulta ser de utilidad dentro de la sociedad en tanto que su beneficio resulta ser irrenunciable y produce efectos jurídicos de pleno derecho, además, crea condiciones para lograr una reconciliación nacional y acuerdos de paz.

Por otro lado, **B.** el indulto es un mecanismo jurídico que extingue la responsabilidad penal, es decir, que el sujeto responsable penalmente sigue siendo culpable, sólo que se le perdona el cumplimiento de determinada sanción criminal. La Real Academia de la Lengua Española la define como del latín *Indultus, gracia por la cual se remite total o parcialmente o se comuta una pena* (2022). El indulto es un beneficio que perdona la pena impuesta por la comisión de un delito. Ahora bien, téngase en cuenta que esta figura puede ser absoluta o parcial, puesto que la primera indica el perdón de toda sanción penal al sujeto que haya sido condenado por determinados actos delictivos, pero su mayor indicación es que no se han cumplido a cabalidad la condena. Mientras que la segunda, consiste en la remisión de una o algunas de las sanciones criminales que se está por cumplir en condena. En palabras más sencillas, el indulto opera con aquellos sujetos que son responsables por “x” conductas delictivas pero se les perdona la pena a cumplir; mientras que la amnistía es el perdón del delito mismo.

Así las cosas, la diferencia de estas dos figuras radica en que en el indulto la persona es culpable, pero se le ha perdonado el cumplimiento de la pena, mientras que la amnistía es el perdón del delito mismo, por ende, cabe resaltar los efectos retroactivos de esta, que de alguna manera termina anulando la responsabilidad penal.

La promoción de procesos penales resalta la finalidad de agotar la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de graves violaciones al derecho internacional, de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, constituye un imperativo de carácter jurídico y ético de aquellas sociedades que se encuentran en

transición. Más, sin embargo, esto no debe indicar que las políticas de verdad y de justicia deban excluir la posibilidad de clemencia.

En este sentido, estas figuras jurídicas como el indulto, la amnistía y demás pueden ser compatibles con las políticas de un país en transición como la de rendición de cuentas y, además, la amnistía es congruente respecto al derecho internacional toda vez que excluye de sus beneficios a las personas que hayan cometido crímenes de guerra, de genocidio y de crímenes de lesa humanidad.

Lo anteriormente afirmado permite dilucidar que, dentro de un proceso transicional hacia la democracia, la promulgación de leyes de amnistía si es un mecanismo idóneo con el derecho internacional, también con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En un proceso transicional, en el que se está intentando de transitar de un período de violencia desbordada hacia uno de pacificación y en el que, por tanto, se está intentando propiciar un cambio radical del orden social del país, es necesario adoptar medidas extraordinarias tales como la figura de las amnistías. Y es que es imposible pensar que los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales se van a avocar a un proceso de pacificación voluntariamente si no hay ningún incentivo para ellos. En ese sentido, las amnistías resultan una opción viable, siempre y cuando, tal y como se mencionó anteriormente, las mismas no sean generales ni absolutas, sino condicionadas y precedidas por procesos de verdad y justicia. Es por eso que medidas tales como una reducción de la pena, libertad condicional o arresto domiciliario podrían ser compatibles con un proceso transicional.

Eso sí, es menester aclarar que no serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Tampoco serán objeto de amnistía ni indulto los delitos comunes que no hayan sido cometidos en

el contexto y en razón de la rebelión o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal propio o para un tercero.

En cuanto a las amnistías e indultos, que buscan entre otras cosas la indulgencia social, se debe tener en cuenta que su implementación se debe exclusiva y únicamente al intercambio entre la inmunidad frente a los procesos judiciales ordinarios o el perdón y la confesión sincera que contenga el reconocimiento de la verdad. Sin embargo, no es satisfactorio dicho intercambio si no abre paso a la disposición de los actores para hacer reformas en el contexto político, social y económico que prevengan el estallido de conflictos en los que se vulneren de forma masiva y sistemática los derechos humanos.

Esta es la razón por la cual son importantes los intercambios y las negociaciones por parte de los actores del conflicto, toda vez que es necesaria la implementación de reformas políticas que surjan a partir de las amnistías, es decir, la justicia política afecta a grupos, mientras que la justicia criminal se dirige a individuos. El objeto de la justicia criminal es el castigo; el de la justicia política es la reforma política. El cambio de lógica de la justicia criminal a la política conduce a la descriminalización y a la legitimación de las dos partes en conflicto (Mamdani, 2016)

Sin embargo, estas figuras legales no pueden afectar los intereses de las víctimas toda vez que estarían contrariando las disposiciones internacionales e implican su inadmisibilidad e incluso la intervención de las instituciones del derecho penal internacional. Es entonces que las amnistías e indultos que se otorguen en el marco de la justicia transicional deben estar en función de garantizar la paz y la reconciliación, y no permitir la impunidad de los autores de violaciones al derecho internacional.

TERCER CAPÍTULO

ALGUNAS TEORÍAS PERTINENTES DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y DEL DERECHO HACIA UNA ESTRUCTURA ANÁLOGA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.

El sistema de la JT ha tenido igualmente en el transcurso de su historia una serie de contradictores que no comparten la visión de “justicia” impartida por esta política transicional. La formulación de “justicia vs paz” alude a los diversos choques doctrinales que de estas surgen, es decir, en un contexto axiológico jurídico distintos tratadistas y jurisconsultos como Juan Antonio García Amado, Mario Trapani, Günther Jakobs, entre otros; develan que el fin de la JT no es otro que la paz, dejando a un lado el verdadero fin de la justicia. Por otro lado, una serie de doctrinantes respaldan y argumentan que así la paz sea el fin inmediato de dicha política, se mantiene la orientación de buscar principios y normativas que operen al cese de la dictadura o conflicto con miras a unos mínimos de justicia (como se verá en el presente capítulo). En ese orden de ideas, la simple noción de “impunidad” incomoda a los doctrinantes anteriormente citados, los cuales, han venido estudiando el tema en mención. La amnistía e indulto como formas de sanción criminal en el sistema punitivo refleja ya para estos adversarios el contexto más débil para los sistemas jurídicos y el poder punitivo que emerge de los Estados.

Surge así un par de dudas y cuestionamientos relativos a la eficacia y justificación de la JT en los ordenamientos jurídicos de los E.D: ¿es justa la JT? ¿La JT busca la justicia como parámetro fundante del ordenamiento jurídico o, por el contrario, se busca la paz para el cese de un conflicto? ¿con la JT se pondera la sanción criminal y el derecho penal como “ultima ratio”, “prima ratio” o “extrema ratio”?

En virtud de lo dicho, será necesario estudiar el contexto de la *justicia* y la *paz* como principios universales o formales. Seguramente, el encuentro paradigmático de estas formulaciones conduzca a respuestas contundentes de la viabilidad hacia una política criminal de los Estados frente a las políticas transicionales y su aplicación dogmática normativa. Por otra parte, el contexto penológico en la JT es necesario; debe ser claro que ante transiciones, igualmente se debe hablar de unos mínimos de justicia penal dentro de un contexto limitado pero que no carezcan de las garantías que se debe

tener a la sociedad dentro de parámetros de justicia. Por ello, hablar de verdad es importante en estos mecanismos transitorios pues gracias a ella se devela automáticamente un contexto de verdadera justicia y sanción. Por último, si se habla de garantías (derecho que no puede carecer en los procesos de transición y en los contextos sociales de conflicto) debe expresarse su mayor forma tanto para agresor como para agredido, vitalidad del esquema entre Verdad, Reparación, No repetición, Perdón y Olvido; que como se analizó anteriormente, fundamentan el esquema de la JT.

Por esta razón, cuatro serán las vías que se analizarán a la luz de un contexto iusfilosófico: **1.** John Rawls, desde el concepto de la justicia, para lograr entrever la lógica del sistema transicional desde la comprensión de paz y justicia; **2.** Santo Tomás de Aquino, desde las luces del *ius puniendi* y las sanciones criminales para ignorar al derecho penal como “prima” o “extrema” ratio, máxime en un contexto de transición; **3.** Michel Foucault, frente al contexto de jurisdicción y veracidad, justicia y verdad; y **4.** Luigi Ferrajoli, desde el concepto de garantismo penal (tanto procedimental como sustancial) que pretende evocar los mínimos de justicia y paz que procura evocar una política transicional. La razón de ser del presente capítulo es ya develar orientaciones ciertas a las políticas transicionales que den la dinamicidad correcta del sistema a los ordenamientos jurídicos.

I. EL CONCEPTO DE JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA DE JOHN RAWLS Y SU APROXIMACIÓN CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL.

Desde la publicación de *La Teoría de la Justicia* las ideas de las instituciones sociales recobran el interés de una serie de valores que configuran la estructura social. Por ello “la justicia es la virtud primaria de estas instituciones sociales” (Rawls, 2012, p. 17) pues frente a su desarrollo establece unos principios y valores (como la igualdad, la democracia, entre otros) que son referentes para la mayor aproximación de la paz como eje central de toda colectividad.

De hecho, los principios que establece la justicia reposan en que la ciudadanía de manera autónoma y racional pueda hacer una construcción consensuada y concertada de su estructura donde, de manera legítima, prevalezcan intereses colectivos, siempre fundamentados desde el diálogo y el argumento. Luego la intención del presente sub

capítulo se sustenta desde la mirada ético-política de John Rawls, más exactamente en el papel de la justicia en los acuerdos de cooperación justa que denotan un objeto principal: la imparcialidad para llegar a su vez a la igualdad de posiciones y la lucha en contra de la desigualdad, que solo puede darse por medio de la libertad. Y aquí, se denotan dos vías importantes; por una parte, develar si es posible, dentro de la estructura básica de la sociedad, edificar e incluir *la paz* como precepto efectivo y eficaz, y por otra, si la JT es análoga a los conceptos filosófico-políticos rawlsianos.

La cuestión problemática que asalta al abordar la temática es, si a la luz de la teoría ético-política de John Rawls, puede cimentarse una “*paz*” como construcción analógica del “todo social”. O si, por el contrario, se habla de “*justicia*” y “*paz*” como dos consecuencias principialístias equivocadas frente al esquema de las políticas de transición.

Lo anterior, puesto que el presente sub-capítulo procura dar un análisis al concepto de “*justicia*” que es expresado en diversas Constituciones de Estados de Derecho, donde se sustenta el plexo de valores de los ordenamientos jurídicos y se equipara al pensamiento filosófico de John Rawls a la luz de sus obras: “Teoría de la Justicia” y “Liberalismo Político”. Empero, dicho análisis se verá obligatoriamente confrontado al “valor” y “derecho” de la paz; pues en un mundo tan agobiado y convulsionado por la guerra, se denota la carencia de verdad, la reparación, la no repetición, la jurisdiccionalidad y aplicación de dicho precepto; máxime cuando al día de hoy se sigue afirmando que la “paz y justicia”⁴⁵ son una clara dicotomía de conceptos.

Ahora bien, es necesario orientar bajo el contexto político y jurídico las bases de los principios de la justicia y la teoría consensual. Razón de ser que la primera parte esté orientada a la vida y obra de Rawls para explicar, posteriormente, la *etapa pre-contractual*, esto es, una explicación sintética de los conceptos de “posición original”, “velo de ignorancia” y “principios de justicia”; que inmediatamente nos conducirá al tercer momento: la *etapa contractual* que es la construcción o consenso democrático de

⁴⁵ Muestra de ello son los acuerdos firmados en el año 2017 entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP) hoy partido político llamado “Comunes” y el Estado Colombiano, donde diversos sectores políticos señalan una contradicción en este sentido.

la sociedad. Y por último, la *etapa post-contractual* basada en la democracia donde se identificara la paz como parámetro fundante en dicha concertación en los ESD.

1. Vida y obra de John Rawls

John Bordley Rawls nació en 1921 en Baltimore y murió en el mes de noviembre de 2002 en Lexington (EE.UU). Actualmente considerado como uno de los más grandes filósofos de la historia en el campo de la política.

Estudió en la Universidad de Princeton en su juventud en el año de 1942 donde realizó sus estudios en filosofía. Ahí tuvo una gran influencia del pensamiento de autores de corte contractualista tales como Hobbes, Rousseau, Locke, al igual que racionalista como Kant y Hegel. Su vida académica se vio enmarcada por la interacción con economistas y juristas con quienes debatió constantemente sobre su principal preocupación: la construcción de un modelo de sociedad justa o “bien ordenada” (Cárdenas Sierra & Guarín Ramírez, 2010).

Enseñó en las mejores universidades de Estados Unidos, pero culminó toda su trayectoria académica en la que sería su hogar definitivo: la Universidad de Harvard en el año de 1979.

De él dice el profesor Papacchini (2012):

(...) el filósofo norteamericano John Rawls ha tenido una enorme influencia en la filosofía anglosajona contemporánea y ha contribuido de manera significativa al florecimiento actual de los trabajos sobre problemas ético-políticos, sobre la concepción de la justicia y sobre la teoría del Estado. Particularmente eficaz ha resultado su crítica a los postulados utilitaristas. Rawls no ha dedicado trabajos específicos al problema de los derechos humanos; sin embargo, en su reflexión sobre la justicia, el tema de los derechos y de las libertades básicas juega un papel central (p. 250).

Su libro cumbre fue “*la Teoría de la justicia*” de 1971, empero, destacan diversas obras de igual importancia: “*Liberalismo político*” de 1993, *Justicia en equidad: una*

reformulación de 2001 y *El derecho de gentes* de 1999. De este último texto se diseñará un programa metodológico frente al tema de la paz, pues en él desarrolla una de las mayores doctrinas referente al tema.

2. Etapa precontractual: La posición original, el velo de ignorancia y los principios de la justicia

Se desea iniciar con un ejemplo que seguramente ayudará a discernir al lector frente a la posición rawlsiana, es un ejemplo. ¿Qué pasaría si a un hombre cualquiera le ofrecieran una invitación para viajar a Marte, pero sin poder volver a la tierra? De hecho, la empresa “Mars One” ha evaluado desde hace unos años empoderar a unas personas (50 hombres y 50 mujeres) para viajar a Marte en el año 2023, asumiendo dicha entidad todos los gastos. Un viaje del cual no hay retorno (Nieves, 2013).

Dicho plan ha desatado las más fuertes críticas y el “morbo” frente a la utilización del hombre como símbolo de “reality show” y el desencadenamiento de indignidad humana. Sin embargo, frente a los contenidos académicos es necesario detenerse por un segundo y pensar ¿qué pasaría si efectivamente viajan 50 hombres y 50 mujeres de diferentes partes del mundo, de diferentes contextos culturales, de diferentes razas y lenguas, altos, bajos, jóvenes, ancianos, etc. pretendiendo llegar a Marte, donde en un momento determinado deben establecer unos mínimos para convivir en sociedad?

Rawls (2012) idea un procedimiento en el que, de manera dialogal, argumentada y consensual se desarrollen los principios de la justicia que deben regir a todas las instituciones de carácter social y toda legalidad de la mismas, dejando a un lado nociones egoístas con el fin de tomar decisiones imparciales. Frente a tal propósito Mejía (1996) nos explica lo siguiente:

El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la “posición original”, con el cual pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios de justicia y los acuerdos fundamentales. Así como se considera razonable que no haya situaciones iniciales de ventaja o desventaja tampoco lo es que los principios generales sean, como en el caso del utilitarismo, proyecciones sociales de los intereses individuales de los participantes. (p. 208)

A la luz de lo anterior, la posición original es un constructo mental dirigido al desarrollo de un pacto en el cual todos los que están inmersos en la sociedad suscribirían una supuesta situación de igualdad originaria, con un solo objeto: disminuir o prevenir intereses particulares que puedan afectar los principios de la justicia que se traducen en los procedimientos legales. Esa misma legalidad, debe nacer de la construcción dialógica de los intervinientes. (Rawls, 1971, p. 30 y ss).

En esta situación hipotética planteada al contexto del pensamiento rawlsiano, se considera que debe nacer un “procedimiento de argumentación consensual racional” (Mejía, 1996, p. 208) donde su finalidad será que el “todo social” pueda enfrentar unos mínimos que son escogidos (y posteriormente asumidos) para que prevalezca el interés general y se alejen de los fines egoístas de sus asociados.

Luego, puede decirse que Rawls tiene un sentido análogo y dialógico en relación con la propuesta kantiana de la “razón práctica” y con ello frente al famoso imperativo categórico, concebido en el marco de la posición original?⁴⁶ Ante esta situación, lo único que puede establecer son unos parámetros para coexistir frente a la realización de un contrato social que regule los términos del “derecho público” frente al “derecho privado”. Rawls (2012) sostiene entonces que la deliberación consensual tiene como propósito el acuerdo en unos mínimos para la constitución de relaciones intersubjetivas, garantizando que todos se perciban como fines y no como medios.

Así las cosas, el filósofo de Harvard frente a las nociones contractualistas de Rousseau, Hobbes, Locke, entre otros, toma el concepto de contrato social (de orden netamente deliberativo) para que los individuos entreguen parte de su libertad al “todo social”, para poder exigir al *Estado* un carácter legal de obligaciones y condiciones entre todos.

Ahora bien, la “*posición original*” de las personas en el caso hipotético descrito, deben desconocer cuál será en el futuro su posición social. Entonces los individuos que se encuentran en esta situación de desconocimiento están bajo un “*velo de la ignorancia*”. Esta situación hace que las personas estén interesadas en pactar unas reglas de

⁴⁶ Se debe advertir que la posición original es un marco general constituyente, luego no es artificial, siendo por tanto el consenso político general de todos.

funcionamiento social que asegure que en la peor de las situaciones queden asegurados unos mínimos vitales y sociales que permitan la convivencia y coexistencia entre ellos. Por ende, lo que busca dicho velo de ignorancia es la igualdad tanto para los ciudadanos como las instituciones sociales, pues es punto de partida de salvaguarda del bien común (Rawls, 1971, pág. 30 y ss). En palabras de Mejía (1996):

Las partes no pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de los principios de la justicia. No conocen su posición social., sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su propia sociedad ni la generación a la que pertenecen (p. 210).

De este consenso racional se determinan los principios de la justicia que entrarán a determinar las garantías mínimas procedimentales de las instituciones y la sociedad, que de cierta forma se identifican como “bienes primarios de los ciudadanos” para su realización o desarrollo de vida, estos son: la libertades políticas, la igualdad de posición y oportunidades, los bienes económicos, etc. (Mejía Quintana, 1997, p. 46 y 47) que en concreto sustenta Rawls (2001):

i. Las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.) forman el trasfondo institucional necesario para el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Igualmente, estas libertades permiten el desarrollo y ejercicio del sentido de lo recto y de la justicia en condiciones políticas y sociales libres.

ii. la libertad de movimiento y libre elección de ocupación sobre un trasfondo de oportunidades diversas son necesarias para la persecución de fines últimos, así como para poder llevar a efecto una decisión de revisarlos y cambiarlos si uno los desea.

iii. Los poderes y prerrogativas de cargos de responsabilidad son necesarios para dar campo a diversas capacidades sociales y de autogobierno del sujeto.

iv. La renta y la riqueza, entendidas en un sentido debidamente lato, son medios omnivalentes (y con valor de cambio) para alcanzar directa o indirectamente una amplia gama de fines, cualquiera que resulten ser.

v. Las bases sociales del respeto de sí mismo son aquellos aspectos de las instituciones básicas que normalmente son esenciales para que los ciudadanos tengan un sentido vivo de su propio valor como personas morales y sean capaces de realizar sus intereses de orden supremo y promover sus fines con confianza en sí mismos (p.270).

La pregunta problemática que realizaría Rawls es ¿cuáles son los principios de la justicia que deben operar en esta sociedad hipotética? Sin lugar a dudas, estos deben buscar la “estructura básica de la sociedad”, fundamentando los derechos y obligaciones del “uno” con los “otros” y, a su vez, determinarán igualmente los criterios económicos sobre los cuales se basará su organización.

Dos son los principios que entrarán a regir: por una parte, está el principio de la libertad el cual está inmerso desde la construcción del ordenamiento jurídico y político de la sociedad y determinado por una constitución. Y por otra parte, está el principio de igualdad (tanto de oportunidades como de posiciones). Este principio se enmarca dentro de la distribución de bienes y riquezas en orden económico⁴⁷. El profesor de Harvard los anuncia así:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás (...) Segundo: las desigualdades sociales o económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que

⁴⁷ A manera de ejemplo, y a la luz de lo dicho, este fenómeno jurídico se desata en la historia de Colombia con la propuesta del movimiento estudiantil conocida como la “séptima papeleta”, que tenía como fin un séptimo voto para la convocatoria de una Asamblea General Constituyente (concertada ante un constructo constituyente en el sentido diacrónico rawlsiano, como se verá más adelante). Y su consecuencia fue la Constitución Política de Colombia de 1991, dando las nociones del Estado Social de Derecho. Momentos relevantes ha tenido Colombia después de la Batalla del Puente de Boyacá en 1819 y el grito de Independencia en 1810. Tal vez, este es el momento más importante para el país, pues Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho y con ello se da relevancia al plexo de valores, los mínimos vitales, la importancia real-fundamental del principio de legalidad, el surgimiento de los derechos fundamentales y los derechos culturales o sociales (hoy catalogados como derechos fundamentales sociales), entre otros.

sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (Rawls, 2012, p. 67 y 68)

Es necesario aclarar por qué esto es significativo para el contexto de los ESD. Si bien es cierto, a la luz de la disciplina de la *“Teoría del Estado”* y en relación con la propuesta rawlsiana, dichos Estados desde la óptica jurídica han tenido en su contexto histórico una evolución comprendida como el papel cada vez más garantizador de derechos e integrador de valores cumpliendo así los fines esenciales de bienestar y seguridad de la comunidad o los mínimos concertados como comunidad; aun así, históricamente han transitado de un “Estado Absolutista” o “Totalitarista” hacia un “Estado de Derecho” y pretenden al día de hoy culminar en un “Estado Social y Democrático de Derecho”, como bien se analizó en el capítulo anterior.

Ciertamente, en este sentido histórico se han dado pasos paulatinos a lo que conocemos hoy como “Estado Social Democrático de Derecho”, lo que contiene una serie de fundamentos importantes: el principio de legalidad, la división de poderes (ramas o poderes legislativo, ejecutivo y judicial), los derechos humanos, los mínimos vitales, los fines esenciales del Estado a los ciudadanos (salvaguardar y proteger al “todo social”), la participación ciudadana como modelo democrático, el poder punitivo congregado para establecer políticas criminales claras y legitimar la intervención más radical en la libertad del individuo que ha quebrantado el “pacto social” y el “ordenamiento jurídico”, la inclusión del “otro” para un orden de justicia social, entre otras. Sin embargo, el déficit se presenta porque no existe una aplicación directa o concreta al reflejo de la “posición original” determinada y pretendida en el “marco constituyente”, que dio lugar a un consenso político que solo quedo en una bella prosa en el papel⁴⁸.

3. Etapa contractual: La razón pública y la democracia

En el contexto del ejemplo hipotético mencionado y, por qué no, del surgimiento de ESD, influye el que del congreso constituyente, con toda su democracia consensuada, se edifique un proyecto concreto de vida social incluyente de los ciudadanos. Estas premisas se planifican bajo el ordenamiento jurídico del “liberalismo procedimental” con

⁴⁸ Aunque suene un poco utópico, puesto que hablar de países subdesarrollados implica directamente el problema de pensar la propuesta de Rawls a la luz de realidades concretas de sociedades no ordenadas.

criterios de praxis argumentativa y las relaciones intersubjetivas de los ciudadanos que posteriormente serán positivizadas o tipificadas en conductas, relaciones y cosas (Zabalza, Cárdenas, & Houghton, 2015, pág. 34 y ss).

De hecho, la columna vertebral del pensamiento rawlsiano se encuentra en su liberalismo político, que pretende lograr un “consenso entrecruzado de doctrinas onni-comprehensivas razonables” (Rawls, 1993), las cuales son consecuencia de razones prácticas⁴⁹, que se podrían dilucidar como un hecho acerca de los límites de la razón o de lo que Rawls ha llamado "*las cargas del juicio*" (Nusbaum, 2011). Dichas “cargas del juicio” significan que se irá revelando una serie de desacuerdos razonables dentro de la sociedad, y estas mismas discrepancias tendrán el objeto de ser dialogadas frente a unos mínimos de convivencia; ello implica que así los ciudadanos sean razonables no puede esperarse que se llegue a una misma conclusión o acuerdo⁵⁰. Incluso, en esto consiste el “pluralismo razonable”: así se esté en desacuerdo, todas las personas querrán edificar bajo los aportes de su libertad las bases para un proyecto colectivo de vida. Y en síntesis, los sujetos, al aporte de su libertad y conviviendo con el “todo social”, querrán cumplir y acatar toda normatividad en tanto queda establecida bajo las condiciones de acuerdos de cooperación justa. Pero esto no afirma que sean unívocos o comulguen unánimemente con la idea de bienestar, pues cada cual tiene sus propios fines y objetivos justificados en el régimen democrático, donde de esa misma “libertad” los ciudadanos determinan su *modus vivendi* particular y esto conduce a que las “cargas de juicio” den un contenido

⁴⁹ Si bien, corresponden a ejercicios de razón práctica, también lo son de razón teórica y de pertenencia a algún tipo de tradición.

⁵⁰ Rawls había desarrollado la idea del desacuerdo en virtud del diálogo. En primera medida, analizó la diferencia entre el simple desacuerdo y el desarrollo razonable; el segundo fundamentalmente es el tipo de desacuerdo que solo puede darse en el ámbito de las personas que son razonables, es decir, que son capaces de plantear acuerdos de cooperación justa. La razonabilidad del desacuerdo supone que las posturas que están en conflicto pueden ser válidas, pero requieren de un proceso argumentativo para que puedan ser tomadas conforme a decisiones; precisamente en el ámbito de las doctrinas comprensivas razonables, las cargas del juicio vienen a ser los fundamentos de esos desacuerdos, es decir, los principios y los fundamentos en los que se basa un punto de vista que se enfrentan a otros puntos de vista basados en otros fundamentos que corresponden a doctrinas comprensivas razonables; luego, supone el tipo de desacuerdo al que Rawls denomina desacuerdo razonable. Ahora bien, las cargas del juicio también obedecen a ser los fundamentos de los desacuerdos. Las cargas del juicio corresponden a las consecuencias que deben asumirse por las posturas que se toman frente a los temas de debate; Confróntese a lo anterior, el análisis bastante interesante es la relación de esas cargas del juicio para explicar los desacuerdos razonables a la luz de las tres máximas del entendimiento las desarrolla Kant su obra "*la crítica del discernimiento*" (2020).

pluralista en diversas doctrinas de orden moral, filosófico, político e incluso religioso (Rawls, 2013). Bien lo describe Nussbaum (2014), citando al mismo Rawls:

Un aspecto por destacar del análisis de Rawls en Liberalismo político es su distinción entre doctrinas comprensivas "razonables" e "irrazonables". Su categoría de "cargas de juicio" enfatiza el hecho de que las personas discrepan en asuntos de valores y adhieren a doctrinas comprensivas diferentes, no solo por una opción irracional o baladí, sino basadas en un conjunto de factores que tornan las disputas entre ellas verdaderos casos de "discrepancias razonables". Afirmar lo anterior es reconocer "los múltiples riesgos que apareja el ejercicio correcto (y consciente) de la facultad racional y de juicio en el giro ordinario de nuestra vida política" (Pág.5-33)

Entonces, el pluralismo razonable, a diferencia del pluralismo simple, solo es identificado con el consenso que se da entre doctrinas comprensivas que dan la característica primaria de la democracia, pues como se ha anotado anteriormente, dichas doctrinas no son el resultado de intereses particulares.

Esta etapa contractual, fiel a la concepción política explicada en los anteriores párrafos, mantiene dos momentos importantes: En primer lugar, constituye el concepto más razonable sobre la justicia en un sistema democrático amplio y dentro de un marco de deliberación, que conforma el "*consenso entrecruzado*" el cual es análogo al plexo de valores de la sociedad y así se configura el proceso constitucional. En segundo lugar, se materializa un consentimiento deliberativo al interior del congreso legislativo y la posterior aplicación jurisdiccional de las normas (o administración de justicia) en caso de conflicto específico (Rawls, 2013, p. 220 y ss).

Mejía (1996), citando a John Rawls, expresa:

El consenso, fiel a su carácter constructivista, debe cumplir un determinado proceso procedimental. Una primera etapa la constituye la que Rawls denomina etapa constitucional. Esta etapa satisface los principios procedimentales de convivencia política, autonomía y neutralidad, que como tales se aceptan, sin incluir ni suponer ideas fundamentales sobre la sociedad y la justicia que regularán

la estructura básica de la sociedad, la siguiente etapa la configura, respectivamente, las deliberaciones a la interior del congreso legislativo y la aplicación jurisdiccional de las normas en casos de conflictos específicos (p. 217).

Su objetivo será dar las garantías necesarias a los principios de justicia y así configurar su materialización, procurando construir un ordenamiento jurídico positivo que regule las conductas humanas y las relaciones intersubjetivas entre sí bajo disposiciones legales (en la ciencia del derecho se sustentan bajo el principio de legalidad) de tal forma que, al ser vulnerados los derechos de los ciudadanos, estos puedan, bajo herramientas judiciales (acciones constitucionales, demandas, querellas, denuncias, etc.), hacer efectivos sus derechos subjetivos.

Sin lugar a dudas, al momento de la publicación de la obra “*Liberalismo Político*” en el año de 1993, emerge la concepción más sólida de la llamada “razón pública” (Rawls, 1993, p. 207 y ss). Recalcando la prioridad de la justicia sobre el derecho. La eficacia y el bienestar son esenciales para toda democracia consensual o constitucional (Mejía Quintana, 1996, p. 220). Añade el profesor Mejía Quintana:

Tal prioridad significa que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos. La misma define una noción de neutralidad consensual sin acudir a valores morales legitimatorios y sin ser ella misma procedimentalmente neutra (1997, p. 163).

La razón pública⁵¹ se deriva de la “razón del pueblo” o la “razón ciudadana” siendo las personas quienes la poseen, en tanto ciudadanos, ejerciendo todos el “*potestas*”

⁵¹ La razón pública, como concepto, es la mayor propiedad y cualidad de un pueblo democrático. Es la razón de sus ciudadanos, aquellos comparten una posición de igual ciudadanía. Por ende la razón pública es la forma en que los hombres ordenan sus vidas y hacen el desarrollo de la misma. Ello implica que el objeto de dicha razón es el bien público: aquello que la concepción política de la justicia exige a la estructura institucional básica de la sociedad y a los propósitos y fines que las instituciones han de servir. La razón pública, pues, es pública de tres maneras: como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público; su objeto es el bien público y cuestiones de justicia fundamental; y su naturaleza, su contenido, es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad, ideales y principios desarrollados, sobre esa base, de un modo abierto y visible (Rawls, 1993). Ahora bien, es necesario igualmente analizar la posición kantiana donde exige que la razón pública requiere que las leyes de orden moral o político-jurídicas que gobiernan la vida en común de los ciudadanos sean, en sentido directo, legitimadas o aceptadas por todos aquellos ante quienes tienen la

que se configura en leyes que son de orden general, coercitivas, heterónomas. Donde se configura un poder político asignado al Estado. Así lo explica Mejía (1997):

Se dice que la razón pública no se circunscribe al foro legislativo, sino que es asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad en general; es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales primarios consensualmente concertado. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada y aunque su principal expresión, en un régimen democrático, es el Tribunal Constitucional, los esenciales constitucionales que este debe preservar y defender son los derivados del consenso político de los diferentes sujetos colectivos que componen la ciudadanía (p. 163).

Los ciudadanos, como se vio en el segundo sub-capítulo, se circunscriben a la idea de “razón pública” y a la democracia, en el contexto de la asamblea constituyente y el surgimiento de la Constitución. De acuerdo con Cárdenas (2002) la Constitución de todo ESD se fundamenta en los postulados rawlsianos, pues propone una serie de valores como fines del proyecto de vida social del pueblo y la nación (justicia, unidad nacional, vida, convivencia, trabajo, igualdad, conocimiento, libertad, paz, democracia participativa, orden político-económico-social justo, etc) pensando en el bien común como continua construcción de la razón, argumentando que no puede haber un “contrato social” solamente guiado por el interés particular; de hecho, como claro ejemplo, las constituciones de Colombia y España, en sus respectivos preámbulos ponen en constante dinámica los marco-valores (valores de coexistencia) con los valores de existencia personal (valores de convivencia) exigiendo en la vida social un orden jurídico y elevando la dignidad de la persona en la triada: persona-sociedad-derecho.

4. Etapa poscontractual: la sociedad bien ordenada, la paz justa y la paz democrática como resultado de la justicia.

autoridad o la reclaman. Confróntese a Immanuel Kant en su obra “¿Qué es la ilustración?” (2004) y a Michel Foucault en su obra “El gobierno de sí y de los otros” (2009).

Finalmente, la etapa poscontractual se encuentra determinada por el bien común y su fin esencial es la justicia, la cual entrará a definir los principios por ella enmarcados y la estructura del ordenamiento colectivo social (o denominada por Rawls como “*la sociedad bien ordenada*”). Para ello, el filósofo norteamericano sustenta tres instancias que le darán la dinamicidad a su estructura: 1. La moralidad de la autoridad, 2. La moralidad de la asociación y 3. La moralidad de los principios (Rawls, p. 410-432). Esto configura el todo social que por ende delimitará, a la luz de la justicia, los elementos de formación en los “valores macro” y que harán del individuo una persona capaz de ejercer sus deberes cívicos, encontrando y reconfigurando una ciudadanía democrática.

El presente escrito pretende dar cuenta de las reflexiones de orden ético y político de Rawls en relación con la justicia, pero con un propósito limitado: la paz como construcción social. Es en esa etapa donde el pensamiento del profesor de Harvard expone sus concepciones alrededor de la “paz”: “la paz justa” y “la paz democrática”, que conducen a dicha entidad institucionalizada (eso sí, la justicia como valor primario) empero edificada frente a la paz como precepto base. Al respecto, Garrán (2016) afirma:

Las principales alusiones realizadas por Rawls en torno a las concepciones de la paz y al pacifismo se encuentran en su influyente libro *A Theory of Justice*, publicado en 1971, y en *The Law of Peoples*, del año 1999. Los análisis contenidos en ambos trabajos sobre estas materias son más bien escasos y, salvo el capítulo dedicado a la “paz democrática” ubicado dentro del último de los libros mencionados, los comentarios en torno a la paz y al pacifismo se encuentran dispersos en distintos epígrafes. De hecho, sólo se relacionan de forma colateral con otros asuntos abordados de manera mucho más profunda por nuestro autor. Es de sobra conocido, además, que Rawls no elaboró ninguna monografía acerca de la guerra y de la paz, sin embargo, sus juicios sobre ambas cuestiones resultan ser muy estimulantes y nos permiten profundizar, no sólo en el conocimiento y en la comprensión de la teoría de la justicia rawlsiana, en general, sino también en su doctrina de la “guerra justa”, en particular (p. 147).

Una de las cosas claras en el pensamiento de Rawls es que los conceptos de “paz”, acá referenciados, no tienen la misma profundidad epistemológica con la que se erigieron otros conceptos dentro de su filosofía (como la posición original, el velo de ignorancia,

entre otros). Sin embargo, el presente escrito pretende comprender a la luz de la hermenéutica, los matices en que contituyeron dichos significados.

La noción de “Paz Justa” se acopla precisamente a los principios erigidos por la justicia y por las reglas positivas que ordenan las relaciones intersubjetivas establecidas en las “sociedades bien ordenadas”, las cuales son equívocos con aquellos Estados que niegan las garantías o derechos de la sociedad que, en consecuencia, son mal estructurados, llamados “Estados fuera de la ley” (Rawls, 1999, p. 85 y ss). En este sentido Garrán (2016) sostiene que lógicamente, que el filósofo John Rawls alude a la “paz justa” en los supuestos de conflictos armados en los que los pueblos bien ordenados, derrotan a los segundos.

Rawls no desconoce la significación abordada por diferentes doctrinas que sustentan la paz como el derecho y valor jurídico que tiene como fin supremo lograr la dignificación de los seres humanos frente a la salvaguarda de la seguridad jurídica, aquel ideal sustentado también se evidencia como la ausencia de guerra que enfrenta por objeto la soberanía de los pueblos (Kaufmann, 1999, p. 441-462). La expresión de paz justa, como se dijo anteriormente, está relacionada, en el pensamiento rawlsiano, con la culminación de todo “conflicto bélico” entre las sociedades bien ordenadas y aquellos Estados que actúan fuera del derecho y las garantías de las personas.

La idea esencial del concepto de paz justa es coherente con los requerimientos exigidos por el derecho internacional que derivan de los conceptos: “*ius ad bellum*”, “*ius in bello*” y “*ius post bellum*”, tres nociones fundamentales dentro la doctrina de lo que se conoce como la “teoría de la guerra justa”; sin embargo, bajo el pensamiento rawlsiano son repensadas estas nociones frente a sus conceptos de sociedad, Estado y justicia. El profesor de Harvard se preguntaba cómo las sociedades bien constituidas deberían proceder en los conflictos armados. Es una pregunta acerca de su legalidad y legitimación para el desarrollo de conflictos dentro de un orden (sea negativo o positivo) pues el resultado de ello será la conducción a la paz. Entonces:

Rawls reserva el uso de la expresión “paz justa” a los supuestos en los que la situación final de una contienda armada es el producto del cumplimiento estricto de las exigencias que se derivan de todos los principios del derecho de los pueblos.

Una paz será “justa”, se podría deducir entonces, si es el resultado de una guerra que se libró para defendernos legítimamente de una agresión, o porque se produjo una grave violación de los derechos humanos que justificó la intervención de pueblos bien ordenados en ese conflicto. Y, además, será una “paz justa” si se han cumplido los principios de restricción en la conducción de la guerra, principios que, aunque expuestos por Rawls en los epígrafes relativos al *ius in bello*, se entremezclan con otros que, a mi juicio, pertenecen más bien al contenido del *ius post bellum* (Garrán Martínez, 2016. Pág. 149)

Ahora bien, un papel fundamental en un conflicto armado es el poder del gobernante, pues él asume la mayor responsabilidad en el modo de conducir la guerra o imponer un mecanismo alternativo para la resolución de los conflictos. Es decir, son los líderes políticos quienes tienen el papel de garante frente a la sociedad para imponer políticas que protejan el bienestar de la sociedad. Y es la misma sociedad la que puede exigirles las prácticas o criticarlas según su actuar (Rawls, 1999, p. 97). Parafraseando al filósofo norteamericano se dirá entonces que en medio de una guerra se tiene por objeto mantenerse fiel al propósito de una paz justa evitando todo lo que pueda obstaculizar dicha tarea (Rawls, 1999, p. 98-99).

A la luz de todo lo mencionado sobre la paz justa, y parafraseando un poco al maestro Garrán (2016) culmina diciendo que el unir en una expresión dos valores como son los de la paz y la justicia para construir su concepción de “paz justa” habría exigido, sin duda, un análisis mucho más pausado e intenso que el que Rawls nos pudo ofrecer en su último libro. Y lo mismo se podría decir en relación con la siguiente concepción de paz utilizada por nuestro filósofo y, en general, con buena parte del contenido del mencionado escrito.

Por otra parte, el concepto de “paz democrática” es uno de los elementos más importantes para constituir la sociedad organizada, aunque dicho concepto sigue siendo de los más debatibles por la doctrina político-jurídica global. Expone Rawls (1999) que la paz democrática es la forma auténtica de establecer la sociedad razonablemente justa, pues las guerras se libran contra regímenes ilegales o ilegítimos, pero nunca contra otros pueblos que se encuentren organizados de manera políticamente diferente (p.148). Los Estados generan guerras, pero ninguno de ellos sin una justa causa, el caso directo de la

defensa propia explicando que anteriormente se le llamaba secretarios de guerra y hoy secretarios de defensa pues no se está legitimado en agredir, pero sí en defenderse (Kaufmann, 1999, p. 449-450).

La paz democrática depende de tres factores necesarios para su establecimiento: 1. La organización democrática del Estado, 2. La importancia de las relaciones comerciales para la satisfacción de los ciudadanos y 3. Pertenencia del Estado a instituciones de carácter internacional que reúnan a pueblos con los mismos valores. Por ello, Rawls plantea la implementación del Derecho de los pueblos, es decir, de las relaciones internacionales entre Estados de acuerdo a la implantación de la paz democrática de forma individual en cada estado, cuya finalidad sea la consecución de la paz duradera, tal y como lo planteo Kant (2018) en su obra: *la paz perpetua*.

Se plantea entonces una contraposición de conceptos y teorías entre Estados denominados liberales y decentes; por consiguiente, existe una utopía realista que contrarresta la concepción de guerra defendida por la teoría hegemónica de los realistas; esta utopía surge a partir de lo que se conoce como la estabilidad de un Estado. Según Rawls (1999), a esta estabilidad se puede llegar mediante dos situaciones, la primera es que el Estado llegue a esta estabilidad mediante el equilibrio de fuerzas, es decir que se modere la lucha por el poder, la riqueza y que esto se tome como la forma de vida de un Estado y de sus integrantes. Por otro lado, la estabilidad de los Estados también puede ser el resultado de las llamadas razones correctas, lo cual implicaría que las instituciones políticas y sociales conduzcan a los ciudadanos a la adquisición de un sentido apropiado de justicia a través del crecimiento y participación en sociedad, lo que permitiría a la ciudadanía el entendimiento de los principios e ideales de la concepción política, para que los puedan interpretar y aplicar. Entonces el Estado debe guiar el aprendizaje moral de la ciudadanía mediante la ejecución de un modelo ideal de conducta, basado en la cooperación y en la confianza mutua.

