

¿Justicia transicional sin transición?
Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS)

Rodrigo Uprimny Yepes (coord.)

Catalina Botero Marino

Esteban Restrepo

María Paula Saffon

*(Manuscrito sin corregir del libro del mismo título que será
publicado por DJS en enero de 2006)*

Bogotá, noviembre de 2005

Introducción

El vocablo “justicia transicional” hace referencia a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz. Los procesos de justicia transicional enfrentan importantes dilemas, originados todos en la compleja necesidad de equilibrar los objetivos contrapuestos de justicia y paz. En efecto, en las últimas décadas se han consolidado imperativos jurídicos internacionales que protegen los derechos de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en la etapa previa a las transiciones y que buscan impedir que hechos como los acaecidos vuelvan a suceder. Estos derechos se concretan en el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos, en la obtención de una reparación por concepto de ello y en la judicialización y responsabilización del culpable de los crímenes. Sin embargo, las necesidades de paz y reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta de dichos derechos, pues –sobre todo cuando el proceso transicional es consecuencia de una negociación política- para que los responsables de crímenes atroces acepten dejar atrás el régimen despótico o la guerra civil, es necesario que encuentren incentivos para hacerlo, tales como (idealmente) el perdón y el olvido de sus

actos. A pesar de que es posible y deseable buscar vías para reducir esas tensiones entre justicia y paz, no es posible ignorarlas y, por ello, no existen fórmulas únicas satisfactorias.

Pero dilemas como el anterior se intensifican sin duda cuando, como sucede en la actualidad en el caso colombiano, el proceso transicional no puede producir una transformación radical del orden social y político. Por más que las actuales negociaciones de paz entre los paramilitares y el gobierno trajesen como consecuencia el efectivo desmonte del fenómeno paramilitar y el respeto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas –cosa que, como se verá, es seriamente puesta en duda por los distintos artículos de estas publicaciones-, el conflicto armado no acabaría en Colombia. Se trataría, en el mejor de los casos, de una justicia transicional y una paz fragmentarias, pues no aparecen en el orden del día negociaciones con los demás actores alzados en armas que pudieran poner fin a la guerra, la cual podría al contrario tender a su agudización en el futuro cercano.

Colombia atraviesa un proceso de justicia transicional sin transición. La complejidad y relevancia de este fenómeno han hecho que el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad DJS adopte como línea estratégica la elaboración de herramientas conceptuales, normativas y empíricas que permitan una adecuada comprensión del mismo y que propendan por soluciones plausibles, equilibradas y justas de los dilemas que lo impregnan. En el marco de dicha estrategia y en cooperación con otras entidades, diferentes miembros de DJS han producido y publicado una serie de estudios a lo largo de este año, que se reúnen en esta publicación.

Los primeros dos capítulos del libro ofrecen herramientas conceptuales y normativas generales a partir de las cuales pueden analizarse los procesos de justicia transicional. Se trata de una reflexión de carácter más abstracto sobre el tema que, si bien hace

alusión a la situación colombiana, en principio podría servir para el estudio de cualquier contexto transicional. Así, el primer capítulo explora los dilemas propios de todo proceso transicional y presenta los diferentes modelos o fórmulas que un proceso de este tipo puede tomar con miras a resolverlos. Sin adentrarse demasiado en ello, el capítulo reflexiona brevemente sobre la aplicabilidad de tales fórmulas al caso colombiano.

El segundo capítulo, por su parte, estudia detalladamente los estándares jurídicos internacionales que resultan aplicables en contextos de justicia transicional que, como el colombiano, enfrentan la necesidad de negociar la paz con grupos que han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos. En particular, el capítulo se detiene en la manera como la normatividad internacional rige y a la vez complementa el orden normativo y constitucional colombiano, y de esa manera explicita los mínimos con los que debe cumplir un proceso transicional que se lleve a cabo en el país.