Es, entonces, que se plantea la paz democrática como un modelo efectivo alternativo a la política realista respecto de las relaciones internacionales, como consecuencia de la implementación de políticas justas y decentes en cada uno de los Estados de la comunidad internacional. Para ello, Rawls (1999) plantea la aplicación de unas pautas de actuación pública que permitan la estabilidad del Estado:

1. Igualdad de oportunidades frente a la educación y la formación de los individuos. 2. La distribución decente de los ingresos y riquezas, de tal forma en que los individuos tengan acceso a los medios universales necesarios para el uso inteligente y efectivo de sus libertades. 3. La sociedad como empleador del último recurso, ya sea mediante el gobierno nacional o local, o mediante políticas sociales y económicas. 4. Asistencia sanitaria asegurada a los ciudadanos. 5. Financiamiento de elecciones y medios de información de cuestiones políticas (p. 45 y ss).

Se da, por lo tanto, la unificación de dos situaciones respecto de los Estados para que sean promotores de la verdadera paz: en primer lugar, que la naturaleza de las instituciones sea de carácter mutable por el pueblo con el fin de generar mayor felicidad o satisfacción. Y en segunda medida el intercambio como acción que fomente la paz, ya que el comercio favorece a la promoción de las virtudes y valores sociales que propicien la paz en los pueblos.

Cabe destacar la función de las “políticas de paz” construidas por los gobernantes en sus diferentes momentos y con sus diversas figuras jurídicas deben, por tanto, ordenar mecanismos fehacientes frente a la reparación integral de las víctimas y se deben realizar procesos de paz bajo los parámetros de la legalidad y la jurisdiccionalidad. En concordancia con la finalidad y función de la pena (sentido onto-deontológico) la persona que se orienta a la JT debe cumplir con prácticas subsecuentes que revelen unos procesos unitarios tanto del daño causado como a la sanción limitada⁵². Sanciones que sean sujetas a la reparación, integralidad (penas que no sean maximizadas empero tampoco minimizadas), mejor aun cuando estos actos son de barbarie y sin piedad (las torturas, genocidios, violaciones a los derechos humanos, etc) (Ibarra, 2015, p. 102). (Ibarra Sánchez, 2015, pág. 102)-

En diversas constituciones se identifica dicho valor como fin primordial y derecho fundamental, enmarcado en el plexo de relaciones inter-valóricas donde unos valores valen más como fines (paz, seguridad, solidaridad) que otros (poder, orden, cooperación

⁵² Sanciones que se comprenden como procesos no necesariamente “estrictos” o con “sentidos” de penas carcelarias.

forzosa), de importancia medial o instrumental, y que todos se des-valorizan si se realizan de forma injusta (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002). Entonces, Rawls indicará al unísono con dichas constituciones que la Justicia es la única que puede encaminar al bienestar del todo social, sin exclusiones ni márgenes de vulneración de derechos fundamentales, haciendo más efectiva una paz incluyente donde la seguridad jurídica es de todos los ciudadanos. En pocas palabras:

Y si la justicia hace valiosa la paz política, económica, cultural, social sin excluidos; y valiosa la seguridad política, económica, jurídica, social sin excluidos; y la valiosa cooperación forzosa política, económica, tributaria, cívica sin excluidos ni privilegiados...; si la justicia plenifica los demás valores, surge entonces el valor englobante articulador-integrador bien común, que es el conjunto de condiciones externas y espirituales posibilitantes, comunes al todo social, que incluye a todos al ofrecer oportunidades y medios para que cada uno desarrolle positivamente su propio proyecto de vida (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002, págs. 22-23).

5. El pensamiento de John Rawls a la luz de la Justicia Transicional. ¿es viable una paz estable y duradera con parámetros justos?

Ahora bien, frente a este contexto del pensamiento de Rawls, habrá que dilucidar unos fundamentos de la JT para así develar si las políticas transitorias pueden sustentarse a la luz del sentido de *justicia* o si por el contrario son un mecanismo alternativo -no primordialmente justo- de búsqueda de solución de conflictos y construcción de la *paz*.

En primera medida, se recuerda que la JT ha sido definida como una concepción de la justicia en contextos o tiempos de transformación o transición política (Rincón, 2012) así, dicha justicia de transición devela la forma en la que las sociedades que han convivido bajo dictaduras totalitarias, guerras, conflictos internos caracterizados por la violencia y la comisión masiva de derechos humanos, buscan alcanzar las promesas de los ESD bajo parámetros democráticos y haciendo uso de la paz, haciéndose cargo del pasado y de los efectos de los crímenes a través de varios mecanismos (Annan, 2004). Sin embargo, dicha afirmación ha sido negada por diversos autores que sustentan la JT como una concepción particular de la justicia, pero que no cuenta con los parámetros

significativos para ser considerada dentro de su estructura como una estrategia para alcanzar solo la paz, sino por el contrario, expresa la idea de conllevar un plan cuyo fin último es promover la justicia⁵³.

Aquí se presenta entonces la división y oposición sobre la JT, donde se muestra un debate aún no resuelto en torno a su concepto y los fines que esta persigue, puesto que los doctrinantes avezados en el tema se han distanciado entre sí cuando tratan de explicar qué es lo propio de la JT. Al respecto encontramos la postura de Rincón (2016) que sustenta que para varios autores, lo que caracteriza a la justicia transicional es la tensión entre elementos, en principio, irreconocibles y la búsqueda de un cierto equilibrio entre los mismos. Para otros autores, lo que distingue la justicia transicional de otras concepciones o estrategias de justicia es su carácter holista, integrador de varios elementos.

Ahora bien, frente a definición clásica de justicia desarrollada por Platón, Aristóteles y Ulpiano, cuya formulación es: “darle a cada quien lo que le pertenece” o “darle a cada uno lo que le corresponde”, se evidencia una generalidad que puede caer en un sinsentido con la consecuente pérdida de toda relevancia política, puesto que esta debe especificar qué significa ese “cada quién” y ese “merecer” o “corresponder”. Así las cosas, esto denota directamente el concepto de justicia sustentado por Rawls como aquello que corresponde “a cada uno” en cuanto a miembro de la comunidad política, donde se le permite a cada individuo ser libre e igual, capaz de participar democráticamente en la vida comunitaria, respaldando su igualdad de posiciones y de oportunidades con razones dialógicas y argumentativas, expresando disenso y realizando reclamos, etcétera. Para poder lograr tal fin, la justicia requiere asegurar al “todo social”: libertades, oportunidades, desarrollo de su vida misma, garantizados por procesos jurídicos y políticos que conlleven estructuras y relaciones sociales justas. Aquí se comprende la aproximación entre la JT y el pensamiento ético político de John Rawls, ya que como se dijo anteriormente (en las etapas precontractual, contractual y postcontractual) dicha JT deberá proveer de medios para llevar adelante un plan vital de

⁵³ Sirva dar como ejemplo la postura defendida por De Greiff, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Según este autor la JT es “una estrategia para llegar a una concepción de *justicia* basada en fundamentos jurídicos”. (De Greiff, 2014)

todos los ciudadanos que han convivido en el conflicto o han tenido que soportar dictaduras, hasta la creación y sustento de estructuras sociales que orienten y determinen la equidad, la verdad, la reparación, la no repetición, el perdón y el olvido, así, podrán transformar o modificar todos los aspectos negativos frente a la vulneración de Derechos Humanos y garantizar la condición igual de toda la ciudadanía.

La relación que existe entre la JT y la noción rawlsiana de *justicia* supone que aquella debe tener por objeto la igualdad e imparcialidad de los que cohabitan en el “todo social”, sosteniendo posturas razonables que permitan un posible encuentro con la paz; eso sí, primando las víctimas que se han visto sumergidas en la guerra o en el conflicto, y en este sentido es la estructura básica de la sociedad la que contiene los mínimos de justicia dentro del desarrollo de vida de los individuos de forma consensuada y deliberada.

Ahora bien, Rawls sustenta que la justicia tiene por objeto el “*consenso entrecruzado de doctrinas onni-comprehensivas razonables*”, es decir, las instituciones de la sociedades democráticas deben fundamentar una sociedad bien organizada y su preocupación no se encuentra centrada en el comportamiento de los individuos sino en el de las instituciones. Así, al hablar de instituciones, se hace alusión directa “conjunto de reglas públicas” que especifican las acciones permitidas o prohibidas y, que regulan de esta manera, las interacciones entre los agentes de una sociedad; luego, esas instituciones que constituyen “la estructura básica la sociedad”, moldean, perfilan, y orientan los comportamientos de los ciudadanos, por lo cual la incidencia de la acción del estado terminara generando una sociedad justa (Rawls, 2012).

En virtud de la visión rawlsiana, se puede decir que las políticas transicionales convergen en los elementos que configuran la *justicia*, puesto que como lo dice el profesor Rawls: “por difícil que pueda ser, el enemigo actual debe ser visto como un futuro socio en una paz justa y compartida” (Rawls, 2001, p. 100). Esto claro está, solo puede emerger con la legitimidad impuesta por los ciudadanos que consideran necesario la creación del sistema transicional y la aplicación de estas políticas, generando sociedades ordenadas que creen en la paz como valor fundante del Estado, y es la razón pública la que le dará la efectivización.

II. TEORÍA DE LA PUNIBILIDAD A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO Y SUS APROXIMACIONES A LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Hablar en el lenguaje de la ciencia penal y la JT, nos introduce inmediatamente en las garantías de los derechos humanos, no solamente para la víctima, sino igualmente para el infractor y el conglomerado social; sin embargo, se evidencia desde su contexto histórico el poder regulador que tiene el Estado y ejerce su fuerza por medio del castigo, lo ya citado como *ius puniendi*. De hecho, la sanción criminal denota gravámenes para la moral de los sujetos; aun así, se ve como necesaria para mantener el orden en el “todo social”, por ello, la condición que se predica del derecho penal como “ultima ratio” solo puede ser utilizado por el Estado como el último recurso para proteger bienes jurídicos tutelados cuando otros órdenes jurídicos han resultado insuficientes, e inmediatamente implica el uso de la razón de la fuerza. Sin embargo, como se estudió en el segundo capítulo, la verdadera problemática en el asunto penológico es qué tipo de sanción debe tener la JT, y cómo debe operar en el conglomerado social, lo anterior, fundamentado por el Estado y avalado o legitimado por la ciudadanía.

Luego, el problema aquí estudiado es la tensión que se produce entre el derecho penal ordinario y las políticas de transición frente a las penas en sentido de “ultima ratio”, que en ocasiones se develan como “prima ratio” o “extrema ratio”⁵⁴ por parte de los Estados; luego, qué tanto podemos nosotros intervenir con el proceso penal como parte del sistema, y más aún, referenciar si es efectivo el castigo para proteger los intereses públicos en su imposición de penas en el marco transicional, pues como se analizó en el segundo capítulo, el hecho de que la pena sea exageradamente grande no significa mayor protección para la sociedad y, máxime, para los presupuestos de una justicia transicional. Se pensaría así, que el choque existente entre “cómo castigar” y “por qué castigar” dentro del contexto de la transición supone singularmente una impunidad en los hechos. En la teoría de Tomás de Aquino encontramos el desarrollo de una micro-teoría del *ius puniendi*

⁵⁴ El concepto de prima ratio y extrema ratio, alude al castigo que no es efectivo para el ámbito de orden, seguridad y paz, que exponen los Estados en sus plexos de valores, puesto que, definen la funcionalidad de la pena en un sentido laxo e incluso en un castigo exagerado. Y no solo eso, puede la misma pena dentro de su funcionalidad operar de manera inmediata y directa sin salvaguardar los derechos de los sujetos que han ocasionado el acto delictivo y se consideran penas no retributivas, ni si quiera se piensa en un mínimo margen de prevención general y/o específica.

enfocada a las sanciones penales. Desde esta perspectiva pueden determinarse las pretensiones de objetividad de la extinción de la acción penal (amnistía) o del indulto (extinción de la pena) en un contexto de JT.

1. Vida y obra de Santo Tomás de Aquino

Los sucesos en la vida en Santo Tomás de Aquino muestran una comprensión general de la filosofía y el derecho en el medioevo. Comprender su literatura y pensamiento nos ofrece unas nociones importantes para la comprensión de la ciencia del derecho penal, máxime para la escuela clásica que sigue siendo vigente al día de hoy; por ello, es necesario abarcar su realidad histórica y su contexto.

El Doctor Angélico nació en 1224 en Rocaseca, cerca de Aquino (Italia). Cuando joven inicia su vocación sacerdotal y decide (en contra de su familia) entrar a la Orden de Predicadores fundada por Santo Domingo de Guzmán en 1216. Estudia en la ciudad de Nápoles y después se radica en París (Francia) y en colonia (Alemania) donde se convierte en discípulo de San Alberto Magno. De su maestro

...hereda el ideal de laborar la filosofía aristotélica para los de su tiempo, pero no está exento de cosas que integran del platonismo; sin embargo, con más orden y adaptación que su maestro. Su síntesis filosófica es la más lograda y será la más influyente de todas (Beuchot Puente, 2013, p. 136).

De ahí que se incline en mayor medida a sus estudios frente a la razón y la fe, doctrina que tendrá como piedra angular la Suma Teológica. A su corta edad (32 años) es nombrado profesor en París en la cátedra de teología, por lo que la estructura de su gran obra filosófico-Teológica (la Suma Teológica) configura los cimientos para el desarrollo y el culmen de la edad media. Escribió comentarios a obras de Aristóteles⁵⁵ (total o parcialmente): De la Interpretación, Del Alma, Del cielo, Física, Metafísica, Ética y

⁵⁵ Es importante resaltar que en la historia de la filosofía (más en la concepción jurídica de la cual es pertinente el presente estudio) el pensamiento tomista desemboca obligatoriamente en los preceptos aristotélicos, ya que este último, resalta la tarea de cristianizar el pensamiento del estagirita. Para una mayor comprensión remítase al estudio del jusfilósofo Guido Fassò en su texto *Historia de la Filosofía del Derecho*.

Política (...) el Gobierno de los Príncipes, entre otros; (Beuchot, 2013) pero sin lugar a dudas sus obras cumbres fueron La Suma Contra Gentiles (escrita a partir de 1258 y finalizada en 1263) y la Suma Teológica (que se inicia en 1265 y se termina en 1274) construyendo un sistema gnoseológico, vivo y autónomo, basado en las posturas analíticas y sintéticas del método escolástico: “*lectio, questio et disputatio*” (Llanos, 2010).

Finalmente Tomás de Aquino muere en la abadía de Fossanova en 1274. Declarado Santo de la Iglesia Católica 1323 por el Papa Juan XXII. Posteriormente el Papa Pío V lo declara Doctor de la Iglesia en 1567.

2. Una micro-teoría del Ius Puniendi y un diálogo con la justicia transicional. El verdadero objetivo de las penas en las transiciones.

Tomás de Aquino (S.T., II, II, q. 108), al referenciar la virtud de la “vindicación”, ensaya una micro teoría del “ius puniendi” o legalidad de las penas. Esta virtud, se refiere a la necesidad de penalizar sin olvido a quien comete un delito, con la intención movida por el amor de resocializarlo, evitando toda forma de venganza por odio. Afirma el Aquinate que hay que guardar el término medio, de modo que se pueda graduar la cantidad de la pena entre los extremos del máximo y del mínimo, en proporción a la responsabilidad, sin caer ni en la crueldad de la extrema pena, ni la maximización de la impunidad u olvido total de penalización:

La venganza se lleva a cabo mediante algún mal penal impuesto al pecador. Por consiguiente, en la venganza se debe tener en cuenta la intención del vengador. Pues si lo que principalmente intenta es el mal de aquel de quien se venga y en él se complace, eso es totalmente ilícito; porque gozarse del mal de otro es odio, opuesto a la caridad con que debemos amar a todos los hombres. Ni vale el que alguien se excuse diciendo que intenta causar un daño a quien injustamente se lo causó a él, como tampoco queda uno excusado por odiar a quien lo odia. Pues no hay razón que justifique el que peque yo contra otro porque este primero pecó contra mí, lo que sería dejarse vencer por el mal, cosa que prohíbe el Apóstol cuando dice (Rom 12,21): No debes dejarte vencer por el mal, sino que debes

vencer el mal con el bien. En cambio, si lo que principalmente intenta el vengador es un bien, al que se llega mediante el castigo del pecador, por ejemplo, su enmienda o, por lo menos, el que se sienta cohibido, la tranquilidad de los demás, la conservación de la justicia y del honor debido a Dios, entonces puede ser lícita la venganza, siempre que queden a salvo las otras circunstancias debidas (De Aquino, 1485, p. 108).

Posteriormente, el Aquinate hace alusión efectiva frente a la penalización en los bienes jurídicos de los que goza el sujeto de derecho, pero que deben ser proporcionales y razonables:

La venganza en tanto es lícita y virtuosa en cuanto que se ordena a la represión de los malos. Y a algunos, que no sienten afecto a la virtud, los mantiene a raya el temor a perder aquello que prefieren a lo que van a conseguir pecando: si no fuera así, el temor no pararía los pies al pecador. Por consiguiente, se debe tomar venganza del pecado privando al hombre de lo que tiene en mayor estima. Y éstas son las cuatro cosas que prefiere a cualquier otra el hombre: la vida, la integridad corporal, la libertad y los bienes exteriores, tales como las riquezas, la patria y la buena fama. Por eso, como refiere San Agustín en XXI De Civitas Dei, en los escritos de Tulio se habla de ocho géneros de penas con que castiga la ley, a saber: la muerte, por la que se quita a uno la vida; los azotes y el talión (el perder ojo por ojo), por los que se pierde la incolumidad del cuerpo; la esclavitud y la cárcel, por las que se le priva de la libertad; el destierro, que le arranca de la patria; la confiscación de bienes, que le despoja de sus riquezas; la ignominia, que le priva de su buena fama (...) (De Aquino, 1485, p. 108).

Analizando este pensamiento perenne⁵⁶, cuando el Doctor Angélico realiza esta teorización de la pena, influye en unos tópicos muy importantes; por una parte, configura la idealización de la pena conforme a la prohibición de maximización y minimización,

⁵⁶ Es menester advertir que Tomás de Aquino no es filosofía de ayer, al citar al autor obligatoriamente se piensa en una filosofía Perenne, es decir “para referirse a esa filosofía transcelular que siempre retorna y entra en contacto con los problemas nuevos de cada época y que no es desplazada o sustituida definitivamente por otra (...) no es tan solo una realidad histórica, porque posee sustancia universal que supera las modas de todos los tiempos, aunque, sin duda, debe revestir en cada restauración o renacimiento las nuevas problematizaciones o los nuevos lenguajes”. (Cárdenas Sierra & Guarín Ramírez, 2006. Pág. 17 y ss)

siempre centrados en un castigo que configure además de una justicia retributiva para el delincuente, un amor encaminado a su resocialización. Pero igualmente, concibe la pena de muerte⁵⁷ para quien definitivamente no puede gozar de una convivencia y coexistencia con el prójimo; así las cosas, importante como alberga el pensamiento de la pena:

Se puede considerar la pena de dos modos. Primero, como castigo, y en este sentido únicamente el pecado la merece, porque por ella se restablece la igualdad de la justicia, en cuanto que aquel que pecando se excedió en lo de seguir su propia voluntad, padece contra su voluntad algún daño. Por lo cual, como todo pecado es voluntario, incluso el original, conforme a lo dicho (1-2 q.81 a.1), síguese que nadie es castigado de esta forma sino por el pecado voluntario. Desde otro ángulo, puede ser considerada la pena como medicina, que no sólo es sanativa del pecado pasado, sino que tiene asimismo virtud para preservar del pecado futuro y para empujarnos a hacer algo bueno. Según esto, uno es castigado a veces sin culpa, aunque nunca sin causa. Sin embargo, hay que tener en cuenta que nunca la medicina priva de un bien mayor para procurar un bien menor —por ejemplo, dejarle a uno sin vista para curarle el calcaño, sino que, a veces, causa un daño en lo menor para prestar ayuda en lo más importante. Y como los bienes espirituales son los de mayor valor y los temporales los de menor, es por lo que a veces se le castiga a uno en estos últimos sin culpa, por ejemplo, con muchas penalidades de esta vida presente, que Dios le inflige para que le sirvan de humillación o de prueba. En cambio, no se castiga a nadie en los bienes espirituales sin culpa propia, ni en ésta ni en la otra vida, ya que en la vida futura las penas no son medicina, sino consecuencia de la condenación espiritual (De Aquino, 1485, p. 108).

Se puede entonces graduar la pena de manera que se rebaje negociando los máximos y acercándose al mínimo necesario, pero sin extremar en el mismo sentido las dos posibilidades. Dicha tesis es válida, pues parece que se ubica en el punto medio

⁵⁷ El Aquinate consideró la legitimidad ética de la pena de muerte, que sólo podía ser emanada por la suprema autoridad civil. Así como el hombre necesita perder un miembro por la salud del cuerpo, así también debía perderse al delincuente que vulnera el plexo de valores en sociedad y no puede reincorporarse a ella: “Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y por tanto, si un hombre es peligroso para la sociedad y la corrompe por algún pecado, en orden a la conservación del bien común se le quita la vida laudable y saludablemente; pues, como afirma San Pablo en 1 Cor 5,6: un poco de levadura corrompe toda la masa”. Momento histórico para el pensamiento escolástico y del cristianismo, pues significó uno de los primeros reacciones contra el castigo severo. (De Aquino, 1485).

(ἀρετή) entre los dos extremos; por un lado, la opinión pública, manipulada por los medios de comunicación, los “*massmedia*”, la politiquería común, entre otros factores, que se han desarrollado al interior de lo que podríamos denominar “populismo penológico”, resultado del “emotivismo penal”, del terror que exige aumentar la cantidad de las penas con el fin de disuadir por medio del miedo. Pero el motivo del emotivismo, se pasa a aceptar sin negociación, por concesión política encaminada a minimizar al máximo, de tal manera, que se olvidan los grandes delitos de grandes delincuentes (claro ejemplo y una de las mayores crisis referida en el presente escrito, en el que han pasado a convertirse en sujetos de la JT, cuyas penas irrisorias no pasan de ser simbólicas, sin efecto de disuasión real). Por un lado, la opinión pública es atizada por el terrorismo de la maximización, por el otro lado, la misma opinión pública, se siente defraudada por esos grandes delincuentes que negociaron la paz en el marco de la Justicia de Transición, sin equiparamiento a penas, entre comillas, “justas”.

El “emotivismo penal”, que no se traduce en criterios racionales debidamente fundamentados por la investigación penológica, ha llevado a que las personas caigan en el pánico de la inseguridad; y en esta situación parecen proclives a la desbandada del estado de naturaleza armado, “*como en los días del lejano oeste (far west)*”; en la que la sociedad no aparece como asociación, sino como desarticulación y fragmentación de intereses no convergentes, el Estado no se percibe ni social, ni democrático, ni competente para hacer valer el derecho y se constituye apenas en un Estado improvisado de democracia representativa simulada.

En estas condiciones el sistema penal, por la suma de todos los temores, el Populismo Punitivo y la falta de operabilidad de principios rectores y la ley penal, tiende a funcionar no como *última ratio*, sino como “*prima ratio*” o “*extrema ratio*” con la tentación de criminalizarlo todo. En ese orden de ideas, la penalización como *última ratio*, es sobre todo para sociedades estables, de fuerte seguridad interna donde los conflictos resulten esporádicos, no cotidianos ni multiplicados, ni consuetudinarios, ni de efecto desestructurado. La *última ratio* no parece funcionar en sociedades que se tambalean, como las “tercermundistas”, en tanto en cuanto el sistema penal se encontraría en una especie de Estado de Excepción permanente y limitante de los Derechos Humanos, operando como “arma de guerra” que funciona como “*prima ratio*”, mucho después de las razones y antecedentes radicales, como son el control familiar, el control escolar, el

control laboral, todas las formas de control educativo, aún el control policivo; todas estas razones son antecedentes primarios, y es cuando no funcionan, cuando resultan inútiles, que se requiere la última ratio. Sin embargo, esto es al revés, la tendencia del derecho penal no debe funcionar sino como última razón, limitada, donde la actividad penal influya en la mentalización de la punibilidad correcta y objetiva, con criterios claros, teniendo en cuenta la función de guía (la norma penal) que tienen los bienes jurídicos tutelados referidos a aspectos del bien común, de importancia básica para la convivencia.

El mismo Tomás de Aquino, aunque vivía en el seno de una sociedad fragmentada, caracterizada por la dispersión del poder y en permanente inseguridad, no recomendaba precisamente un sistema penal que reprimiera todos los vicios como prima ratio, sino precisamente lo contrario:

La ley humana no prohíbe todos los vicios, sino solo se prohíben los más graves, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres, especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio para los demás, sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, los hurtos y otros vicios semejantes (S.T., I, II, q. 96, art. 2).

Pero la vindicación no acepta que haya que descriminalizarlo todo y llegar al olvido absoluto de tal manera que haya sujetos sin responsabilidad penal que abiertamente continúen en el seno de la convivencia como sujetos de impunidad. Lo que pretende es acabar lo citado anteriormente: la creación de nuevas conductas penales, el aumento de las penas de los delitos existentes y el incremento del número de personas privadas de la libertad en términos netos y en proporción de la población. Así las cosas, criminalizar tajantemente le impide a la sociedad su propia conservación; y con esta crítica, habrá aplicación correcta de la norma penal a la luz de los bienes jurídicos tutelados; será entonces el operador jurídico quien estará convencido de que el actuar en derecho corresponde y debe estar limitado a proporcionar efectividad en la garantía de los derechos de los sujetos encarando la acción penalizadora, que en cierta medida es la proyección de la JT.

Ahora bien, sin lugar a dudas el Aquinate entraría en diálogo directo con la punibilidad en el marco de la JT, puesto que las penas convocan a una retribución

equiparada en la equidad y la justicia, no se puede propender a la criminalización o realización de conductas punibles como las de guerra, lesa humanidad o genocidio y estar esperanzados en penas que no contengan una lucidez dentro del marco de la justicia.

Así, una de las mayores críticas al sistema de la JT es que como política encuentra una paz en el colectivo social pero con impunidad, porque los responsables de crímenes atroces no pagarían sus penas de una justicia ordinaria o establecida en leyes ordinarias, sino por el contrario, con sanciones limitadas, establecidas bajo parámetros de transición: amnistía y posibles indultos. Sin embargo, se deben analizar los componentes que al final refieren del esquema transitorio: verdad, reparación, no repetición, perdón, olvido, etc.

La pregunta problemática que se devela a la luz del pensamiento del Doctor Angélico es ¿si las penas, dentro de las garantías de los mecanismos jurídicos como lo son la amnistía o el indulto, alejan de la justicia a quien cometió el hecho delictivo y, recíprocamente, alejan de la caridad del que debe ser resocializado? No se puede afirmar que se establezca un acuerdo de impunidad, porque si bien es cierto que generalmente en los acuerdos de paz con nociones de JT se busca una amnistía o indulto para ciertos delitos, también habrá que decir que se trata de delitos políticos y/o conexos al delito político, sea por el hecho mismo de la rebelión, de haberse alzado en armas contra un Estado, o el desacatar la constitución, entre otros. Pero frente a los crímenes atroces que hayan cometido por las diversas dictaduras o actores del conflicto (materializados en secuestro, desaparición, torturas, violencia sexual, etc.) no podría configurarse ni la amnistía ni el indulto, pues estos serán sancionados y deberán pasar por un sistema judicial ya sea el ordinario o alguno que surja con ocasión de diálogos como el caso colombiano con el acuerdo entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo -en adelante Farc-EP-).

Aquí es donde opera directamente otro de los elementos claves para el Aquinate: *la verdad*, pues solo reconocimiento de verdad y responsabilidad se habla de la singularidad para poder imponer penas retributivas en el marco de la resocialización. Esto es igualmente importante para la JT, pues según la doctrina actual, no puede configurarse una política de transición con “penas o sanciones limitadas” que busquen una justicia social si no está presente la verdad como fundamento real.

Habrá que recordar entonces que los Estados tienen un margen de apreciaci3n para determinar las penas (establecida en su dogmática jurídica y en el ordenamiento jurídico) y estas se imponen en comportamientos contrarios a derecho pero que merecen cesar para el desarrollo de la vida de sus integrantes y alejarse del conflicto, y en todo caso, los que se declaran en contraposici3n con la amnist  e indulto defienden una cárcel reducida, es decir, no est n defendiendo la proporcionalidad de las penas (como s  lo hace Santo Tomás de Aquino (S.T. II, II, q? art. 108)). Para ellos la pena admite que se fundamente con cierta cantidad de años de cárcel, pero lo que se discute es el grado de justicia y el tipo de justicia, los tipos de sancion que logren suficientemente los mínimos de ejecuci3n de buena manera. Y es esperable que así sea, porque la labor de la justicia (ordinaria o transicional) tiene que procurar objetivamente la ejecuci3n de esas penas y corresponderá a una jurisdicci3n aut3noma e imparcial sancionar los hechos delictivos. Por esta raz3n, no es verdad que se busque una paz con impunidad, sino conforme a nociones de verdad, con reparaci3n a las víctimas y con una justicia que opere con lo referido anteriormente por el Aquinate.

Al reproducir el endurecimiento punitivo como carencia de las políticas criminales (la otra cara de la moneda) y, aduciendo la falta de normatividad desde la configuraci3n formal y material, el producto automático es el “populismo punitivo” (y no del proceso reflexivo acerca de los fen3menos criminales debido a que no tienen una explicaci3n dada la carencia de sistemas jurídicos confiables que permitan evaluar el impacto real de las medidas tomadas). Junto a ello hay que considerar la percepci3n de inseguridad y del aprovechamiento del miedo a la criminalidad por parte de la sociedad presentadas en el contexto de los Estados por los diferentes círculos de poder, que dan paso a la politizaci3n de las medidas de justicia adoptadas por los diversos gobiernos, claro ejemplo de ello son las sentencias T-762 de 2015, T-388 de 2013 y T-153 de 1998 de la Corte Constitucional colombiana, al referirse a la prisi3n como eje de la política criminal cuya finalidad es la capitalizaci3n electoral de la ansiedad de la poblaci3n acerca del castigo por la comisi3n de conductas punibles, las cuales se presentan de forma constante en el contexto social. Debido a esto, la política criminal deforma el derecho penal, al ser tomada de forma superficial como respuesta a las impresiones mayoritarias, momentáneas y circunstanciales sobre las necesidades de la sociedad, las cuales deterioran el valor constitucional de la libertad.

Precisamente esa es la exhortación no sólo de la Corte Constitucional de la República de Colombia en su sentencia T- 762 de 2015 , sino también la de Santo Tomás de Aquino: la necesidad de estructurar una política criminal ajustada a la legalidad penal y los principios constitucionales en materia punitiva, fortaleciendo recursos óptimos que permitan incidir en la perspectiva social del derecho penal, implementando el verdadero sentido de los principios de la sanción penal y la finalidad de la pena, generando una auténtica resocialización de los procesados, concientización del carácter residual de las penas privativas de la libertad, y del derecho penal en general, el valor del derecho a la libertad y la necesidad de racionalización en las medidas que priven de la libertad.

A la luz de la doctrina tomista, Teitel (2003) considera que la JT toma forma en los convulsos momentos de cambios políticos del autoritarismo al Estado de Derecho liberal a partir de los parámetros del “ideal de justicia y [el] realismo político” (p. 213). En ese orden de ideas la JT logra un equilibrio pragmático entre esos dos elementos y los principios del Estado de derecho, que se ajustan al objetivo del cambio político; pero como lo sustenta el Aquinate, sin maximizaciones ni minimizaciones (sino con una punibilidad limitada y de vindicación) ya que se centra en parámetros distintos a los de una justicia ordinaria.

Los teóricos de la JT que coinciden con las posturas de Teitel empezaron a dar cuenta de experiencias de transiciones políticas basadas en las reflexiones sobre las transiciones de las dictaduras en las democracias del América del Sur, qué se daban en constante choque con la democracia, la justicia y la paz (Lekha Sriram, 2004). El supuesto de esta tensión es que después de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, y con posterioridad a la declaración universal de los Derechos Humanos, no es posible ni jurídica ni políticamente hacer transiciones políticas aceptables sin garantizar un estándar básico de responsabilidad penal por los crímenes cometidos en el pasado (Botero Marino, 2006). Por ende, la JT debe preguntarse cuánta dosis de justicia retributiva penal puede soportar una sociedad en transición sin que se ve afectada la estabilidad y consolidación de la democracia o de la paz, y es por esta razón que las respuestas a este dilema se han movido en dos posturas: Por una parte, se considera que la JT debe y puede garantizar juicios penales selectivos, para juzgar a mandos y máximos responsables y sancionar graves crímenes internacionales (Garzón, 1993) (Uprimny & Et All, Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, 2014) y

por otro lado, supone que dichas políticas transicionales pueden asumir las amnistías (y por lo tanto la ausencia de una justicia penal ordinaria) si las víctimas de los crímenes son reconocidas y dignificadas mediante el esclarecimiento de lo que ha sucedido y el conocimiento de la verdad (Zalaquett, 1992).

Frente a esta segunda respuesta es necesario analizar el papel de las “sanciones” o “penas” limitadas en la JT y el papel que juegan las comisiones de la verdad, pues la persistente dificultad para asumir plenamente la garantía de la justicia penal en los momentos de transición política llama la atención en tanto que genera un solapamiento entre dos elementos con los que, se entiende, funciona la estructura de la justicia transicional: la justicia y la verdad. En el caso de Sudáfrica -como ya se dijo- se buscó responder esta tensión a través de su reconocida *Comisión para la verdad y la reconciliación*. El presidente de esta comisión (Desmond Tutu) identificó lo característico de la tensión entre justicia y verdad señalando que la sanción penal es retributiva y la retribución responde un sentido de venganza y no de justicia. La sanción penal divide además a las sociedades e impide la reconciliación. Por su parte, el propósito de la JT es garantizar el conocimiento de la verdad para poder perdonar y avanzar hacia la armonía de la sociedad. La reconciliación social se lograría mediante el reconocimiento que los perpetradores hacen de sus crímenes y el perdón que las víctimas dan a los perpetradores (Tutu, 1999), la tensión entre justicia y verdad se resolverá a favor de ésta puesto que con la evidente dicotomía existente entre una noción retributiva de la justicia, centrada en la sanción penal del ofensor o perpetrador y otra, de carácter restaurativo, centrada en el reconocimiento de las víctimas a través de la verdad y en la posibilidad de la reconciliación, surge la idea de las sanciones punitivas limitadas en la JT para los ofensores, que deben responder a las exigencias de la verdad como eje central punitivo (Uprimny, 2006).

Esta aproximación abrió un camino nuevo a la comprensión de lo que es característico de la JT, los teóricos empezaron a visualizar en ella varios elementos que entran en relación y que son necesarios para lograr el fin que le habían atribuido: contribuir a consolidar las transiciones políticas hacia el estado de derecho y las democracias liberales. Si esos elementos son necesarios, su relación no es detención sino de complementariedad (Rincón Cavalli, 2016, p. 294)

Este cambio fue relevante gracias al avance del derecho internacional de los Derechos Humanos puesto que varios instrumentos de Derechos Humanos fueron aprobados en la década de los 90 del siglo pasado y en el primer decenio del Siglo XXI, así como un conjunto de decisiones históricas de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos (cómo los casos de barrios altos en Perú), y la creación de la Corte Penal Internacional en con su Estatuto de Roma en 1998, que convirtieron la prohibición de las amnistías y los indultos de los responsables de crímenes de lesa humanidad y de graves violaciones de Derechos Humanos en una obligación jurídica internacional de los Estados. Con este cambio la JT debe integrar tanto la justicia como la verdad (Laplante, 2009).

La JT empezó entonces a ser entendida como una concepción o una estrategia que integra diferentes medidas de justicia (como se vio anteriormente con el pensamiento de John Rawls en el contexto del concepto de justicia) y así, deben ser diversos los componentes interrelacionados que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masiva de los Derechos Humanos, con sanciones penales limitadas por su misma naturaleza, que comprende del mismo modo una aplicación de las penas no en sentido estricto, de esta manera, en los periodos de transición dicha sanción penal puede verse limitada a una investigación por medio del cual se establezca la existencia del daño, y el objeto a analizar, es la verdad y la reparación para la víctima. Al respecto Teitel (2017) sostiene que:

Las prácticas de juicio subsecuentes revelan un patrón de investigaciones penales y de enjuiciamientos caracterizados a menudo por una pequeña pena o por la ausencia de la misma. Allí en donde la pena es ordinariamente conceptualizada como una práctica unitaria que comprende tanto el establecimiento como el castigo por el daño causado, en la sanción penal propia de la transición los elementos de la aplicación se encuentran desvinculados de la sanción. Los procesos penales parciales subsiguientes se suelen caracterizar por el hecho de la imposición de una sanción “limitada”. Esto es lo singular de la justicia penal en un período de transición (p. 126 y 127).

Así, el sustento epistemológico de la JT, está determinado por su carácter contextual, identificado (¿por qué no?) con el lenguaje universalista de los Derechos Humanos, que

ha buscado hacer primar en la JT los principios universales, empero, el deber ser de ésta es investigar y juzgar, sin desentenderse del valor de la memoria histórica y la verdad dentro del conflicto. Sólo así se puede hablar de un auténtico carácter punible tal y como lo desarrolla Tomás de Aquino. Lo cierto es que las críticas a un universalismo abstracto ajeno a la historia y a la realidad transicional de cada sociedad han permeado con fuerza en el discurso de la JT y ha mostrado que ella requiere de un nuevo esfuerzo para comprender lo que es propio o característico de la justicia (Uprimny & Et All, 2014). La JT es siempre contextual por más que se funde en valores universales, necesita y debe ser sustentada con parámetros justos, de verdad y de sanciones limitadas (esto es coherente con el pensamiento del Aquinate).

3. PROBLEMÁTICA DEL POPULISMO PUNITIVO, LA APLICABILIDAD DE LAS PENAS DESDE LA TESIS DEL “GARANTISMO PENAL” O “MÍNIMO PENAL” DE LUIGI FERRAJOLI Y LA URGENCIA DE UN MECANISMO EFICAZ CONTRA LA EQUIVOCIDAD LEGAL-PENAL.

La teoría que podría solventar las aporías presentadas en la estructura de las políticas transicionales es la teoría del “garantismo”, proyecto iusfilosófico cuyo máximo exponente es Luigi Ferrajoli, y que sustenta, en el marco de la punibilidad, las garantías mínimas que debe tener el reo, las víctimas, al igual que el colectivo social. El autor propone dentro de su pensamiento un tipo de Justicia penal que es capaz de favorecer y, aun todavía, de hacer posible la planificación del diálogo consensuado para extinguir las coyunturas bélicas, es decir el cese del conflicto; por otra parte, denota las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir, el mantenimiento y la consolidación de la pacificación nacional con parámetros de justicia en la vida social.

1. Vida y obra de Luigi Ferrajoli

Nace en Florencia en el año de 1940, Profesor de filosofía del derecho y teoría general de derecho de la Universidad Camerino y en Universidad degli Studi Roma Tre. Ha

realizado diversas publicaciones entre las que se pueden mencionar “Diritto e Ragione”, “Principia Iuris”, “Democracia y garantismo”; “Los fundamentos de los derechos fundamentales.

De acuerdo con Carbonell (2008) existen dos momentos estelares para Luigi Ferrajoli, el primero es en 1989 en su célebre obra *Diritto e Ragione*; y el segundo momento se ubica a finales del año 2007 cuando aparece su célebre obra *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*.

En palabras del profesor mexicano Miguel Carbonel (2008), Ferrajoli ha sido descrito así:

“Luigi Ferrajoli ocupa hoy un lugar central en la reflexión teórica sobre el derecho; y lo hace de manera muy singular de un modo del que diría no existen precedentes en tal ámbito disciplinar. Porque en este autor se da la más afortunada combinación de rigor lógico-formal y riqueza de contenidos de formación filosófica y conocimiento jurídico, de empeño cultural y compromiso civil” (Pág. 14)

De esta forma se ha reconocido a Luigi Ferrajoli, como un realista crítico, “capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional que a ella debe ceñirse”. (Ferrajoli, 2009).

Es el mismo Ibáñez, quien ha establecido que Luigi Ferrajoli posee tres vectores que se resumen en un estudioso, un jurista práctico y un ciudadano cosmopolita militante, cada uno de estos vectores desarrolla a profundidad el lineamiento de este gran autor que será desarrollado a continuación.

2. Sustento epistemológico del garantismo penal

En el garantismo de Ferrajoli sobresale la idea de “humanidad” o “humanización” de las penas; Sin embargo, debe decirse que “la configuración del derecho penal mínimo (o garantismo penal) es necesario que se adapte a las necesidades de la sociedad contemporánea” (Ferré & Et Al, 2010, p. 23). Esto implica, necesariamente observar el

constructo político de cada nación y la necesidad que verse en ella como realidad jurídica; es aquí donde la JT serviría de base para un garantismo penal que mejore la condición de vida de quienes se han visto vulnerados en sus derechos humanos, ya sea a consecuencia de la guerra, dictaduras, etc. Lo que particularmente se pretende es aplicar la teoría de Ferrajoli en la evaluación del derecho penal y la imposición de sanciones criminales (sea limitado como lo orientan las políticas transicionales o general y ordinario como lo sustenta la actual dogmática penal), pero también considerar la posibilidad de dichas garantías. Se entiende que la noción de derecho penal mínimo con “*Diritto e Ragione*” no fue accidental, es un análisis jusfilosófico y dogmático de la punibilidad, cuyas premisas resultan necesarias en este momento, pues la ciencia del derecho penal enmarca el campo complejo del aparato normativo-constitucional frente a las libertades. Como lo expresa Ferrajoli (2016):

la limitazione con norme primarie incriminatrici delle “mere libertà di” e con norme secondarie sanzionatorie delle fondamentali “libertà da” (come la libertà personale), ad opera di leggi prodotte “dall'autonomia politica” tramite la mediazione rappresentativa, nei limiti dei “diritti di libertà” (...) È per questo che il diritto penale è stato il terreno sul quale è stato costruito il paradigma dello stato di diritto e della democrazia liberale come sistema di limiti alla legge del più forte⁵⁸. (p. 17).

El paradigma planteado por Ferrajoli, en primer término, es un sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, pues protege los bienes jurídicos con la construcción de la legalidad y las prohibiciones establecidas por ella, la investigación y el proceso penal, así como con el castigo a las acciones tipificadas como punibles. En segundo término, constituye un sistema de límites al *ius puniendi*, esto es, protege toda garantía procesal y penal. Así las cosas, el garantismo establece dos fines esenciales que justifican el poder punitivo del Estado: 1. la prevención de los delitos o de los “ataques injustos”,

⁵⁸ La traducción al texto es la siguiente: la limitación con normas incriminatorias primarias de las "meras libertades de" y con normas sancionadoras secundarias de las "libertades de" fundamentales (como la libertad personal), por leyes producidas "por la autonomía política" a través de la mediación representativa, dentro de los límites de los "derechos de la libertad" (...) Es por ello que el derecho penal fue el terreno sobre el que se construyó el paradigma del estado de derecho y la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte

de las penas excesivas, del castigo injusto. 2. Las garantías penales y procesales que limitan la potestad punitiva y protegen la libertad y por las normas procesales (Ferrajoli, 2016). Habrá que sustentar en este momento que la JT puede servirse de manera directa de estos dos ítems, sin embargo, este último requiere de una justicia especializada que pretenda hacer procesos que garanticen el bien común de la población y de los que ofendieron a la población con sus ataques, es decir, de cierto tipo de justicia que quiera contribuir con el encuentro de la paz, empero, protegiendo los mínimos de justicia y libertades del esquema punitivo transicional.

El derecho penal, en fin, no es solo para un grupo considerado de personas porque beneficia tanto a quien ha delinquido, al proteger sus derechos y garantías sustanciales y procesales, como al procesado que resulta inocente (contra quien se cometen injusticias en muchas ocasiones), y también a las víctimas.

De este precepto nace la justificación del modelo normativo del *derecho penal mínimo* en Ferrajoli, quien alude a la máxima del pensamiento beccariano: “*dev'essere la minima delle possibili nelle date circostanze*”⁵⁹ (Beccaria, 1765, p. 104). Dicho modelo está compuesto por el *paradigma metateórico* y el *paradigma normativo*. El primero concibe el derecho penal como un mínimo que debe prevenir y reducir las ofensas a bienes jurídicos tutelados y derechos fundamentales, pero también, evitar los castigos arbitrarios⁶⁰. El segundo tiene que ver con la legalidad sustancial y procesal, supuestas para salvaguardar los derechos del imputado o condenado frente a las arbitrariedades policiales, judiciales o el abuso de las autoridades carcelarias.

Sin lugar a dudas, el derecho penal mínimo desde la óptica analógica de la JT, enmarcado en los escenarios de las dictaduras, las guerras, los conflictos internos y entre Estados, etc. tiene como objeto proteger los derechos del “*más débil*”.

⁵⁹ Debe ser lo menos posible en las circunstancias dadas

⁶⁰ Como ya se dijo, esta propuesta se asemeja a la postura tomista (S.T. II, II, q. 108) pues al referenciar la virtud de la “vindicación” ensaya una micro teoría del “*ius puniendi*” y la legalidad penal. Esta virtud se refiere a la necesidad de penalizar sin olvido a quien comete un delito, con la intención movida por el amor de resocializarlo, evitando toda forma de venganza por odio. Afirma el Aquinate que hay que guardar el término medio, de modo que se pueda graduar la cantidad de la pena entre los extremos del máximo y del mínimo, en proporción a la responsabilidad, sin caer ni en la crueldad de la extrema pena pero tampoco en la impunidad u olvido total.

La pena entonces es el núcleo del paradigma garantista, que requiere “un sistema di limiti e di garanzie contro le naturali vocazioni assolutistiche della potestà punitiva” (Ferrajoli, 2011, pág. 391)⁶¹. De hecho, ese es el fin no sólo del garantismo acá estudiado, sino del derecho penal general, y por qué no, de la JT. Por tanto, el poder punitivo emanado del Estado acarrea la misión de regular y configurar penas invariables y viables, evitando así las arbitrariedades y dejando de actuar conforme a los sentimientos de los ciudadanos que propenderían por la eliminación de un sistema punitivo oportuno y garantista. Es lo contrario de lo que ocurre con el populismo punitivo promovido por los medios de comunicación y reforzado por el uso errático del poder en manos del legislador o del ejecutivo.

En un ESD que promulga como base los derechos fundamentales, se podrán ponderar los diferentes tipos de derechos y su efectividad en casos concretos. Para esto es necesario respetar los principios de legalidad⁶² y dignidad humana, pues ninguna pena puede consistir en un trato inhumano o degradante. Es a la luz de estos principios que el promotor del garantismo concibe el papel del derecho en una democracia constitucional: configurando un sistema de garantías que proteja los derechos fundamentales y a la vez fije límites, prohibiciones y obligaciones en la esfera política. A modo particular de análisis, el garantismo penal contribuye en la solución de los problemas que acarrea el populismo punitivo.

En las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural. Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo averiguar la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo averiguar la verdad fáctica.

⁶¹ Un sistema de límites y garantías frente a las naturales vocaciones absolutistas del poder punitivo

⁶² En un contexto de transición, será determinante que las políticas transicionales enmarquen la ley que es la que configura los presupuestos del delito a perdonar y las sanciones correspondientes, al igual que un proceso justo que proporcione la verdad procesal.

La noción epistemológica del garantismo penal encara al populismo penológico o punitivo tratado en líneas anteriores. El derecho penal mínimo materializa y fortalece la legalidad y la dignidad humana, fundamentando el poder punitivo del Estado en oposición a legislaciones demagógico-populistas que acentúan la inseguridad y crueldad de penas. La conexión del derecho penal con los principios de taxatividad y lesividad determina que el poder punitivo sea limitado, que garantice inmunidad del ciudadano frente al arbitrio punitivo, así como que se verifique la verdad para no atentar contra la libertad de los ciudadanos. Ferrajoli (2008) anota, frente al populismo punitivo, Questa politica, che punta ad assecondare e ad alimentare la paura quale principale fonte di consenso a misure penali in materia di sicurezza, è stata chiamata, giustamente, “populismo penale”⁶³.

Por esta razón, el proceso requiere garantías de verificabilidad, es decir que la ley penal que prevea los delitos y que el juez controle su eficacia en el caso concreto bajo los presupuestos del derecho a la defensa. Existe entonces un nexo indisoluble entre garantías y política criminal y penitenciaria. Por eso el derecho penal permite reducir la cantidad de la violencia y contribuye a preservar la convivencia entre los sujetos.

Para culminar el presente capítulo dentro del marco epistemológico de la teoría garantista, dos son los puntos de encuentro para su aplicabilidad: Un *convencionalismo penal y cognoscitivismo procesal penal*⁶⁴. El primero, es la ejecución y aplicabilidad del *principio de estricta legalidad* para determinar correctamente y cuantificar lo que *es o debe ser* punible. Luego no debe ser encaminada *solamente* desde su perspectiva ontológica en el acto como inmoralidad o como la lesividad al entorno social; es la convención social dirigida a formular presupuestos para condenar los actos delictivos frente a una penalidad expresada en la fórmula ya estudiada “*Nulla poena et nullum crimen sine lege*”. Ello obliga a que la pena no esté sustentada en razones subjetivas, sino en estructuras determinadas por los hechos materialmente objetivos: “*Nulla poena sine crimen et culpa*”.

⁶³ El profesor Ferrajoli, sustenta estas ideas en con su ponencia titulada “L’illusione Della Sicurezza”, en *el Festival del Diritto. Viernes 26 septiembre 2008*. “Esta política, que pretende complacer y alimentar el miedo como principal fuente de consentimiento a las medidas criminales de seguridad, ha sido calificada con razón de “populismo criminal”.

⁶⁴ Si bien el profesor Ferrajoli les da un sentido a estos dos contenidos, el abordaje que aquí se propone gira entorno a otras bases contextuales de la JT como se verá en el siguiente sub-capítulo.

Frente al *convencionalismo penal* la propuesta de este trabajo consiste en sugerir una relación de “*analogía*” y no de “*exclusión*” entre lo punitivo y otros criterios extrajurídicos de calificación o valoración. Aunque ya ha sido afirmado en este campo, esta observación puede dar lugar a cambios importantes en el derecho concebido para y desde la realidad colombiana. Así se asegura el constante nexo entre la *dogmatica penal* configurada en la norma penal, la *realidad jurídica* colombiana dentro de su criminología y el plexo de valores y bienes jurídicos tutelados proyectados desde la *política criminal*. En este orden de ideas, los tipos penales promulgados en esta realidad jurídica, que son cambiantes (sin mencionar las “*analogías de prohibición*” que inspiran las altas cortes), deben ceñirse a la ley, para ordenar el marco de la punibilidad y la esfera de libertad de todas las personas. Solo así es precisa la reserva absoluta de la ley que será ejecutada por el juez en sus dimensiones formal y material.

El segundo punto de encuentro (congnoscitivismo procesal penal), implica la aplicación del *principio de estricta jursidiccionalidad*, evocando la formula *Nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. El deber ser de la jurisdicción radica en un sistema procesal penal de garantías con funciones cognitivas claras y que no solo la norma penal sino también los juicios penales resulten satisfechos. Es decir, que “carezcan de carácter “constitutivo” y tengan carácter “recongnotivo” de las normas penales y “cognoscitivo” de las de los hechos regulados por ellas” (Farrajoli, 2016, p. 67 y 68). Esto quiere decir que las decisiones jurisdiccionales deben estar delineadas por la racionalidad frente a las normas y la ejecución de los fallos.

Por ende, las normas penales que rigen el “todo social” colombiano están para dirigir la función del juez, quien debe resolver problemas jurídicos sobre la base de hechos delictivos ciertos y probados. Luego el proceso penal debe someterse a la estricta legalidad, verificando la existencia de los elementos fácticos consignados previamente en la ley penal y buscando la verdad procesal probatoria.

Por ello, a partir de este enfoque -en la versión de Ferrajoli, por ejemplo- se ha formulado una teoría de la garantía jurisdiccional como función esencialmente sometida a la ley, de naturaleza cognitiva, la cual, por lo tanto, se basa en argumentos cognitivos respecto de los hechos y recognitivos acerca del Derecho, y sobre los cuales se funda la declaración jurisdiccional. Por un lado, la naturaleza

cognitiva de la jurisdicción equivale a configurarla como aplicación sustancial o como afirmación de la ley, y por otro, también equivale a garantizar aquél específico derecho fundamental tutelado por la jurisdicción que es la inmunidad de las personas de las decisiones arbitrarias. Esta es la concepción esencial de la garantía secundaria en la teoría axiomática del Derecho, en donde estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad se encuentran indisolublemente unidas (Ferreti, 2010, p. 349-383)

La propuesta bajo este concepto para la realidad jurídico-penal y punitiva de la JT es abandonar el constante riesgo de las decisiones judiciales libres. Así, el verdadero orden es la normativización del conocimiento judicial a raíz del contexto institucional, que es lo que realmente importa al proceso, garantizando las reglas de la maximización de la búsqueda de la verdad denominadas garantías para víctimas y victimarios, que no entorpezcan el procedimiento y sirvan para enaltecer la *jurisdiccionalidad*.

3. Derecho penal mínimo o garantismo penal acorde a la Justicia Transicional

Es notorio cómo el derecho penal es una construcción primaria y análoga al orden operativo jurídico, mostrando una fuerte base: La dogmática (validez-positivización), La criminología (realidad jurídica o sociológica) y la política criminal (fundamentos axiológicos penales). Por ello, hablar de un mero “formalismo” del principio de legalidad en las penas supone, de manera inmediata, resultados negativos. Sin la aplicación propia de estos tres ejes temáticos se vicia la funcionalidad y el fin del derecho como “ultima ratio”; empero, al encaminarse uniformemente con los objetivos trazados, dará la aplicabilidad cierta a los límites del derecho penal frente al ius puniendi (fuese el contexto o realidad jurídica que fuese). Por esto es determinante dar un paso que permita la superación del detrimento que ocurre como consecuencia de la no efectividad de dicho principio: la finalidad y funcionalidad del derecho penal, la configuración efectiva de penas servibles, el hacinamiento carcelario, la indignidad humana, etc.

Bien lo resalta Ferrajoli (2016) en los siguientes términos:

Il diritto penale è il terreno privilegiato sul quale si articola, nel paradigma costituzionale, end complesso edificio giuridico delle libertà: the limitazione con norm primarie incriminatrici delle mere libertà di con standard secondarie sanzionatorie delle fondamentali libertà da (comunicaciones), la ópera di leggi prodotte dall'autonomia politica tramite la mediazione rappresentativa, nei limiti dii diritti di libera tutela di questi medesimi diritti e degli altri beni e diritti fondamentali” (p. 17)⁶⁵.

Así el derecho penal tiene dos objetivos: la protección de los bienes jurídicos y la salva guarda de la sociedad. Frente a ellos podemos encontrar las siguientes críticas: por una parte, los críticos y doctrinantes que consideran que debe hacerse efectiva la tutela de bienes, intereses o valores, y es así como los bienes jurídicos tutelados tienen su génesis a la expresión normativa de la lesión hacia los mismos, que provienen de comportamientos contrarios a derecho. Y por el otro, las posturas que, de acuerdo con el pensamiento de Günther Jakobs, sostienen la salvaguarda del “todo social” en sentido autoritario, pues frente al daño social el derecho penal debe tutelar las “instituciones sociales”⁶⁶.

Al hacer alusión al “*garantismo penal*”⁶⁷, teoría del derecho que nace con fundamento del texto “*Dirito e Ragione*” del profesor Luigi Ferrajoli, el autor analiza la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la incorrespondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas. Propone una reformulación filosófica y política en el marco de

⁶⁵“El derecho penal es el terreno privilegiado en el que, dentro del paradigma constitucional, se articula el complejo edificio legal de las libertades: la limitación con las principales normas incriminatorias de las meras libertades y las normas secundarias de sanción de las libertades fundamentales (como la libertad personal), por las leyes producidas por la autonomía política a través de la mediación representativa, dentro de los límites de los derechos de libertad y protección de estos mismos derechos y de otros bienes y derechos fundamentales”.

⁶⁶ El padre del “derecho penal del enemigo” identifica que el ciudadano al dañar a la sociedad, está afectando la “institucionalidad” de pactada en un “contrato social”. Luego no puede ser tratado como tal y, si por el contrario, el derecho penal debe hacer efectiva la protección a todas aquellas instituciones de la sociedad. Necesario confrontar a Günther Jakobs en su obra “derecho penal del enemigo” (Jakobs & Meliá, 2003)

⁶⁷ Habrá que decir que el autor afirma que la “Teoría Garantista”, no sólo tiene un contexto penal, su fundamento se concentra en el constitucionalismo. A lo que se cita: se habla de garantías constitucionales para aludir a la tutela reforzada que les confiere a los derechos fundamentales. Véase de referencia al autor: (Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 2011) (Ferrajoli, *Il paradigma garanista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2016)**Fuente especificada no válida.** (Ferrajoli, *Escritos sobre Derecho Penal*, 2004)

una teoría general del garantismo e indudablemente incluye el principio de “estricta legalidad”, sustentado en la garantía que debe ser ejercida por el Estado para la efectividad del funcionalismo oportuno de las penas.

Desde el esquema jurídico-político del Estado de Derecho, se deriva un principio vital: el de estricta legalidad. Este impone en el legislador un determinado modo de producción y contenido de la norma penal (tipos penales y sanciones), siendo al mismo modo análogo con su fundamento epistemológico, pues de ahí que sea indispensable de la verdad jurídica, en la medida en que representa una condición esencial para que el juicio penal resulte “congnotativo de los hechos” y “re-congnotativo del derecho” (Ferrajoli, 2004, p. 99), característica que según Luigi Ferrajoli, constituye una de las fuentes de legitimación del poder judicial. Luego, el garantismo penal está determinado en la producción de normas penales que respondan al plexo de valores y lineamientos constitucionales (efectividad de los derechos fundamentales), siendo de cierta medida clara, precisa y taxativa, permitiendo la verificación y contradicción penal (carácter racional y legal) en el proceso penal.

De acuerdo con lo establecido el autor italiano sostiene que el derecho penal está en crisis, pues se está ante un derecho penal máximo, hipertrofiado. La ciencia del derecho penal se encuentra ante un virtual colapso del principio de legalidad. Ha caído incluso la rígida regla que imponía que la “*ignorantia legis*” no excusa el delito. Actualmente, se vive en un derecho penal expandido, que se mueve y muta al ritmo de las urgencias políticas y los reclamos de los medios de comunicación masiva o *mass media*, sumando a ello un derecho procesal penal en el cual el juicio se ha convertido en fallos desorientados. Por ello, el garantismo penal nace como la alternativa del derecho para reducir la cantidad de tipos penales, orientado a verdaderas conductas punibles que puedan ser perseguidas con un sistema penal eficaz, conllevando juicios “justos”, donde la verdad procesal sea el fundamento de las condenas con imparcialidad judicial, acabando así la arbitrariedad del ejercicio legitimado del poder judicial. Es necesario determinar acá su clara congruencia desde la óptica de la punibilidad con el marco de la JT, de hecho él mismo demostró la importancia de poder hablar del garantismo dentro de la luz de la Transición, puesto que ello encarna a penas no irrisorias, la aplicabilidad de la verdad, el juzgamiento efectivo de los delitos y el encuentro de la paz (Ferrajoli et al., 2015).

En virtud del paradigma garantista, se debe iniciar con el concepto de paz que fundamenta dicha teoría. Es menester, en consecuencia, hablar de las penas, el principio de legalidad y su consecuencia. Entiéndase entonces la paz como valor supremo y como objetivo fundamental para la materialización u optimización de la JT (según la óptica de Luigi Ferrajoli), teniendo en cuenta que la razón de ser de la misma, conforme a su estructura y el establecimiento o asentamiento radica en la guerra, que rompe directamente, lo que en Hobbes se entiende como “*la transición de la guerra civil al estado civil*” (Ferrajoli, 2016), pero que, sin embargo, fija como el núcleo del contrato social (Hobbes, Elementos filosóficos sobre el ciudadano, 1642) . Se define entonces a raíz de este punto la significación de verdades que no deben quedar en el olvido y que, por el contrario, deben ser “*proclamadas repetidamente*” (Kelsen, 1944), además que se desvanecen en el mismo escenario que rompe con el valor supremo en mención.

La significación de la paz dentro de la JT devela un costo, conforme se va entendiendo que la paz funge como un derecho, pero, sobre todo, como un deber de obligatorio cumplimiento y, por ende, como especifica Ferrajoli, “sería impropio e inaceptable someter la paz a cualquier tipo de consulta popular” (Ferrajoli, 2016, p. 22), institucionalmente debe ser alcanzada como un fin u objetivo en sí mismo conforme ciertas situaciones que se establecen jurídicamente para los combatientes.

Esta justicia dignifica la reconciliación nacional y deja a un lado aspectos emotivos negativos⁶⁸ y, por otro lado, evita la emergencia de condiciones que pudiesen favorecer el retorno a una guerra. Ha de entenderse así, la magnitud del problema social y político que acarrea el orden estatal, por ende, la justicia penal ordinaria es inoperante conforme a esa transición pacífica del estado nacional por dos razones, expuestas por Ferrajoli (fecha).

En primera medida desde un orden jurídico ya que la violencia realizada y desplegada en tiempos de guerra a través de los combatientes no puede calificarse dentro de la justicia penal ordinaria, ya que como expone Hobbes en el estado de guerra no hay

⁶⁸ Aunque por otro, se puede hablar de emociones a una trascendencia especial, que a modo de ver del suscrito tendían un criterio positivo. Confróntese a la profesora Martha Nussbaum (2014) dedica una obra completa “Emociones políticas” a desarrollar la idea que el amor es importante para hacer justicia.

nociones de lo que es justo e injusto⁶⁹ (Hobbes, 1651), por ende, este último no puede definirse en dicho escenario.

Por otro lado, una razón de carácter político, en la cual, las acciones de guerra no pueden configurarse o clasificarse como crímenes conforme el ordenamiento jurídico, ha definido las leyes penales ordinarias, solamente desde la clasificación de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, dándoles a los mismos la calidad de criminal y castigándolos como tal. Por ende, se configura un límite de carácter objetivo, en el cual, quedan incluidos todos los crímenes, tanto de guerra como en contra de la humanidad y, sobre todo, aquellos en contra de la población civil como, por ejemplo, las violaciones y las masacres, además, sólo los responsables de estos crímenes deben ser sometidos a esta justicia especial (límite ulterior de carácter subjetivo)⁷⁰.

Cabe resaltar, la gran diferenciación entre las dos justicias mencionadas, por un lado, la justicia penal ordinaria y por el otro, el tema *sub examine*, la justicia transicional. Como bien se ha establecido, la segunda juega un papel u objetivo meramente “reparador” y “restaurativo”, mientras que, a diferencia de la justicia penal ordinaria se enfrenta una realidad de la finalidad de la pena “retributiva punitiva”. Por ende, esta forma de busca la dignificación de las víctimas en el alzamiento de su voz al pronunciar los crímenes contra los mismos, además de velar por la justicia y su reparación.

La construcción de la paz como producto de los procesos de JT no puede verse truncada por actos normativo-políticos que pretendan la impunidad de las actuaciones desplegadas por los combatientes. Para los crímenes referidos hay una exclusión de la impunidad, ya que ello significaría concebir un pasado sin memoria. Lo que claramente para las víctimas, generaría un acto de “violencia” no escrita por el no reconocimiento de

⁶⁹ Obviamente se puede considerar esta idea problemática, ya que la noción de “Estado de guerra” en Hobbes no corresponde a la idea de, por ejemplo, el carácter beligerante que se reconoce en ciertas prácticas guerrilleras, y esto alude a que también eso es guerra. Sin embargo, no puede definirse dentro del escenario hobbesiano el contexto de justicia penal ordinaria en tiempos de guerra de combatientes.

⁷⁰ Los crímenes acá develados y los conexos al delito político son ambos tipos de delictivos tipificados como tal, que en la mayoría de sus casos (como se vio en el contexto histórico del Capítulo I) son llevados a una jurisdicción especial para determinar quiénes se quedan ahí y quiénes deben ser remitidos a la jurisdicción ordinaria (crímenes contra las DDHH e infracciones contra el DIH).

los autores, ya que la JT pretende el esclarecimiento de la verdad, pero también evidenciar la responsabilidad de aquellos.

Además, la justicia pos conflictual tiene un elemento de reconciliación, de construcción colectiva de la memoria histórica en cada uno de los hechos que acontecieron a lo largo de los años y, su reconocimiento, pero sobretodo el descubrimiento de los autores supone “poner término a la espiral de otro modo incesante de la venganza” (Ferrajoli, 2016, p. 27). Recuérdese la conclusión del ciclo de las tragedias de Orestíada, la espiral infinita de la venganza de la sangre se concluye con la institución en Atenas, por parte de Atenas, del Areópago, es decir de un juez tercero llamado a verificar las responsabilidades y a reemplazar la lógica de la guerra y la venganza con la lógica, opuesta y totalmente asimétrica, del derecho y de la pena (Ferrajoli, 1989).

Cabe resaltar precisamente, la celebración en la Euménides de Esquilo por la transición de la justicia con forma de venganza a la justicia del derecho penal.

Otras diferencias radican en las penas destinadas individualmente, si bien, como es conocido, la justicia penal ordinaria busca la prisión o la detención domiciliaria del actor, sin embargo, para la JT las penas juegan un papel “simbólico” en virtud del reconocimiento público de las responsabilidades. Se trata, pues, de “[una] condena y [una] estigmatización moral y política de sus acciones” (Ferrajoli, 2016)

La paz supone así un conglomerado de garantías para poder establecerse como una profunda realidad de derechos y deberes; es por ello por lo que junto con la JT se develan otras tres garantías no menos importantes que complementan la justicia sub examine y las cuatro se encaminan al mismo núcleo; la paz. Dichas garantías son:

- a. La asimetría entre Estado de derecho y violencia extra-legal
- b. El desarme de la sociedad civil y la afirmación del monopolio estatal de la fuerza
- c. La democracia en sus dos dimensiones: la política o formal y la constitucional o sustancial.

En primera medida, en aquella asimetría entre la institución en mención, conforme a la civilización del derecho y la incivilización de la guerra ha de establecerse un parámetro para la consecución de la paz, desde la óptica que el Estado desde su civilización puede hacer frente a la guerra y no equipararse a la misma o realizar actos simétricos, por medio de la realización de actos precisamente violentos; significa entonces no establecer un mismo lenguaje de acción, sino por el contrario inmiscuirse en la civilización del derecho para oprimir la violencia extra-legal que hace frente.

La distancia exhibida entre la justicia del debido proceso y la injusticia de la violencia arbitraria, son idóneas para aislar socialmente a la violencia desordenada y salvaje de cualquier tipo y a poner punto final, como en las Orestíades, a la espiral, de otro modo incesante, de la venganza y la guerra” (Ferrajoli, 2016, p. 30).

En segundo lugar, desde la teorización de Hobbes permitir el monopolio estatal de la fuerza y por el contrario, el desarme de la sociedad civil, que según Ferrajoli, radica directamente en la eliminación de las armas para la población civil, como para los excombatientes que entregaron sus armas (desarme) con el fin del beneficio del aplicativo de la justicia especial, pero para que esta funcione como una garantía para la realización de la paz se debe prohibir la comercialización, el permiso y hasta la producción de las mismas. Con estas, la seguridad social se ve altamente perjudicada y el miedo acrece. Los ejércitos permanentes (miles perpetuus) deben con el tiempo desaparecer completamente. Y eso porque amenazan innecesariamente a los demás Estados con la guerra, siempre debiendo mostrarse armados para tal fin e incitan a los otros Estados a competir con ellos en cantidad de armamento en una carrera sin fin: y así como para los gastos a ello recurrentes, la paz se vuelve por último aún más opresiva que una guerra de breve duración, así tales ejércitos permanentes se convierten ellos mismos en la causa de guerras agresiva, para liberarse de este peso. A eso súmese que alistar hombres para matar y para hacerlos matar es, a lo que parece, hacer uso de hombres como simples máquinas e instrumentos en las manos de otro (del Estado) lo que no puede conciliarse con el derecho de la humanidad en la propia persona” (Kant, 1795).

Y por último, en tercer lugar, las dos dimensiones de la democracia, por un lado la dimensión política que radica en el “método de gobierno” por la cual se establece la

representación de todos los ciudadanos y por el otro lado, la dimensión sustancial que se refiere a una democracia expresada por los derechos fundamentales y los principios con raigambre constitucional.

Es así, como el gobierno “crea la posibilidad de compromiso” desde una óptica de unión y no de división, pero con una recíproca tolerancia esto con el fin de abarcar una democracia plena como, por ejemplo, desde “alternativas de gobierno, promoviendo la transformación en partidos políticos de las viejas formaciones de guerrilla” (Ferrajoli, 2016), la manifestación de las libertades que constitucionalmente se otorgan, dando lugar al debate y encuentro público, entre otros.

Por otro lado, desde un aspecto sustancial deben asumirse los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución y se deben brindar las respectivas garantías por medio de la normatividad correspondiente “como el principal factor de convivencia pacífica”, expuesto por Ferrajoli.

IV. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DE MICHEL FOUCAULT FRENTE A LA CONFESIÓN, LA VERDAD Y EL DECIR VERAZ. ALGUNAS APROXIMACIONES A LA JUSTICIA TRANCIONAL.

Resulta importante ahora estudiar y analizar el pensamiento de Michel Foucault frente a la verdad, el decir veraz y la confesión como resultado de un sistema jurídico que posibilite el encuentro con la paz y el esquema de un ordenamiento jurídico con una punibilidad enmarcada en los postulados de una JT y, máxime, con la construcción de una política criminal y penitenciaria que permita las bases de la conformación de una Comisión de la Verdad que asegure al “todo social” el encuentro de una verdad objetiva con miras a la construcción de una sociedad que permita el perdón y la resocialización de los actores del conflicto. Este análisis se guía más concretamente en la obra intitulada “Obrar mal, decir la verdad” del autor ya citado (Foucault,2014), texto que surge a la luz de un curso de derecho penal en la universidad Lovaina en el año de 1981, en los meses de abril y mayo.

Se inicia este acápite dilucidando la vida y obra de Foucault, en segundo momento se pretende mostrar los conceptos de verdad y confesión que posibilite las vías de la JT en un ordenamiento jurídico, y por último, el decir veraz conforme al perdón al escenario de la JT que como consecuencia de una dictadura o conflicto armado, ya sea interno o externo de los Estados juega un papel importante que solo puede ser transitable, como se ha denotado a lo largo de la historia mundial, en el campo de las comisiones de la verdad.

1. Vida y obra de Michel Foucault

Michel Foucault nació el 15 de octubre de 1926 en Poitiers, Francia. Hijo de un famoso cirujano francés, su familia esperaba que siguiera los pasos de su padre. Creció en una familia que valoraba la educación porque la educación es importante para una persona. Esta cualidad le permitió ir a las mejores escuelas a pesar de que no tuvo una gran educación. Logró el éxito y la admiración de sus alumnos, pero también experimentó el fracaso.

Foucault asistió a la Ecole de Normandie, una escuela para antropólogos e intelectuales franceses. Aun así, la vida no fue fácil para Michel Foucault, ya que sufrió depresión e intentó suicidarse. Para ello recibió terapia cuando era adolescente.

En 1960 inicia su periodo académico como profesor, ocupó diversos cargos en universidades francesas antes de ser nombrado miembro del prestigioso Collège de France en 1969, donde ejerció como profesor de Historia de los Sistemas Ideológicos hasta su muerte. Foucault ha estado políticamente activo desde los años 1970. Es fundador del Prison Information Group y crítico frecuente de los grupos no alineados. Enseñó varias veces fuera de Francia, principalmente en los Estados Unidos, y en 1983 aceptó un puesto docente anual en la Universidad de California, Berkeley. Foucault murió de SIDA en París el 25 de junio de 1984. Además de las obras publicadas durante su vida, sus conferencias en el Collège de France, publicadas posteriormente, también contienen información importante y el desarrollo de sus ideas. Sus áreas de investigación son la psicología, la historia y la filosofía, la mayoría de sus libros están relacionados con las ciencias sociales y de la salud, y sus intereses son la literatura y la política. Sin embargo,

casi toda la obra de Foucault puede leerse útilmente como filosofía de una o dos maneras: emprender un proyecto filosófico de una manera (más) nueva; y asimilar críticamente las opiniones de los sabios tradicionales (Ramírez-Coronel, *et all.* 2020).

El filósofo francés Michel Foucault es considerado uno de los grandes pensadores del siglo XX. Fue filósofo, psicólogo, historiador y teórico social que marcó la cultura francesa, dando grandes aportes al pensamiento universal. En ámbito del derecho su pronunciación profunda se destaca en la obra “*Vigilar y Castigar*” de 1975; sin embargo, la otras obras que destacan frente al campo del derecho penal son “*La verdad y las formas jurídicas*”, 5 conferencias que hiciera en la Universidad Católica de Rio de Janeiro en 1973. “*La sociedad punitiva*”, Clases pronunciadas e impartidas en el Collège de France en el primer trimestre de 1973. “*Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*”, cursos que orientó en la Universidad de Lovaina en 1981, habrá que decir que esta obra será el análisis del presente sub-capítulo.

El pensamiento de Foucault es relevante para la significación de la JT, toda vez que el concepto de verdad y decir veraz frente a la confesión , darán el apremiante contexto arqueológico de su aparato sistemático frente a una restauración y contexto de verdad en una resolución de conflicto; el profesor Mario Ociel Moya (2014) alude que:

la verdad fue un eje rector para las reflexiones del autor citado, ya sea, la verdad en los enunciados y prácticas cristianas, en sus formas jurídicas y políticas o en el orden de lo científico y lo médico graficado, particularmente, por la práctica clínica sobre la conciencia (por ejemplo, mediante el psicoanálisis) o sobre los cuerpos y las voluntades (mediante la práctica médica). Como sea, en el devenir de las instituciones occidentales y la relación asimétricas con los sujetos y la población (indistintamente del contexto disciplinario o de control), los enunciados de verdad se conforman, según lectura foucaultiana, como regímenes que sedimenta un orden social y político específico, mediante el manejo, disciplinamiento y control de las conductas de los sujetos. No se trataría, entonces, para Foucault, del análisis de la verdad versus el error o la falsedad; de la racionalidad versus la irracionalidad o ciencia versus la ideología -problemas suficientemente trabajados por la filosofía, la epistemología, y específicamente, por la axiología-; sino que el abordaje foucaultiano de la verdad se encuentra

íntimamente ligado al análisis del poder, de los dispositivos utilizados y su materialización práctica en el gobierno de los otros (pág. 495).

2. La verdad y la confesión como proyecto iusfilosófico

La particularidad con la que inicia Foucault (2014) su texto de *Obrar mal, decir la verdad*, se da frente a la definición equivocada que implica esta palabra; citando diversos diccionarios, destaca que todas las definiciones que dan los diccionarios son unívocas y erróneas, ya que al expresar que es la confesión, aluden que es la *declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro* (Real Academia de la Lengua Española, 2022). Foucault (2014) insiste en que:

“Me parece que podemos conservar el marco general de esta definición, según la cual, en la confesión, el que habla afirma algo acerca de sí mismo. Pero no bien avanzamos un poco, la definición ya no parece suficiente. Por un lado, dice demasiado poco del acto mismo de la confesión. Declarar –aunque sea solemnemente, aunque sea ritualmente– que se ha hecho o dicho algo no basta para constituir una confesión. Puedo declarar que ejerzo tal o cual oficio, y eso no será una confesión. Puedo reconocer públicamente unas palabras que he pronunciado, y eso no será forzosamente una conferencia inaugural” (pág.24).

Así las cosas, el autor afirma que “decir algo” implica dar información, pero no supera el contenido real de “confesar algo”. “¿Hay que remitirse entonces al contenido de la afirmación, a la naturaleza de la cosa afirmada, como lo sugiere el ejemplo del diccionario?” la respuesta inmediata es no (Foucault, 2014. Pág. 25). Luego, surge inmediatamente unos cuestionamientos más como preguntas problemáticas: ¿Qué es la confesión como vía para la verdad y lo veraz? ¿Cuáles son el lugar y el papel de *decir veraz* en la práctica judicial? Decir que la Confesión es una declaración formal sobre determinados actos o enunciados que hemos realizado es un equívoco pues quien confiesa habla más de sí mismo que del acto cometido. La confesión es vista como un ejemplo de relación con uno mismo y la propia verdad, reflejando un contexto ético-axiológico, que tiene cuatro momentos.

<p>1. Habla de uno mismo (costo)</p>	<p>Hablar de sí es decir la verdad sobre uno mismo y, no es lo mismo no hacerlo, pues tiene un costo que debe pagarse.</p> <p>No es lo mismo confesar que dar información, en el sentido de la justicia no es lo mismo la condena que le cae a un reo que le muestran por medio de pruebas el acto delictivo cometido, que aquel que confiesa el delito cometido (no es lo mismo confesarlo que no hacerlo), incluso la persona que confiesa sus sentimientos a otro. Tiene lo anterior un <i>coste</i> la confesión que debe pagarse</p>
<p>2. Debe ser libre</p>	<p>No vale la confesión obligada. La confesión que es coaccionada no determina libertad de veracidad</p>
<p>3. Relación con el poder</p>	<p>Existe indudablemente una relación de poder con quien se ha confesado, es decir, quien se confiesa queda sometido a una relación de poder frente a quien lo ha confesado.</p>
<p>4. Obligación</p>	<p>La obligación se da con respecto de uno mismo, pues confesar no es informar, implica la responsabilidad a lo que uno es y lo determina. Indirectamente uno confiesa quien es y hacerse cargo de eso implica cambiar (el criminal, enfermo, enamorado, etc)</p>

Así las cosas, alude Foucault (2014) que *la confesión es un acto verbal mediante el cual el sujeto plantea una afirmación sobre lo que él mismo es, se compromete con la verdad, se pone en una relación de dependencia con respecto a otro y modifica a la vez la relación que tiene consigo mismo.* (pág. 27). Esto conlleva a otro punto fundamental

en su teoría del decir veraz, y es la llamada “Tecnología del yo”, ya que ella devela la confesión como mecanismo por el cual un sujeto se encuentra sometido a otro, no en tanto opresión, sino más bien mediante observancia y examinación de la propia conducta; por lo tanto, hay que diferenciar la investigación de la verdad y del decir veraz (del decir lo verdadero), y son los mecanismos históricos, sociales y de poder los que pueden emitir discursos que se consideren veraces, que hacen posible que un discurso sea tomado por veraz.

Foucault (2014) arguye que la confesión mantiene una extraña relación con el problema de verdad. La confesión es una extraña manera de decir veraz. En cierto sentido, siempre es verdadera (si es falsa, no es una confesión). Y las consecuencias que tiene son del todo diferentes -para locutor y para el receptor- de la que puede ser una aserción como esta: “el cielo es azul”. Constituye cierta manera de decir, cierto modo de veredicción. Es sabido que, alguien anuncia algo, hay que distinguir entre enunciado y enunciación; del mismo modo, cuando alguien afirma verdad, hay que distinguir entre aserción (verdadera o falsa) y el *acto* de decir la verdad, la veredicción (el *wahrsagen* como diría Nietzsche). (pág.29)

Este contexto y concepto de confesión, ayuda al tránsito de la JT, solo se puede llegar a una dinamicidad de restauración y de políticas transitivas si se ejecuta una comisión de verdad y un centro de memoria histórica fundamentado en recapitular los hechos inducidos en un conflicto, que ayuden a una posterior recuperación de la sociedad victimizada y a una reconciliación entre los actores de dicho proceso; lo anterior, para poder develar una verdad objetiva (en todo el sentido amplio de la palabra), empero, sobre todo, porque aludir a sanciones y reconciliación en una JT, se hace necesario develar garantías de la veracidad de los hechos inhumanos realizados en el conflicto armado o dictaduras, siempre y cuando, se esté en preparación de un perdón. De hecho, este será el punto fundante como se hablará en el siguiente acápite.

La reflexión acerca de la confesión desde el análisis epistemológico de la subjetividad, arguye a la tarea de realizar una ontología de sí mismo a partir del modo de relación con la verdad que da como resultado la confesión. Para Foucault la confesión es el diagnóstico del hoy, entendido éste como un análisis de los modos en que nos interpelamos, abrazamos una identidad, nos relacionamos con nuestras verdades a través de un proceso de manifestación alitúrgico (Senellart, 2003, p. 171).

Foucault plantea, a través del análisis de la confesión, una ruptura del círculo de obediencia que la declaración de pensamientos supone y, con ello, abre la posibilidad a una vinculación con la tarea ética del cuidado de sí y de los otros. No se trata, en Foucault, de afirmar que somos lo que confesamos ser y de vincularnos a esas palabras a través de una estructura de obediencia, sino del hecho de que en la confesión encontramos una estructura fundamental del funcionamiento de la subjetividad que permite, en primer lugar, un análisis de nuestras conductas e identidades -historia de la verdad y de nuestra relación con el discurso verdadero- y, en segundo lugar, una indagación ética en la cual se pone de manifiesto tanto la libertad de la confesión de acuerdo con el modo de específico de manifestación de la verdad como el rechazo de lo que dejamos de ser, de la posibilidad de dejar de ser. El vínculo directo de encuentro con los otros. Es en el modo de decir la verdad en donde se juega lo que dejamos de ser y lo que somos y, justamente ahí, en esa relación particular, cobra espesura la pregunta ética y moral mediante la cual nos vinculamos con la realidad social, jurídica y colectiva (Fontanet, 2022.pág 43).

Así las cosas, como resultado de las reflexiones sobre la confesión, se apunta al abandono de una ética meramente individual y la proyección de mínimos de convivencia y coexistencia social, esto es, apostar por el contexto político para la realización del sujeto con los otros. y establecer los lazos que vinculan lo que es el sujeto con la realidad colectiva y sus intersubjetividades. La construcción de una JT implica el “cuidado de sí” y de los “otros” dentro de parámetros de verdades pasados y colectivas.

3. El decir veraz y el perdón el contexto de la justicia transicional

Ahora bien, se entiende que la confesión es el proyecto de llegar a la verdad, frente al campo de la veridicción, análogo con la JT, se puede decir que surge con el fin de aludir a la reparación de los sujetos ofendidos y la verdad será el principio fundante en una sociedad civilizada. Para esto debe estar conexo otro concepto: el perdón.

Para poder hablar de Justicia dentro del esquema de transición, análogo al pensamiento foucaultiano, surge el pensamiento de la profesora Martha Nussbaum (2018) donde alude que el perdón debe ser analizado desde tres aspectos: transaccional, incondicional y, por último, de amor y generosidad. Para hablar del primero, se explica que debe tener unos pasos a saber: a) de las faltas cometidas se desata la ira recibida a mano de otros, b) confrontación con el perpetrador, c) la confesión de las faltas, d. las disculpas de quien ofendió⁷¹ ,y e) la resolución del conflicto y la ira. En el segundo momento y tercer momento (perdón incondicional y de amor y generosidad) se explica que estos son la condonación de sentimientos iracundos sin exigir penitencia previa. Dentro de un marco de caridad y empatía, como lo resalta de la visión judeo-cristiana (Nussbaum, 2018. Pág. 90 y ss).