En los demás capítulos del libro se hace tránsito a la discusión de herramientas conceptuales, normativas y empíricas específicamente útiles para el análisis de la coyuntura colombiana. Estos tres capítulos tratan temas que han sido relevantes en el debate sobre el marco jurídico de las negociaciones de paz con los paramilitares.

De esa manera, el tercer capítulo aborda las tensiones y complementariedades existentes entre la justicia transicional y la justicia restaurativa. Ello obedece al hecho de que, desde un comienzo, la discusión acerca del modelo de transición a adoptar en Colombia ha insistido en el componente restaurativo de la justicia, por lo que conviene analizar sus límites y potencialidades para un contexto tal.

El cuarto capítulo analiza las virtudes y las posibles limitaciones de la verdad judicial como mecanismo para garantizar el esclarecimiento de la verdad de los hechos acaecidos antes de la transición. Esto se explica si se tiene en cuenta que la verdad aparece como un presupuesto necesario para el éxito de todo proceso transicional, y que el marco jurídico creado en Colombia para el proceso transicional en curso -la ley de “justicia y paz”- optó preferencialmente por la verdad judicial para alcanzar dicho fin.

Por último, a la luz de las herramientas conceptuales generales y específicas antes enunciadas, el quinto capítulo estudia detallada y críticamente el contenido de la “ley de justicia y paz”. En particular, este capítulo se pregunta si los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación se ven debidamente protegidos por esta ley, y si ésta garantiza la no repetición de los crímenes cometidos por el paramilitarismo. Aunque las conclusiones a este respecto no son muy alentadoras, este capítulo ofrece algunas recomendaciones para que, en lo posible, la aplicación de esta ley potencialice sus fortalezas y minimice sus riesgos.

Los capítulos antes reseñados presentan, sobretodo, un análisis de carácter teórico y jurídico de la situación que atraviesa Colombia en la actualidad. Éstos no se embarcan aún en el análisis sociopolítico de la realidad del conflicto colombiano en general, ni del fenómeno paramilitar en particular, a pesar de que esta realidad enmarca e influye en la problemática estudiada. Aceptamos, por ello, la limitación de las conclusiones que aquí alcanzamos, pues sabemos que un trabajo como éste es de vital importancia para la entera comprensión de la situación colombiana. En un futuro, esperamos continuar esta serie de ensayos con análisis que se dirijan en tal sentido.

Capítulo 1

Justicia transicional en Colombia.

Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano*

Rodrigo Uprimny Yepes

El debate acerca de la manera como deben ser enfrentadas las violaciones masivas de derechos humanos en el marco de un proceso de paz reviste gran complejidad, pues posee dimensiones jurídicas, políticas y éticas, que suelen presentar profundas tensiones entre sí. Estas tensiones se concretan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo de los responsables de crímenes atroces, por un lado, y las restricciones derivadas de las realidades políticas y de la necesidad de lograr negociaciones exitosas para trascender el conflicto, por otro lado. En tal contexto, este artículo pretende ofrecer un marco teórico a partir del cual sea posible analizar un proceso de justicia transicional determinado, tal y como el que busca ser implementado en Colombia actualmente. Lejos de entrar en el detalle del caso colombiano, considero de gran utilidad ofrecer algunas herramientas

* Este trabajo se basa en un texto que escribí con Luis Manuel Lasso Lozano: Uprimny, R. y L.M. Lasso. (2004). "Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones", en Fundación social, FESCOL, Embajada de Alemania (eds.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Bogotá: Editorial Gente Nueva, pp. 101-88. La presente es una versión actualizada del artículo que apareció en la *Revista Foro* No. 53, pp. 45-57 (2005), cuya elaboración contó con la valiosa colaboración de Maria Paula Saffon.

conceptuales que permitan enmarcar y precisar el alcance de las discusiones acerca de la ley de justicia y paz y su próxima aplicación.

Con ese fin, el texto comienza por enunciar y explicar los dilemas de la justicia transicional (I), para luego presentar una tipología sobre las diversas fórmulas de justicia transicional, tanto desde el punto de vista de su contenido (II) como de la forma en que fueron adoptadas (III), tratando de evaluar su aplicabilidad al caso colombiano. El artículo termina (IV) con unas breves conclusiones acerca de las particularidades del proceso transicional que intenta llevar a cabo Colombia en la actualidad.