Lo que se busca frente al contexto de decir veraz de las faltas cometidas y el perdón como resultado recíproco del contenido de verdad en la JT, es llegar al resultado de verdad frente al daño ocasionado por los acontecimientos develados, y por ende, busca restaurar aquello perdido, por lo mismo, no se enfoca solamente en el perpetrador, sino que por el contrario, busca la manera en que la víctima afronte y asuma la verdad de quien ocasiona el daño, y este, pueda recibir el perdón sin repugnancias ni señalamientos. Es importante que estos sujetos puedan encontrarse a sí mismos y pensar en el otro, que a futuro, harán parte del sistema posconflictual que los llevara a convivir y coexistir en sociedad. Luego, acá ya no se presentará solamente el hecho desgarrador, sino que se verá al sujeto que del decir veraz afronta a la sociedad, confiesa y queda sometido a una relación de poder frente a quien lo ha confesado, como se dijo anteriormente.

Análogo al pensamiento de Foucault, se puede decir que la JT como política pública de lo penitenciario y criminal, enfoca a evitar los emotivismos como la ira, la repugnancia o el populismo punitivo (Nussbaum, 2018). Por el contrario, con el perdón de las faltas anunciadas (decir veraz y veridicción) se reconoce al agente responsable de ciertos delitos, y eso asume el repudio de dichas acciones. Para Foucault, comprometerse con la verdad, expresa de manera directa no solo los daños ocasionados, sino que igualmente denota que el sujeto se compromete en los daños infringidos, se arrepiente. Y con su palabra ofrece una narración de cómo se llegó a las injusticias.

⁷¹ Es necesario advertir que la confesión resaltada por Foucault deriva inmediatamente a la reparación del ofendido, pues precisamente ese es el costo y la obligación.

El debate actual sobre los principios de la JT y la JR se centra en la tarea de identificar el daño que se ha hecho y corregir el mal que se ha hecho. He aquí la importancia de establecer la verdad y el perdón. En una visión compartida de la memoria, la historia personal y el olvido, debe existir el compromiso de desarrollo humano, conforme a los postulados de los derechos humanos, es decir, que todo Estado debe propender a políticas criminales que puedan funcionar conforme al contexto de transición en donde se reconoce la profundidad de los errores cometidos y el resultado debe ser el perdón de la sociedad, aunque siempre arduo, doloroso, nunca está fuera de lo inalcanzable, como se vio anteriormente en el capítulo 2 referido a los casos de JT en la historia.

CUARTO CAPÍTULO

COLOMBIA COMO EXPERIENCIA DE LOS PROCESOS TRANSICIONALES LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA ÉTICA DISCURSIVA EN UN POSIBLE ESCENARIO POSCONFLICTUAL.

Es necesario advertir que el contexto de la JT como alternativa y mecanismo jurídico de los Estados dentro de su política criminal y penitenciaria, debe adecuarse a un panorama no solamente político sino jurídico. En muchas ocasiones, la política transicional actúa como una rueda suelta, contrariando contenidos de las políticas públicas, principalmente de las penitenciarias; de ello se colige que efectivamente esta no nace de las políticas de un ESD sino que, por el contrario, se va dando en el transcurso de posibles diálogos de paz o terminación de dictaduras totalitaristas.

Ahora bien, en este punto será primordial la forma como se ha desarrollado la JT en Colombia. Si se revisa con detalle, no se manifestó en los capítulos anteriores el contexto colombiano debido a tres razones: En primer lugar, porque este país ha obtenido más de tres momentos para poder alcanzar una paz y manifestar una reconciliación en el conflicto armado dentro de un esquema de transición (la paz con el grupo guerrillero M-19, el fallido diálogo de paz y “la silla vacía” de 1998 con las Farc-EP, la ley de justicia y paz en la desmovilización de los grupos paramilitares, el reciente acuerdo con las Farc-EP materializada en el acto legislativo 01 de 2017 y los actuales diálogos con el ELN). En segundo lugar, porque es el país en el que la JT y la JR han obtenido un esquema evolucionado, ya que la operabilidad de estos surge desde hace tres años. En tercer y último lugar, porque hay un desarrollo de ellas en forma más ordenada y próxima para una manifestación de la paz dentro del marco jurídico de la transicionalidad y un escenario posconflictual.

La razón del presente capítulo se orienta a un definitivo esquema transicional dentro del sustento de las políticas criminales y penitenciarias del Estado, recalcando una vez más que, si bien es cierto, se ve sujeta a la realidad del esquema colombiano, la propuesta denota nuevas bases para poder regirse la JT y la JR en los Estados.

I. JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA, UNA SÍNTESIS DESCRIPTIVA BAJO EL ESQUEMA VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN EN EL MARCO DE LA IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA.

Desde la promulgación de la carta política de 1991, Colombia fue concebida como un ESD; en su preámbulo orientó los fines del Estado a fortalecer la unidad de la nación, la justicia y la paz, configurándose como la línea guía para el desarrollo prospero del nuevo estado. Sin embargo, no puede soslayarse, que previo a la promulgación de la nueva constitución ya se desarrollaban los diálogos de paz, con la consecuente dejación de armas por parte de las guerrillas del M-19, el EPL, Quintín Lame y el ELN entre la década de 1980 y la primera mitad de la década de 1990; aun así, al conflicto armado interno en conjunto con el paramilitarismo, precedieron problemáticas sociales que durante los años posteriores han generado un gran estigma social.

Simultáneamente, las víctimas han padecido las consecuencias de la violencia, y al día de hoy son quienes han llevado la bandera del compromiso para que los diferentes actores de este conflicto perseveren en la concertación del acuerdo de paz, bajo los preceptos de la justicia transicional. Este, podría definirse como un proceso por el que pasa una sociedad, luego de períodos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos y abren canales para lograr la transición de la guerra a la paz; como en el caso colombiano, en el que, bajo unos estándares de justicia, se ha dado el paso a la reconciliación. En ese contexto, a mediados del año 2012 se dio origen a la etapa exploratoria del anhelado proceso de paz, en la cual se establecieron las condiciones y se intercambiaron perspectivas sobre la terminación del conflicto, para así entablar conversaciones con los miembros del secretariado de las FARC-EP.

Posteriormente, en el periodo comprendido entre los años 2012 y 2016 se instaló la mesa de conversaciones en Oslo (Noruega) y los diálogos en la Habana Cuba; como países garantes participaron Chile y Venezuela. Allí, la sociedad civil manifestó sus propuestas para consolidar el acuerdo final, dando paso a la tercera fase denominada “construcción de paz”. Así las cosas, el acuerdo planteo la promoción, protección y

garantía de los derechos de todos los colombianos, en particular, de las víctimas. La terminación del conflicto armado se constituyó como la mejor garantía para que no surgieran nuevas víctimas y así, mediante la implementación de los cinco mecanismos y medidas que componen el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas, concertando una rendición de cuentas por lo ocurrido, garantizando la seguridad jurídica de quienes hicieran parte de este proceso y contribuyendo a garantizar la reconciliación y la no repetición como elementos esenciales de la transición.

En la última etapa, Colombia se dio a la tarea de formular e implementar mecanismos judiciales y extrajudiciales que soportaran la JT, incluyendo la expedición de distintas leyes en el ámbito penal, la rendición de cuentas de los excombatientes, el esclarecimiento de la verdad, la construcción de la memoria colectiva y la fundamental reparación de las víctimas. A continuación, se presentará un análisis del SIVJRNR adecuado a la JT, priorizando y focalizando cada uno de los ítems y el desarrollo que han tenido durante los últimos años.

1. Verdad como el fin principal y altruista para la sanación y reconciliación.

La gran importancia de las medidas y mecanismos de la justicia transicional (enmarcadas en el SIVJRNR) radica en la satisfacción plena de los derechos de las víctimas del conflicto armado, quienes son el eje central del Acuerdo de Paz. Las víctimas apelan al derecho que tienen de conocer la verdad sobre lo ocurrido, a la sanción de los responsables, a la reparación de los daños que les fueron ocasionados y, sobre todo, a que los hechos que provocaron tanta zozobra y dolor no se vuelvan a repetir.

Para contextualizar, dentro del marco del conflicto, la verdad es la necesidad de las víctimas sobrevivientes de conocer los sucesos que se relacionan con los episodios de violencia ocasionados en la etapa pre-transicional, la identidad de los ofensores y sus móviles para cometer tales actos. Por ello el conocimiento de la verdad implica intrínsecamente una manifestación del derecho fundamental a la justicia, puesto que se fundamenta en el esclarecimiento de las causas, hechos, motivos y el escenario histórico del conflicto, y de sus consecuencias e impacto; por tanto, la protección y el ejercicio de

la verdad, se establecen como un medio de reparación. En este sentido, el derecho a la verdad da lugar, como ha sido señalado por la Corte Interamericana, a una justa expectativa de las víctimas que el Estado debe satisfacer.⁷²

Al desglosar el derecho a la verdad, como lo plantea Rincón (2010) este tiene dos dimensiones que reclaman igual protección por parte de los Estados. La dimensión individual, que hace referencia al derecho que tienen las víctimas de violaciones de los Derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y/o sus familiares a conocer la verdad con respecto a esas vulneraciones. Y la dimensión social, que hace referencia al derecho que tiene la sociedad, como un “todo social”, a conocer la verdad sobre los crímenes atroces o aberrantes cometidos en el pasado. En relación con este derecho, los Estados tienen el deber de recordar y de proteger la memoria colectiva de actos propiciadores del olvido, el revisionismo o el negacionismo.

Al respecto, los Principios contra la Impunidad establecen el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adaptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas (Rincón, 2010).

En cuanto a su contenido, el conocimiento de la verdad de las violaciones de Derechos Humanos contempla el conocimiento de los hechos y de los autores de los mismos. La CIDH ha señalado que ese conocimiento hace referencia a “todos los hechos violatorios de Derechos Humanos” referidos a cada caso. El conocimiento de los hechos incorpora, entre otros aspectos, el conocimiento de las circunstancias, causas y condiciones en que se produjeron las violaciones, lo cual permite la identificación e individualización de las víctimas, el contexto histórico y político en el que se produjeron

⁷² Entre otras, Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 171; Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 222; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 440; Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párr. 95; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 204; y Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 128.

las violaciones, el *modus operandi* usado para perpetrarlas, y las prácticas sistemáticas o los patrones existentes que han permitido el hecho. En casos de desaparición forzada, el conocimiento de los hechos incorpora, también, el conocimiento de la suerte y del paradero de la persona desaparecida.

En relación con lo anterior, la verdad, o más bien, el derecho a ella, impone a los Estados la obligación de adecuar y desarrollar en sus ordenamientos jurídicos herramientas para hacer efectiva su garantía. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una sólida línea sobre esta obligación (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988) (Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, 2005), estableciendo que existe una relación intrínseca entre el derecho a conocer lo sucedido y el deber de memoria del Estado; entendiendo este deber como la obligación que tiene este último de propiciar las condiciones adecuadas para que tanto víctimas como otros sectores, entre ellos la academia, las instituciones estatales, los centros de pensamiento, ONG, etc. (Uprimny & Saffon, 2006), desarrollen ejercicios de construcción de memoria como un directo aporte al derecho a la verdad.

Posteriormente, para que Colombia llegara a afianzar un plan de acción y lograra consolidar el acuerdo, fue primordial el análisis de la experiencia en otros países, en los que la verdad tuvo gran valor; a partir de allí se implementó un modelo en el que -bajo los presupuestos de verdad, justicia, reparación y no repetición- se permitiera a la población en general conocer la verdad de los hechos y la complejidad del acuerdo. Para tal fin, y en el marco del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto 588 de 2017, se creó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), como un mecanismo de carácter temporal y extrajudicial del SIVJRNR, que tiene por finalidad dar a conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto armado y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas durante el mismo, ofreciendo una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad.

Igualmente, a través de ella se materializa el carácter reparador, restaurador y simbólico que tiene la verdad porque, al ser un mecanismo extrajudicial, brinda los espacios y canales de diálogo para que los victimarios, ante las víctimas, hagan públicas

las manifestaciones de responsabilidad, arrepentimiento y perdón, y de esta manera estructurar el proceso de reconciliación nacional propio de las etapas de JT que tienen como finalidad la instalación de la paz y la convivencia armónica.

El acuerdo de paz dio lugar a la creación de las instituciones de la verdad que forman el SIVJRNR: la Jurisdicción Especial para la Paz, la Comisión de la Verdad y la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. Las tres constituyen una estructura y trabajan de forma articulada, teniendo por eje central la consolidación de la verdad. Particularmente, en palabras de Springer (2002), se espera que la comisión contribuya a desenmascarar las mentiras alrededor de las cuales se han ocultado los crímenes políticos y las atrocidades (...) y a documentar los eventos sucedidos de una manera clara, coherente y precisa.

En el informe final de gestión del año 2020, la CEV proyectó el proceso y las actividades desarrolladas para fortalecer su estrategia de despliegue territorial, garantizando una escucha amplia y plural en todo el territorio nacional. Así, han venido afianzando el diálogo social en torno a los procesos de reconocimiento de responsabilidades para dignificar las víctimas a partir del restablecimiento de su derecho a la verdad, haciendo partícipes a todos los actores del conflicto y visibilizando las experiencias de convivencia que las comunidades han desarrollado para restablecer sus lazos de confianza y construcción de paz como base garantista para la no repetición del conflicto en sus territorios. En el marco del diálogo plural y permanente con comunidades, sectores, instituciones y actores se recogieron los insumos para las recomendaciones plasmadas en el Informe Final.

Ciertamente la CEV ha logrado consolidar el hecho de que los responsables de violaciones a los derechos humanos reconozcan voluntaria y públicamente (en algunos casos) sus actos en el marco del conflicto armado interno, lo cual permite la garantía en cuanto a la dignificación de las víctimas individuales o colectivas en el proceso; también ha generado los espacios para la socialización de las experiencias de resistencia y convivencia existentes además de la promoción de la convivencia pacífica y democrática, a través del acompañamiento de iniciativas territoriales de diálogo social ya existentes en los territorios.

2. Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) en el proceso colombiano.

En el marco de la suscripción del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera se crea el SIVJRNR con el fin de garantizar los derechos de las víctimas establecidos en el Acuerdo Final, firmado en el año 2016 a mediados de noviembre.

Es así, como mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 se decreta un título de disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, dando aplicación al artículo 22° superior, el cual dispone que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, así como a uno de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2° de la Carta Política con respecto a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella.

De igual manera, el artículo 95° superior establece que “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades”, por tanto, es deber de los ciudadanos propender al logro y mantenimiento de la paz. Adicionalmente, cabe resaltar que los derechos y deberes consagrados en la Carta Política deben ser interpretados y aplicados en concordancia con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

Por lo anterior, el artículo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2017 crea el SIVJRNP, el cual es un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que deben funcionar de forma articulada para garantizar los derechos de las víctimas del conflicto armado, la convivencia, la reconciliación y la no repetición, con miras a asegurar la transición de dicho conflicto a la consecución de la paz.

El Sistema Integral está compuesto por los siguientes mecanismos:

- I.** Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.
- II.** La Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

- III. Jurisdicción Especial para la Paz.
- IV. Medidas de reparación integral para la construcción de paz.
- V. Garantías de no repetición.

Es menester precisar que, según lo dispuesto en el Acuerdo Final, ninguno de los anteriores mecanismos prima sobre otro. Cada uno tiene su propia función y el objetivo es trabajar mancomunadamente por el reconocimiento de la verdad y las responsabilidades de los actores del conflicto.

La Comisión pone las bases de la verdad que conduzca a la no repetición, la JEP trabaja porque no haya impunidad y la Unidad de Búsqueda responde por los desaparecidos, que dejaron uno de los dolores más profundos de la guerra (CEV, 2022).

Para efectos del presente escrito, únicamente se hará referencia a la CEV con el fin de dar a conocer las nociones generales de dicho mecanismo, describir en qué consiste, cuáles son sus objetivos, funcionamiento, naturaleza jurídica y régimen legal.

a. ¿Qué es la comisión de la verdad?

De manera general, una comisión de la verdad es un ente establecido ocasionalmente por Estados que emergen de conflictos internos, guerra civil o dictadura, encargado de descubrir y revelar las malas acciones del pasado, ya sea por parte de un gobierno o por actores no estatales, con el fin de resolver los conflictos que hacen parte del pasado.

En Colombia, la CEV es uno de los mecanismos que conforman el SIVJNR. Esta Comisión fue creada mediante el artículo transitorio 2° del Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto 588 de 2017, como un “órgano temporal y de carácter extrajudicial (es decir que sus actividades no tendrán carácter judicial, ni implicación alguna para la imputación penal ante la jurisdicción y además, carecen de valor probatorio en procesos judiciales) que busca conocer la verdad de lo ocurrido en marco del conflicto armado

interno y contribuir con el esclarecimiento de las violaciones cometidas en el mismo, así como ofrecer una explicación a toda la sociedad”.

Por ende, ha de entenderse de esta manera a la Comisión de la Verdad como una forma de ahondar en los hechos y actos que se realizaron a lo largo del conflicto interno colombiano que, sin duda, sistematizaron un sentido histórico, ético y político y que, además, han de servir como sustento para descifrar de forma más intensa la realidad. Valora los actos que fueron base de afectación a las víctimas directas o indirectas, como escucha también la voz de los victimarios y de la sociedad colombiana; quien se vio claramente afectada con aquellos acontecimientos de carácter atroz.

Le incumbe a esta, la responsabilidad de reconocer la verdad que las víctimas a lo largo del proceso conflictual han vivido y que, rompe en definitiva la Dignidad Humana de las mismas, así como de la sociedad, que pese a no ser víctima directa, sufrió -no en la misma medida- la significación de los hechos; que ahora históricos, pretenden surgir como forma de acción futura, es decir, la CEV reconoce el pasado y configura en el presente los mecanismos que se requieran para adecuar un futuro óptimo dentro de un marco de no repetición.

Es así, como la CEV por medio de la verdad y del profundo y arduo trabajo para reconocer la misma, buscó efectivamente que aquellos acontecimientos no queden en una memoria sólo histórica, sino que queden en la memoria de los colombianos; compatriotas de las víctimas que han crecido a lo largo de este proceso; para poder narrar las vivencias estructurales del conflicto. Desde la raíz conflictual se subsumen derechos y dignidades humanas que deben quedar en el entendimiento del futuro, sin olvido.

Es por esto por lo que, la no repetición surge como forma de consolidación de una paz futura, o es lo que la CEV quiso entrañar a lo largo del desarrollo investigativo, por medio de las personas que sufrieron la época histórica como tal, para la construcción de una transformación futura colombiana, aunque la violencia persiste en varias zonas del país, por lo que se configura un gran y complejo desafío para el esclarecimiento de la verdad.

En lo que concierne al sentido histórico que conlleva esta realidad aún vigente, como se dijo anteriormente, es fundamental la participación la ciudadanía, para fortalecer el esclarecimiento de la verdad, en procura de romper con actos de carácter bárbaro como asesinatos, desplazamientos o persecuciones y se pueda visualizar una transición elemental en la sociedad.

En su aspecto ético, cobra vida la universalidad de la Dignidad Humana en su sentido irrenunciable e innegociable que, durante el conflicto armado interno se ve completamente vulnerada y amenazada por parte de quienes estaban del otro lado- en persecución de un fin, pero a costa de lo que fuese-. Aquellos generaron en el pueblo colombiano el temor y el quebrando de los derechos que les eran propios, como de la dignidad que con ellos se rompió en la tragedia del dolor.

Por último, en un aspecto político, la CEV buscó intervenir en la actividad política, en un escenario pacífico y fuera de violencia; centró un camino de diálogo y de intervención comprensiva para lograr sacar de este ámbito el uso de armas y la enemistad latente a lo largo de las mesas de negociación. La política edifica un sustento social y debe hacerlo conforme lineamientos de paz. Entendiendo así, la entidad se formó con el fin de esclarecer los hechos y darle a la sociedad colombiana la oportunidad de conocer, identificar y reconocer las circunstancias que a lo largo del camino histórico y de dolor se han concentrado en el presente, esto con el fin de no repetir el pasado y de construir el futuro.

Hayner (2014) caracteriza una Comisión de la verdad de la siguiente forma:

- Se centra en los eventos pasados, en lugar de eventos en curso.
- Investiga un patrón de eventos que tuvieron lugar durante un período de tiempo.
- Se involucra directa y ampliamente con la población afectada, recolectando información sobre sus experiencias.
- Es un organismo temporal, con el objetivo de concluir con un informe final.
- Esta oficialmente autorizado por el Estado bajo revisión. (Pág. 55 y ss)

Además de ello, el artículo 1° del Decreto 588 de 2017 establece en una forma más específica la naturaleza de la Comisión, toda vez que es indispensable definir que

esta entidad hace parte de la estructura jurídica colombiana con finalidades y objetivos específicos en pro de soluciones sociales y de carácter especial. La naturaleza de la Comisión se define como:

- ✓ Ente autónomo e independiente del orden nacional.
- ✓ Con rango constitucional.
- ✓ Con Personería jurídica
- ✓ Con Autonomía administrativa, presupuestal y técnica.
- ✓ Sujeta a un régimen legal propio, es decir, se regirá por la Constitución Política, el Decreto 588 de 2017, su propio reglamento y otras que regulen su funcionamiento.
- ✓ Mecanismo temporal con una duración de 3 años, que se contarán a partir de la terminación del periodo de preparación, el cual corresponde a 6 meses máximo⁷³.

Conforme a los objetivos o acciones en propósito de la realización de los mismos, la CEV como entidad es creada para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la cual pretende el no desarrollo conflictual y propicia soluciones desde un escenario más empático. Estos objetivos son desarrollados conforme la identificación propia de la entidad que conllevan la determinación de la verdad dentro del conflicto armado colombiano.

b. Objetivos de la comisión de la verdad

Según el artículo 2° del Decreto 588 de 2017, la Comisión deberá cumplir tres objetivos fundamentales, que en su conjunto contribuyen a satisfacer los derechos de las víctimas y a la no repetición del conflicto que por más de medio siglo a aquejado a la sociedad colombiana. Dichos objetivos son:

1. Contribuir al esclarecimiento de lo ocurrido, de acuerdo con los elementos del mandato y ofrecer una explicación amplia de la complejidad del conflicto armado, de tal forma que se promueva un entendimiento compartido en la sociedad, en especial de los aspectos menos conocidos del conflicto, como el impacto del

⁷³ el presente artículo del Decreto 588 de 2017 tuvo 6 meses de prórroga por la pandemia, por lo que vio necesidad el Estado de extender su ejecución.

conflicto en los niños, niñas y adolescentes y la violencia basada en género, entre otros.

2. Promover y contribuir al reconocimiento. Eso significa el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos y ciudadanas que vieron sus derechos vulnerados y como sujetos políticos de importancia para la transformación del país; el reconocimiento voluntario de responsabilidades individuales y colectivas por parte de todos quienes de manera directa o indirecta participaron en el conflicto como una contribución a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición; y en general el reconocimiento por parte de toda la sociedad de ese legado de violaciones e infracciones como algo que merece el rechazo de todos y que no se debe ni se puede repetir.

3. Promover la convivencia en los territorios, en el entendido de que la convivencia no consiste en el simple compartir de un mismo espacio social y político, sino en la creación de un ambiente transformador que permita la resolución pacífica de los conflictos y la construcción de la más amplia cultura de respeto y tolerancia en democracia.

De la misma manera conforme al ya citado Decreto, además de someter a la CEV a ciertos objetivos, estará la misma bajo trece mandatos; los cuales permitirán esclarecer e identificar la problemática del conflicto armado interno, desde su origen hasta su conservación actual, -aunque no en la misma medida, claro está-. Se exponen los siguientes:

1. Las más graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente las que más se repitieron o fueron masivas, y que se dieron en contextos muy complejos.
2. Las responsabilidades colectivas del Estado, de las Farc-Ep y otras guerrillas, de los grupos paramilitares y cualquier otro grupo, organización o institución, sea nacional o internacional, que haya participado en el conflicto
3. El impacto humano y social del conflicto, observando de manera particular a los grupos que más sufrieron, los que requieren especial protección, como los niños y niñas, pueblos étnicos, los campesinos y mujeres, y también el impacto en los territorios.

4. El impacto en la democracia, en el movimiento social y en los partidos, especialmente en los de la oposición.
5. El impacto del conflicto armado entre los combatientes, sus familias y entornos.
6. El contexto histórico, causas y orígenes del conflicto, tomando en cuenta diferentes insumos, como los informes de la Comisión de Historia del Conflicto y sus Víctimas.
7. Los factores que facilitaron la persistencia y prolongación del conflicto armado.
8. La actuación del Estado, las guerrillas, de los paramilitares y los diferentes sectores que se involucraron en el conflicto armado.
9. El fenómeno del paramilitarismo en todas sus dimensiones.
10. El desplazamiento y el despojo de tierras, en el marco del conflicto armado.
11. La relación del narcotráfico, en todos sus eslabones, con el conflicto armado interno.
12. Las experiencias de resistencia social y resiliencia de las comunidades.
13. La transformación positiva de las instituciones y organizaciones a lo largo del conflicto armado.

A partir de los objetivos ya mencionados y de los mandatos que normativamente se han creado para guía de la Comisión de la Verdad, esta deberá, además, orientarse por medio de cuatro objetivos más que permiten el desarrollo de los anteriores; los cuales integrará a la investigación con el fin de obtener un desarrollo óptimo y constitutivo de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición. Estos son:

i. Esclarecimiento:

Según la Real Academia Española se entiende por esclarecimiento: “*Iluminar algo, ponerlo claro y luciente*” (Real Academia de la Lengua Española, 2014), esto quiere decir que la CEV intervendría para sacar a la luz los acontecimientos que se llevaron en medio del conflicto armado colombiano, a través de un escenario amplio y real que conlleva descifrar el cuándo, cómo, porqué, quién, dónde, etc., dentro de un marco nacional, con el fin de llegar a una realidad que permita comprender los sucesos más significativos desde los sectores más perjudicados.

La CEV buscó ahondar en el esclarecimiento de la verdad conforme a las circunstancias que correspondían para dar respuestas para las víctimas y la sociedad colombiana. Además, escogió los hechos de mayor relevancia o complejidad, otros, serán los hechos que corran el riesgo bastante alto de volver a repetirse, aquellos que expliquen el conflicto y, por último; circunstancias que quieran edificar la pacificidad en el territorio nacional.

Para el esclarecimiento de la verdad se buscó la mejor metodología o los mejores instrumentos que permitieran enfocar una verdadera acción, en pro de la materialización de resultados para la recopilación del informe final como lo fueron:

- Entrevistas
- Testimonios
- Historias de vida

Además, se vio reflejado el carácter esencial en estos instrumentos como en otros más, en cuanto sirvieron de herramientas para el análisis de la CEV, la cual se centró en un periodo específico; es decir, el estudio se realizó a partir del año 1958; conforme en la misma fecha se evidenció la violencia bipartidista y la violencia insurgente-contrainsurgente, lo que configuró entonces lo que hoy se denomina “conflicto armado interno”, claro está, la Comisión tampoco desconocerá acontecimientos de gran relevancia antes de esta fecha o de siglos pasados como, por ejemplo, el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán.

Los instrumentos cualitativos que utiliza la CEV son los siguientes:

Instrumentos	Características
Testimonios individuales	Modalidad de entrevista privada y de carácter voluntario que recoge testimonios de víctimas o responsables directos e indirectos.
Testimonios colectivos	Estrategia de diálogo entre víctimas o personas que han sido testigos de hechos violentos y que comparten una circunstancia (edad, género, etnia, organización social, actor armado que las afectó, etcétera).
Entrevistas en profundidad	Entrevistas detalladas y de larga duración que buscan conocer a fondo la experiencia de una persona en su calidad de víctima, responsable o testigo.
Presentación de casos	Enfoque "clásico" de estudios de casos únicos o múltiples que dan cuenta de violaciones de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno.
Presentación de informes	Documentos que se presentan en la comisión para la descripción y el análisis de algún aspecto del conflicto armado colombiano (hechos de violencia, análisis poblacional, actores involucrados, causas, dinámicas y contextos de violencia, impactos o formas de afrontamiento, etcétera).
Diagnósticos participativos	Diálogos de saberes de las personas de una comunidad. Permiten la identificación colectiva de las urgencias sentidas por la verdad en los territorios y los posibles procesos por desarrollar.
Historias de vida y relatos biográficos	Relatos individuales, extensos y detallados sobre las experiencias de las personas en el conflicto armado.
Encuentros por la verdad	Diálogos públicos o privados, regionales o temáticos, que cuentan con una participación amplia y variada de personas. Se espera que en estos espacios los responsables de los daños causados durante el conflicto contribuyan al esclarecimiento de la verdad y hagan un acto de reconocimiento frente a las víctimas y las comunidades.
Foros públicos	Espacios de encuentro y discusión en torno a temas y problemas que permitan alcanzar acuerdos de no repetición y que tomen como base el esclarecimiento de la verdad, la dignidad de las víctimas y la convivencia en los territorios.

Nota. Tabla elaborada por Hernández (2019, pág. 188)

Conforme a esto, se concluye que una de las más importantes herramientas que permiten esclarecer la verdad, dentro de esta época conflictual consiste en el diálogo con las víctimas, directas o indirectas. En todo el territorio nacional, se opta por recurrir a zonas de gran afectación, por ejemplo, el campesinado, los resguardos, barrios afectados por el conflicto, entre otros, que establecen el diálogo de cerca con quienes ayudan al entendimiento de la verdad en un lazo igual con quienes son los responsables de sus afectaciones y vulneraciones.

ii. Reconocimiento

En este acápite la CEV quiere intervenir en pro de tres actores dentro del conflicto armado: Las víctimas, los responsables y, por último, la sociedad.

En primera medida, a las víctimas se les quiere reconocer el quebrantamiento de sus derechos fundamentales como la Dignidad Humana que a ellas pertenece, conforme los desplazamientos forzados, los asesinatos y la gran época de violencia que marcó las situaciones de vida, como el cambio radical de su futuro.

En segunda instancia, los responsables, que deben reconocer los actos u omisiones que conllevaron el desconocimiento y quebrantamiento de los derechos y de la Dignidad Humana de las víctimas, además del uso de la violencia en la sociedad colombiana.

Por último, el reconocimiento a la sociedad colombiana conforme su afectación dentro de este periodo (1958-2016), ocasionando el amargo y sufrible daño ante otros Estados Internacionales.

Los actores dentro del conflicto armado deben surgir como forma de construcción social del país; por medio del esclarecimiento y reconocimiento de la verdad, en pro de la paz, es decir, de la no repetición; de una historia que se sufre, pero que a su vez se dignifica para ser. “Los actos de reconocimiento clarifican la intención ética del esclarecimiento de la verdad, ponen las bases para la convivencia en los territorios y los sectores e inician los acuerdos necesarios para la no repetición (CEV, 2022)

iii. No repetición

Frente a este elemento de esencial y de gran importancia lo que se busca es un camino hacia la paz, con ayuda y colaboración de los actores que hicieron parte del conflicto interno colombiano, además de los compromisos para una convivencia social, el reconocimiento de las diferencias y del perdón.

La cultura de la paz está enfocada a una percepción que va más allá de la ausencia de violencia por parte de los grupos armados; por el contrario, tiene un objetivo de superación, reducción y prevención de cualquier tipo de violencia que subsista en la sociedad. Es necesario aclarar que la cultura de la paz no tiene un sentido respecto a finiquitar los conflictos, ya que estas confrontaciones son consecuencia de vivir en comunidad y por lo cual, se encontraría frente un planteamiento erróneo respecto a una sociedad utópica y un objetivo inalcanzable. Siendo conscientes de esto, el propósito a alcanzar es en relación al entendimiento de las situaciones conflictivas y hacer de estas una alternativa de entendimiento, comprensión y de adaptación para generar un cambio

cultural en la sociedad en función de diversos mecanismos y/o herramientas suscitado por una actitud de transformación de la colectividad.

En Colombia la concepción acerca de la cultura de la paz se encuentra expuesta con claridad en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, consensuado por el Gobierno Nacional y las FARC, la guerrilla más grande y relevante en la historia de violencia que se vivió durante más de 50 años en el país. El acuerdo destaca “Que la nueva visión de una Colombia en paz permita alcanzar una sociedad sostenible, unida en la diversidad, fundada no sólo en el culto de los derechos humanos sino en la tolerancia mutua” (Acuerdo Final, p.3).

La cultura de la paz está basada en la protección y fomento de la dignidad humana inherente al ser humano, entendida como pilar fundamental para el desarrollo de los derechos humanos enfocados a nivel individual y colectivo, por lo tanto, la paz es un eje central para la prosperidad y solidaridad de un orden social, exaltando la acción eficaz del Estado Social de Derecho penetrando en el denominado elemento de no repetición.

c. Funciones de la Comisión de la Verdad

Por último, la Comisión tiene a su cargo las siguientes funciones, establecidas en el artículo 13° del Decreto 588 de 2017. Las mismas configuran dentro de la entidad la forma de actuar, para llegar a un fin determinado: La búsqueda de la verdad, su esclarecimiento, su reconocimiento y la configuración de no repetición, esto como resultado de la participación ciudadana, la escucha activa de las víctimas, el desarrollo de los mecanismos o herramientas elegidas para tal fin, como la identificación y caracterización clara de las siguientes:

- Investigar los componentes de su mandato.
- Crear espacios tanto a nivel internacional como nacional sobre instituciones, situaciones, organizaciones, casos emblemáticos, entre otros, con el fin de promover la participación de diferentes sectores de la sociedad.
- Convocar a personas para que contribuyan con el esclarecimiento de la verdad.
- Informar a la JEP sobre la participación en la Comisión de la Verdad de las personas sujetas a su jurisdicción.

- Elaborar, publicar y socializar un informe final que refleje las investigaciones realizadas y las conclusiones.
- Orientar a las víctimas que participen en la CEV sobre los mecanismos existentes para garantizar sus derechos.
- Llevar a cabo una estrategia de relacionamiento con las víctimas y sus organizaciones, con iniciativas no gubernamentales de reconstrucción de memoria, individual y colectiva, con enfoque territorial.
- Difundir los avances y desarrollos en el cumplimiento de las funciones de la CEV.
- Adoptar medidas para preservar las medidas para el archivo de la información recolectada.
- Crear un grupo de trabajo de enfoque de género.
- Rendir cuentas a la sociedad sobre las gestiones desarrolladas para el cumplimiento de sus funciones.
- Establecer procedimientos que aseguren a quienes participen en la CEV.
- Darse su propio reglamento y programa de trabajo.

Para finalizar, conviene precisar que la CEV es un órgano estructurado dentro de modelos de justicia restaurativos más que retributivos, lo que significa que es una forma de pensar en la justicia que atiende las necesidades de quienes fueron víctimas del conflicto armado y sus actores o responsables, y no opta por buscar castigos severos para estos últimos, sino que, por el contrario, promueve eliminar y minimizar la estigmatización de los actores del conflicto interno.

Luego de tanto sufrimiento vivido por las víctimas del conflicto y la sociedad colombiana en general, la creación de la CEV es una manera de reconocerles a las personas su calidad de víctimas para así garantizarles el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, lo cual contribuye a sentar las bases de la convivencia, la reconciliación y la no repetición. La creación de la CEV permite escuchar, reconocer y comprender para transformar la realidad colombiana.

3. Justicia como balance de garantía al cumplimiento del acuerdo de paz y el fin del conflicto

Como fue mencionado anteriormente, la verdad está directamente ligada al derecho a la justicia, que faculta a las víctimas para exigir del Estado la investigación y sanción penal de los responsables de las violaciones; asimismo se obliga al Estado a proteger, respetar y garantizar los derechos humanos y, fundamentalmente los derechos a la verdad y el acceso a la justicia. Por ello la JT está orientada a respetar los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, acoplándolos a la base normativa de cada Estado. De ahí que las comisiones de la verdad estén constituidas como mecanismos extrajudiciales que garantizan el derecho a la verdad de los afectados que, con años de hostilidades y violencia, son un componente necesario para el acceso a la JR en los escenarios de transición.

Es por ello que, bajo el enfoque integral de JT, el alcance de los juicios penales implica determinar la dirección de los esfuerzos para lograr la maximización de las funciones específicas que pueden desempeñar tales juicios, esto es, el esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación de los responsables, la representación de la atrocidad masiva y, en esa medida, el reconocimiento judicial del dolor y sufrimiento de las víctimas. De conformidad con lo expuesto y de la interpretación dentro del marco internacional, surge que la obligación de investigar, juzgar y sancionar incluyendo un deber de castigo proporcional al crimen. En este sentido, tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, el deber implica la imposición de la más grave sanción prevista en el ordenamiento, es decir, la privación de la libertad por el máximo tiempo posible.

En contraste, si un Estado no garantiza efectivamente el acceso a la justicia, cumpliendo con el deber de investigar acuciosamente las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sancionando a sus autores, incurriría en la evasión de una obligación, en otras palabras, estaría el Estado favoreciendo la impunidad y la violación del orden internacional de los derechos humanos.

La observancia del derecho a la justicia a través de los procedimientos adecuados y efectivos, implica el reconocimiento del derecho de las víctimas y de sus familiares a

ser partes en aquellos espacios de participación y escucha tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación, de acuerdo con las normas internacionales de los Derechos Humanos. Se busca garantizarles el pleno acceso y la capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones y procesos. Como lo ha señalado la CIDH esta participación deberá tener como finalidad “el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación.” (Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, 2008, pág. 69) (par. 233). Igualmente, los Estados están obligados a adoptar las medidas apropiadas, con respecto a todos sus autores (materiales, intelectuales y potenciales encubridores), especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.

Esta obligación adquiere particular “intensidad e importancia” cuando las violaciones configuran crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Por ello, los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y los tribunales penales internacionales han establecido estándares especiales de protección del derecho a la justicia cuando los hechos configuran crímenes de lesa humanidad. Adicionalmente, el acceso a un recurso judicial efectivo no hace referencia únicamente a la vía penal. Como ha señalado también la Corte Interamericana, la obligación general de garantizar los derechos humanos, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, “puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección”. En este sentido, el uso de la vía penal “debe corresponder a la necesidad de tutelares bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”. Es por ello que la justicia en su perspectiva restaurativa, surge como la afirmación de la dignidad de las víctimas, otorgando el reconocimiento de su condición dentro de los procesos de curación de los daños causados por las atrocidades y a las iniciativas de reconciliación social.

Las implicaciones de la JR fueron emblemáticamente desarrolladas en la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica y, algunas de ellas, inicialmente identificadas en las comisiones de la verdad de Argentina y Chile. Kiss (2000) sostiene, así mismo, que la curación y la justicia centrada en las víctimas ha sido el corazón del trabajo de las comisiones de la verdad. Ciertamente, estas propician los fines adecuados

a los contextos transitivos mediante el desarrollo de sus labores, orientadas al esclarecimiento de lo ocurrido en una época represiva y violenta. Si bien es cierto, la JT se refiere específicamente a sociedades o naciones que emergen de guerras civiles u otras divisiones y la JR se ocupa de un uso más generalizado de métodos no tradicionales para responder a la violencia, a veces, la JR es alentada por quienes están desilusionados con el estado actual del sistema de justicia penal en una región determinada. (Uprimny & Saffon, 2006).

Bajo esa tesitura, dentro del proceso que enmarca la implementación de la JT en Colombia, el concepto de la JR se consolida como uno de los instrumentos para alcanzar, entre víctimas y victimarios, a dimensionar el daño causado por el conflicto armado y bajo ese proceso de discernimiento, promover escenarios de restauración ahondando en el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto. En consecuencia, los mecanismos y medidas del SIVJNRN deben enmarcarse dentro del paradigma de la JR que, en palabras de la Corte Constitucional, debe “buscar la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión que les haya provocado la victimización”, al igual que en la reconstrucción del tejido social.

La JR vuelca su mirada hacia las víctimas, hacia su dignidad, sus daños específicos, necesidades, condición general e histórica de discriminación y los particulares efectos que la violencia les ocasionó. Implica que los mecanismos estatales de la transición ya no están instituidos solo en función de los demás actores del conflicto y la sociedad en general, sino en los derechos y requerimientos de las víctimas. La JR adoptada por el Constituyente, está precisada como una reivindicación de las víctimas y adquiere sentido en virtud de ellas y para ellas. Mediante la Sentencia C-674 (2017) del 14 de noviembre, la Corte constitucional dispuso que:

La constitucionalidad del modelo de justicia transicional centrado en la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos, fijando los mínimos irreductibles derivados del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario en escenarios de transición.

Al respecto, la Corte hizo tres precisiones: en primer lugar, advirtió que el deber anterior implica desplegar la función persecutoria, al menos, respecto de las personas que cumplen un rol esencial en la comisión de delitos que, por su nivel de lesividad y por resultar paradigmáticos de los patrones y de las tipologías de criminalidad ocurridas en el marco de conflictos armados, deben ser reprimidas. Esto es, en quienes tienen una mayor responsabilidad en la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, de modo que, frente a este núcleo criminal, determinado tanto por elementos objetivos como subjetivos, el Estado tiene una obligación incondicionada de desplegar integralmente la función persecutoria, frente a las demás formas y modalidades de criminalidad.

Cuando se dispone a resolver la situación jurídica de quienes están en el mismo supuesto, pero no tuvieron participación determinante, así como de quienes hubiesen cometido delitos relacionados con el conflicto que no revisten un carácter de “gravedad”, estos resultan ser amnistiables o declinable la acción penal. Aquí, es oportuno afirmar que la distinción se hace respecto a qué delitos son susceptibles de amnistía o renuncia a la persecución penal y cuáles no; a partir de dicha distinción, se dispone que las graves violaciones de los derechos humanos o las graves infracciones al derecho internacional humanitario no son susceptibles de amnistía o renuncia a la persecución penal, es decir que frente a aquellos crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no se prescinde de la respectiva sanción penal.

Ahora bien, en el caso colombiano, la contribución a los derechos de las víctimas implica, en primera medida, la completa disponibilidad, por parte de quienes se sometan a la Justicia Especial para la Paz (JEP), para participar también en los otros órganos del SIVJRNR y de otras entidades encargadas de las medidas de reparación y no repetición. Aquello trae consigo dos consecuencias: primero, la presentación ante los mecanismos e instancias para manifestar su voluntad de contribuir y segundo, la incidencia frente a los casos sometidos al conocimiento de la JEP, toda vez que la graduación de la pena está directamente relacionada con dicha contribución (Congreso de la República de Colombia, 2003). El deber de contribuir con la satisfacción de las víctimas también conlleva la realización efectiva y completa de diversas actividades que se podrían catalogar en negativas y positivas.

Estas actividades incluyen en primera medida, la dejación de armas y la garantía de no volver a violar los DD.HH., en segunda instancia, los compromisos de reincorporarse a la vida civil, las solicitudes de perdón y el reconocimiento de verdad o responsabilidad, e incluso la participación en la construcción de infraestructura en los territorios más afectados por el conflicto; la participación en los programas de limpieza y desactivación de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados y municiones sin explotar o restos explosivos de guerra en diversos territorios; la participación en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito; la contribución a la búsqueda, ubicación, identificación o recuperación de personas desaparecidas; y la participación en programas de reparación del daño ambiental causado por sus conductas, entre otros. Finalmente, el deber de contribuir con la satisfacción de los derechos exigidos por las víctimas trae consigo un componente colectivo, en el cual se vincula a los exintegrantes de las FARC-EP para realizar actividades como, por ejemplo, la entrega de información sobre violaciones a los DD.HH., la ubicación de personas desaparecidas y la exigencia de pedir públicamente perdón, entre otras.

Para Suárez (2019), la JR es un modelo de justicia en el que han de establecerse responsabilidades, destacando los derechos de las víctimas y sus necesidades, así como la seguridad jurídica y las necesidades del procesado. Por ello, este modelo ha de ser flexible y no sujeto a extremos dogmáticos o procesales rígidos; es un escenario donde la escucha es un componente ontológico que busca responder a los derechos de las víctimas, las visibiliza, las comprende. En un contexto de armonía social, de comprensión, respeto y dignidad es un ejercicio de diálogo y de emociones que puede ofrecer el valioso espacio de la sanación para las víctimas, los comparecientes y la sociedad; es el umbral de la reconciliación.

Dentro de la consideración expuesta por Suárez (2019) uno de los retos de la JT y el modelo restaurativo en Colombia, es lograr que esta justicia tenga la capacidad de generar condiciones de convivencia pacífica; por lo que cobra sentido el que la JR busque superar el límite del retribucionismo. Al ser una respuesta al conflicto, a las masivas y graves afectaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, debe generar espacios de restauración que se alcanzan con la verdad, la no repetición, la manifestación del perdón –idealmente su aceptación–, la reconciliación, empatía y

compasión; en otras palabras, todo aquello que permita dar una solución y cierre definitivo al conflicto.

Visto de esta forma, los problemas contemporáneos de la administración de justicia ordinaria son, entre otros, el acceso ineficaz a la pronta, oportuna y cumplida justicia, además del olvido en el que son dejadas las víctimas. Cuando se señala que en la JR se habla de restauración del tejido social, de cohesionar la sociedad, de reconstruir lazos de confianza entre la sociedad y las instituciones, significa que, en el modelo judicial de la JEP, las víctimas, los comparecientes y la sociedad se reconcilian. Por consiguiente, se insiste en el énfasis restaurativo que implica para la víctima el hecho de ser escuchada una y otra vez: brindarle la oportunidad de que cuente y recuente su vivencia, su dolor y las angustias causadas por los hechos violentos, para que el compareciente lo escuche y en un acto voluntario -más no revictimizante-, lo interiorice, recapacite, reflexione y se exprese a través de la petición de perdón, buscando dar prevalencia a la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, a la restauración del daño causado y a la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

En este análisis, la perspectiva de Heyck (2019) insta a la creación de un aparato judicial complejo en el que la JT debe darse como una audaz estrategia de comunicación, que cumpla con los objetivos constitucionales de la sociedad colombiana y contribuya con la consecución de la paz estable y duradera. Las víctimas tienen el derecho a obtener una adecuada y justa reparación, que bien puede concretarse en medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y la imprescindible garantía de no repetición de los daños causados. En síntesis, el Sistema parte de la idea de que las sanciones penales y su castigo están en función de la necesidad de garantizar la verdad y la reparación tanto a las víctimas como a la sociedad colombiana, y de asegurar las condiciones para que no se replique la vulneración de derechos, originada en el conflicto armado. Por tanto, las sanciones que aplica la JEP dependen del aporte de verdad de los responsables que se acojan al SIVJNR, a la reparación de las víctimas y al momento procesal en que se produce el aporte de verdad. En todo caso, el esclarecimiento de la verdad es una tarea de diálogo con la población de los territorios y con los ciudadanos que los habitan, en compañía de acciones de reconocimiento y de convivencia.

4. Justicia Especial para la Paz (JEP)

En el transcurso de la temprana edad republicana en Colombia, se desarrolló un constante conflicto armado interno que trajo consigo la vulneración sistemática y generalizada de los derechos humanos de la población colombiana a lo largo de todo el territorio nacional. Dicho conflicto se intensificó a partir de la segunda mitad del siglo XX con la creación de las guerrillas, la posterior aparición de las mafias, el narcotráfico y el paramilitarismo.

Dentro de los protagonistas de este conflicto encontramos diversos actores políticos, sociales y militares, en especial estructuras organizadas y jerarquizadas de poder que han actuado en el conflicto armado colombiano, cometiendo múltiples conductas criminales. Como consecuencia de la gravedad de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado en Colombia, en estas últimas dos décadas se han gestado y auspiciado por los gobiernos los denominados procesos de paz y de desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, con la finalidad de cesar la violencia interna del país.

Entre los procesos de paz llevados a cabo, se destacan la Ley de Justicia y Paz Ley 975 de 2005, que facilitó el proceso de desmovilización del paramilitarismo y el Acuerdo de paz con la guerrilla de la FARC-EP, firmado en el año 2016 y que trajo consigo la creación de múltiples instrumentos e instituciones jurídicas que han servido como mecanismos para impartir justicia y garantizar la eventual reparación a las víctimas del conflicto.

a. ¿Qué es la JEP?

La Justicia Especial para la Paz, (en adelante JEP), es el modelo de JT incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano a través del acto legislativo 01 del 04 de abril de 2017, producto del acuerdo de paz final firmado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. La JEP se consolidó por mandato constitucional como el componente de justicia del SIVJNR, según lo dispuesto por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2017, y su función radica en “administrar justicia transicional y conocer de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado que se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016” (Jurisdicción Especial para la Paz, 2022)

La JEP, al igual que el SIVJRNR, ha sido implementada por diferentes instrumentos jurídicos a nivel nacional como consecuencia de los compromisos estatales adquiridos en el acuerdo final; dentro de ellos el acto legislativo en mención -AL 01 de 4 abril de 2017-, diferentes decretos ejecutivos y con fuerza de ley expedidos por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias temporales concedidas por el Congreso -para la época, Juan Manuel Santos- todo ello en el entendido de lo dispuesto por el numeral 10 del art 150 constitucional, para la implementación del acuerdo final, la jurisprudencia constitucional y recientemente la ley estatutaria 1957 de 2017, que “fija parámetros claros para la atención de las víctimas y la materialización de sus derechos. Así mismo, se garantizan plenamente los derechos de las víctimas a lo largo de todos los procesos en la JEP.”

Como fin último de la creación de la JEP, se tiene la satisfacción de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición; cabe recalcar vehementemente que esta eventual reparación integral deberá hacerse en un lapso de 20 años, pues este es el pazo máximo de la JEP para impartir justicia. Siendo así, para llevar a cabo dicho cometido, la JEP conoce de los delitos más graves y representativos cometidos en razón o en ocasión del conflicto armado colombiano desarrollado hasta antes del 1 de diciembre de 2016, cuya autoría y/o participación hubiese sido atribuida a excombatientes de las FARC-EP, miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado o terceros civiles. Sobre estos últimos, al estar dispuesto por la ley, la sentencia de control automático de constitucionalidad C-674 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, determinó que la participación en la JEP, tendría que ser voluntaria y espontánea, ya que si fuese forzosa sería materialmente inconstitucional.

La corte adujo que la participación forzosa de terceros civiles en la JEP representa una transgresión propia a la garantía sustancial y procedimental del juez natural, en el entendido de que existe en el ordenamiento jurídico ordinario una institucionalidad, revestida de competencias para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones sistemáticas y generalizadas de Derechos Humanos cometidas por los terceros civiles. Así entonces, no es factible que forzosamente se pretenda juzgar a dichos actores del conflicto armado interno, ya que desde esa óptica representaría una afectación y violación al principio del debido proceso macro. La Corte en la sentencia C-674 de 2017 con Magistrado Ponente el Dr. Luis Guillermo Pérez, suma a sus razones que:

...(ii) segundo, porque la JEP fue estructurada a partir de principios distintos de los que orientaron la creación de la Rama Judicial, y de las garantías de independencia, imparcialidad y neutralidad con la que se encuentra revestida sustancialmente distintas de las que estructuraron el sistema judicial...esta sustitución de jurisdicción se manifiesta, por ejemplo, en que la JEP no se encuentra insertada en la Rama Judicial, en que su sistema de autogobierno es distinto del de esta última... (iii) finalmente, porque el diseño institucional de la JEP recogió los contenidos del Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC, y en este contexto, que una jurisdicción haya sido configurada en función de los requerimientos de algunos actores del conflicto, para ser impuesta forzosamente a todos los demás, sustituye la garantía del juez natural.

b. Precisiones sobre la justicia transicional

Frente a la JT se parte del presupuesto de que es una justicia marcadamente disímil en sus características y aplicabilidad en relación con el modelo ordinario de justicia. Este tipo de justicia se presenta únicamente en periodos posteriores a un conflicto armado o un modelo de gobierno autoritario de los cuales se desprendan graves afectaciones a los Derechos Humanos de determinados sectores sociales, e implica el cambio político de los Estados. Su función principal es dar una solución legal e integral a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, cometido por actores de un conflicto armado interno o externo de un Estado (Teitel R. , *Transitional Justice Genealogy*, 2003).

El trasiego histórico de este modelo justicia es relativamente reciente, pues surge a partir de los sucesos de la Primera Guerra Mundial, y se intensifica su reconocimiento en el campo académico y político como muchas otras ciencias en el periodo histórico de la posguerra, es decir, posteriormente a la segunda mitad del siglo XX, al respecto, menciona Teitel (2003) que hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. Como ejes principales del crecimiento y confianza en los modelos de JT aparecen la necesidad imperiosa de dar solución a los conflictos, reconocer, resignificar y reparar integralmente a las víctimas, y en general a la sociedad que sufrió diversas atrocidades generadas por periodos de conflicto interno.

La JT será entonces el camino para llegar a los cometidos de paz, verdad y reparación, dejando de lado el clásico fin vengativo de la Justicia Retributiva ordinaria y buscando la menesterosa paz en los Estados Modernos. Partiendo de este punto, en épocas de posconflicto, deben primar teorías e instrumentos que permitan llegar a puntos comunes que traigan consigo la verdad, el perdón y la reconciliación social, yendo más allá de la aporía del Estado de Derecho. Por ello, la JT sopesa la implementación de herramientas como la amnistía y el indulto, en búsqueda de la paz, la verdad, y la reconciliación de las sociedades modernas. Como menciona Teitel (2003) el perdón se convirtió en la contrapartida de la petición política de disculpas, entendida como un acto de contrición en el dominio de las políticas de unidad. Una gran variedad de mecanismos conciliatorios surgió en muchas sociedades en transición, con el ostensible propósito de estabilizar la situación política interna.

Actualmente, el modelo de JT en Colombia cumple diversos objetivos y detenta diversos elementos que, aunque son análogos a los de cualquier tipo de JT es menester mencionar que algunos de estos pueden variar. Según el Centro Internacional de Justicia Transicional, algunos de los objetivos de modelo transicional son:

- 1) Crear instituciones responsables y recuperar la confianza en ellas.
- 2) Posibilitar el acceso a la justicia de los sectores sociales más vulnerables después de las violaciones de derechos.
- 3) Conseguir que mujeres y grupos marginados participen verdaderamente en la búsqueda de una sociedad justa.
- 4) Respetar el Estado de derecho.
- 5) Facilitar los procesos de paz y promover resoluciones duraderas para los conflictos.
- 6) Sentar las bases para afrontar las causas subyacentes del conflicto y la marginación.
- 7) Fomentar la reconciliación.

Como se aduce de este escrito, en Colombia, con la implementación del acto legislativo 01 de 2017, se introdujo el SIVJRNR, el cual sería posteriormente desarrollado a cabalidad por diversas disposiciones legales y de orden administrativo, que le permiten

dar cumplimiento a los objetivos anteriormente mencionados. Incluso, el mismo objeto del acto legislativo dice: “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones” siendo totalmente consecuente con lo esbozado acerca de las precisiones sobre la JT. La función de dicho acto legislativo, es implementar un nuevo modelo de justicia en la transición política del posconflicto armado entre las FARC-EP y el Gobierno Colombiano.

a. El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNNR)

Fue incorporado mediante Acto Legislativo 01 de 2017, lo que quiere decir que es una adición constitucional transitoria, en tanto fue aprobado por el congreso de la República con las formalidades extensas demandadas tanto constitucionalmente, como por la ley 5 de 1992, además del posterior control automático de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, que se adhiere como máxima fuente del derecho colombiano.

Cabe mencionar que dicho sistema es producto del compromiso adquirido por el Estado colombiano tras la suscripción del acuerdo de paz con las FARC-EP, consolidándose como el componente de verdad, justicia, reparación y no repetición para lograr una paz estable y duradera. El SIVJRNNR es definido, como:

Un sistema compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extra judiciales que se pondrán en marcha de manera coordinada con el fin de lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas del conflicto armado, asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en el Sistema Integral y contribuir a garantizar la convivencia, la reconciliación y la no repetición del conflicto y así asegurar la transición del conflicto armado a la paz (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

Dicho sistema, se depende de lo dispuesto en los 27 artículos transitorios del Acto Legislativo objeto de estudio. No obstante, también ha sido desarrollado por normas de

carácter legal como decretos con fuerza de ley producto del mecanismo *fast-track* implementado en el marco de la transición. Este sistema está compuesto por las siguientes instituciones, 1) La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición 2) La Unidad de Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado colombiano y 3) La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

La CEV, según el art. 2 transitorio del Acto Legislativo en cuestión, es un órgano temporal y de carácter extrajudicial que busca conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto armado, permitiendo el esclarecimiento de todas las situaciones que tienen un cierto grado de impunidad. Esto mediante el reconocimiento y participación de víctimas y las versiones voluntarias de los actores del conflicto armado; es menester avocar que su carácter es extrajudicial y sus informes no tienen el carácter acusatorio o de imputación e individualización penal, contrario a lo que pasa normalmente con la JEP.

Por su parte, la Unidad de Búsqueda de personas desaparecidas, es un ente autónomo administrativa y financieramente, que coordina y contribuye a la implementación de acciones humanitarias tendientes a localizar a la población desaparecida en el contexto del conflicto armado, esto según consta en el art. 3 transitorio del acto legislativo 01 de 2017. Por último, como ya se trajo a colación en los acápite anteriores, se presenta la JEP como el ente encargado de administrar JT a los actores del conflicto armado colombiano, sobre el cual, se procederá a señalar su organización y estructura funcional a continuación.

d. La JEP y su organización

La JEP, es el componente de justicia implementado por el SIVJRNNR; está conformado por 3 salas, cada una compuesta por 8 magistrados. Dichas salas tienen diferentes enfoques que permiten el desarrollo eficaz de la transición y son; 1) Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, 2) Sala de Amnistía o Indulto y 3) Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Así mismo, existe un Tribunal de Paz, definido en AL 01 de 2017 como:

Órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial la Paz. Estará conformado por dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. Tribunal conformado por un mínimo de 20 magistrados colombianos titulares (art. 7).

En relación a la organización administrativa, se tiene como Órgano de Gobierno la Secretaria Ejecutiva y la Unidad de Investigación y Acusación. Sobre esta última es preciso mencionar, que la JEP tiene por función investigar, acusar y juzgar los delitos más graves y representativos del conflicto armado ocurrido antes del 1° de diciembre de 2016, por ende, a tenor del artículo 7 transitorio inciso número 5

La Unidad de Investigación y Acusación realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, para lo cual podrá solicitar la colaboración de la fiscalía general de la Nación y establecer acuerdos de cooperación con esta.

Así mismo, con base en su autonomía administrativa, la JEP creó comités y comisiones por medio de su reglamento general, dentro de las cuales se encuentran:

1) Comisión Territorial y Ambiental: Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque territorial y ambiental en el componente de justicia del SIVJRNR.

2) Comisión Étnica: Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque étnico-racial en la JEP.

3) Comisión de Género: Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque de género en la JEP.

4) Comité de Coordinación Interinstitucional del SIVJRNR: Cuya principal función es la de propiciar la articulación y coordinación de la actuación de los órganos del Sistema

5) Comité de Ética: Que debe velar por la observancia y cumplimiento del Código de ética, buenas prácticas y convivencia (Jurisdicción Especial para la Paz, 2022).

Al día de hoy esta jurisdicción, a través de sus diferentes salas, ha analizado 7 macrocasos⁷⁴ que han sido considerados como los de mayor impacto y gravedad en cuanto a la violación de Derechos Humanos en el contexto del conflicto armado colombiano. Dichos casos son:

Caso 01: Toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad cometidas por las Farc EP.

Caso 02: Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño).

Caso 03: Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado.

Caso 04: Situación territorial de la región de Urabá.

Caso 05: Prioriza situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca.

Caso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica.

Caso 07: Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado.

Frente a los tres primeros macrocasos, la Sala de Reconocimiento y Calificación de Hechos y Conductas jurídicas y las demás salas, ya han emitido los respectivos autos finales, en los que se analizan los hechos y conductas consideradas como delitos de Lesa Humanidad y crímenes de guerra, individualizando penalmente tanto a miembros de las FARC-EP, la fuerza pública, los terceros civiles.

5. La participación de las víctimas como verdadero referente de una justicia transicional.

Para hablar de JT, es importante tener clara la posición en la que se encuentran las víctimas en el Estado, dentro del conflicto y con posterioridad a el mismo. Existe una problemática que podemos evidenciar sobre la ejecución del plan de JT en el territorio colombiano, e incluso en otros cuantos países donde se está llevando a cabo un proceso

⁷⁴ Se incluye igualmente los tres nuevos: 1. *Concentración nacional de crímenes cometidos por las extintas Farc.* 2. *Concentración de crímenes de integrantes de la fuerza pública, o en vínculo con otros agentes del Estado, terceros civiles o paramilitares.* 3. *Concentración de crímenes cometidos contra pueblos y territorios étnicos por territorio priorizado.*

de paz. Dicha problemática radica de manera central en las víctimas y su reconocimiento como tal.

Dicho reconocimiento no implica solamente el reconocerle a un sujeto afectado por el conflicto un título como víctima, sino que debe ser un reconocimientos integral, que le permita al sujeto, víctima de conflicto, tener una participación real en el proceso de paz; de igual manera, que se le reconozcan sus derechos como víctima, que dicha víctima a través de su reconocimiento adquiera de nuevo la confianza cívica en la institucionalidad del Estado como garante de sus derechos, garantía que se da a partir de un fortalecimiento de la norma democrática y el cumplimiento de la misma.

Pues bien, con referencia al reconocimiento de las víctimas, no basta simplemente con mostrarse de acuerdo con el hecho de que ellos han padecido sufrimientos producto del conflicto, sino que se debe reconocer el volumen de los derechos que le han sido vulnerados a la víctima, darle garantía sobre su condición de “derechohabiente”, derechos que claramente se encuentran definidos en las normas de derecho democráticas. Es importante, mencionar las relaciones que tienen estas tres finalidades que denotamos anteriormente, el reconocimiento, la confianza cívica y el fortalecimiento y cumplimiento de la norma democrática, de tal manera que la confianza cívica y el reconocimiento de la calidad de víctima se encuentra en el marco de las garantías del correcto cumplimiento de las normas de derecho democrático, pues si la norma es respetada y aplicada de manera correcta, se cumple con la consecución de las otras dos finalidades que dan sentido al concepto de justicia que se busca con la JT.

Hablar del concepto “justicia” dentro del marco de la JT, implica precisamente la idea de reconocimiento mutuo entre los sujetos y entre ellos y el Estado a partir de la confianza en las instituciones, y el respeto por los derechos individuales como los de práctica política.

6. La participación de las víctimas en el proceso de Justicia Transicional

Bajo los parámetros del acuerdo de paz, se establecieron los criterios base para enmendar el daño sufrido a las víctimas que han tenido que vivir el conflicto armado, específicamente en el punto 5 del texto citado anteriormente; en dicho acuerdo, se

establecieron unos principios como el reconocimiento como ciudadanos de derecho, la efectividad y las garantías de los derechos de los ciudadanos, la participación activa en la materialización de derechos tratándose de las víctimas en aras de la consecución de “la justicia, la verdad y la reparación y no repetición”.

Por otro lado, la ley 1922 de 2018 establece unos principios rectores sobre los cuales se debe regir la justicia especial para la paz; establece también una serie de garantías a la víctima que le permiten la participación en las actuaciones adelantadas dentro de la JEP, y dentro de la cual se decretan la aplicación de principios tales como i) la efectividad y garantía de la JR, ii) el procedimiento de dialogo, iii) el enfoque diferencial y la diversidad territorial, iv) los principios pro-homine y pro-víctima, v) el debido proceso, vi) la presunción de inocencia, vii) el buen nombre y viii) el enfoque de género.

La importancia de los principios que se decretan para la aplicabilidad concerniente a la JEP, son de vitalísima trascendencia frente al análisis que se genera en torno a la víctima, sus actuaciones dentro del proceso, sus derechos, y el reconocimiento de su estatus de vulnerabilidad que se hace posible a través del principio pro homine y pro víctima, ya que ayudan a garantizar que sean escuchados, que se reconozca el sufrimiento que han padecido y que no se revictimicen a los sujetos que acuden a la JEP. La ley 1947 de 2019 en la centralidad de los derechos de las víctimas, determinó los derechos y garantías de las víctimas como el eje central del concepto de justicia acogido por el SIVJNR.

Dentro de la misma norma se decretaron los derechos que pueden ser ejercidos directamente por parte de los sujetos en condición de víctimas o por intermedio de un representante, el cual puede ser común y otorgado por el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) o por un representante asignado por el sistema de defensa pública; allí se deben garantizar los derechos a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición; sin embargo, la Ley 1957 de 2019, Artículo 15. Derechos de las víctimas” otros más así:

- a) Ser reconocidas como víctimas dentro del proceso judicial que se adelanta.
- b) Aportar pruebas e interponer recursos establecidos en la Jurisdicción Especial

para la Paz contra las sentencias que se profieran, en el marco de los procedimientos adelantados en dicha jurisdicción. c) Recibir asesoría, orientación y representación judicial a través del sistema autónomo de asesoría y defensa que trata el artículo 115 de la presente Ley. d) Contar con acompañamiento psicológico y jurídico en los procedimientos adelantados por la Jurisdicción Especial para la Paz. e) Ser tratadas con justicia, dignidad y respeto. f) Ser informadas del avance de la investigación y del proceso. g) Ser informadas a tiempo de cuando se llevarán a cabo las distintas audiencias del proceso, y a intervenir en ellas. h) En los casos en que haya reconocimiento de verdad y responsabilidad, las Salas podrán llevar a cabo audiencias públicas en presencia de víctimas individuales o colectivas afectadas con la o las conductas, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito. En los casos de reconocimiento escrito, deberá entregárseles copia del mismo a las víctimas directas y se les dará la debida publicidad en concertación con estas, conforme las normas de procedimiento.

Estos derechos se materializan en torno a un proceso producto de la acreditación, que le da a las víctimas una calidad de intervinientes especiales. En virtud de dicha calidad cuentan con la posibilidad de participar o actuar dentro de los procedimientos que se lleven a cabo ante la JEP, proceso que puede adelantar de manera directa por parte del interviniente especial o por medio de un apoderado judicial en los términos que fueron nombrados anteriormente referentes a la ley 1922 del año 2018.

Ese derecho de participación integral de las víctimas ante la JEP se ha de entender como el resultado de esa aplicación de los principios rectores para la JT, los cuales son la base de todas las actuaciones encaminadas a la consecución de la misma. Para la consecución de estos fines es importante tener en cuenta la diversidad y masividad de las víctimas, la clase de comparecientes, y las transgresiones de derechos humanos que llegan a manos de la JEP, así como también se debe dar importante relevancia a las garantías de derechos procesales y sustanciales de los comparecientes en todas las etapas del proceso como lo son la investigación, juzgamiento y finalmente la sanción de las conductas delictivas con responsabilidad penal individual. Esto también tiene como objetivo:

Buscar la investigación, juzgamiento y sanción de los presuntos responsables, la participación de las víctimas se orienta a la construcción dialógica de la verdad

bajo una expectativa de rendición de cuentas acorde con los principios de priorización y selección que orientan la Jurisdicción. Cabe destacar que el objetivo de la acreditación como víctima es participar como interviniente especial en el proceso judicial y no implica la posibilidad de solicitar indemnizaciones a la Jurisdicción Especial para a Paz.” (JEP, 2020).

Existe algo que también hace parte de la reparación a dichas víctimas, que son las llamadas reparaciones simbólicas, que desde la perspectiva de este texto tienen una relevancia importante a nivel histórico y hacen parte de la integridad de reparación y la participación que ellas tienen a través del reconocimiento como tal. En relación con esto, Patiño (2010) menciona un evento que sucedió con posterioridad a la segunda guerra mundial, en diciembre de 1970, el entonces canciller de la República Federal Alemana, Willy Brandt, se arrodilló ante el monumento erigido en memoria del histórico levantamiento judío en el gueto de Varsovia y pidió perdón por los crímenes cometidos por la Alemania Nazi en la Segunda Guerra Mundial. La importancia de tal hecho estribaba en que la sociedad alemana se consideraba a sí misma como víctima del aparato burocrático del nacionalsocialismo, el cual era segundo la versión popular, el responsable de los que había ocurrido, soslayando la responsabilidad del pueblo alemán en el genocidio judío.

El autor hace referencia al acto como uno de los gestos más simbólicos e importantes de la historia. En el mismo sentido, en el presente escrito se reconoce la importancia de una reparación simbólica y a necesidad de la misma, pues aun cuando no representa nada a nivel material, contribuye al perdón verdadero que solo pueden brindar las víctimas de este conflicto.

El análisis podría extenderse en relación con los informes que deben presentar las víctimas con el fin de ser certificados como intervinientes especiales; sin embargo, basta con mencionar cuales son los tipos, cómo se pueden presentar, una breve reseña de lo que son, de su contenido, el plazo en los cuales se pueden presentar y otras disposiciones que será conveniente saber. Todo esto se podrá consultar directamente en el manual de participación de las víctimas ante la JEP.

a. Informes de víctimas ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas (SRVR).

Los llamados informes, son documentos a través de los cuales las víctimas las organizaciones de derechos humanos, de víctimas negras, indígenas, afrocolombianas, palenqueras o Rrom y raizales narran hechos por causa o relacionados de manera directa e indirecta al conflicto armado interno en Colombia que tuvieron lugar antes del 1 de diciembre de 2016 y que constituyen violaciones graves de derechos humanos e igualmente infracciones al derecho internacional humanitario. Todos estos hechos se presentan mediante informes ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas (SRVR).

Todos estos documentos narrativos son la herramienta más valiosa que las víctimas pueden tener para lograr que se les reconozca como intervinientes especiales dentro de los procesos de conocimiento de la JEP, y además de esto, se convierte en el mecanismo para que las víctimas del conflicto puedan contar la verdad de sus flagelos, para que la sociedad en su momento, se dé cuenta del sufrimiento y la aflicción que muchas personas han vivido como consecuencia del conflicto armado; sin embargo, estos informes narrativos cumplen una función más importante en materia legal, y es permitirle a la magistratura de la SRVR tener claridad sobre la verdad de los acontecimientos y en razón de esto garantizar que las víctimas participen en los procedimientos judiciales y acceder a la justicia como víctimas del conflicto armado.

Otra característica importante de los informes es el hecho de que permiten a la Sala ampliar la información sobre las cosas que se investigan, en algunos casos con mayor prioridad por su gravedad, generando patrones para la identificación de macro criminalidad. El principal destinatario de los informes narrativos es el SRVR, pero con posterioridad el destinatario final llega a ser la JEP, incluyendo las salas de justicia.

b. Términos para presentar los informes.

El plazo para la presentación de informes se extiende hasta el 15 de marzo de 2021 según el auto 222 de 2019 proferido por la Sala de reconocimiento “Por medio del

cual se adopta la prórroga del plazo para presentar informes ante la SRVR”⁷⁵. Sin embargo, el plazo anteriormente mencionado, por causas excepcionales y debidamente motivadas se puede desconocer.

c. Tipos de informes y su presentación.

Las presentaciones de los informes narrativos se pueden hacer de manera escrita, verbal o mixta; ahora bien, si la presentación de los informes narrativos se hace de manera verbal en su totalidad, o en parte (en los casos que sea mixta) se deberá dejar evidencia documental de dicha narración expresada oralmente, por medio de una transcripción o medio audio visual, esto con la finalidad de conservar la evidencia para el análisis, su estudio y el contraste que se le dará al informe.

Ahora bien, en cuanto a los informes escritos, la víctima tiene la posibilidad de enviarles de manera electrónica a la dirección de correo establecida para tal fin, o a través de secretaria judicial o de la ventanilla única dispuesta para la JEP. Son múltiples las instituciones que tienen la facultad de recibir este tipo de informes y tramitarlos.

Una vez sean recibidos los informes por parte de las instituciones que fueron nombradas anteriormente, y las que se encuentran también en el Manual ya mencionado, los informes serán procesados y analizados por el SRVR juntos con el Grupo de Análisis de Información (GRAL), lo anterior con la finalidad de que la Sala de Reconocimiento:

- i) organice internamente su trabajo para lograr la prestación eficiente del servicio de justicia; ii) contraste la información recibida por parte de la Fiscalía General de la Nación, la Justicia Penal Militar, la Jurisdicción Especial Indígena, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Administración de la Rama Judicial y otras entidades el Estado, así como la información recaudada en el proceso de instrucción de los casos; iii) realice análisis de contexto y construya patrones de macro criminalidad; iv) se concentre en los casos más graves y en las conductas o prácticas más representativas; v) identifique a los responsables de dichas conductas criminales y los vincule al proceso; vi) identifique a las víctimas para efectos de su participación activa ante

⁷⁵ JEP, Sección de apelación, sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 de 2019, 3 de abril de 2018, párr. 202.

la JEP y la garantía de sus derechos, y vii) contraste la información de las versiones voluntarias presentadas por los comparecientes y determine su aporte pleno a la verdad, así como su aceptación de responsabilidad (JEP, 2020).

Bajo los términos del Auto 011 del 30 de enero de 2020, se otorga una serie de garantías a las organizaciones de víctimas, étnicas o de derecho humanos que efectivizan el análisis y la investigación correcta de los informes narrativos; además, este auto cuenta también con un valor importante y es el hecho de que da garantías a las víctimas de que las instituciones van a darle una contextualización a los hechos que son narrados en los informes.

Grosso modo, se ha examinado y descrito cómo una víctima en Colombia puede adquirir dicha condición de interviniente especial en el caso concreto del proceso de paz que se desarrolla en Colombia, sin embargo, el contenido más relevante en el presente acápite es el entender o tratar de postular una postura del cómo se deben reparar realmente a las víctimas.

Cómo se puede lograr esto en términos prácticos, si las víctimas no son escuchadas, si la única versión de lo que fue el conflicto en muchas ocasiones, fue solo la del ganador del conflicto o precisamente el mismo Estado. Es imposible concebir una reparación real para las víctimas si no son escuchadas y reconocidas como tales. En primer lugar, veamos la frase célebre de que sólo hasta que los leones tengan sus propios historiadores, las historias de cacería seguirán glorificando al cazador. El proverbio tiene una importancia de gran magnitud frente al reconocimiento de las víctimas, del sufrimiento de las mismas y de igual forma del abandono del Estado y en nuestro caso en concreto de los vejámenes a los que fueron sometidos por parte de grupos guerrilleros y paramilitares e incluso por el mismo Estado.

Pero existe un gran problema en el contexto colombiano, y es el hecho de que la historia del país jamás ha sido contada por las víctimas⁷⁶, la historia de nuestro país nunca ha escuchado, escrito, y contado como historias los sucesos a los cuales millones de colombianos han sido sometidos como, por ejemplo, homicidios, violaciones, masacres,

⁷⁶ Aunque es muy cuestionable esta aseveración. Hasta ahora la voz de las víctimas no se había escuchado, pero sí hay relatos sobre tanta maldad que han sido develados hasta hoy.

desplazamientos forzados, secuestros, entre muchas más atrocidades que han padecido. La historia de Colombia debe documentar, contar y creer las narraciones de las víctimas, y más importante, hacerlas parte de nuestra historia.

La verdad es una necesidad para el seguimiento y ejecución de los fines de la justicia y de igual manera funde los cimientos de la reconciliación; de allí parte la relación que existe entre la JT y la JR. En estos términos es importante, recordar que aquella tiene como finalidad dar garantías de derechos y libertades ciudadanas a las personas que son parte o víctimas del conflicto, y que en ocasión al mismo han perdido dichas libertades y garantías.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que existe un elemento que es criticado en el Acuerdo y que en su momento fue criticado también el proceso de paz llevado a cabo con las Organizaciones Paramilitares; y es el hecho de que un proceso de paz o como tal el concepto de JT implica la verdad de lo ocurrido en dicho conflicto, la reparación integral como es llamada por las instituciones que promueven la JT, y la no repetición de vulneración de derechos y demás vejámenes a los que fueron sometidos las víctimas; sin embargo, la consecución real de estos fines cuenta con varios impedimentos desde el punto de vista de esta investigación, y uno de ellos es el hecho de que tal y como ocurrió con la desmovilización de los paramilitares y el desmonte de su aparato militar de guerra, que claramente significó un avance y un alivio para el conflicto en Colombia. Pues, es un grupo que se "desmovilizó", pero esto realmente no garantiza mucho, pues bien es sabido que en Colombia existen más organizaciones, como el ELN, las Bandas Criminales, las disidencias de las FARC, que van a seguir generando conflicto e imposibilitando la consecución de la JT, en el entendido de que no se va a poder garantizar en términos reales, esas garantías y derechos civiles en tanto existan otras organizaciones con las que continúe el conflicto, y no sean partícipes del Proceso de Paz que se lleva en curso.

A la luz de lo anterior, un proceso de paz solo se puede lograr en el evento en que todos los partícipes del conflicto sean parte del diálogo y la concertación con el Estado, y a partir de allí dar una concepción histórica de la verdad completa, desde el punto de vista de cada individuo involucrado como víctima o victimario en el conflicto. Es a partir de la consecución de la verdad real, como las víctimas pueden ser reconocidas como

“derechohabientes”, donde realmente se puede dar cuenta del daño al cual han sido sometidas por parte de los diferentes victimarios de esta guerra, y donde las ellas van a ser realmente reconocidas jurídicamente; y más importante aún le darán la posibilidad a estas personas de sentirse reparadas al menos en términos de verdad, además, de que las víctimas de esta manera se van a acercar más a la reconciliación y la reconstrucción social.

d. La justicia restaurativa y el modelo de aplicación en la justicia transicional.

En relación con la noción de JR, surgen las ideas de restauración de valores morales, dignidad humana y equidad social de la totalidad de las partes involucradas en un conflicto. De esta manera el proceso encaminado a una JR menciona que se deben tener en cuenta y contextualizar las diferentes clases de justicia (Villa-Vicencio, 2000).

La JR no cuenta con el mismo objetivo que tiene el sistema legal tradicional, pues el primero de estos se encarga de reparar y curar el daño como resultado del conflicto o cualquier agresión a los derechos de un sujeto; y el último se encarga específicamente de en las consecuencias legales. Dicho de otra forma, se encarga de hacer las normas y de dar un castigo a quien las transgrede. (Colorado, 2008).

Lo anterior implica que la JR busca hacer parte a todos los involucrados en el conflicto, ya sea la víctima, el infractor y los miembros afectados en la comunidad, para que sean estos el centro del proceso de justicia, de la mano de las instituciones competentes para lograr encontrar la responsabilidad en el infractor, la reparación a la víctima y su participación de los tres anteriormente nombrados en todo su proceso; esta JR, cumple las veces de un prerrequisito para lograr la paz. Se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador (Colorado, 2008). Este factor de gran relevancia dentro del contenido sustancial del concepto de justicia restaurativa, además de promover una reparación, promueve la reintegración de las víctimas y del delincuente al Estado Social de Derecho (Díaz, 2008).

Además, el concepto que tiene el Código Penal colombiano de JR, en el cual, tanto las víctimas como el imputado, acusado o sentenciado participan de manera conjunta en la resolución de los conflictos fruto de los hechos punibles, en busca de encontrar las necesidades y responsabilidades articulares y generales de las partes de manera que se logre una contextualización de conflicto, y se pueda llegar a la resocialización tanto de la víctima como del victimario.

e. Participación integral de las víctimas.

En cuanto a la participación de las víctimas dentro de los procesos de la JEP es fundamental para el funcionamiento de la administración de J la aplicación de los derechos a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. Podemos mencionar que la JEP cuenta con herramientas para lograr una reparación de las víctimas en condiciones de igualdad, todo esto mediante la implementación de mecanismos de participación idóneos los cuales estarán inmersos en procedimientos escritos y orales y a nivel nacional y territorial, estos mecanismos no perjudican ni se inmiscuyen en la independencia y autonomía que poseen las Salas y Secciones para la toma de decisiones que pueda corresponder y su posibilidad de ampliar el marco de garantías con la finalidad de orientar la participación colectiva o particular de cada una de las víctimas dependiendo el procedimiento y el caso bajo su conocimiento. Los criterios de razonabilidad y convivencia en el sentido de la reparación y de todo el proceso en general deberá llevarse a cabo mediante lo establecido en el capítulo VIII sobre Participación de Pueblos Indígenas, afrocolombianos, Rom, negros, raizales y palenqueros.

f. Procedimiento escrito.

El procedimiento escrito cumple una función de participación integral ya sea particular o colectiva de las víctimas del conflicto y esto implica que todas las actuaciones judiciales ya sean observaciones, peticiones, informes, etc., sean tenidos en cuenta y consten en los archivos de la JEP, todo esto como una expresión de las afectaciones y experiencias que han tenido al ser víctimas del conflicto armado interno.

Todas las consignaciones escritas que hagan las víctimas son necesarias para impulsar todos los procesos judiciales correspondientes, para una construcción de la verdad sobre los hechos establecidos en el marco del conflicto armado, la constitución de

unos hechos clave para determinar las conductas por las cuales se juzgará y sancionará a los presuntos responsables, para la delimitación de las medidas restaurativas y reparatorias dentro del marco de las sanciones que se impongan.

En los escenarios donde la magnitud de víctimas sea muy amplia o colectiva, la participación de manera oral puede darse de una manera limitada, es aquí donde los mecanismos de participación escrita forman un papel importante para representar los intereses y visiones de la población colectiva victimizada. Los mecanismos escriturales pueden ser objeto de diálogo con toda la colectividad a fin de que se llegue a un acuerdo sobre hechos, peticiones y situaciones para que el mismo escrito permita ampliar la participación dentro de la colectividad, cuando el mecanismo escrito sea utilizado por mujeres o por personas que se identifiquen con distintos géneros, se solicitará que sean analizados con criterios que puedan comprender las relaciones de poder desiguales constituidas en el marco del conflicto armado en razón del género.

Dentro de todo el marco de los mecanismos escritos la JEP brindará garantías de confidencialidad cuando todas estas declaraciones se refieran a violencias de género, incluyendo la violencia sexual, afectaciones a derechos de los niños, niñas y adolescentes o cuando la presentación del escrito pueda generar un riesgo para la información adelantada en el proceso, para la vida, libertad, seguridad o integridad de las víctimas o las comunidades a las que pertenecen o limiten el acceso al derecho de participar en la justicia transicional.

g. Etapa previa al procedimiento escrito.

Previo a la producción del escrito es importante que se tengan las herramientas y espacios necesarios los cuales deben proporcionar la seguridad y confianza tanto a las víctimas del conflicto como a sus representantes, todo esto para generar un equilibrio entre el acceso efectivo a la justicia por parte de las víctimas y la celeridad y eficiencia del proceso judicial. El diseño de metodologías y protocolos debe ser esencial para el traslado de la información más aun cuando se trate de violencias de género, de niños, niñas y adolescentes o violencia sexual para así garantizar la confidencialidad de la información.