I. Dilemas de la justicia transicional

Los procesos de justicia transicional buscan, ordinariamente, llevar a cabo una transformación radical del orden social y político de un país, o bien para reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico, o bien para pasar de una dictadura a un orden político democrático. Especialmente cuando se trata de transiciones cuyo objetivo es dejar atrás un conflicto armado y reconstituir el tejido social, dicha transformación implica la difícil tarea de lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, es decir, entre los derechos de las víctimas del conflicto y las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse. Y es que existen tensiones entre las exigencias jurídicas internacionales relativas a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes de guerra o de lesa humanidad, y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz llevadas a cabo por los actores armados con miras a lograr la paz. Así, aun cuando la normatividad internacional ha hecho de la obligación de individualizar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos un imperativo cada vez más estricto, la imposición de sanciones de ese tipo en todos los casos puede obstaculizar e incluso llevar al fracaso a un acuerdo de paz. Porque, hay que aceptarlo, en un contexto de guerra, ningún actor

armado estaría dispuesto a participar en un acuerdo de paz que no representara ningún atractivo para él.

Las tensiones entre justicia y paz deben entonces ser tenidas en cuenta en todo análisis que verse sobre las condiciones de posibilidad de un proceso transicional, pues ignorarlas equivale a desconocer el inmenso peso que tienen las particularidades del contexto político en el éxito o fracaso de un proceso de ese tipo. Por eso, si bien es cierto que en el largo plazo una paz democrática durable y verdadera se edifica en forma más sólida sobre la aplicación de justicia a los crímenes ocurridos, en el corto plazo pueden existir tensiones entre las exigencias de la justicia y las dinámicas de la paz, por lo que puede resultar necesario flexibilizar, aunque no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz.

De ahí que pueda afirmarse que, en el marco de un proceso transicional basado en negociaciones de paz entre actores armados, así como la impunidad resulta una opción imposible, desde el punto de vista ético y jurídico, la posibilidad de una justicia retributiva plena parece también quedar excluida. Ello no obsta, sin embargo, para que las fórmulas específicas ideadas para lograr una transición exitosa puedan incluir exigencias importantes de justicia retributiva, así como dosis sustanciales de perdón.

De hecho, si algo queda claro al evidenciar las tensiones insertas en este tipo de procesos es que no existen fórmulas únicas satisfactorias para superarlas. Todas las estrategias de justicia transicional implican necesariamente el sacrificio de alguno de los valores en tensión, pues deben adecuarse a las relaciones específicas de fuerza existentes entre los actores y a las posibilidades de compromiso propias de cada contexto. Ello hace que cada sociedad deba diseñar su propia fórmula de justicia transicional, de acuerdo con los condicionamientos políticos y jurídicos impuestos por el entorno en cuestión.

II. Tipos de transición según las fórmulas adoptadas

Los distintos ejemplos de justicia transicional que ofrece la historia reciente han surgido como mecanismos particulares para enfrentar las tensiones arriba descritas. Por eso, a pesar de la diversidad que presentan en cuanto a los contextos en los cuales surgieron y a las herramientas específicas escogidas para su implementación, los diferentes procesos transicionales pueden ser clasificados esquemáticamente en “tipos básicos”, en función de la manera como los mismos han resuelto las tensiones entre justicia y paz. En particular, resulta posible clasificar tales transiciones según el contenido sustantivo de sus fórmulas y según el procedimiento empleado para diseñarlas.

En función de su contenido, en principio existen cuatro tipos de justicia transicional, que se distinguen por el mayor o menor peso que le otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquéllos y al olvido de los hechos ocurridos². Son los siguientes:

Tipos de transición*	I. Perdones “amnésicos”	II. Perdones “compensadores”	III. Perdones “responsabilizantes”	IV. Transiciones punitivas
Ejemplos	España y las amnistías en Colombia	Chile y Salvador	Sudáfrica	Nuremberg, Rwanda y Yugoslavia
	Amnistías generales,	Amnistías generales,	El establecimiento	Establecimiento de

² Para tipologías semejantes, aunque no iguales, ver Slye (2002) y Simon (2003).