Las metodologías establecidas deberán contar con garantías que aseguren acompañamiento psicosocial, sociocultural, psico jurídico, y medidas de inclusión así como la conectividad en términos de internet y de intérpretes o traductores para la recepción de información, todas estas garantías se darán bajo el control de la Secretaría Ejecutiva quien establecerá sin son pertinentes y necesarios dichos acompañamientos, igualmente evaluará y mitigará los posibles riesgos de revictimización derivadas del traslado de la información mediante la aplicación de metodologías restaurativas y herramientas pedagógicas que garantizarán su comprensión sin generar algún daño.

Cabe resaltar que todas las declaraciones que se den por parte de las víctimas debe ser bajo su consentimiento y dentro de un entorno restaurativo permitiendo así encaminar las expectativas de la víctima sobre los resultados de cada etapa procesal a fin de generar eficacia y celeridad en el procedimiento con un derecho de acceso a la JT de las víctimas del conflicto. Es recomendable que se establezcan canales de comunicación, acuerdos sobre los tiempos y el modo de presentación de los escritos igualmente disponer medidas con un enfoque de inclusión que disminuya cualquier dificultad de comunicación. Cuando se trate de notificaciones escritas en casos de violencia sexual, los canales de notificación deberán proteger y preservar la intimidad de la víctima.

h. Procedimiento oral.

Dentro del procedimiento oral la participación de las víctimas puede ser de forma particular o colectiva y bajo distintas modalidades dependiendo la etapa procesal, el carácter de la diligencia y las características específicas de la víctima o del caso en concreto. La finalidad del procedimiento oral es que todas las víctimas que recurran al procedimiento sean efectivamente escuchadas y con la garantía de que puedan intervenir directamente o a través de sus representantes rindiendo testimonio o haciendo preguntas.

Para las víctimas que quieran utilizar este medio y hayan sido víctimas por violencia basada en el género, tienen el derecho a no ser confrontadas con su agresor para evitar una revictimización. Toda participación de las víctimas en cualquier etapa del proceso es esencial y debe garantizarse de acuerdo con las condiciones y oportunidades jurídicas, debido a que la dimensión restaurativa hacia las víctimas les proporciona el derecho a ser escuchadas, a expresarse libre y voluntariamente como también a la

generación de garantías de inclusión y participación antes, durante y después de las diligencias para así materializar dicha dimensión restaurativa.

Entre los mecanismos e instrumentos de participación e instituciones que le permiten a la víctima del conflicto, ser escuchada y vinculada al proceso de la JEP está la SRVR que instruye casos que pueden incluir grupos diversos de víctimas del conflicto y debido a esto las metodologías y garantías utilizadas para proporcionar a la víctima se darán dependiendo las particularidades del conflicto y de la víctima aplicando métodos diferenciales velando por un amplia participación inclusiva durante todas las etapas del proceso, además de garantizar el derecho a la participación de las víctimas en ciertas etapas del proceso en donde la ley regula la participación de la víctima del conflicto.

i. Sala de Amnistía e Indulto.

Una institución competente para aplicar los tratamientos jurídicos especiales por delitos que son considerados amnistiables o indultables es la Sala de Amnistía e Indulto, a la cual le corresponde disponer sobre la libertad condicional de miembros y colaboradores del grupo armado FARC-EP250. Es competente de suscribir compromisos y autorizaciones para la salida del país a las personas que se acojan a la JEP tomando en cuenta que su naturaleza es ser célere, rápida y/o sumaria.

j. Sala de definición de situación jurídica.

La SDSJ tiene competencia para aplicar los tratamientos penales especiales establecidos en el sistema normativo de la transición, tramita las solicitudes de sometimiento voluntario presentadas a la JEP por terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública y se pronuncia sobre el otorgamiento de beneficios transitorios y anticipados para miembros de Fuerza Pública que obligatoriamente comparecen a la JEP, conoce igualmente de las conductas relacionadas con el ejercicio de la protesta social que se hayan desarrollado en el marco de disturbios públicos, en los términos del numeral 9 del artículo 28 de la Ley 1820 de 2016.

k. Resolución de ovación de conocimiento.

Esta resolución debe ser notificada a los comparecientes, a su defensor, a las víctimas y al Ministerio Público. Esta y todas las demás resoluciones emitidas por las

Salas y Secciones de la JEP, son susceptibles del recurso de reposición, que pueden ser interpuestas por las víctimas ya sea de manera directa o mediante sus representantes judiciales debidamente reconocidos dentro del proceso. En esta etapa procesal, la SDSJ solicita a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) la identificación e individualización de las víctimas, con la finalidad de que les sea informado el inicio del proceso y la posibilidad de que sean tomadas y tenidas en cuenta sus versiones sobre los hechos, garantizando así la participación activa de las víctimas durante el proceso. Para ello, la UIA utiliza la información allegada a la Sala y solicita la información adicional que considere necesaria tanto a la Jurisdicción Ordinaria como a la Justicia Penal Militar, valiéndose también de la verificación de información en las bases de datos disponibles, como el Registro Único de Víctimas.

Una vez la Sala cuente con la manifestación positiva del interés de las víctimas y/o de sus representantes judiciales para hacer parte del proceso se da inicio al trámite de acreditación, de conformidad con lo contenido en el Manual de participación dispuesto para tal fin. Respecto de la representación, las víctimas pueden actuar en los diferentes procesos por sí mismas, por medio de apoderado de confianza, por representante designado por la organización de víctimas, mediante abogado adscrito al Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Secretaría Ejecutiva de la JEP, o a través de apoderado designado por el sistema de defensoría pública.

Las víctimas también pueden designar a un vocero no instruido en derecho para que ejerza su representación en aquellas diligencias para las que no se exige defensa técnica. No obstante, bajo todas estas modalidades, la representación exige que las víctimas otorguen poder, dando pleno cumplimiento a las exigencias previstas en la ley. Si bien, por regla general se propicia la participación colectiva de las víctimas en la JEP, también es cierto que no se las puede obligar a asociarse; a lo cual la Sección de Apelación expresó:

113. Empero, las víctimas no pueden ser obligadas a asociarse. Una exigencia absoluta en esa dirección violaría su autonomía moral y erigiría una barrera de acceso para quienes no pueden o no desean unir esfuerzos. La participación colectiva tampoco resulta apropiada y provechosa en la totalidad de los casos. Ciertas circunstancias y hechos delictivos exigen intervenciones individuales, que

protejan al sujeto en su intimidad, que respeten el dolor que puede llevarlo a desconfiar del otro y que le permitan exponer de viva voz sus experiencias y opiniones. También puede ocurrir que, en instantes determinados del procedimiento, se manifiesten una o pocas víctimas. La representación colectiva en estas circunstancias resulta claramente inadecuada e innecesaria. 114. La participación colectiva será la regla general, pero dado su carácter voluntario, excepcionalmente las víctimas podrán actuar de forma individual cuando así se ordene de oficio o cuando obre petición de parte, siempre y cuando la solicitud esté suficientemente sustentada y no ponga en riesgo derechos fundamentales o la eficiencia del sistema. Citando al relator de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la Corte Constitucional advirtió que la congregación de víctimas supone “[...] no solo la homogeneidad de la victimización, sino también de los intereses de las víctimas que desean participar. La agrupación de las víctimas en categorías generales [...] puede tener efectos perjudiciales, ya que incentiva sus propias luchas por diferenciarse y también hace que corran peligro al regresar a sus comunidades (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020).

En casos donde por naturaleza de la conducta punible o por cualquier otra razón sea imposible identificar a las víctimas o exista un grupo de víctimas indeterminado, el Ministerio Público y el SAAD serán competentes para asumir su representación. Toda esta representación oficiosa estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la JEP (SAAD) y la Defensoría del Pueblo. En cambio, de manera residual para asumir la representación oficiosa y cuando se estime necesario podrán tener competencia las organizaciones de la sociedad civil, atendiendo las capacidades y limitaciones que estas ostenten. Las víctimas del conflicto podrán interponer recursos de reposición y de apelación contra las decisiones que profiera la SDSJ siempre y cuando estos recursos consten de un interés directo y legítimo.

Las medidas cautelares que se soliciten por parte de las víctimas se atenderán de manera prioritaria y prevalente sobre las demás partes intervinientes. Adicionalmente las víctimas del conflicto podrán promover el incidente que dicte la revocatoria de los beneficios del régimen de libertades y demás medidas del tratamiento especial de justicia

cuando existan elementos que establezcan un probable incumplimiento en el régimen de condicionalidad.

7. La Justicia Restaurativa y el modelo de aplicación en la Justicia Transicional.

En concordancia con la JR, se plantean las ideas de restablecimiento de valores morales, dignidad humana y equidad social de la totalidad de las partes involucradas en un conflicto; de manera, que el proceso se encamina a una JR encaminada a tener en cuenta y contextualizar las diferentes clases de justicia (Villa-Vicencio, 2000). La JR no cuenta con el mismo objetivo que tiene el sistema legal tradicional, pues aquel se encarga de reparar y curar el daño como resultado del conflicto o cualquier agresión a los derechos de un sujeto; y éste se encarga específicamente de hacer la normas y de dar un castigo a quien las transgrede. (Colorado, 2008).

Lo anterior implica que la JR busca envolver a todas las partes intervinientes en el conflicto ya sea la víctima, el infractor, los miembros afectados en la comunidad y el Estado mismo para que sean estos el centro del proceso de justicia quienes, de la mano de las instituciones competentes, logren encontrar la responsabilidad en el infractor, la reparación a la víctima y su participación de todos los actores que fueron parte del conflicto durante el proceso transicional. Esta JR, cumple las veces de un prerrequisito para lograr la paz. Citando a la Comisión de prevención del delito y justicia penal de la ONU, se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador (Díaz Colorado, 2008).

Existe un factor de gran relevancia dentro del contenido sustancial del concepto de JR que además de promover una reparación, promueve la reintegración de las víctimas y del delincuente al ESD (Naciones Unidas, 7 de diciembre de 2012 y 22 a 26 de abril de 2013.) El Código Penal colombiano habla de JR como aquel proceso en el cual, tanto las víctimas como el ofensor -imputado, acusado o sentenciado- participan de manera conjunta en la resolución de los conflictos que son fruto de los hechos punibles, en busca

de establecer las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes de manera tal, que se logre una contextualización de conflicto, y se pueda llegar a la resocialización tanto de la víctima como del victimario.

Como lo señala (Abuchaibe, 2017), se debe partir de la consecuencia más evidente que surgió a través de los diálogos de paz que terminaron en la firma del acuerdo en 2016, y es que desde entonces Colombia debió implementar un modelo constitucional transicional que permitiera desarrollar los diferentes puntos que fueron incluidos en el acuerdo final. Esto implica al tiempo, la integración de los diferentes actores sociales dentro de una política transicional integral, que abra las puertas a la seguridad jurídica respecto del cumplimiento de lo pactado y la justicia social que de ello se llegase a desprender.

Por tal motivo, el Congreso de Colombia a través del Acto Legislativo 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, incluye dentro de sus principios la imparcialidad, independencia y garantías del debido proceso, elementos necesarios que permiten la estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias de la JEP.

En complemento de lo expuesto anteriormente, se busca el fortalecimiento institucional, y el goce y protección efectiva de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia como eje principal del proceso transicional; todo esto a través de la implementación de instancias judiciales que incluyan dentro de su desarrollo los estándares propuestos por organismos internacionales, que pretenden la reparación de las víctimas y la investigación de los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado. En este estadio, se debe tener en cuenta que dichos lineamientos se convirtieron en disposiciones vinculantes para el estado colombiano, y que hoy en día hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Como se ha vislumbrado a lo largo de este escrito, una de las bases de la implementación de la JT en Colombia es la participación de las víctimas y de los comparecientes, en búsqueda de la reparación y restauración de derechos, con un enfoque hacia la JR, lo cual permita ir cerrando la brecha que existe entre la impunidad de los

crímenes graves cometidos durante el conflicto y la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado, partiendo de presupuestos como la verdad y la paz, que permitan la reconciliación y reconstrucción del tejido social.

Por ello, y como consecuencia de lo propuesto en el punto 5° del acuerdo de Paz, entra en vigencia el SIVJRNR el cual se compone de i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, ii) la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas, iii) la Jurisdicción Especial para la Paz y iv) las Medidas de Reparación Integral para la Construcción de la Paz y las Garantías de No Repetición.

Este sistema tiene por finalidad la consolidación de un escenario institucional que permita llevar a cabo la transición y permita satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado, aportando lo necesario para a reconciliación nacional. Como lo señala la JEP, en un trabajo conjunto y coordinado de los órganos que componen el SIVJRNR que incluye un enfoque territorial, diferencial y de género, se presenta una particularidad, y es que existe un gran soporte del sistema en medidas restaurativas y reparatoras, que atiendan las necesidades y la dignidad de las víctimas, lo cual garantiza el derechos a las víctimas de la verdad plena, la justicia, la reparación y no repetición, aunado al reconocimiento de la responsabilidad por parte de quienes fueron actores activos del conflicto armado interno.

Se tiene como premisa fundamental de la efectividad de la JEP la participación activa y relevante de las víctimas dentro de la transición, además de la implementación de sanciones que transforman la lógica de las condenas ordinarias, y es que una condena privativa de la libertad no es suficiente para dar cumplimiento a lo propuesto en el acuerdo, pues no se busca una sanción vengativa por los hechos ocurridos. Por el contrario, las sanciones implementadas por la JEP, procuran el máximo esclarecimiento de la verdad por parte de los victimarios que permita aliviar el sufrimiento de las víctimas y equilibre la desigualdad, exclusión y desventaja que existió durante el conflicto armado, para lograr así la paz estable y duradera que proporcione las condiciones necesarias para la restauración del tejido social.

Todo esto en el marco del desarrollo de procesos restaurativos donde los responsables y las víctimas tienen un encuentro mediado por la JEP, que facilita el reconocimiento y esclarecimiento de los hechos ocurridos en medio del conflicto armado y propone la implementación de sanciones que va más allá de la privación efectiva de la libertad -que no trae muchos aportes a los procesos transicionales-. Por el contrario, el componente retributivo, incorporado en la JT en el caso colombiano, permite la resignificación de las víctimas y logre la restauración de proyectos colectivos e individuales que fueron truncados por el conflicto.

Por otra parte, como garantía de la seguridad jurídica que ofrece la JEP, quienes se acogen a ella o hacen parte del proceso transitorio, condicionan su permanencia y el goce de los beneficios que trae su implementación al cumplimiento de lo dispuesto en las sanciones, que posibilitan la consolidación del Proceso de Paz y que se distinguen de las penas ordinarias por ser actividades que buscan fortalecer la transición a nivel territorial y nacional, con el desarrollo de actividades que permitan el desarrollo de una convivencia pacífica entre los diferentes actores y víctimas del conflicto armado, todo ello a través de los aportes a la reconstrucción de la memoria histórica colectiva y por ende al reconocimiento de la vulneración masiva y sistemática de los derechos de las víctimas, además de la indagación de la responsabilidad por parte de los comparecientes.

Es entonces donde la concertación que busca la JEP, se torna restaurativa y sanadora para la sociedad en general, sin dejar de cumplir con los mencionados lineamientos internacionales que impiden la impunidad de los comparecientes. Todo ello implica un proyecto común – a nivel nacional- que tiene como fundamento la participación efectiva de las víctimas, el reconocimiento de la responsabilidad por parte de los comparecientes -en donde se debe procurar la búsqueda de la verdad-, la reparación de los hechos cometidos, la restauración de los derechos de las víctimas, y la participación ciudadana que logre una comprensión general de por qué es necesario implementar este tipo de procesos extraordinarios y la aplicación de sanciones diferentes a las propuestas dentro del ordenamiento jurídico ordinario.

Además de lo mencionado anteriormente, también debe existir un compromiso político por parte de las diferentes instituciones estatales para llevar a cabo el efectivo

funcionamiento del proceso transitorio de las diferentes entidades que se dependieron de la firma del acuerdo.

El caso colombiano ha sido de gran relevancia a nivel internacional por su enfoque restaurativo frente a las víctimas del conflicto armado, toda vez que su éxito depende de la reparación y restauración del tejido social, el esclarecimiento de la verdad y la consolidación social frente a lo logrado hasta ahora por la JEP en el desarrollo de sus funciones hasta ahora, teniendo en cuenta en principio el fin de la violencia, como lo señala la (Organización de las Naciones Unidas, 2022), trayendo consigo notables avances en la construcción de una paz estable y duradera luego de un periodo de conflicto exhaustivo que fue centro del escenario social, político y jurídico durante muchos años y que, gracias a la transición por fin se quiere dar por terminado.

II. MÍNIMOS DE CONVIVENCIA Y COEXISTENCIA EN EL TODO SOCIAL. LAS BIENAVENTURANZAS EN EL POSCONFLICTO.

Algo irrefutable en la JT es su última etapa: el posconflicto. De hecho, este momento es el que llega a enmarcar directamente una paz estable y duradera como culminación de esta figura. Para llegar a tal materialización, de manera directa se deben establecer unos mínimos de convivencia y coexistencia entre sus ciudadanos, pues al recuperarse de una dictadura o conflicto (sea interno o externo) donde los derechos humanos fueron vulnerados, acontece a una paz y reconciliación en el colectivo social, por lo que se hace necesario establecer un proyecto cierto de cohabitación y vida en común.

Lo que se pretende en este sub-capítulo es vislumbrar como vía alternativa un escenario pos-conflicto desde la óptica de la ética discursiva. Ética que surge en el siglo XX por pensadores como Adela Cortina, Otto Apel y Jürgen Habermas, este último como el mayor epistemólogo actual de dicha teoría que evoca a campos de lo jurídico, ético y político.

Entonces, el punto de partida será el campo de lo ético desde el discurso y su configuración una democracia deliberativa, pues como teoría política, ha ganado

prominencia en las últimas décadas debido a su enfoque en la legitimidad de las decisiones políticas a través de la deliberación pública y racional. La comprensión de cómo una democracia deliberativa puede transformar la toma de decisiones políticas afecta directamente al compromiso ciudadano para poder configurar una JT. Habermas (1996) argumenta que la democracia no debe limitarse a la mera votación o elección, sino que debe ser un proceso participativo en el que los ciudadanos tengan la oportunidad de participar activamente en la formación de políticas a través del diálogo y la deliberación. Para él, la democracia deliberativa es un proceso en el que los ciudadanos se involucran en un intercambio abierto de ideas y argumentos, con el objetivo de llegar a decisiones que sean racionales y justas.

Es necesario entonces detenerse a estudiar el campo de lo ético dialogal, el derecho y el Estado como participación democrática con miras no solo estructura de la JT, sino que por el contrario, determine fehacientemente un contexto posconflictual como fin último de este sistema.

1. La ética discursiva en un posible escenario pos-conflictual

Lo primero que se debe afirmar es que la ética del discurso, nace en el seno del llamado giro lingüístico, esto es, la idea de que la filosofía deberá centrar sus reflexiones e investigaciones en los actos de habla, en el lenguaje, ya que esta es la principal herramienta que tenemos para relacionarnos y comprender el mundo que nos rodea (Cortina, 1995). Así las cosas, para poder definir la ética discursiva se requiere indagar en los siguientes textos que a modo particular de ver son necesarios desde el campo de lo político, jurídico y ético. Como primer texto es la *Teoría de la Acción Comunicativa. Volúmenes I y II (2010)*, ambos textos de la autoría de *Jürgen Habermas*⁷⁷.

La ética discursiva es una forma de pensamiento moral que se basa en el respeto mutuo y en la cooperación en las discusiones, tiene su génesis a finales de la década de lo 70 e inicio de los 80, donde se proyectó la forma de comunicación es la herramienta del diálogo y el consenso entre las personas, esto significa que todos los sujetos involucrados en una discusión deberán ser capaces de razonar, escuchar y respetar las opiniones de los demás especialmente en momento de disputa (Karl-Otto, 1977) de esta

⁷⁷ Sin embargo, los grandes aportes de esta teoría siguen siendo vigentes a las ideas de la ética dialogal o discursiva de otros autores como Adela Cortina (1995) Karl-Otto Apel (1991) (1992).

forma se pretende tener en cuenta todos los puntos de vista y buscar decisiones que sean justas y razonables para todos los involucrados. Como se dijo anteriormente, el mayor referente de esta ética del discurso es el filósofo alemán Jürgen Habermas (1982), quien en su obra: “*teoría de la acción comunicativa*”, expuso la idea de que el lenguaje es la capacidad principal de los seres humanos y así mismo es el medio a través del cual nos entendemos y llegamos a acuerdos en nuestras relaciones sociales, sostiene que el lenguaje es un proceso de intercambios de opiniones en el que buscamos llegar a un consenso racional y justo, para esto propone la necesidad de un diálogo libre y honesto en el que todas las personas involucradas puedan expresar su punto de vista sin temor a ser silenciadas o marginadas.

La «ética del discurso» de Karl-Otto Apel representa una propuesta de fundamentación ética en la que se procura una transformación de la ética kantiana mediante dos recursos principales: el pasaje de la perspectiva monológica a la dialógica, y la superación del «rigorismo». Sin embargo, se mantiene en la línea kantiana, en el sentido del «apriorismo» universalista. La fundamentación se hace en el marco de una reflexión pragmático-trascendental, que consiste en mostrar el «principio del discurso», expresable como exigencia de que todos los conflictos de intereses sean resueltos por medio de «discursos prácticos» (Milandi, 2002. Pág105)

Otro de los referentes de esta época es Karl-Otto Apel (1991) quien defiende la idea de que la ética del discurso es una forma de comunicación que se basa en la razón y en el respeto mutuo y que es absolutamente necesaria para la sociedad moderna, es decir, la ética del discurso no defiende la existencia de una ley divina, ni reglas morales que vayan más allá de las reglas propias de un diálogo justo y racional, esto aclara que dicha ética no es teleológico-material, sino por el contrario es deontológica, con fuertes bases kantianas, que observan el deber ser de la conducta con miras a contextos universales (Ibarra Sánchez, 2022); por ello, será que Apel y Habermas quienes coinciden en que este tipo de ética son la más adecuadas para la sociedad moderna, ya que permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad en un mundo cada vez más complejo que está inmerso en contextos de guerras, vulneración de los derechos humanos, bombas nucleares, entre otras. Asimismo, la ética del discurso al ser una ética deontológica, plantea ciertas reglas

previas constituyéndose como normativa (heterónoma-autónoma) que establece un deber previo a cualquier resultado, éste deber previo se manifiesta en algunos principios: por un lado el carácter público de la discusión, todo debate, que involucre a determinada cantidad de personas deberá tener este carácter de legitimidad (como se abordará más adelante), así mismo se deberá promover la mayor cantidad posible de interlocutores especialmente aquellos quienes tengan particular interés en el tema abordado. Por otra parte, existe la igualdad y la libertad de los participantes, esto es, se excluyen las relaciones de autoridad, dominación o coerción, aunque ellos mismos a la construcción del Estado, enmarcan la legitimidad para la promulgación de normativas jurídicas que permitan el desarrollo de sus conciudadanos con leyes que ellos mismos eligen y permiten. Sigue continuamente el principio de la argumentación, pues toda afirmación es discutible, siendo el argumento que mejor resiste las objeciones, el más racional; esto se complementa con el principio del consenso, con necesario entonces el entendimiento y el acuerdo argumentado para fines de interrelaciones subjetivas y comunicativas justificándose así la decisión y la acción; por último, hay que revisar el principio de la revisibilidad, el acuerdo es cuestionable, revisable si aparecen nuevos argumentos (Habermas 1982).

Por todo esto es que este tipo de ética cobra relevancia precisamente en la esfera política y pública, pero con la necesidad de hacer un alto, se sustentará igualmente la importancia y relevancia que tiene frente al contexto de una JT y JR, puesto que ayuda a esgrimir un panorama y sistema pertinente para la reconciliación y fundamentación de un determinado ordenamiento jurídico en un escenario pos-conflictual. Para comprenderla mejor, y aludiendo al ejemplo ya citado en el subcapítulo de John Rawls, volvamos al ejemplo del viaje a marte, un grupo de personas que viven en ese planeta los cuales deberán organizarse para poder subsistir con los recursos que tiene el mismo, el punto de partida es asegurar la convivencia lo más justa y llevadera posible para el desarrollo de cada uno de sus habitantes, ¿cómo podrían lograr esto? Si entre el grupo hay personas más fuertes físicamente, podrían someterlas, pero ¿sería esto justo? Ahora bien, para no ir más lejos, los actores del conflicto que han asesinado ¿no estarán igualmente sometidos, señalados, repudiados por la sociedad? Al centrarse estos cuestionamientos en la ética discursiva, se debe decir que las normas que fueran a establecer solo podrán ser instituidas a partir del diálogo conjunto, dejando a un lado toda intención de sometimiento, el problema claro está es que todo el conjunto social (tanto del ejemplo de marte, como los

actores del conflicto) deben estar de acuerdo y ser moralmente responsables para poder llevar a cabo este tipo de ética.

Sin lugar a dudas y, como se expresó anteriormente, la razón pública es el conjunto de principios y normas que deben guiar el diálogo político y social de una sociedad democrática, estos principios incluyen la libertad de expresión y el respeto a los derechos de los demás, pero no solo eso, deben evocar en que si existió una guerra (interna o externa) donde la beligerancia era el pan cotidiano, debe aceptarse en un término de conciliación una aceptación del otro que quiere nuevamente reincorporarse a la sociedad con la dejación de las armas y el fin de la guerra. Para poder admitir al sujeto que rompió el “pacto” o “contrato” social se debe conllevar un diálogo racional y honesto, esto es esencial para la toma de decisiones justas y para el bienestar de la sociedad.

Ahora bien, la epistemología de la denominada ética discursiva, ética dialógica, comunicativa o de la responsabilidad solidaria (precisamente Adela Cortina (1996) fiel a esta doctrina, realiza un libro intitulado con el mismo nombre), sugiere el análisis de la situación en las democracias occidentales y, por consecuencia, están encaminados a recuperar la democracia de la involución del parlamentarismo. De hecho, los Estados se ha convertido en un mero administrador de servicios y la política se ha transformado en mera técnica, lo que ha producido una crisis de motivación social y de legitimación.

Habermas (2010) pretende recuperar la dimensión moral, sociopolítica y provocar la formación de una opinión pública en la que haya una discusión consciente. Para ello es necesario develar un modelo de racionalidad que ha presidido el desarrollo occidental, el cual ha sido el de la racionalidad teleológica o instrumental. Para toda ética teleológica, las acciones se conducen a fines (llámese felicidad para los griegos, bienestar avalado por la utilidad en el utilitarismo, etc.) la racionalidad es sinónimo de aplicar los medios más adecuados a los fines que se persiguen; así las cosas, los valores éticos se reserva al ámbito de lo privado, y por ende, la esfera pública se deja en manos de expertos técnicos, en contraste con estas éticas teleológicas, y determinado por bases de ética deontológica Kantiana, Habermas (2010) considera que tiene mayor relevancia el interés práctico en la esfera de lo público y la política, porque solo la actividad conjunta del interés técnico y del ético nos permitirá un desarrollo adecuado. La clave es la interacción comunicativa

dentro de relaciones intersubjetivas⁷⁸ pues es la comprensión de los mismos sujetos dentro de su individualidad la que puede resolver problemas de tipo ético que no pueden quedar confinados a la esfera privada, puesto que son comunes a toda la sociedad.

Entonces ¿se pueden encontrar valores universales para el todo social? La respuesta que confía el autor es que el concepto de racionalidad debe ser amplio, y su dimensión comunicativa tiene como fin el entendimiento entre los seres humanos, la cual, permitirá salvar el proyecto ilustrado de emancipación de la humanidad para alcanzar la libertad, la autonomía moral y la fraternidad (Habermas, 2010). La base de este proyecto teórico reposa en la filosofía de Kant (1797), este hizo dos formulaciones fundamentales del imperativo categórico, la primera es: “*obra solo de manera que puedas creer que tu máxima se convierta en ley universal*” y la segunda: “*no puedes considerar al hombre nunca como un medio, sino siempre como un fin*” (pág.334), estos presupuestos suponen por una parte que la ética debe ser universal, y por otra que el ser humano tiene una dignidad⁷⁹, luego, el hombre nace con unas estructuras innatas que le permiten y le hacen pensar de una forma determinada frente a su entorno, y esto es universal, puesto que todos tenemos los mismos principios universales.

De todo esto, Habermas (2010) deduce que las dos características del imperativo categórico se pueden transpolar al discutir la validez y legitimación como normas, ya que todos los sujetos dentro de la sociedad alcanzan un desarrollo de vida moral, y deben tener una estructura lingüística común que les permita comunicar principios comunes o mínimos comunes en palabras de Adela Cortina (2010).

Para finalizar, la ética discursiva al definirse como la necesidad de establecer una nueva forma de democracia basada en la participación política, necesita que se plantee como forma fundamental el consenso de la ciudadanía por medio de actos ilocutivos, es decir, la argumentación para establecer unos mínimos de convivencia y coexistencia, o lo

⁷⁸ Esto conlleva igualmente a la relación directa que tiene el autor con el derecho en sus textos *Facticidad y Validez* (1998) y *La inclusión del otro* (1996), pues solo la esfera de lo público dentro del contexto de lo ético discursivo se despliega de relaciones intersubjetivas que es la que genera el derecho. Para lo anterior, confróntese a Zabalza Iriarte (2015), Javier Hervada (1981), Guido Fassó (1982) y la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino II, II, q57. Donde aluden la definición del derecho como la relación intersubjetiva de los sujetos.

⁷⁹ Frente a las máximas kantianas que contienen la formulación de ley universal confróntese a Adela Cortina (2010) (2020) “frente a la dignidad como valor absoluto” e Ibarra Sánchez (2022).

referido como necesario e importante para la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo que deben hacer las personas que conviven en ese Estado, es participar en una situación de discurso y diálogo en el cual todos son iguales y operan derechos subjetivos sobre las personas y, de esta manera, se tiene la misma igualdad en sentido de oportunidades y de posiciones. Solo se puede así alcanzar un consenso frente a discusiones civilizadas, precisamente esto es base sólida para un escenario posconflictual, tratar de dialogar sobre lo que cada uno cree que es los mínimos de desarrollo después de un conflicto o de la vulneración de derechos humanos, no se puede recurrir a la manipulación o a la violencia, por el contrario, se debe llegar a una argumentación racional, que a pesar del pasado sufrido es un proceso posible y legitimado. , Si frente a todo el consenso de víctimas y actores del conflicto, se puede llegar a un mínimo de desarrollo vital e reincorporación como sociedad, todo el grupo que se situó en una situación ideal de habla, encuentran una posición simétrica para argumentar sus puntos de vista, sus afectaciones, sus mínimos de convivencia, esto es una forma de democracia más pura y legítima.

Por lo tanto, Jürgen Habermas plantea la necesidad de que los ciudadanos se comprometan en la vida política construyendo una vida democrática, apartándose de la pura noción de que democracia implica voto o sufragio, ergo, acontece la significación más profunda que es una participación activa para la construcción de la sociedad. Sugiriendo modelos de democracia que no son incompatibles entre sí y que nacen de la necesidad de considerar que la participación del pueblo es absolutamente necesaria.

Esto significa por una parte que la democracia es deliberativa y participativa, como se verá continuamente, lo que hace esta idea es considerar qué debemos introducir en la sociedad democrática elementos directos que propicien la intervención de todos los individuos a hacer parte de un determinado ordenamiento jurídico y de construirlo. Así, los ciudadanos tienen derecho a participar en la toma de decisiones políticas y a ser partícipes en el proceso deliberativo y por lo tanto deben establecerse cauces de participación. Además, que dicho contexto argumentativo y deliberado establece entre las instituciones y los ciudadanos un diálogo igualitario en el cual todos tengan las mismas posibilidades y oportunidades de participar en un nivel de equidad.

2. La Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas: un enfoque hacia la legitimidad y la participación ciudadana en un escenario pos-conflictual.

La ética del consenso racional, sustentada en bases de igualdad, solo puede ser posible en contexto político-jurídico. Razón por la que los diferentes puntos de vista de los sujetos individuales se consensuan entre todos, y así las normas éticas serán universales e implicarán una autonomía y una responsabilidad colectiva (esto quiere decir una voluntad común en términos kantianos) pero esta filosofía solo puede ser ejecutada frente a una democracia deliberativa. Es acá, donde Jürgen Habermas plantea su visión teórica con fines pensados desde la sociología y el derecho. Los libros donde despliega dichos contenidos son *Facticidad y Validez* (1998), y, seguido por el texto *La inclusión del otro* (1999).

Habermas (1999) entiende el derecho como una herramienta fundamental para un consenso democrático formando la voluntad política donde recae la legitimidad en el sentido amplio de la palabra. Luego, este enfoque se basa en la idea la participación pública y deliberativa como principios esenciales para garantizar la legitimidad de la justicia en una sociedad; por ende, entiende el derecho como mediación dentro de una fundamentación ontológica del Estado; razón de ser que exponga tres puntos de partida: **1.** El primero se refiere análogamente al pensamiento kantiano, quien advierte que la adhesión a las normas jurídicas se establece ya sea por convicción moral o por coerción legal, es decir, las leyes se siguen por un lado debido a su contenido moral, que se origina en las personas. Pero por otra parte, es que las normas no preceden a las nociones morales, se actúa bajo el temor al castigo. En ambos ámbitos se buscan la justicia y otras condiciones axiológicas sine qua non. **2.** El segundo se basa en el giro lingüístico, que resulta de discusiones constantes entre los sujetos de derecho (relaciones contractuales e intersubjetivas), y como resultado, las actividades lingüísticas (perlocucionaria, locucionaria e ilocucionaria) inciden en el contenido de la ley. Finalmente, **3.** Lo que alude a la autolegislación ciudadana democrática, que supone la existencia de un Estado, cuenta con la participación democrática de sus ciudadanos y la construcción de contenidos normativos (Habermas, 1998).

Bajo estos tres parámetros, surge el llamado principio discursivo como búsqueda y fundamentación tanto de derechos como de espacios comunicativo-normativos, que la misma sociedad establece para la creación de mínimos de desarrollo de vida.

Ahora bien, ¿qué incidencia podría tener este “principio discursivo” en un escenario pos-conflictual? Se presenta una legitimación profunda por todos los integrantes de una sociedad. Al referirse a la aceptación de un mecanismo como la JT, se emplea igualmente una participación democrática por parte de la ciudadanía, es decir, que es la misma ciudadanía quien la acepta y avala, son sus integrantes quienes por mayoría hablarán como serán los mínimos de coexistencia y convivencia para el desarrollo de sus vidas. La viabilidad puede operar como forma participativa (por actos ilocucionarios y sometidos a sufragio de referendo, plebiscito, etc.), donde los intereses particulares en sí mismos se desvanecen, y se entran a proyectar normativas que no están encabezadas por las instituciones, sino que como sociedad aceptan y manifiestan una construcción dentro de mínimos éticos para edificar el Estado, el cual, deberá propender por el cumplimiento de los preceptos jurídicos establecidos deliberadamente.

Ahora, es necesario observar el modelo normativo de democracia el cual se hace firme a la luz de la ética discursiva. El profesor Hernán Martínez Ferro (2020), alude lo siguiente:

El modelo normativo de la democracia discursiva de *Habermas* infiere de tal forma que las relaciones entre Estado y sociedad sean procesos jurídico-democráticos, es decir, que infiera la carga de la legitimación por parte de sus conciudadanos que emiten no sólo su actuar sino que conviven en la sociedad y, al condicionar su libertad, propenden por unos mínimos que el Estado debe proteger, pero que previamente fueron analizados y racionalizados a las necesidades de todo el conglomerado social. Por ello, dicha teoría ética pretende sobrepasar las deficiencias de los modelos normativos de democracia liberal y republicana, gracias a un modelo al que se denomina política deliberativa, nombre dado a un procedimiento ideal para la deliberación consensuada y la toma de decisiones (Pág. 96).

Así las cosas, la teoría de la ética discursiva es análoga al campo del derecho e intenta mostrar que no existe una relación eventual entre el Estado de Derecho y la

democracia, sino por el contrario, es una relación conceptual, natural e ideológica entre ambos (Habermas, 1998). Este argumento se presenta desde dos criterios: 1. El de naturaleza externa que describe la tensión entre las normas y la realidad, es decir, las normativas del Estado de Derecho y los hechos sociales del proceso político; 2. El de fuero interno, que reconstruye el campo jurídico de manera racional. Luego, en el primero se evidencia que el derecho positivo no puede superar su legitimidad de derechos superiores denominados “derechos naturales” (o derechos racionales-ontológicos), sino que deriva de procesos democráticos, El segundo propósito es mostrar que la conexión entre derecho y moralidad se deriva del concepto de derecho moderno. Esta sección trata de las perspectivas externas. Aunado a lo anterior, bien se expresa:

El modelo normativo de democracia radical del autor concibe la relación entre el Estado y la sociedad de tal manera que el proceso democrático soporta todo el peso de la legitimidad. Habermas intentó superar las deficiencias de los modelos normativos de democracia liberal y democracia republicana, gracias a un modelo que llamó política negociada, que era el nombre de un proceso ideal de negociación y toma de decisiones (Martínez Ferro, 2020. Pág. 97).

Exististe dentro de los modelos de democracia liberal y democracia republicana contextos equívocos en sus a su razón de ser en sus principios: por un lado, los derechos humanos y, por el otro, la soberanía popular. La tradición liberal (de contenido kantiano) se consolida a los procesos democráticos sustentados en los derechos humanos universales y la defensa de la autonomía privada; pero por otro parte, está la tradición republicana (de nociones fuertes en Rousseau) que destaca en actuar conforme al principio de soberanía del pueblo o llamada comúnmente autodeterminación pública.

Alude el profesor Norberto Bobbio (1989) que los primeros, desconfían de la autodeterminación pública ya que esta eventualmente conduce a la tiranía de la mayoría, privando de las libertades y derechos a los sujetos. Mientras que los segundos, van en contra del privatismo particular de los ciudadanos pues estos defienden decididamente la esfera privada.

Dicha equivocidad, y a la luz de Jürgen Habermas, se puede apreciar de la siguiente forma:

1. El concepto de ciudadano:	2. El concepto de derecho.	3. La naturaleza del proceso democrático.
<p>Democracia Liberal: para ser ciudadanos todo depende de los derechos subjetivos que se inculquen del país a los otros ciudadanos. Por ende, conciben los derechos como negativos protegiendo así la esfera de lo privado. (Habermas, 1999. Pág. 232)</p> <p>Democracia Republicana: A contrario sensu, los derechos son libertades positivas. Se garantiza la práctica común donde los sujetos participan bajo los ponderados de igualdad y libertad. (Habermas, 1999. Pág. 233)</p>	<p>Democracia Liberal: el objetivo del régimen jurídico es garantizar la libertad del individuo en toda situación. La ley es un conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad de uno se puede coordinar con la voluntad de otro de acuerdo con la ley universal de la libertad (Kant, 2008. Pág.39)</p> <p>Democracia Republicana: el régimen jurídico objeta su finalidad en proyectar la vida de común, dando reciprocidad en el respeto de los ciudadanos y la integridad de las comunidades.</p>	<p><i>Las diferencias con respecto a los conceptos de ciudadano y derecho no son más que las consecuencias de la forma como cada tradición comprende el proceso democrático, esa es la diferencia decisiva. Los liberales entienden la política como una competencia por alcanzar posiciones de poder, en la que los actores colectivos luchan estratégicamente para alzarse con el poder administrativo. La legitimidad del poder político se mide en la aprobación y el éxito alcanzado en los procesos electorales, que es donde se expresa la voluntad y opinión de los ciudadanos. “El punto crucial del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de los ciudadanos que deliberan, sino la normativización, en términos de Estado de derecho, de una sociedad volcada en la</i></p>

		<p><i>economía que mediante la satisfacción de las expectativas de felicidad privadas de ciudadanos activos habría de garantizar un bienestar general entendido de manera apolítica</i> (Habermas, 1999. Pág.239).</p>
--	--	--

Para el Habermas, cada modelo posee ventajas y desventajas. La ventaja notoria de la concepción liberal es que, al centrarse en la normatividad del Estado de derecho, asegura las libertades individuales, frente a las mayorías que pueden exceder, violentar, vulnerar el derecho que tienen las minorías. Su desventaja es también evidente, se renuncia a la idea del autogobierno común. Por su parte, el modelo republicano tiene la ventaja de ajustarse a un sentido de democracia radical, en el que los ciudadanos se organizan de manera sociable. Su desventaja hace pensar que los ciudadanos puedan actuar conjuntamente orientados al mismo fin, es decir *el bien común*. “La política empero no consiste sólo, y menos aún en primer lugar, en discusiones a la autocomprensión ética. El error del *modelo republicano* radica en el *estrechamiento ético al que son sometidos los discursos éticos*” (Habermas, 1999. Pág. 238).

Por esta razón, el autor en mención propone la democracia deliberativa un *republicanismo kantiano* (Habermas, 2015. Pág. 180) Esta propuesta basa la democracia en una teoría del discurso que toma elementos del liberalismo y el republicanismo, agrupándolos en un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de decisiones, mostrando que la autonomía individual y autonomía política son necesarias y no deben estar separadas. “*Frente al liberalismo insiste en un fundamento del proceso democrático que rige a partir de los derechos inherentes a las personas, y del republicanismo, que resalta el auto entendimiento en la eticidad de una comunidad determinada*”(Martínez Ferro, 2020. Pág. 96). Así, la teórica discursiva de la democracia surge dentro del contenido normativo empero con visión de discurso, es decir, las formas de argumentación de la acción orientada al entendimiento y en último momento, de la estructura de la comunicación lingüística y del orden no sustituible que representa la acción comunicativa. Así las cosas, se refleja que:

El tercer modelo de democracia que yo quisiera proponer se apoya precisamente en las condiciones comunicativas bajo las cuales el proceso político tiene para sí la presunción de producir resultados racionales porque se lleva a cabo en toda su extensión de un modo deliberativo (Habermas, 1999. Pág. 239)

La teoría discursiva de la democracia parte de la intersubjetividad de los sujetos, empero dentro de los espacios políticos en donde se dan procesos de entendimiento (téngase en cuenta los parlamentos, o los órganos de opinión pública para debelar políticas públicas, entre otras). En los espacios públicos se genera un poder comunicativo generador de la opinión y la voluntad pública, que debe transformar a través de las actividades legislativas.

Por lo tanto, el proceso democrático como espacio deliberativo es aquel en el que los ciudadanos son capaces de reconocerse a sí mismos como hacedores y receptores de derechos, normas e instituciones, asumiendo una perspectiva intersubjetiva que sólo puede desarrollarse dentro del marco de estructuras comunicativas. En el espacio público político se perciben, identifican y abordan cuestiones de interés para la sociedad en su conjunto. La movilización de la libertad de comunicación, como la libre discusión de temas y manuscritos, información y argumentos relevantes, etc., se manifiestan como el poder de la comunicación para regular la formación de opiniones y voluntades a través de la discusión, logrando así los resultados deseados. razonable. La democracia deliberativa reside en el proceso democrático, y la política deliberativa es el núcleo del proceso democrático.

La idea de democracia deliberativa de Habermas es una idea normativa, razón por la cual la democracia no se considera como algo dado o institucionalizado, sino como un ideal de proyecto individual de autolegislación y autonomía. La democracia deliberativa tiene como objetivo garantizar que el resultado de un proceso verdaderamente democrático permita a los ciudadanos elegir de forma autónoma y libre las normas, derechos e instituciones que los gobiernan a través de la deliberación. La legitimidad de estas normas, derechos e instituciones depende de un acuerdo racional alcanzado a través de la comunicación y el debate democrático. Habermas (1998) lo explicita así:

Son válidas, en estricto sentido, las normas de acción sobre las cuales todas las personas susceptibles de estar interesadas de una manera o de otra, podrían ponerse de acuerdo, en tanto participantes de discusiones racionales. (Pág. 172).

Esto significa que, las raíces del derecho democrático en leyes, derechos e instituciones se basan en acuerdos mutuos alcanzados en consulta. Se trata, por tanto, de un acuerdo comunicado en un proceso de negociación en condiciones de igualdad, es decir, un acuerdo alcanzado tras negociaciones justas y honestas, sujeto a la ley, libre e igual para las partes, y guiado por los principios de argumentación y negativa. Al litigar, las personas bajo esta Ley deben mirar las objeciones y objeciones para ver si la ley lo permite a la persona afectada.

Habermas es consciente de que, para lograr una democracia deliberativa, que pueda garantizar la autonomía pública y privada, debe institucionalizar formalmente las condiciones bajo las cuales se expresan los procesos discursivos de formación de opinión y voluntad popular. A través de estos procesos, desarrollan de forma independiente leyes, derechos e instituciones políticas. Los requisitos formales no impedirán el ejercicio de la soberanía popular; al contrario, institucionalizar estos requisitos lo facilita. Bien lo resalta el profesor Martínez Ferro (2020):

“La mediación institucional del sistema jurídico resulta entonces indispensable para garantizar los procesos comunicativos y la integración social. Esto lleva a Habermas, en Facticidad y validez, a exponer las condiciones bajo las cuales el derecho puede ser el mecanismo mediante el cual se encuentran soluciones racionales a problemas comunitarios, lo cual implica reconstruir la racionalidad implícita en la disposición normativa moderna. En tal sentido, el derecho es entendido como un discurso práctico sometido al igual que la moral a la lógica del discurso; aunque, a diferencia de la moral, el derecho es un discurso práctico institucionalizado” (Pág. 103) (Cursiva fuera de texto).

La reconstrucción discursiva de los derechos, se refiere entonces a la comprensión de la opinión y voluntad pública y de lo político, la cual, se forma discursivamente a través

de procesos democráticos y fomentan la legitimidad de la ley y de la democracia misma. En este modelo de democracia deliberativa, todo poder legítimo depende de la consulta popular, de los consensos y argumentos en los procesos:

Sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que, en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica (Habermas, 1998. Pag.176)

Por último, y al tema que concierne frente al presente escrito, la JT es un concepto fundamental en la construcción de sociedades democráticas que buscan lidiar con un pasado atroz caracterizado por graves violaciones a la dignidad humana como consecuencia de delitos perpetrados, como lo son conflictos armados, dictaduras o genocidios. La noción de JT desde la perspectiva de la democracia deliberativa y el principio discursivo de Jürgen Habermas como teoría política, aboga por la toma de decisiones colectivas a través del diálogo y la deliberación pública. En este contexto, la JT se convierte en un proceso crucial para la consolidación de la democracia en sociedades que han experimentado traumas históricos. Habermas, uno de los filósofos más influyentes en esta tradición, sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas depende de un proceso deliberativo inclusivo en el que todos los ciudadanos pueden participar en un intercambio racional de argumentos.

La JT como se ha venido mencionando es un concepto crítico en la construcción de sociedades democráticas, y será la democracia deliberativa, la que enfatizará la importancia del discurso público y la deliberación racional en la toma de decisiones políticas, proporcionando una base sólida para comprender y abordar los desafíos de un eventual posconflicto. Habermas (1996) en su libro la inclusión del otro, sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas en una sociedad democrática se deriva de un principio discursivo que implica a todos los ciudadanos, donde estos deben tener igualdad de acceso al proceso de deliberación y que las decisiones políticas deben ser el resultado de un discurso público abierto y libre de coerción⁸⁰.

⁸⁰ Algo similar llegó a acontecer en los procesos de paz de Colombia, donde las víctimas tenían la participación para saber cómo ser reparados y poder reconciliarse con los actores del conflicto.

Para aplicar los principios de la democracia deliberativa en el contexto de la JT, es esencial garantizar la participación activa de todas las partes interesadas, incluyendo víctimas, perpetradores y la sociedad en su conjunto. La búsqueda de la verdad es un componente fundamental de la JT, como se ha venido analizando, luego, se alinea con el enfoque habermasiano. Las comisiones de la verdad permiten la exposición de la verdad a través de testimonios y pruebas, lo que contribuye a la construcción de una narrativa compartida del pasado y establece las bases para la reconciliación. Igualmente, la rendición de cuentas de los responsables de violaciones a los derechos humanos es esencial para la JT; sin embargo, este proceso debe ser justo y basado en el recaudo sistémico de versiones de la verdad sólidas. Por ello, la reparación a las víctimas, tanto material como simbólicamente, también es crucial para la reconciliación y se relaciona con la equidad y la justicia, como lo propone Habermas.

La democracia deliberativa no se detiene después de un proceso de JT inicial. Por el contrario, debe ser un compromiso a largo plazo en la construcción de una memoria colectiva y la consolidación de una cultura democrática en la que los ciudadanos continúen participando en el debate público y la toma de decisiones políticas. Y esto conlleva a que la JT y la democracia deliberativa, sean fundamentadas en el principio discursivo de Jürgen Habermas (1996), pues convergen en su énfasis en la participación inclusiva, la búsqueda de la verdad, la responsabilidad, la reparación y la participación continua. Al abordar los desafíos de la justicia en sociedades postconflicto desde esta perspectiva, se promueve la reconciliación y se sientan las bases para la consolidación de una democracia genuina que respete y proteja los derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. Tras un breve repaso de la historia de la JR y la JT, sus diferencias y aplicación conjunta, se resalta que, en los procesos de búsqueda de paz y estabilidad social, es importante el reconocimiento de las partes y su participación en las diferentes etapas de la transición, siendo los principales actores y beneficiarios de los resultados del cambio. Por otro lado, se tiene que la JT no es una herramienta jurídica, sino que es una postura política que permite engranarse la implementación de nociones jurídicas que le permiten configurarse, y dar una respuesta racional a la búsqueda de paz dentro de un periodo de cambio radical en un Estado.

2. Así las cosas, la JT es un enfoque crucial en la política criminal de los Estados que han experimentado períodos de conflicto armado, regímenes autoritarios o violaciones masivas de derechos humanos. Esta forma de justicia busca abordar los crímenes del pasado y lograr una transición hacia la paz, la reconciliación y la construcción de sociedades democráticas. Luego es importante que este conjunto de medidas políticas sean diseñadas para abordar y solucionar las violaciones graves de derechos humanos en el contexto de conflictos armados o regímenes autoritarios. Estas medidas pueden incluir juicios, comisiones de la verdad, reparaciones a las víctimas y reformas institucionales. El objetivo principal es establecer responsabilidad por los crímenes, garantizar la verdad y la reconciliación, y prevenir la repetición de abusos en el futuro.

3. La importancia de la JT análoga a la JR es:

- a) **La Responsabilidad:** debe buscar responsabilizar a quienes perpetraron crímenes graves, enviando un mensaje de que los hechos realizados no deben ser olvidados. Esto contribuye a restaurar la confianza en las instituciones estatales y a construir un Estado de Derecho sólido.
- b) **La Verdad y la Reconciliación:** Las comisiones de la verdad y otros mecanismos permiten a las víctimas y a la sociedad en general conocer la verdad sobre lo que sucedió durante los períodos de violencia. Esto puede ser fundamental para la reconciliación y la curación de las heridas del pasado.

- c) La Prevención: la JT puede contribuir a prevenir futuros abusos al disuadir a futuros perpetradores y al reformar las instituciones que fueron cómplices de la violencia.

4. La JT es esencial para abordar las violaciones graves de derechos humanos y construir sociedades democráticas y pacíficas. Aunque enfrenta desafíos significativos en su implementación, su importancia no debe subestimarse. Los Estados y la comunidad internacional deben comprometerse con la JT como parte integral de la política criminal, asegurando así que los crímenes del pasado no queden impunes y que se sienta un sólido fundamento para un futuro más justo y pacífico.

5. Así mismo, se plantea que no es una herramienta que brinde justicia en los términos estereotipados a los que se suele acudir, sino que busca ser un puente que permita el paso hacia la paz, con la finalidad de terminar un régimen totalitario o absolutista, o un periodo de conflicto interno, mediante la generación de un espacio dialógico en el que se garantice la escucha de las posiciones de los actores e involucrados en el conflicto y esto genere en ellos un criterio propositivo en cuanto a la solución del conflicto, acatando las disposiciones en las que se fundamentan la JR y la JT como herramientas atípicas y especiales mediante las cuales un Estado encamina sus esfuerzos a la reconciliación y la protección de los integrantes de su comunidad, buscando además la protección especial de minorías (comunidades campesinas, raizales e indígenas) con un enfoque protector, territorial y de género, propendiendo por la real materialización de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico interno e internacional y evitando la revictimización o la presentación de violencias sistemáticas e institucionales que se deriven del mal actuar del estado frente al malestar social.

6. Es además la forma más efectiva de llegar a una reconciliación social, pues mediante elementos simbólicos, políticos y de reconstrucción se da respuesta a los interrogantes que dejan los hechos generadores de la transición, por tanto, tiene un carácter futurista, ya que no busca el castigo vengativo de los ofensores por los actos que cometieron en la etapa pre transicional, sino que es un medio que busca llegar a la finalidad de estabilizar social, económica y políticamente a una sociedad que ha sufrido los estragos de una

guerra o de un régimen violento y represivo. Además de la implementación de instrumentos que permiten la transformación radical de un orden político, social y jurídico a partir de un equilibrio en las exigencias colectivas de paz y justicia en el marco de la protección especial a las víctimas, con la búsqueda de justicia, verdad y reparación, además de las garantías que ofrece el estado para su reivindicación y no repetición de hechos similares en periodos futuros.

7. Tanto la JT como la JR tienen como principal finalidad la reconciliación social, con la pretensión de remediar el daño que fue ocasionado como objetivo vital en la búsqueda de justicia, y por ello tiene como base tres principios restaurativos: el reconocimiento del daño causado, las obligaciones que se desprenden de las ofensas cometidas y la participación de la comunidad en general dentro del proceso de reconciliación, donde los procesos dilógicos sean entendidos como la insignia de un cambio de mentalidad colectiva en cuanto a las causas del conflicto, el conflicto en sí mismo y las consecuencias que de él se desprenden y que afectan a la comunidad en general, pero sobre todo a las comunidades que vivieron de primera mano el conflicto y se vieron afectados en mayor medida.

8. Se pretende mediante la enmienda del perjuicio ocasionado por el ofensor, que trae consigo una inevitable responsabilidad para el mismo y una obligación de tomar medidas que permitan la reparación del daño ocasionado a la víctima y a la comunidad afectada que provenga de su propia cuenta. Muchas veces las medidas que se deben tomar tienen un carácter simbólico debido a que por la gravedad de la ofensa delitos cometidos no hay forma de reparar el daño, pero que visibilizan socialmente la responsabilidad del ofensor y su arrepentimiento permitiendo un cambio de mentalidad dentro de la comunidad hacia él, permitiéndole iniciar de la mejor forma una nueva vida que se desprende de la transición y de la transformación que de ella se desprende. Análogo a esto, con el reconocimiento del daño y la reparación del mismo se generan una serie de responsabilidades tanto para el ofensor como para el Estado y la sociedad en general, para que, en conjunto, busquen el bienestar colectivo e individual para la víctima y el ofensor, es por ello que los procesos transitivos propenden por la regeneración de los lazos sociales rotos para poder dar un paso más hacia la convivencia pacífica.

9. Para llegar al reconocimiento de estas obligaciones, es fundamental un acercamiento entre las partes incluidas las víctimas y la sociedad en donde mediante el diálogo se aclaren factores importantes para la transición como las circunstancias de tiempo modo y lugar de la comisión de los hechos delictivos, la reactivación de la confianza en los entes estatales como figuras de protección de los derechos de las personas y el fomento de la convivencia pacífica de la sociedad así el proceso se arraiga al conflicto que lo originó y su desarrollo se da de forma acelera y efectiva atendiendo las necesidades generadas por el conflicto por el régimen represivo.

10. Así las cosas, teniendo en cuenta cada opinión que pueda aportarse dentro del proceso la JR busca el equilibrio de los intereses de todas las partes afrontando la problemática desde su punto de origen hasta su punto más álgido, dando así las pautas para su manejo y tratamiento, atendiendo los pilares antes mencionados dentro de la mitigación de las causas del conflicto y afrontando las consecuencias del mismo. Por tanto, la JR se propone la regeneración de un marco alternativo en el cual se desarrolla la JT con base en cinco ítems que hagan de ella un método integral:

- a) Atención que se le da a los daños y perjuicios ocasionados en los que se desprenden una serie de necesidades de las víctimas las comunidades en las que se desenvuelven y de la sociedad en general.
- b) Reconocimiento y vigilancia de las obligaciones que de estos hechos vulneradores se desprenden y el estado, involucrando también a la sociedad en general, toda vez que es insuficiente el reconocimiento de los daños si no existe un entorno seguro en el que los ofensores se puedan desenvolver durante y posterior al proceso transitivo.
- c) Determinación de la necesidad de procesos incluyentes y colaborativos, que den cabida al buen desarrollo de la transición y la transformación social, logrando así espacios seguros de diálogo, reconocimiento, perdón, reparación y reinserción a la sociedad en donde se garantice tanto el cumplimiento de las obligaciones, como los como las condiciones que impidan su repetición.
- d) Inclusión, dentro de los procesos transicionales, de todo aquel que tenga interés en el procedimiento restaurativo y comunitario bajo pautas de respeto mutuo solidaridad colaboración y garantías dentro de entornos dispuestos a cambios sociales.

11. Con base en lo expuesto se presenta la opción viable de que la JT tenga los efectos esperados en la sociedad, en un marco político-jurídico adecuado para el cumplimiento de los acuerdos a los que se llega en las etapas de diálogo. Como todo modelo político, la JT a pesar de tener bases totalmente claras y sin las que no se configuraría tiene un carácter flexible que permite a su adaptación e implementación en diferentes contextos, lo cual genera una alternativa que podría denominarse “universal” a las problemáticas sociales que no son atendidas de forma adecuada por la justicia ordinaria, sin dejar de lado puntos indispensables como la sanción, la responsabilidad y el papel que juega el Estado como regulador de los conflictos.

12. Sin embargo, se debe tener claridad en que dentro de los procesos de JT es inadmisibles el sacrificio de la justicia a cambio de mecanismos que se enfoquen solamente en la eximición de responsabilidades de los ofensores. Por el contrario, la JT debe velar por brindar herramientas que permitan lograr la paz, adaptándolas a las necesidades del contexto, de las víctimas y de la sociedad en general para lograr la consolidación de lo proceso de paz. La JT, además debe construir una serie de instrumentos que permitan garantizar el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. Debe determinar que los victimarios participen en las comisiones de la verdad y contribuyendo a la preservación de la memoria histórica. En ese sentido, más que una compensación financiera, es indispensable garantizar la no repetición de los actos generados de violaciones a los derechos humanos y generar escenarios de reparación simbólica que contribuyan a la paz y la reconciliación nacional.

Es de vital importancia la consecución de la verdad respecto de las causas que ocasionaron el conflicto, pues si es de esta forma, se abre la posibilidad de una visión completa y crítica de los puntos de tensión que generan enfrentamientos sociales y se pueden plantear métodos que permitan evitarlos o atenderlos, de forma tal que se garantice el derecho a la no repetición y por tanto una garantía de protección y de prevención en cabeza del Estado, atendiendo a los principios generales y fines últimos del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución y la normatividad internacional suscrita por los Estados, so pena de sanciones por su incumplimiento o negligencia a la hora de su aplicación, impuestas por organismos internacionales como la

Corte Penal Internacional, que se encarga de vigilar si se da o no la adecuada implementaciones de los instrumentos internacionales suscritos por cada Estado.

13. Ahora bien, sin lugar a dudas, los casos analizados son el referente más sólido que han dado dinamicidad al encuentro con la paz de cara a la terminación de los conflictos, y esto se sustenta en diversos hechos mundiales a finales del XX y e inicios del siglo XXI, re-estructurando las tradiciones contractualistas (Locke, Rousseau, Kant, Rawls, entre otros) y denotando la garantía de la protección del DIH frente a las libertades y garantías del “*dignitas hominis*”. Ello conduce directamente a un fin: la paz y la convivencia en el posconflicto y una democracia consensual con los presupuestos de justicia establecidos por el “todo social”. Las personas que integran la sociedad y se ven inmersas en la JT como mecanismo fehaciente de protección del DIH y la búsqueda constante de la paz, deben ser autónomas y racionales, atendiendo al compromiso de edificar con base en unos mínimos para convivir y coexistir.

En la generalidad de las constituciones políticas, son claros los siguientes criterios: 1. la necesidad de justicia que es dialogal y concertada, 2. Cada persona ejerce por medio de su libertad un aporte de construcción del “todo social”, 3. Al constituirse dicha JT, su fin esencial es la justicia como horizonte del bien común, 4. La codificación de la normatividad que regirá las interrelaciones subjetivas, y 5. El ejercicio de los individuos que efectúan sus deberes cívicos edificando la ciudadanía democrática.

14. Ahora bien, frente al contexto filosófico, a relación entre la verdad, el perdón y la justicia transicional es un tema de profunda complejidad y relevancia en la filosofía de Michel Foucault y en el contexto de la justicia transicional. Foucault, conocido por su análisis crítico de las estructuras de poder y el conocimiento, y la justicia transicional, que busca abordar las violaciones de derechos humanos en sociedades postconflicto o posdictatoriales, plantean cuestiones fundamentales sobre cómo enfrentar el pasado y construir un futuro más justo.

15. Para Foucault, la verdad no es un concepto absoluto y objetivo, sino una construcción social que está intrínsecamente ligada al poder. Su trabajo revela cómo las instituciones sociales, como la medicina, la psicología y la ley, han ejercido el control a través de

discursos de verdad, creando narrativas que justifican y mantienen las estructuras de poder existentes. En este sentido, la verdad se convierte en una herramienta de opresión.

En el contexto de la justicia transicional, esta visión de Foucault arroja luz sobre la dificultad de establecer una verdad objetiva sobre los abusos pasados. Los testimonios y relatos de víctimas y perpetradores pueden ser moldeados por las circunstancias sociales y políticas, y la verdad puede ser escurridiza. Además, el proceso de búsqueda de la verdad puede ser influenciado por actores políticos y las instituciones que buscan mantener su poder.

16. Por otro lado, el perdón es un concepto que a menudo se debate en el contexto de la justicia transicional. Algunas voces argumentan que el perdón es esencial para la reconciliación y la construcción de una paz duradera. Sin embargo, Foucault podría ver el perdón como un mecanismo que refuerza las estructuras de poder al mantener la opresión bajo el disfraz de la benevolencia. El perdón, según Foucault, podría ser una herramienta utilizada por los poderosos para consolidar su dominio.

La JT enfrenta el desafío de equilibrar la búsqueda de la verdad con la necesidad de reconciliación y perdón. Las comisiones de la verdad y la reconciliación, por ejemplo, buscan descubrir la verdad de los abusos pasados, pero también pueden incluir mecanismos de perdón y amnistía. Esta tensión entre verdad y perdón es un dilema ético y político complejo. La visión de Foucault sobre la construcción de la verdad y su relación con el poder desafía las nociones tradicionales de verdad objetiva, mientras que la JT se esfuerza por reconciliar la verdad con la reconciliación y el perdón. Este diálogo entre Foucault y la JT destaca la complejidad y la importancia de estos conceptos en la construcción de sociedades más justas y pacíficas.

17. Ahora bien, el garantismo penal, desarrollado por el jurista italiano Luigi Ferrajoli, es una teoría legal que aboga por la protección de los derechos fundamentales de los individuos en el sistema de justicia penal. Se basa en principios como la presunción de inocencia, el debido proceso, la proporcionalidad de las penas y la limitación del poder estatal en la persecución y castigo de los delitos. El garantismo penal busca evitar abusos del poder estatal y proteger los derechos de los acusados en el proceso penal.

18. Cuando se aplica el garantismo penal al contexto de la JT, surgen una serie de desafíos y consideraciones importantes. La JT se ocupa de abordar las violaciones graves de derechos humanos que ocurrieron en el pasado, como crímenes de guerra, genocidio o tortura, en sociedades que están pasando por transiciones políticas o cambios significativos. A continuación, se analizan algunos aspectos clave de la relación entre el garantismo penal de Ferrajoli y la JT:

a) Equilibrio entre derechos individuales y justicia: El garantismo penal enfatiza la protección de los derechos de los acusados, incluso cuando se enfrentan a cargos graves. En el contexto de la JT, esto puede generar tensiones, ya que la búsqueda de la justicia y la rendición de cuentas por violaciones graves de derechos humanos también son imperativos morales y legales. En algunos casos, podría haber un conflicto entre la protección de los derechos individuales y la necesidad de responsabilidad por atrocidades pasadas.

b) Amnistía y justicia: El garantismo penal se opone a la impunidad y a menudo cuestiona la legalidad de las amnistías. En algunos procesos de JT, se han considerado amnistías como parte de acuerdos de paz o reconciliación. Ferrajoli argumentaría en contra de estas amnistías, ya que podrían ser incompatibles con los principios del garantismo penal al permitir la impunidad de quienes cometieron graves violaciones de derechos humanos.

c) Procedimientos justos y verdad: El garantismo penal insiste en la necesidad de procedimientos justos y equitativos. En el contexto de la JT, esto se traduce en la importancia de garantizar que los procedimientos para determinar la responsabilidad por violaciones de derechos humanos sean imparciales y justos. Además, el garantismo penal puede abogar por la búsqueda de la verdad como parte integral del proceso de JT, asegurando que las pruebas se obtengan de manera legítima y confiable.

19. En el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, un destacado filósofo y teólogo medieval, proporciona una base interesante para analizar la punibilidad y su relación con la JT. Aquino desarrolló una teoría ética y jurídica influencia que abordó temas de justicia y castigo, y aunque vivió en una época muy diferente, sus ideas siguen siendo relevantes

en el contexto contemporáneo de la justicia transicional. Aquino sostenía que el castigo es necesario en la sociedad para preservar la justicia y corregir el mal causado por un delito. Sin embargo, él también argumentaba que el castigo debe ser proporcionado al delito y tener un propósito redentor. Esto es relevante para la justicia transicional, ya que los procesos de castigo y rendición de cuentas deben equilibrar la búsqueda de justicia con la posibilidad de reconciliación y perdón. El enfoque de Aquino en la proporcionalidad y la redención puede influir en la forma en que se abordan las violaciones de derechos humanos en la JT.

20. Aunque Aquino no abordó directamente el concepto de JT, su enfoque en la redención y la gracia divina puede considerarse relevante. En la JT, a menudo se debate si el perdón y la reconciliación son compatibles con la rendición de cuentas por violaciones graves de derechos humanos. Aquino podría argumentar que, en un contexto de JT, el perdón y la reconciliación son deseables siempre que no comprometan gravemente la justicia y la corrección del mal.

21. Aquino también discutió la relación entre la autoridad y la justicia. Argumentaba que la autoridad legítima debe actuar de acuerdo con la justicia y que los individuos tienen un deber de obediencia a leyes justas. Esto puede aplicarse a la JT en el sentido de que los procesos y las decisiones deben basarse en un sistema legal legítimo y justo.

22. La teoría de la justicia de John Rawls es un marco filosófico influyente que busca establecer los principios fundamentales para una sociedad justa. Rawls propone una concepción de justicia basada en el concepto de "justicia como equidad", que tiene aplicaciones relevantes en el contexto de la JT, que se ocupa de abordar las violaciones graves de derechos humanos en sociedades en transición. En este ensayo, exploraremos la relación entre la teoría de la justicia de Rawls y la JT. En su "Teoría de la Justicia", Rawls plantea dos principios fundamentales de justicia:

a) Principio de la libertad igual: Este principio establece que cada persona debe tener un conjunto de libertades básicas que sean iguales para todos y que se limiten solo en beneficio de otros o en interés público. Esto significa que las restricciones a las libertades individuales deben estar justificadas y ser razonables.

b) Principio de la diferencia: El segundo principio se refiere a la distribución de recursos y oportunidades económicas y sociales. Rawls argumenta que las desigualdades económicas y sociales deben estar diseñadas de manera que beneficien a los menos favorecidos en la sociedad. Esto se conoce como el "principio de la diferencia" o el "principio de la diferencia justa".

23. Ahora, ¿cómo se relaciona esto con la JT? Se ocupa de situaciones en las que se han cometido graves violaciones de derechos humanos en el pasado. Aquí es donde los principios rawlsianos pueden ser útiles:

a) Protección de las libertades básicas: En el contexto de la justicia transicional, es fundamental proteger las libertades individuales, especialmente las de las víctimas. Las comisiones de la verdad y otros mecanismos deben garantizar que las voces de las víctimas se escuchen y que se respeten sus derechos fundamentales, como el derecho a la verdad y la reparación.

b) Reconciliación y construcción de una sociedad justa: La JT no solo se trata de castigar a los perpetradores, sino también de construir una sociedad más justa y reconciliada. Los principios de Rawls pueden respaldar la idea de que la justicia debe contribuir a la construcción de una sociedad en la que las desigualdades sean mínimas y las oportunidades sean más equitativas.

24. La teoría de la justicia de John Rawls proporciona un marco ético valioso que puede guiar la JT hacia una dirección más equitativa y justa. Sus principios de libertad igual y diferencia justa pueden contribuir a la protección de las libertades fundamentales de las víctimas, la redistribución de recursos y la construcción de una sociedad más justa en el proceso de reconciliación. Sin embargo, su aplicación requiere un enfoque cuidadoso y adaptado a las circunstancias específicas de cada caso de justicia transicional.

25. La importancia de la JR y la JT en Colombia es fundamental para abordar décadas de conflicto armado y violaciones a los derechos humanos. Estos enfoques buscan sanar heridas, promover la reconciliación y construir una paz duradera en un país que ha experimentado un conflicto interno prolongado. En primer lugar, la JR se centra en la reparación de daños y la reconciliación entre víctimas y perpetradores. En Colombia, esto

es esencial ya que miles de personas han sido afectadas por el conflicto armado, y la reconciliación es un paso crítico para la estabilidad social y la coexistencia pacífica. Programas de JR, como los procesos de verdad, justicia y reparación, han brindado un espacio para que las víctimas compartan sus experiencias y para que los perpetradores asuman responsabilidad, contribuyendo así a la curación de la sociedad. En segundo lugar, la JT en Colombia es un componente esencial del proceso de paz. La JEP es un ejemplo clave de este enfoque, que busca juzgar a quienes cometieron delitos graves durante el conflicto armado. Al combinar la justicia con la verdad y la reparación, la JEP ofrece una forma de rendición de cuentas que permite a excombatientes reintegrarse en la sociedad y contribuir a la construcción de la paz. En tercer lugar, la justicia transicional y restaurativa en Colombia tienen como objetivo romper el ciclo de la violencia y prevenir la repetición de conflictos. Al abordar las causas fundamentales de la violencia y proporcionar a las víctimas un sentido de justicia y reparación, se trabaja para construir una paz sólida y duradera. Y en cuarto lugar, la participación activa de las comunidades y las víctimas en estos procesos es fundamental. Colombia ha visto la creación de espacios de participación como los Comités de Verdad, que permiten que las voces de las comunidades afectadas sean escuchadas y tengan un papel en la construcción de la paz y la justicia.

26. La JR y la JT en Colombia son pilares esenciales en la búsqueda de la paz y la reconciliación en un país marcado por décadas de conflicto. Estos enfoques no solo buscan reparar el daño causado, sino también prevenir la repetición de la violencia y construir una sociedad más justa y pacífica, donde las víctimas y las comunidades tengan un papel activo en el proceso de construcción de la paz.

27. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia es una parte esencial del proceso de justicia transicional en el país. Fue creada como parte del Acuerdo de Paz de 2016 con las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) con el objetivo de abordar las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante décadas de conflicto armado. La JEP tiene varias bondades significativas en el contexto de la justicia transicional y la búsqueda de la paz en Colombia.

28. La JEP ofrece un enfoque equilibrado entre la justicia y la reconciliación. Permite que excombatientes, incluidos aquellos que cometieron delitos graves, comparezcan ante el

tribunal y asuman la responsabilidad por sus acciones. Sin embargo, ofrece penas alternativas a la prisión, como la restauración de víctimas y proyectos de servicio social, lo que puede ayudar a facilitar la reintegración de excombatientes en la sociedad y prevenir la reincidencia.

29. la JEP proporciona un mecanismo para descubrir la verdad. Esto es esencial para las víctimas y sus familias, ya que buscan respuestas sobre lo que les sucedió a sus seres queridos. Además, al comprender las causas y las circunstancias de las violaciones de derechos humanos, la sociedad colombiana puede aprender de su pasado y trabajar para evitar futuros conflictos.

30. la JEP contribuye a la estabilidad política y la construcción de la paz. Al brindar a los excombatientes la oportunidad de comparecer ante la justicia y recibir sanciones proporcionales, se reduce la posibilidad de que sigan luchando por la vía armada. Esto ha sido fundamental para mantener el cese al fuego y avanzar hacia un país más pacífico y estable.

31. la JEP en Colombia desempeña un papel crucial en la justicia transicional y la construcción de la paz. Ofrece un equilibrio entre la justicia y la reconciliación, facilita la búsqueda de la verdad y contribuye a la estabilidad política. Aunque enfrenta desafíos y críticas, ha sido un instrumento valioso en la búsqueda de una paz duradera en un país que ha enfrentado décadas de conflicto armado.

32. Igualmente, el papel que juega la Comisión de la Verdad en Colombia, establecida como parte del Acuerdo de Paz de 2016 entre el Gobierno colombiano y las FARC, es una entidad clave en el proceso de JT en el país. Su principal objetivo es investigar y documentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante décadas de conflicto armado, incluyendo homicidios, desapariciones forzadas, torturas y desplazamientos. Esta comisión se enfoca en dar voz a las víctimas y recopilar testimonios para construir una narrativa coherente sobre lo sucedido, proporcionando así una versión oficial de la historia del conflicto.

33. Las bondades de la Comisión de la Verdad en Colombia son múltiples. En primer lugar, brinda la oportunidad de esclarecer la verdad sobre los abusos cometidos, lo que

puede contribuir significativamente a la reconciliación y al cierre emocional para las víctimas. Además, al fomentar la rendición de cuentas y permitir que los perpetradores reconozcan sus actos, sienta las bases para la construcción de una sociedad más justa y pacífica. También, a través de sus informes y recomendaciones, la Comisión puede ofrecer orientación para prevenir futuros conflictos y abusos, convirtiéndose en una herramienta fundamental para la construcción de la paz en Colombia.

34. Una ética discursiva ayuda a repensar una sociedad como la colombiana (y con orientaciones amplias en todos los ESD en sus ordenamientos), cuyo deber ser implica ser edificada como verdadero Estado Social de Derecho, como sujeto supremo constitucional responsable del bien común colectivo, donde su poder se afianza en la realización del proyecto de vida de cada uno de sus integrantes, armonizador de valores personales y de coexistencia como reza el preámbulo de su constitución (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002, pág. 24). En ese orden de ideas, se apoya el ideal de “paz” enfocada en los preceptos sólidos de justicia (como se vio anteriormente con Rawls), edificada racionalmente desde la imparcialidad e igualdad como base para una construcción congruente del bienestar de la sociedad. Al unísono con Zuleta (2015) podemos decir:

Yo replicaría que para mí una sociedad mejor es una sociedad capaz de tener mejores conflictos. De reconocerlos y de contenerlos. De vivir no a pesar de ellos, sino productiva e inteligentemente en ellos. Que solo un pueblo escéptico sobre la fiesta de la guerra, maduro para el conflicto, es un pueblo maduro para la paz”. (Zuleta, 2015, pág. 63).

35. La JT, como ya se ha mencionado, es un concepto que ha ganado relevancia en las últimas décadas, especialmente en sociedades que han enfrentado conflictos armados o regímenes autoritarios. Se refiere a un enfoque de justicia que busca abordar las violaciones masivas de derechos humanos y las atrocidades del pasado de una manera que equilibre la necesidad de responsabilidad con la necesidad de reconciliación y reconstrucción. Por otro lado, el pensamiento de Jürgen Habermas, tal como se expone en su obra "Facticidad y Validez", proporciona una base filosófica importante para comprender cuestiones de justicia y democracia en sociedades complejas.

En su obra, Habermas explora la tensión entre la "facticidad" y la "validez". La "facticidad" se refiere a las estructuras de poder y las circunstancias históricas y sociales en las que vivimos. La "validez" se refiere a las normas, valores y principios que guían nuestras acciones y decisiones. En el contexto de la justicia transicional, esta dicotomía se vuelve esencial. La justicia transicional se enfrenta al desafío de reconciliar la necesidad de hacer justicia por las atrocidades pasadas (facticidad) con la necesidad de construir un futuro democrático y pacífico (validez). Esto implica cuestiones complejas, como la responsabilidad penal de los perpetradores, la reparación a las víctimas, la verdad y la reconciliación. Habermas aboga por una "ética discursiva" que se basa en el diálogo y la deliberación como medios para establecer normas válidas y justas.

36. En este contexto, el pensamiento de Habermas puede ayudarnos a abordar las tensiones inherentes a la justicia transicional. Su enfoque en la deliberación y el consenso puede proporcionar un marco ético para tomar decisiones sobre cómo perseguir la justicia sin socavar la posibilidad de construir una sociedad democrática y reconciliada. La participación activa de todas las partes interesadas en un proceso de justicia transicional puede contribuir a la legitimidad y a la creación de normas válidas.

Sin embargo, también es importante reconocer que la aplicación de la teoría de Habermas en situaciones reales de justicia transicional puede ser complicada. Los desafíos políticos y la resistencia a la rendición de cuentas pueden obstaculizar el ideal de un proceso deliberativo perfecto. Además, la inclusión de voces marginales y la garantía de que las víctimas tengan voz y poder en el proceso son desafíos importantes.

37. Así las cosas, la ética discursiva o ética del discurso proyectada en escenarios posconflictuales es la necesidad de establecer una nueva forma de democracia basada en la participación política posterior a la terminación del conflicto, de ahí que plantee como forma fundamental el consenso de los ciudadanos por medio de actos ilocutivos, es decir, la argumentación del "todo social" para establecer unos mínimos de convivencia y coexistencia. Lo que deben hacer los ciudadanos (con un número considerable de víctimas que enfrentan una reconciliación y una reparación integral) en ese Estado es participar en una "situación de discurso", de consenso, en el cual, entran a hacerse efectivos unos derechos subjetivos sobre las personas y, por lo tanto, se tienen las mismas igualdades en sentido de oportunidad y de posición.

Es necesario entonces que las jurisdicciones especiales (como la JEP en Colombia, o los tribunales para la ex Yugoslavia en la Haya, entre otros que han surgido a través de la historia) o las justicias ordinarias (propias de los ordenamientos jurídicos de los Estados) propongan parámetros de justicia consintientes a la verdad sobre todo hecho delictivo realizado, la reparación integral de las víctimas, la no repetición de actos delictivos y la sociedad saber perdonar con parámetros de bondad y reconstrucción social. De acuerdo con el planteamiento de Habermas (1982), la ética del discurso emerge como necesidad de que los ciudadanos se comprometan en la vida política construyendo una vida democrática y apartándose de la idea del mero sufragio o voto como ejercicio de participación activa. Por el contrario, la ética discursiva acontece dentro de una participación activa de todos los ciudadanos en todas las políticas públicas para la construcción de la sociedad.

38. La ética discursiva de Jürgen Habermas es un enfoque ético que se basa en la idea de que la moralidad se desarrolla a través de la comunicación y la deliberación racionales entre personas. Después de un conflicto armado como los que acontecen a las JT y JR, la ética discursiva de Habermas puede proporcionar un marco valioso para abordar y resolver dilemas éticos y reconstruir la confianza entre las partes involucradas ya sea por dictaduras o conflictos que hayan desgarrado la memoria y dignidad de los sujetos. Aquí hay algunas formas en que esto podría ser posible:

a) Diálogo abierto y razonamiento ético: Después de un conflicto, las partes involucradas pueden participar en un diálogo abierto y racional utilizando el razonamiento ético. La ética discursiva promueve la idea de que las normas y valores éticos deben ser discutidos y acordados a través de la deliberación, lo que permite a las partes involucradas expresar sus preocupaciones y argumentos.

b) Principio de universalización: La ética discursiva se basa en el principio de universalización, que sostiene que las normas éticas deben ser aceptables para todas las partes involucradas. Después de un conflicto, este principio puede ayudar a las partes a identificar normas éticas que sean aceptables para todos y que puedan servir como base para la reconciliación.

c) **Reconstrucción de la confianza:** La ética discursiva también se preocupa por la reconstrucción de la confianza entre las partes involucradas. A través de la deliberación y la comunicación abierta, las partes pueden trabajar juntas para restaurar la confianza mutua al discutir y resolver sus diferencias éticas de manera justa y equitativa.

d) **Reparación de injusticias:** Después de un conflicto, es común que haya injusticias pendientes. La ética discursiva puede ayudar a identificar estas injusticias y a desarrollar soluciones éticas que aborden adecuadamente las preocupaciones de todas las partes involucradas. Esto puede incluir reparaciones, disculpas o acuerdos para evitar futuros conflictos similares.

e) **Ética de la responsabilidad:** Habermas también aboga por una ética de la responsabilidad en la que las personas asumen la responsabilidad por sus acciones y decisiones. Después de un conflicto, esto podría implicar que las partes involucradas reconozcan sus errores, aprendan de ellos y se comprometan a tomar decisiones éticas en el futuro.

f) **Ética de la solidaridad:** La ética discursiva también enfatiza la importancia de la solidaridad y la preocupación por los demás. Después de un conflicto, las partes pueden mostrar empatía y solidaridad hacia las personas afectadas y trabajar juntas para abordar las consecuencias negativas del conflicto.

39. La democracia deliberativa de Jürgen Habermas basa su teoría ético-política en la idea de que la legitimidad de las decisiones políticas, por eso se deriva de un proceso de deliberación pública y racional entre ciudadanos libres e iguales. Dando grandes aportes a dicha teoría:

a) **Comunicación racional:** la toma de decisiones políticas debería basarse en la comunicación racional entre ciudadanos. Esto implica que los ciudadanos deben poder participar en un diálogo abierto y libre en el que se presenten argumentos, se escuchen diferentes perspectivas y se llegue a decisiones mediante la fuerza de la mejor argumentación, en lugar de simplemente votar o imponer decisiones.

- b) **Igualdad y libertad:** La democracia deliberativa se basa en la igualdad y la libertad de los ciudadanos para participar en el proceso de deliberación. Todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de expresar sus opiniones y argumentar a favor de sus puntos de vista sin coacciones ni discriminación.
- c) **Opiniones formadas públicamente:** la deliberación pública debe permitir que los ciudadanos formen sus opiniones de manera informada. Esto significa que se debe proporcionar acceso a información precisa y se deben evitar las manipulaciones y la desinformación.
- d) **Resultados legítimos:** Según esta teoría, las decisiones tomadas a través de un proceso de deliberación pública y racional tienen una legitimidad más sólida, ya que se basan en el consentimiento informado de los ciudadanos y en la consideración cuidadosa de los argumentos presentados.