Características básicas	que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas	acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas	de una comisión de verdad, la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones, y el otorgamiento de perdones individuales y condicionados para algunos crímenes	tribunales <i>ad hoc</i> para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad
Lógica subyacente	Facilitar las negociaciones entre los actores, y la reconciliación nacional a través del olvido	Compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas	Lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades	Sólo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos

Es preciso tener en cuenta que, en razón de las especificidades y del carácter dinámico de los procesos transicionales, éstos pueden presentar características de uno o varios de los tipos básicos antes señalados y pueden, así mismo, comenzar escogiendo una vía y

terminar optando por otra. Los tipos básicos antes mencionados son entonces modelos o herramientas esquemáticas, útiles para comprender los diversos elementos que están en juego en los procesos transicionales, pero la realidad es más compleja y cambiante.

Ahora bien, de los modelos de justicia transicional antes enunciados, dos son radicales (I y IV) y dos son intermedios (II y III) en lo que respecta al contenido de sus fórmulas. Es más, podría decirse que los modelos radicales de transición basados en perdones “amnésicos” (I) y en transiciones “punitivas” (IV) no son, en realidad, verdaderos tipos de justicia transicional, en tanto que no se encuentran atravesados por el dilema ya descrito de esta última. De hecho, si bien ambos modelos describen la transición de un estado de guerra a uno de paz o de una dictadura a una democracia, dicha transición no resuelve la tensión entre justicia y paz a través de la consecución de un equilibrio entre las dos exigencias, sino más bien a través de la escogencia de una sola de ellas. Así, mientras que las fórmulas basadas en perdones “amnésicos” buscan lograr transiciones negociadas sin justicia, por su parte, las transiciones punitivas imponen justicia sin dar cabida ninguna a la negociación.

En ese entender, ni las transiciones fundadas en perdones “amnésicos” ni las transiciones punitivas se ajustan a las circunstancias colombianas pues, dado el conflicto armado en el que estamos inmersos, dichas circunstancias requieren un proceso transicional que exija justicia para los responsables de crímenes atroces, pero que al mismo tiempo se enmarque dentro de la lógica de la negociación entre actores armados que hoy domina la escena. Por eso, en el contexto colombiano, estos dos modelos radicales de transición resultan tanto inviables políticamente, como indeseables jurídica y éticamente.

Por una parte, la implementación de una transición basada en perdones “amnésicos” (I) resulta inaceptable jurídicamente en razón de las estrictas exigencias que el derecho internacional ha impuesto en su evolución reciente con respecto al castigo de los responsables de

crímenes de guerra y de lesa humanidad. En efecto, estos crímenes son considerados violaciones severas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, susceptibles de activar la competencia del Tribunal Penal Internacional y de jueces de otros países en virtud del principio de jurisdicción universal. Como tal, las amnistías generales de los mismos son condenadas inflexiblemente por el derecho internacional contemporáneo.

A esa limitación jurídica se suman los cuestionamientos políticos y éticos que surgen frente a una transición fundada en perdones “amnésicos”, consistentes en las presiones nacionales e internacionales en contra de la impunidad de crímenes atroces, por un lado, y en el indeseable sacrificio de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas de dichos crímenes, por otro lado. En ambos casos, se parte de la base de que el perdón y el olvido de crímenes de tal naturaleza impiden una reconciliación nacional verdadera y durable, pues constituyen un germen de violencia futura.

Finalmente, la experiencia colombiana muestra los efectos perversos de esas transiciones amnésicas; las amnistías incondicionales a la terminación de los conflictos, sin que se hubieran establecido responsabilidades, ni esclarecido la verdad de lo ocurrido, ni reparado a las víctimas, mantuvieron sentimientos de injusticia y venganza que alimentaron posteriores guerras y violencias.³ El olvido no parece ser una base sólida para lograr la garantía de que esos hechos atroces no serán repetidos.