Así las cosas, la democracia deliberativa de Habermas aboga por un proceso político en el que los ciudadanos participen en un diálogo abierto y racional, lo que debería conducir a decisiones políticas más legítimas y justas. Su enfoque se centra en la calidad del proceso deliberativo más que en la mera votación o elección.

40. En este escenario se asume como responsable la noción de una ética discursiva frente la JT y el posconflicto, de hecho, los esquemas abordados por el contractualismo están llamados a ser superados (donde la libertad de todos se dejaba a merced del Estado y las acciones eran determinadas por las normas, basados en meros acuerdos de intereses), pero por el contrario, el principio discursivo, como lo sustenta Cortina (1990) está delimitado por esquemas dialógicos que garanticen consensos normativos amplios, y qué mejor que en escenarios posconflictuales. Así, el principio discursivo dentro del esquema de la JT y proyectado en las políticas criminales de los Estados, dan una aplicación correcta del derecho, desarrollando un paradigma procedimental que privilegia las condiciones comunicativas y los procesos de formación de la opinión y la voluntad públicas y que, en su aplicación, es el único que asegura la autonomía moral de los diversos sujetos colectivos ciudadanos.

Esto se impone en la medida en que sólo el derecho positivo efectuado en el esquema de las políticas transicionales, deben asegurar la autonomía de los sujetos como no puede hacerlo la moral en las sociedades complejas. De hecho, las normas jurídicas deben ser la expresión simultánea del consenso, de la elección racional de actores libres y personas que quieren superar hechos desgarradores para continuar con el desarrollo de sus vidas. La “autonomía legal” afianza a un tiempo libertades individuales y actos comunicativos. Los ciudadanos tienen derecho a participar en las decisiones políticas en el proceso deliberativo y por lo tanto deben establecerse cauces de participación. Además, el diálogo que se establece entre las instituciones y los ciudadanos debe ser un diálogo igualitario en el cual todos tengan las mismas posibilidades y oportunidades de participar en él; este modelo se considera el proyecto y fin de todo ESD, siendo que a todos los ciudadanos se les debe proteger y reconocer sus derechos humanos en el marco de la imparcialidad y la igualdad.

41. La comunicación juega un papel central en la teoría de la democracia deliberativa de Habermas. Él sostiene que la comunicación racional es esencial para que las decisiones políticas sean legítimas. Esto significa que los ciudadanos deben poder presentar argumentos, escuchar a otros y revisar sus propias opiniones en función de la mejor argumentación disponible. En este proceso, se busca llegar a un consenso basado en el poder persuasivo de los argumentos, en lugar de la imposición de una mayoría. Un elemento clave de esta teoría es la noción de "espacio público". Él postula que debe haber un espacio donde los ciudadanos puedan participar en debates abiertos y racionales sobre asuntos políticos. Este espacio público no se limita a instituciones gubernamentales, sino que incluye medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil y otros lugares donde se puede llevar a cabo la deliberación pública. La existencia de un espacio público saludable es fundamental para la democracia deliberativa, ya que proporciona el entorno necesario para que los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones políticas de manera informada y equitativa.

42. La igualdad es otro principio fundamental en la teoría de Habermas. Argumenta que la igualdad entre los ciudadanos es esencial para la democracia deliberativa, ya que todos deben tener la misma oportunidad de participar en la deliberación y de influir en las decisiones políticas. Esto implica que se deben superar las desigualdades sociales, económicas y educativas que pueden limitar la participación de algunos ciudadanos.

Habermas enfatiza la idea de que cada individuo debe ser tratado como un igual en el proceso de deliberación, sin importar su estatus o posición social. La noción de "opiniones formadas públicamente" es otro aspecto crucial en la teoría de Habermas. Él argumenta que la deliberación pública debe permitir que los ciudadanos formen sus opiniones de manera informada. Esto significa que se debe proporcionar acceso a información precisa y objetiva, y se deben evitar las manipulaciones y la desinformación. Habermas está preocupado por la calidad de la deliberación, y esto requiere un acceso equitativo a la información y la educación cívica.

43. La teoría de la democracia deliberativa de Habermas también aborda la cuestión de la legitimidad. Para él, una decisión política solo es legítima si se alcanza a través de un proceso de deliberación que cumple con los principios de comunicación racional, igualdad y acceso a información imparcial. Esto contrasta con la noción de legitimidad basada únicamente en el consentimiento de la mayoría, ya que Habermas argumenta que una mayoría puede tomar decisiones injustas o irracionales si no se basan en la deliberación adecuada. La idea de la "mejor argumentación" es fundamental en la teoría de Habermas. Él sostiene que, en una democracia deliberativa, los ciudadanos deben aspirar a encontrar la mejor argumentación disponible para apoyar sus puntos de vista. Esto implica que los argumentos deben ser sólidos, respaldados por evidencia y capaces de resistir el escrutinio crítico. Los ciudadanos deben estar dispuestos a revisar y cambiar sus opiniones a medida que surjan mejores argumentos, lo que conduce a una toma de decisiones más racional y justa.

La crítica y el disenso también son bienvenidos en la democracia deliberativa de Habermas. Él argumenta que la deliberación auténtica no debe ser una mera búsqueda de consenso, sino que debe permitir el conflicto y la crítica constructiva. El disenso puede llevar a una mayor clarificación de los problemas y a una revisión más cuidadosa de las propuestas políticas, lo que en última instancia contribuye a decisiones más sólidas y legítimas.

44. la democracia deliberativa también tiene implicaciones para la participación política. Él defiende la idea de que la participación activa en la deliberación política es un deber cívico. Los ciudadanos no deben limitarse a votar en elecciones, sino que deben involucrarse en debates públicos y contribuir con sus conocimientos y opiniones a la

formación de políticas. Esta participación activa fortalece la democracia al garantizar que las decisiones políticas reflejen una gama más amplia de perspectivas y experiencias.

La teoría de la democracia deliberativa de Habermas también ha influido en la discusión sobre la legitimidad de las instituciones políticas. Él argumenta que las instituciones democráticas deben estar diseñadas de manera que fomenten la deliberación pública y la participación ciudadana. Esto incluye la importancia de la transparencia en el gobierno, la apertura a la crítica y la rendición de cuentas de los funcionarios públicos.

45. la propuesta de una JT con efectos normativos determinados previamente en los ordenamientos jurídicos, implica referenciar un modelo de democracia deliberativa. El derecho desempeña la función mediadora entre, por un lado, la facticidad de la política y la economía, y por otro, la pretensión de validez normativa de la moral. Una función “bisagra” entre el mundo de la vida integrado simbólicamente y normativamente, y una esfera sistémica regida por el poder y el dinero. Como derecho positivo está expuesto a ser utilizado como instrumento al servicio del poder para colonizar el mundo de la vida de la sociedad civil. Pero, en tanto resultado del proceso democrático, el derecho transmite la solidaridad social que tiende a humanizar las esferas del mercado y el poder político. Por su parte, la política deliberativa se constituye en el núcleo procedimental del proyecto de democracia deliberativa. Una dialéctica de doble vía entre procesos formales de desarrollos democráticos y procesos informales de opinión en el espacio público político. La política deliberativa madura el juicio de los ciudadanos y ayuda a formar la opinión y la voluntad; funciona como una importante esclusa que comunica un flujo y reflujo permanente entre el poder móvil de la sociedad civil y el Estado, y una reconversión de doble vía entre el poder comunicativo y el poder administrativo de la sociedad.

46. Ahora bien, a modo particular de análisis, se puede afirmar que una ética discursiva y una democracia deliberativa son fundamentales en un contexto de posconflicto y justicia transicional por varias razones:

- a) Reconciliación: Estos enfoques fomentan el diálogo y la escucha activa entre diferentes partes involucradas en el conflicto. Esto es esencial para promover la reconciliación y superar las divisiones existentes.

- b)** Legitimidad: Una democracia deliberativa asegura que las decisiones tomadas durante el proceso de justicia transicional sean justas y legítimas, ya que se basan en el consenso y la deliberación pública en lugar de imposiciones unilaterales.
- c)** Participación inclusiva: Estos enfoques permiten la participación de una amplia gama de voces y perspectivas en la toma de decisiones, incluyendo a las víctimas y grupos marginados, lo que contribuye a una mayor justicia y equidad en el proceso.
- d)** Responsabilidad: Una ética discursiva y una democracia deliberativa exigen que quienes cometieron crímenes rindan cuentas y asuman la responsabilidad por sus acciones, lo que es fundamental para la justicia transicional.
- e)** Prevención de futuros conflictos: Al abordar las causas profundas del conflicto y llegar a soluciones a través del diálogo y la deliberación, se pueden establecer bases sólidas para prevenir futuros brotes de violencia.

Por tanto, estos enfoques éticos y democráticos son esenciales para garantizar un proceso de justicia transicional efectivo y sostenible en un contexto de posconflicto, promoviendo la reconciliación, la justicia y la prevención de futuros conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abuchaibe, H. (2017). La Justicia Transicional del posacuerdo con las FERC-EP. Opera. Universidad Externado de Colombia, 129-153.
- Agudelo, N. (2000). La estructura del delito en el nuevo código penal (Primera ed.). (T. d. Colombia, Ed.) Medellín: Nuevo Foro.
- Ainley, K. (2014). Transitional Justice in Cambodia: the coincidence of power and principle. En J. Renee, & K. Hun Joon, *Transitional Justice in the Asia-Pacific* (págs. 125-156). Cambridge: Cambridge University Press.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. (2000). La situación de los refugiados en el mundo 2000: cincuenta años de acción humanitaria. Barcelona: Editorial Icaria & ACNUR, versión en español.
- Ambos, K. (2013). ¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del Derecho Penal Internacional. Dos estudios para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K., Cortés Rodas, F., & et al. (2018). *Justicia Transicional y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Annan, K. (2004). El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas S/2004/616, 23 de agosto). New York: ONU.
- Annan, K. (2004). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas S/2004/616; El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Nueva York: UN ed. Obtenido de <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Antolisei, F. (1960). *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. Milán: Giuffrè.
- Antolisei, F. (1988). *Manual de Derecho Penal (Octava (8º) ed.)*. Bogotá: Temis.
- Arbour, L. (2006). *Economic and Social Justice for Societies in Transition*. Centre for Human Rights and Global Justice Working Paper(10). Nueva York, Estado Unidos: UN ed. Obtenido de http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS_NYU_CHRGJ_Arbour_%20Final.pdf,letzterAufruf:3.5.2010
- Arbour, L. (2007). Economic and social justice for societies in transition. *New York University Journal of International Law and Politics*, 40(1), 1-28.
- Aristóteles. (2004). *La Política*. Madrid: Ediciones Mestas.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Gaceta Oficial.

- Barbero Santos, M. (1980). *Marginación social y Derecho represivo*. Barcelona: Bosch.
- Bassiouni, C. (18 de Diciembre de 2018). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Biblioteca Digital. Obtenido de <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/>: <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/verdad-justicia-y-reparacion/1312-los-principios-de-chicago-sobre-justicia-transicional/file#:~:text=La%20Parte%20II%20presenta%20siete,y%20medidas%20administrativas%3B%20conmemo>
- Bassiouni, M. C. (2007). Los Principios de Chicago sobre Justicia transicional Un proyecto conjunto del “International Human Rights Law Institute”, “Chicago Council on Global Affaire”, “Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali” y la “Association Internationale de Dr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos., 53-67.
- Becaria, C. (1765). *Dei Delitti e Delle Pene*. Venecia: Rivista, corretta e notabilmente accresciute dall autore.
- Beccaria, C. (1765). *Dei delliti e delle pene*. Venezia: Lausana.
- Beníte Jiménez, M. (2016). Guerra y posconflicto en Guatemala: búsqueda de justicia antes y después de los acuerdos de paz. *Revista CS(19)*, 141-166.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). *La Justicia Transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de araguaia*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). *La Juticia Transicional en Brasil. El Caso de la Guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Berdugo Gómez de la Torre, J. I. (1996). *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: Praxis S.A.
- Bettiol, G. (1962). *Diritto Penale (Quinta (5°) ed.)*. Palermo: Priulla.
- Beuchot Puente, M. (2013). *Historia de la Filosofía Medieval*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de cultura económica.
- Boelaert, S. (2000). El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia y el conflicto de Kosovo. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- Borja Jiménez, E. (2001). Pueblos indígenas y Derechos Humanos. En *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* (pág. 672 y ss). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Botero Marino, C. (2006). Derecho penal internacional y justicia de transición ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? En C. De Gamboa Tapias, G. Hoyos, R. Uprimny, & Et All, *Justicia Transicional: Teoría y Praxis* (págs. 280-322). Bohotá: Universidad del Rosario.

- Botero, C. (2006). *Derecho Penal Internacional y Justicia Transicional. ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? Justicia Transicional: teoría y praxis.* Bogotá: Editorial Gamboa, C. & Universidad del Rosario.
- Botero, C., & Restrepo, E. (2005). *Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia. Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia.* Bogotá: Universidad de los Andes. Obtenido de <https://www.idrc.ca/sites/default/files/openebooks/190-6/index.html>
- Buchard, C. (2017). *Die normative Offenheit der Strafrechtspflege. Eine beschreibende Annäherung.* (F. Saliger, Ed.) München: C.F. Müller: Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann.
- Carbonel, M. (2008.). *Democracia y Garantismo Luigi Ferrajoli.* (E. M. Carbonell, Ed.) Madrid.: Trotta.
- Cárdenas Patiño, A., & Cárdenas Sierra, C. (2002). *Núcleos Problemáticos. Módulos del Siglo XXI.* Bogotá: Ediciones Universidad Santo Tomás & Códice Ltda.
- Carrara, F. (1957). *Programa de Derecho Criminal (Tercera ed., Vol. II).* Bogotá: Temis.
- Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2000). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf
- Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de septiembre de 2005). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Caso *Durand Ugarte contra Perú* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de agosto de 2000). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf
- Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de enero de 1989). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf
- Caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2003). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2008).
- Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law.* New York: Oxford University Press.

- Castel, A. (2009). Procesos de reconciliación de Rwanda y Burundi. CIDOB D'AFERS INTERNACIONALS(87). Obtenido de http://www.africafundacion.org/IMG/pdf/caste_IR_reconciliacion_rwanda_Burundi.pdf
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (18 de diciembre de 2020). ¿Qué es la Justicia Transicional? Obtenido de <https://www.ictj.org/es:https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Clamp, K. (2016). Restorative Justice in Transitional Settings. Nueva York: Routledge: Taylor & Francis Group.
- Colorado, F. D. (2008). La justicia transicional y la justicia restaurativa frente a las necesidades de las víctimas. Umbral Científico, 117-130.
- Colombia. Comisión de la Verdad. (2022). Informe Final de la comisión para el esclarecimiento y la verdad, la convivencia y la no repetición. Bogotá: Comisión de la Verdad.
- Colombia. Comisión de la Verdad. (18 de enero de 2019). Obtenido de <https://comisiondelaverdad.co/images/documentos/comision-verdad-lineamientos-metodologicos-2019-01-18.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Derecho a la Verdad en las Américas. Edición al Español. OEA/Ser.L/V/II.152. Columbia, EEUU: Organización de los Estados Americanos.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1999). Guatemala historia del silencio. Nueva York: Naciones Unidas.
- Congreso de la República de Colombia. (27 de agosto de 2003). Proyecto de Ley Estatutaria Número 85 de 2003. Por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional. Bogotá, Colombia: Gaceta oficial 436. Obtenido de file:///C:/Users/admin/Downloads/gaceta_436.pdf
- Correa, C. (2011). Justicia Transicional Manual para América Latina. Brasilia y Nueva York: CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cortés, F. (2018). El fin de la pena en la Justicia Transicional. Justicia Transicional y Derecho Penal Internacional. Bogotá D.C: Nomos S.A.
- Cortina, A. (2010) Ética mínima. Madrid: Técnos
- Cortina, A. (1990) Ética sin moral. Madrid: Técnos

- Cortina, A. (1985) Razón comunicativa y responsabilidad ciudadana. Salamanca: Ediciones sígueme.
- Crocker, D. (2000). Retribution and Reconciliation. Philosophy and Public Policy.
- De Aquino, T. (1485). Suma Teológica (Summa Theologiae).
- De Greiff, P. (2012). Theorizing Transitional Justice. Transitional Justice, II.
- Denegri, G. (2015). Sudafrica: su difícil camino hacia la libertad. Revista Relaciones Internacionales(49).
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2022). Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/manual-estado/sistema-verdad.php>
- Díaz Colorado Fernando. (2008). Justicia Transicional frente a las necesidades de las víctimas. Umbral Científico, 117-130.
- Díaz, E. (1966). Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Ediciones: Cuadernos para el Diálogo-EDICUSA.
- Dworkin, R. (1985). Questioni di principio. Milán: Il Saggiatore.
- Elster, J. (2004). Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective. Cambridge: Cambridge University.
- Elster, J. (2006). Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz. Trad. de E. Zaidenweg.
- Escobar, A. (2013). Desarme, desmovilización y reintegración en Camboya. Colombia Internacional(77), 75-105. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81226288004>
- Eser, A. (2012). Libro. Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik. Berlin, Alemania.
- Etxeberria Mauleon, X. (2015). El lugar del perdón en la justicia en contextos de transición política. Bilbao: Universidad de Deusto, siglo del hombre editores.
- Fernández Liesa, O. Z. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Fassó, G. (1982) Historia de la filosofía del derecho Tomo I. Antigüedad y edad media. Madrid: Pirámide
- Fassó, G. (1982) Historia de la filosofía del derecho Tomo II. Edad moderna. Madrid: Pirámide
- Fernández Puig, A. (2011). La dictadura franquista: régimen político, evolución social y económica. Temario de oposiciones de Geografía e Historia, 1-16.

- Ferrajoli, L. (17 de noviembre de 2014). El garantismo en el pensamiento de Luigi Ferrajoli. (A. Informativa, Entrevistador)
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari.
- Ferrajoli, L. (2016). *Il paradigma garantista, Filosofia e critica del diritto penale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Ferrajoli, L. (2004). *Escritos sobre Derecho Penal (Vol. I y II)*. Buenos aires: Editorial Hammurabi.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Madrid.: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale (Decima Edizione ed.)*. Roma: Edizione Laterza.
- Ferrajoli, L. (2016). *El paradigma garantista. Filosofia critica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (26 de septiembre de 2008). *L'illusione della sicurezza*. Festival del Diritto. Venerdì, Italia.
- Ferrajoli, L., & et all. (2015). *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*. En L. Ferrajoli, *Justicia, Derecho y Posconflicto en Colombia* (págs. 19-43). Tunja, Colombia: Ibañez-Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.
- Ferré Olivé , J., Núñez Paz, M., & Ramirez Barbosa, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano Parte General*. Bogotá: Ibañez.
- Ferré Olivé, J., & Et All. (2010). *Derecho penal colombiano parte general. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Ibañez.
- Ferreti, C. (2010). *Ds formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*.
- Feuerbach, A. (1847). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer.
- Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los otros*. México: Fondo de cultura económica.
- Foucault, M. (2009). *La sociedad punitiva*. Madrid: Akal.
- Foucault, M. (2009). *Obrar mal, decir la verdad: función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2017). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

- Franzki, H. (2012). Zur Kritik von transitional justice als Projekt historischer Gerechtigkeit. *Peripherie: Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt* (32). Obtenido de <https://budrich-journals.de/index.php/peripherie/article/viewFile/22964/20076>
- Gallo, M. (1999). *Apunti di Diritto Penale. La Legge Penale (Vol. I)*. Torino: G. Goappichelli Editore.
- Gamboa Tapias, C. (2006). *Justicia transicional. Teoría y praxis*. Bogotá: Universidad el Rosario.
- Garate Castro, L. (2013). La conflictividad social en la pacificación de Mozambique. *Nova Africa*, 31-42. Obtenido de http://www.novafrica.net/documentos/archivo_NA13/03NA13.Garate31-42.pdf
- García Amado, J. A. (2015). Justicia Transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso. En M. J. Bernuz Benitez, & A. García Inda, *Después de la violencia. Memoria y justicia* (págs. 99-153). Bogotá: Siglo del hombre Editores y Universidad EAFIT.
- García Rodicio, A. (2005). Bosnia y Herzegovina: una visión top-down y bottom-up de la justicia transicional. *Papeles de Cuestiones Internacionales*(89), 67-76.
- Gargarella, R. (2008). *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*. (U. d. Andes, Ed.) Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Garrán Martínez, J. (2016). La Paz y el Pacifismo en la obra de John Rawls. *Derecho y Estado del Instituto Fray Bartolomé de las Casas*, II(34), 141-167.
- Garzón Valdés, E. (1993). La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición. (C. d. Constitucionales, Ed.) *Derecho, ética y política*.
- Garzón Valdés, E. (1993). *La democracia en argentina actual: problemas ético-políticos de la transición*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. *Derecho, ética y política*.
- Gobierno Nacional de Colombia, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. (12 de noviembre de 2016). Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/finAcuerdoPazAgosto2016/12-11-2016-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf>
- Godoy Arcaya, Ó. (1999). La transición chilena a la democracia: Pactada. *Revista de Estudios Públicos* , 79-106.
- González Rubio Babilonia, R. (2015). *Análisis del proceso de paz en Irlanda del norte. Reflexiones sobre su alcance para el abordaje del proceso de paz colombiano. Trabajo de grado presentado para obtener el título de Magister en ciencia política*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Greiff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. *Anuario de Derechos Humanos* 2011(7), 17-39.

- Grispigni, F. (1952). *Diritto Penale Italiano (Vol. 1)*. Milán: Giuffrè Editore.
- Grocio, H. (1939). *De Iure Belli Ac Pacis, Libri Tres, In Quibus Ius Naturae Et Gentium Item Iuris Publici Praecipua Explicantur*. Lugduni Batavorum.
- Hayner, P.B. (2014) *Verdades silenciadas. La justicia transicional y el reto de las comisiones de la verdad*. Barcelona: Bellaterra.
- Habermas, J. (2018). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2018). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2015). *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (s.f.). *Deliberation and democratic legitimacy*. Oxford University.
- Hassemer, W. (1982). *Derecho penal y ciencias sociales fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*. (S. Mir, Ed.) Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Hervada, J. (2013) *Escritos de derecho natural*. Navarra: EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra.
- Heyck Puyana, A. (2019). *Jep: expectativas y realidad. Paz imperfecta-Justicia imperfecta, La Jep Vista Por Sus Jueces*. Bogotá.
- Hobbes, T. (2010). *Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Buenos Aires: Hydra
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán*. México: Fondo de cultura económica.
- Hoyos Vásquez, G. (2001). *La filosofía política de Jürgen Habermas*.
- Human Rights Watch. (2016). *Burundi's human rights crisis, materials published by Human Rights Watch*. Obtenido de https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/burundi_compendum_2016_web_version_4.pdf
- Ibarra Sánchez, C. (2016). *Los Crímenes de Lesa Humanidad a la Luz de la Filosofía Política y del Derecho*. Bogotá: Ibañez & Ediciones USTA.
- Ibarra Sánchez, C. (2016). *De la Guerra y de la Paz. La filosofía del derecho entorno a los delitos de lesa humanidad y un posible encuentro con la paz*. *Principia Iuris*, XIII(25), 153-172.
- Ibarra Sánchez, C. (2021). *Algunas aporías de la punibilidad en el marco jurídico-penal colombiano*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

- Internacional Peace Institute. (2013). *Peace, Justice, and Reconciliation in Africa: Opportunities and Challenges in the Fight Against Impunity*. Nueva York: The African Union Series.
- International Center for Transitional Justice. (2009). *El informe de rabat: El concepto y los desafíos de las reparaciones colectivas*. Nueva York: International Center for Transitional Justice-ICTJ.
- International Center for Transitional Justice. (2009). *Justicia Transicional y los Diálogos de Paz en Colombia*. International Center for Transitional Justice, International Crisis Group. Nueva York: ICTJ.
- International Centre for Transitional Justice. (22 de febrero de 2021). *ICTJ.org*. Obtenido de ¿Qué es la Justicia Transicional?: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- Jelin, E. (2012). *Libro. Los trabajos de la memoria*. Buenos Aires-Madrid.
- Johnston, G., & Van Ness, D. (2007). *The meaning of restorative justice*. En *Handbook of Restorative Justice*. Collumpton: Willan Publishing.
- Joinet, L. (1997). *Informe Final Acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (derechos civiles y políticos). La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos*. Nueva York: UN ed. Obtenido de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>
- Jürgen, H. (2006). *¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista? En: Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (Diciembre de 2020). www.jep.gov.co. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Infografas/participacion/manualparticipacion.pdf>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2022). *Jurisdicción Especial para la Paz*. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (Diciembre de 2020). *Manual de participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Infografas/participacion/manualparticipacion.pdf>
- Justicia Especial para la Paz. (2022). *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Sistema-Integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-NoRepeticion.aspx>
- Kalfas, V. (2015). *La filosofía de Aristóteles*. Atenas: Seav, Kallipos.
- Kant, I. (1998). *Por la paz perpetua*. Madrid: Tecnos.

- Kant, I. (1797). *Die Metaphysik der Sitten*. Königsberg: Herausgeber Friederich Nicolovius.
- Kant, I. (1982). *La paz perpetua*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kant, I. (1983). *La paz perpetua*. México: Porrúa.
- Kant, I. (2008). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2020). *Crítica del discernimiento o de la facultad de juzgar*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I. (2004). *Qué es la ilustración. Filosofía de la Historia*. Buenos Aires: Caronte Filosofía.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelmelmajer, A. (2009). En busca de la tercera vía. La llamada justicia restaurativa, repartida, reiterativa o restaurativa. En S. G. Ramírez, (.) *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.
- Kiss, E. (2000). Moral ambitions within and beyond political constraints. (R. I. Thompson, Ed.) *Truth v. justice: The morality of truth commissions*, 68-98.
- Knust, N. (2013). Pena, Pena atenuada e impunidad. El papel del derecho penal en las sociedades de posconflicto. En *¿Es Injusta la Justicia Transicional?* (págs. 135-190). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Koskenniemi, M. (2011). *The Politics of International Law*. Bloomsbury: Oxford & Portland.
- Lamb, G., & Van der Merwe, H. (2009). *Transitional Justice and DDR: The Case of South Africa*. Nueva York: International Center for Transitional Justice.
- Laplante, L. (2009). outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 915-984.
- Lekha Sriram, C. (2004). *Confronting Past Human Rights Violations. Justice vs Peace in times of transition*. New York: Frank Cass.
- Levinson, S. (1974). *Responsibility for Crimes of War. War and Moral Responsibility*.
- Llanos Entrepueblos, J. (2010). *Tomás de Aquino Circunstancia y Biografía*. Bogotá: Usta.
- Loyo Cabezudo, J. (2017). justicia transicional en Colombia: ¿un instrumento creado para erradicar la impunidad? *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*(5), 32-61.

- Lozano, L. (s.f.). Módulo de formación dirigida. Introducción al concepto de Justicia Transicional.
- Luban, D. (2011). *The Politics of International Law*. Bloomsbury: Oxford & Portland.
- Mailhes, C. (2005). Northern Ireland in Transition: The Role of Justice. *Revista Estudios Irlandeses*, 77-90.
- Mamdani, M. (2016). *Beyond Nuremberg: The historical significance of the Post-Apartheid Transition in South Africa*. (K. Engle, Z. Miller, & D. Davis, Edits.) Cambridge: Cambridge University.
- Maliandi, R. (2002). Ética de la formación universitaria. *Revista Ibero-americana*. Núm 29. Pág. 105-127.
- Manzini, V. (1911). *Trattato di diritto penale Italiano (Vol. Volume Terzo (III))*. Torino: Editori UTET.
- Manzini, V. (1962). *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese.
- Maritain, J. (1953). *L'Homme et l'Etat*. París: Universitaires de France.
- Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2006). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=320#:~:text=El%20caso%20se%20refiere%20a,los%20responsables%20de%20los%20hechos.
- Mate, R. (2015). Paz con Justicia. Después de la violencia, memoria y justicia, 37-56.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity. A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University.
- Medrano, O., Ochoa, W., & Quiroga, L. (2015). *La educación en situaciones de conflicto armado y posconflicto: Aprendizajes para Colombia a partir de los casos de Argentina, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Mejía Quintana, O. (1996). Concepción Política de Justicia, Democracia Consensual y Ética en la Teoría de John Rawls. En P. p. Paz, *En La paz una construcción colectiva* (págs. 206-231). Bogotá: Opciones Gráficas Editores Ltda.
- Mejía Quintana, O. (1997). *Justicia y Democracia Consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Ediciones Uniandes.
- Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Académica & Derecho*, 99-118.
- Montesquieu, C. L. (1748). *De l'Esprit des loix*. Ginebra: Première Édition Publisher: Chez Barrillot & Fils.

- Muddell, K. (2003). *Transitional Justice in Cambodia: Challenge and Opportunities*. Nueva York: Human Rights Watch.
- Naciones Unidas de los Derecho Humanos, O. (2014). *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York y Ginebra: ONU.
- Naciones Unidas. (7 de dicimebte de 2012 y 22 a 26 de abril de 2013.). *Comisión de Prevensión del Delito y Justicia Penal*. Naciones Unidas.
- Nash Rojas, C. (2016). La transición chilena y justicia transicional. *Revista Derecho & Sociedad* , 129-144.
- Nieves, J. (9 de mayo de 2013). ABC.es (ABC ciencia). Obtenido de 78.000 personas se apuntan en dos semanas a un viaje a Marte sin retorno: <https://www.abc.es/ciencia/20130508/abci-voluntarios-para-viaje-marte-201305080950.html>
- Northern Ireland Human Rights Comissions. (2013). *Dealing with Northern Ireland's Past. Toward a Transitional Justice Approach*. Belfast: Northern Ireland Human Rights Comissions.
- Nusbaum, M. (2011). Rawls's "Political Liberalism". A reassessment. *Tatio Iuris*, 1(24), 1-24.
- Nusbaum, M. (2014). Una revisión de Liberalismo político de Rawls. *Derecho del Estado*(32), 5-33.
- Nusbaum, M. (2018). *La ira y el perdón*. México: Fondo de cultura económica.
- Nusbaum, M. (2014). Emociones políticas. ¿por qué el amor es importante para la justicia?. Barcelona: Paidós.
- Oneca, J. A. (1945). *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso de apertura del año académico*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Organización de las Naciones Unidas, & Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacio. (2002). *Examen Histórico de la Evolucion en Materia de Agresión*. New York: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas, & Consejo de Seguridad. (3 de agosto de 2004). *Informe del Secretario General: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Ginebra: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (12 de abril de 2022). El éxito del proceso de paz en Colombia depende del fin de la violencia. pág. <https://news.un.org/es/story/2022/04/1507142> .
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Informe del Secretariado General del Consejo de seguridad sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos S/2011/634*. Ginebra: ONU.

- Organización de las Naciones Unidas. (2014). Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra y New York: ONU.
- Organización de Naciones Unidas - ONU. (2014). Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales. Nueva York & Ginebra: PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.
- Organización de Naciones Unidas. (2004). Informe 616/2004. Organización de Naciones Unidas. Nueva York: UN ed.
- Otto Apel, K. (1992). *Etica della comunicazione*. Milano: JacaBook.
- Otto Apel, K. (1991). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.
- Pagliario, A. (1980). *Principio di Diritto Penale, Parte Generale (Segunda (2º) ed.)*. Milán: Giuffrè Editore.
- Paige, A. (2009). How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31. Obtenido de <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697309,en.pdf>
- Paige, A. (May 2009). How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, Volume 31, Number 2,, 321-367.
- Palacián de Inza, B. (2016). *MOZAMBIQUE: Ni guerra ni paz*.. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Palacios Aguilar, L., Asprilla Valencia, S., & Vergara Mosquera, G. (2017). La justicia transicional en Colombia desde los estándares internacionales de protección de derechos humanos. *Summa Iuris*(5), 103-129.
- Parmentier, S. (2010). Delitos Internacionales y Justicia Transicional: ¿Dónde se encuentra la delincuencia organizada? *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*(24).
- Patierno, N., & Martino Ermantraut, S. (2016). Historia y memoria en Argentina: análisis de la dictadura militar (1976 – 1983) a través del cine como estrategia de intervención alternativa en el escenario escolar. *Revista Colombiana de Educación*(71).
- Payero López, L. (2016). Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente. *Revista de Paz y Conflictos*, 9(1), 209-234. doi:<https://doi.org/10.30827/revpaz.v9i1.3877>
- Peces Barba, G. (2013). *Historia de los Derechos fundamentales Tomo IV*. Madrid: Dykinson.
- Pereda Failache, C., & et al. (2016). *Diccionario de Justicia*. México: Grupo Editorial Siglo XXI.

- Petrocelli, B. (1955). *Principi di diritto penale* (Segunda (2º) ed., Vol. I). Nápoles, Italia: Casa editrice Eugenio Jovene.
- Radbruch, G. (s.f.). Artículo. *Ámbito de la filosofía del derecho*. Alemania.
- Ramírez Coronel, A. *et all* (2020). *Reseña histórica de Michel Foucault (1926-1984): concepto de ciencia e incidencia en la Psicología*. Sociedad de farmacología, Clínica y Terapéutica
- Ramírez Coronel, A. *et all* (2020). *Reseña histórica de Michel Foucault (1926-1984): concepto de ciencia e incidencia en la Psicología*. Sociedad de farmacología, Clínica y. *Terapéutica*, Vol 39, Núm 6. Pág 740-743.
- Ramírez Membrillo, A., Martínez, L., Hurtado Heras, S., & Melchor Díaz, G. (2017). *Ética y guerra en relatos sobre violencia política en Guatemala (1960-1996)*. *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*, 14(1), 23-49.
- Rauschenberg, N. (2013). *Memoria política y justicia transicional en Argentina después de treinta años de democracia*. *Notas para un debate*. *Aletheia*, 3(6).
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press 1 of Harvard University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *El Derecho de Gentes y una Revisión de la Idea de la Razón Pública*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2001). *Justicia como Equidad*. Madrid: Tecnos.
- Rawls, J. (2012). *La Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2013). *Liberalismo Político*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid, España.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española.
- Reyes Echandía, A. (1978). *La punibilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Echandía, A. (2017). *Derecho Penal Parte General* (Novena reimpresión ed.). Bogotá: Temis.

- Reyes Mate, M. (Julio de 2012). Memoria de la barbarie y construcción del futuro. NUESTRA MEMORIA(36), 101-112.
- Rincón Cavalli, T. (2016). Justicia Transicional. En J. Marcone, M. Muñoz, S. Ortiz Leroux, & Et All, Diccionario de Justicia (págs. 292-296). México: Siglo Veintiuno.
- Rincón Covelli, T. (2012). La justicia transicional: una concepción de la justicia que se hace cargo de las atrocidades del pasado. En T. Rincón Covelli, J. Rodríguez Zepeda, & Et All, La justicia y las atrocidades del pasado. Teoría y análisis de la justicia transicional (págs. 59-121). México: Miguel Ángel Purrua-UNAM-I.
- Rincón, T. (2010). Libro. La Justicia de la Justicia Transicional. Bogotá, Colombia: Universidad Del Rosario.
- Ríos Monroy, J. (25 de Febrero de 2021). El drama de familiares de niños reclutados por Farc que desaparecieron. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/reclutamiento-forzado-en-jep-familias-de-ninos-desparecidos-piden-datos-para-ubicarlos-569323>
- Rodas, D. F. (s.f.). Artículo. El Derecho Internacional Penal Y El Asunto De La Amnistía. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política Y Humanidades.
- Roeder, C. (1876). Doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena. Madrid: Librería de Victoriano Suarez.
- Rosenblatt, F. (2014). Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. Criminologías e Políticas Criminais, II. Obtenido de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>
- Rousseau, J. J. (1762). Du Contrat Social ou Principies du Droit Politique. Amsterdam: Edition Sans Cartens.
- Roxín, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En C. Roxín, Problemas básicos de Derecho penal (L. Peña, & Abanto, Trads., págs. 11-36). Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1981). Iniciación al derecho penal de hoy. (F. Muñoz, Trad.) España: UNIVERSIDAD DE SEVILLA. SECRETARIADO DE PUBLICACIONES.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2006). Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. Heidelberg: Müller: Fünfte Ausgabe. Ausgabe Neu Bearb. Aufl.
- Sánchez Mera, S. (2014). Tribunales Híbridos: ¿Un modelo uniforme? Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público, 1(2), 1-38.
- Sculier, C. (2008). Informe negociaciones de paz en Burundi: Una justicia ardua pero necesaria. Centro para el Dialogo Humanitario. Obtenido de http://escolapau.uab.cat/img/programas/procesos/hd/burundi_Report_French.pdf

- Seneca, L. A. (1999). *La Ira*. (F. Navarro, Trad.) Alicante: Alicante Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Obtenido de <https://www.biblioteca.org.ar/libros/89740.pdf>
- Sentencia C-013 (Corte Constitucional de Colombia 1997).
- Sentencia C-052 de 2012 , Referencia: Expediente D-8593 (Corte Consitucional de la República de Colombia 8 de febrero de 2012).
- Sentencia C-1287 (Corte Constitucional de Colombia 2001).
- Sentencia C-238 (Corte Constitucional de Colombia 2005).
- Sentencia C-420 (Corte Constitucional de Colombia 2002).
- Sentencia C-579 (Corte Constitucional de Colombia 2013).
- Sentencia C-646 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia C-674 (Corte Constitucional de Colombia 2017).
- Sentencia C-679 (Corte Constitucional de Colombia 1998).
- Sentencia C-936, EXP. 8131 (Corte Constitucional de Colombia 2010).
- Sentencia T-189 (Corte Constitucional de Colombia 1999).
- Sentencia T-291 (Corte Constitucional de Colombia 02 de junio de 2016).
- Sentencia T-406 (Corte Constitucional de Colombia 1992).
- Springer, N. (Enero de 2002). Sobre la verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de la Verdad en Colombia y los desafíos para la justicia restorativa. *Revista de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales*, 1(60). Obtenido de <https://ideas.repec.org/b/ext/figrig/60.html>
- Suárez Aldana, C. (2019). *La justicia transicional, restaurativa y su proyección en el procedimiento dialógico dispuesto para la Jurisdicción Especial para la Paz, La Jep Vista Por Sus Jueces* . Bogotá.
- Tamarit Sumalla, J. (2014). Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 2(2), 43-65. doi:<https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02>
- Teitel, R. (2000). *Justicia Transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 69-94.
- Torío, Á. (1986). El sustrato antropológico de las teorías penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*(Extra 11), 667-678. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=766823>
- Transicional, C. I. (2022). ¿Qué es la Justicia Transicional? Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

- Tutu, D. (1999). No future without forgiveness. Nueva York: Kirkus Reviews.
- Uprimny, R., & Et All. (2014). Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: DeJusticia.
- Uprimny, R. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny, & Et All, ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación en Colombia (págs. 109-138). Bogotá: DeJusticia.
- Uprimny, R., & Saffon, M. (2005). Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades. Bogotá: DeJusticia. Obtenido de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf
- Uprimny, R., & Saffon, M. (2006). Justicia transicional, justicia restaurativa y reconciliación: algunas percepciones del caso colombiano. ("Llegar a un acuerdo" con la reconciliación, biblioteca de documentos de trabajo. DeJusticia. Obtenido de http://global.wisc.edu/reconciliation/library/papers_open/saffon.pdf
- Uprimny, R., & Saffon, M. (2007). Uses and abuses of transitional justice in Colombia. Seminario Internacional Paz y Responsabilidad en Transiciones de Conflictos Armados. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Valencia Villa, H. (2007). Introducción a la Justicia Transicional. Documento de la Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara . Guadalajara (México): Universidad de Guadalajara.
- Valencia, H. (2003). Diccionario de Derecho Humanos. Madrid: Espasa.
- Velasquez Rivera, E. (2006). La transición a la democracia en Chile según la derecha. Revista Estudios Políticos, 189-215.
- Velásquez Velásquez, F. (1997). La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho penal colombiano. Revista de Derecho Penal y Criminología(62), 31 y ss.
- Velásquez Velásquez, F. (2007). Manual de Derecho Penal. Parte General (Cuarta (4º) ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez Velásquez, F. (2010). Manual de Derecho Penal. Parte General (Cuarta Edición ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Villa-Vicencio, C. (2000). Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet. Emory L. J. 49 , 205.
- Von Liszt, F. (1994). La Idea de Fin en el Derecho Penal (Segunda (2º) ed.). Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos: Instituto de Investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- Wabgou, M., & Quishpe Contreras, R. (2014). Participación política de los excombatientes: reflexiones desde Sierra Leona para el caso colombiano.

Documentos de Políticas Públicas, 1-14. Obtenido de http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/piensa-paz/policy_papers/documento_de_politicas_pblicas_4.pdf

Yepes, A. A. (2010). LAS REPARACIONES SIMBÓLICAS EN ESCENARIOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 51-61.

Zabalza Iriarte, O., Cárdenas Patiño, A., & Houghton Pérez, T. (2015). Recuerdos de un maestro. *Compendio de filosofía del derecho*. Tunja: C.C. Sánchez Ediciones.

Zaffaroni, E. R. (1997). Las penas crueles son penas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 47-48.

Zalaquett, J. (1992). Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of News Democracies Confronting Past Human Rights Violations. *Hastings Law Journal*, 43(6).

Zalaquett, J. (1992). Balancing ethical imperatives and political constraints: the dilemma of news democracies confronting past human rights violations. *Hastings Law Journal*, 1425-1438.

Zuleta, E. (2015). *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Bogotá: Planeta Colombiana S.A (Ariel) Ciencias Sociales.

19 comerciantes Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de julio de 2003). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=274&lang=es#:~:text=%2D%20Los%20hechos%20del%20presente%20caso,sus%20relaciones%20con%20grupos%20guerrilleros.