Por otra parte, la aplicación del modelo de transiciones punitivas (IV) al caso colombiano no resulta posible, pues requiere la existencia de condiciones políticas y jurídicas que están completamente ausentes del contexto del país. Primero, la implementación de dicho modelo implica que una de las partes del conflicto armado triunfe militarmente e instaure los tribunales encargados de juzgar los crímenes cometidos

³ Sobre los efectos antidemocráticos que ha tenido la falta de memoria en las guerras en Colombia, ver Sánchez (2003).

durante el conflicto, situación que ciertamente no se presenta en Colombia. Segundo, dado que todas las partes del conflicto armado colombiano han perpetrado crímenes atroces, ninguna de ellas podría juzgar legítimamente a las demás unilateralmente. Tercero, la investigación y el juzgamiento de crímenes que -por ser masivos e involucrar a tantos actores- son tan complejos como los de guerra y lesa humanidad requiere que el sistema penal funcione con gran eficacia, a fin de que el proceso no resulte deslegitimado a causa de las inmensas dilaciones que podrían presentarse. Sin embargo, una eficacia tal no existe a nivel nacional ni (siquiera) internacional, por lo que el abandono parcial del paradigma punitivo parece necesario en Colombia. Este abandono parcial implicaría la admisión del perdón, al menos parcial, de los crímenes de algunos victimarios, tales como aquéllos pertenecientes a mandos inferiores, y la concentración de los procesos penales en los dirigentes de los diferentes grupos armados.

A diferencia de los procesos transicionales radicales previamente analizados, el modelo de transición basado en perdones “compensadores” (II) pretende encontrar un equilibrio entre las exigencias de castigo de los victimarios, los derechos de las víctimas y las dinámicas de los procesos de negociación y reconciliación nacional. En ese entender, este modelo intermedio es una forma de justicia transicional en el sentido estricto del término, pues incluye las exigencias de justicia en la lógica de las negociaciones de paz. No obstante, la aplicación de este modelo al conflicto colombiano tendría resultados limitados, pues implicaría sacrificar la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes atroces, a cambio de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

Un sacrificio como éste parte del problemático supuesto de que los derechos de las víctimas pueden ser intercambiados entre sí, supuesto que se opone a las exigencias jurídicas nacionales e internacionales que le otorgan cierta autonomía a cada uno de esos derechos, y que imponen la obligación de individualizar y castigar a los responsables

de crímenes de guerra y lesa humanidad. Adicionalmente, el sacrificio del imperativo de castigo en pro de la verdad y la reparación es criticable desde un punto de vista tanto político como ético, en el entendido de que dicho castigo es fundamental para el éxito durable de un proceso de paz, ya que impide el surgimiento de un sentimiento de impunidad en la sociedad, revaloriza y empodera a víctimas y familiares, y condena políticamente la comisión de crímenes atroces.

Es por eso que considero que el modelo de justicia transicional fundado en perdones “responsabilizantes” (III) es el que más respeta los principios democráticos y los derechos de las víctimas y, así mismo, el que mejor se adecua al contexto colombiano. Este modelo se basa en formas de negociación de la paz que toman seriamente en consideración los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y los deberes del Estado necesarios para garantizarlos.

Así, siguiendo el esquema de perdones “responsabilizantes”, la concesión de perdones ha de ser excepcional e individualizada, y debe regirse por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando constituye la única medida existente para alcanzar la paz y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los actos cometidos por el inculpado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia.

Estos criterios de proporcionalidad se concretan en algunas máximas básicas: (i) A mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón; (ii) a mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón; (iii) a mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón. No existe entonces objeción a conceder indultos o exenciones totales de pena a aquellas personas que sean únicamente combatientes. Incluso, podría pensarse en perdonar integralmente algunas infracciones menores al derecho internacional humanitario. Por el contrario, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones graves al

derecho internacional humanitario en principio deben estar excluidas de perdones totales; en esos casos, sólo serían admisibles perdones parciales –bajo formas de disminución de la sentencia a imponer, o de concesión de subrogados penales como la libertad condicional-, siempre y cuando exista una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación que así lo justifique, lo cual supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial, y el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad, pues no parece admisible que responsables de comportamientos tan atroces puedan recibir un perdón total o deban únicamente cumplir penas alternativas.

Y, en todo caso, desde esa perspectiva el Estado tendría la obligación de garantizar tanto la implementación de mecanismos adicionales al castigo que responsabilicen a los victimarios ante la sociedad, como el establecimiento de instituciones idóneas para el esclarecimiento de la verdad y para la reparación de las víctimas.

De esa forma, además de que las transiciones basadas en perdones “responsabilizantes” logran equilibrar las exigencias de justicia y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz, las mismas resultan compatibles con el derecho internacional al contemplar únicamente perdones proporcionales y necesarios para alcanzar la paz. Como tal, estas transiciones parecen “blindadas” jurídicamente, pues muy difícilmente podrían estos casos ser llevados ante el Tribunal Penal Internacional o ante jueces de otros países, teniendo en cuenta que las decisiones de conceder perdones no derivan de la incapacidad del Estado para perseguir los crímenes ni de su intención de sustraer a los victimarios del castigo penal, sino más bien del requerimiento de lograr un equilibrio entre los reclamos contrarios de justicia y paz.⁴

⁴ Así, parecería razonable que a estos casos no se les aplicara la excepción al *non bis in idem* prevista en el Estatuto de Roma (arts. 17-1-c y 20-3). Además, en el evento en que dicha excepción fuera admisible, es bastante probable que el Fiscal aplicaría el principio de oportunidad y decidiría no perseguir esos casos, en nombre del “interés de la justicia” (art. 53-1-c del Estatuto de Roma). Finalmente, si el Fiscal decidiera en todo caso abrir la investigación, sería posible solicitar ante el Consejo de Seguridad de la ONU la suspensión del procedimiento (art. 16 del Estatuto de Roma), solicitud que sería sin duda aprobada en caso de que el proceso transicional se fundara en perdones responsabilizantes y, por ende, fuera apoyado por la ONU.

De acuerdo con lo anterior, es preciso concluir que en Colombia un eventual proceso de transición debería estar enmarcado por el paradigma de los perdones “responsabilizantes”. Ahora bien, en razón de la naturaleza y las particularidades de nuestro conflicto, de la gravedad de los crímenes cometidos en éste y de la importancia que ello tendría para la consolidación de la democracia, parece conveniente que, adicionalmente, dichos perdones posean un contenido retributivo y no puramente restaurativo. En efecto, como se mostrará en detalle en el capítulo 3, aun cuando los mecanismos propios de la justicia restaurativa -tales como aquéllos que promueven la mediación entre víctimas y victimarios en favor de la reconciliación y en reemplazo de fórmulas de castigo- son importantes, en el país, la transición del conflicto armado a la paz requiere necesariamente que los responsables de delitos de lesa humanidad y de crímenes atroces sean castigados efectivamente.

III. Tipos de transición según el proceso de elaboración

A pesar de lo dicho anteriormente en relación con el caso colombiano, es importante resaltar que toda forma concreta de justicia transicional despierta controversia y resulta discutible, dado que, como se ha dicho ya en varias ocasiones, las fórmulas transicionales pretenden siempre resolver la tensión entre las exigencias de paz y justicia y, por tanto, implican en todos los casos el sacrificio total o parcial de una de ellas en pro de la otra. Por esa razón, puede afirmarse que la legitimidad de las distintas fórmulas de justicia transicional depende, en buena medida, de la forma en que las mismas sean diseñadas. Con base en este criterio, es posible clasificar los procesos transicionales en cuatro tipos básicos:

Tipos de	I.	II.	III. Perdones	IV.
-----------------	-----------	------------	----------------------	------------

transición	Justicia impuest a	Autoamnisti as	“recíprocos”	Transiciones democráticam ente legitimadas
Ejemplos	Bosnia, Nuremberg	Argentina, Chile	Centroamérica	Sudáfrica, Irlanda del Norte, Uruguay
Característ icas básicas	Imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto	Los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición	Los actores armados de una guerra civil se conceden perdones recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos	Alcance de la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía
Lógica subyacente	Castigar unilateral -mente a los infractores de derechos humanos e imponer un nuevo orden	Dejar impunes los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los victimarios, a fin de que éstos permitan que	En tanto que victimarios y víctimas a un mismo tiempo, los actores armados conceden perdón a los otros actores armados, a cambio de ser ellos	Garantizar la participación activa de la sociedad civil en general, y de las víctimas en particular, en el proceso transicional, a fin de dotarlo de legitimidad democrática

	democrático fundado en su respeto	la transición a la democracia tenga lugar	perdonados. Todo en pro de la reconciliación nacional	
--	--	---	---	--

Al igual que en el caso de los tipos de transición según el contenido de las fórmulas, los modelos de transición antes esbozados son tipos “ideales”, susceptibles de matices y mixturas en la práctica. No obstante, los mismos sirven para extraer algunas conclusiones con respecto a la forma que debería adoptar un proceso de justicia transicional en Colombia. En efecto, considero que el modelo que mejor se adapta a las exigencias jurídicas, políticas y éticas presentes en el caso colombiano es el de las transiciones democráticamente legitimadas (IV). Y esto por varias razones:

Por una parte, los demás modelos de procedimientos de elaboración de las fórmulas transicionales resultan implausibles fáctica o jurídicamente, inconvenientes políticamente, indeseables éticamente o insuficientes para el contexto particular.

En primer lugar, la imposición de la justicia por parte de un soberano o de la parte victoriosa en el conflicto armado (I) no parece viable en Colombia. De hecho, como se mencionó previamente, fácticamente resulta bastante poco probable que una de las partes del conflicto armado pueda en algún momento triunfar y someter a todas las demás. E, incluso si esta situación llegara a tener lugar, sería del todo ilegítimo que un actor armado que ha perpetrado tantos crímenes atroces como los demás pudiera juzgar unilateralmente a estos últimos. Pero además, este juzgamiento se vería obstaculizado por los problemas de eficacia del sistema de justicia, que plantean la necesidad de admitir el perdón de algunos actores armados, en ciertos casos excepcionales.

En segundo lugar, las autoamnistías de los victimarios como exigencia para permitir la transición (II) son en la actualidad inviables política y jurídicamente y, sobretodo, inaceptables éticamente. De un lado, dada la pluralidad de actores armados existentes en el conflicto colombiano, y dados los niveles similares de fuerza y de poder que los mismos ostentan, la posibilidad de que uno sólo de ellos pueda condicionar unilateralmente la transición de la guerra a la paz a su autoamnistía parece impensable. De otro lado, las estrictas exigencias jurídicas internacionales referidas a la necesidad de castigar a los responsables de crímenes atroces, que últimamente han sido puestas en práctica incluso para castigar crímenes cometidos hace varias décadas (como en el caso de Pinochet), excluyen dicha posibilidad. Finalmente, además de lo problemático que resulta -en términos de la durabilidad de la reconciliación nacional- imponer la amnistía total de crímenes imperdonables, el hecho de que esta amnistía sea impuesta de manera unilateral precisamente por quienes perpetraran los crímenes atroces, sin participación ninguna de los demás sectores de la sociedad, hace de ésta una posibilidad éticamente lamentable.

En tercer lugar, el modelo consistente en perdones “recíprocos” (III) presenta objeciones tanto en lo que respecta al contenido de sus fórmulas, como en lo que se refiere a la forma de elaboración de las mismas. Así, resulta bastante problemático que las fórmulas fundadas en perdones “recíprocos” excluyan de manera absoluta el componente retributivo de la justicia que, frente a crímenes de guerra y de lesa humanidad, es en muchos casos necesario para lograr una verdadera reconciliación nacional y una reconstrucción durable del tejido social (ver, al respecto capítulo 3). Pero además, las transiciones basadas en perdones “recíprocos” son insuficientes en cuanto al procedimiento que emplean para diseñar las fórmulas de transición, pues excluyen del mismo toda forma de participación de las víctimas y de la sociedad civil. Esto es problemático porque estas últimas ostentan intereses distintos de aquéllos propios de los actores armados en relación con los resultados del proceso transicional. Así, mientras que la sociedad en general y las víctimas en particular tienen el interés de que la verdad

del conflicto sea esclarecida, los responsables de crímenes atroces sean sancionados y las víctimas reciban una reparación de los daños y perjuicios sufridos, los actores armados buscan obtener beneficios jurídicos por el hecho de su desmovilización y están interesados en que la transición sea segura (ver Gallón, 2003: 52). En ese entender, parece cuestionable ética y políticamente que sean únicamente los actores armados quienes negocien la paz y lleguen a un acuerdo acerca del diseño de la justicia transicional, dado que éstos no representan de ninguna manera (e incluso se oponen a) los intereses del resto de la sociedad. Para que una reconciliación nacional verdadera y durable pudiera tener lugar, sería necesario que todos los actores involucrados en el conflicto, y no sólo los actores armados, participaran activamente en su superación. Esto es así, en especial, en un contexto como el colombiano, en el que la sociedad aparece más como víctima importante de los múltiples ataques de los actores armados, que como base social de apoyo de éstos.

En ese contexto, las transiciones democráticamente legitimadas se adecuan a las exigencias jurídicas, políticas y éticas y son, además, las que mejor garantizan que el orden social y político fundado como consecuencia de la transición sea durable y no contenga gérmenes futuros de violencia. De hecho, este modelo consiste en el diseño de las medidas transicionales no sólo por vía de la negociación entre las cúpulas de los actores armados, sino también a través de discusiones sociales amplias e, inclusive, de formas de consulta a la ciudadanía, tales como plebiscitos o referendos. De esa manera, los procesos transicionales elaborados por medio de estos mecanismos garantizan la existencia de espacios de deliberación para todos los interesados en el conflicto y, al hacerlo, adquieren un alto grado de legitimidad, permiten alcanzar un consenso entre los diferentes sectores sociales, y obtienen el apoyo internacional que resulta tan útil e importante en este tipo de procesos.

Primero, la intervención de la sociedad entera en las discusiones sobre el diseño de la justicia transicional garantiza la legitimidad del proceso

no sólo en razón de la alta participación democrática, sino también debido a la gran potencialidad que tiene de generar apoyos sociales básicos en torno a las fórmulas efectivamente escogidas para implementar la transición. Así sucedió en el caso de la transición implementada en Sudáfrica, cuyo contenido concreto obtuvo apoyos sociales importantes en virtud de la amplia discusión social que precedió y acompañó la adopción de las fórmulas (Minow, 1998: 53 y ss).

Segundo, el modelo de transiciones democráticamente legitimadas permite encontrar un punto medio entre las posturas a veces opuestas de los hacedores de paz, por un lado, y de los defensores de los derechos humanos, por otro lado. De hecho, la participación activa de las víctimas directas del conflicto y de la sociedad en general en el debate sobre el diseño de la transición impone límites efectivos a la tendencia de las fuerzas políticas y de los actores armados a lograr acuerdos de paz, incluso si éstos se traducen en impunidad. Esto porque las posturas de las víctimas o de aquellos miembros de la sociedad que estén en desacuerdo con ciertos contenidos de las fórmulas transicionales dejan de ser vistas como obstáculos para la consecución de la paz, y se convierten en perspectivas legítimas y defendibles dentro de la discusión.

Tercero, las transiciones legitimadas democráticamente pueden obtener con gran facilidad el apoyo de órganos internacionales de derechos humanos, tales como la ONU y la Comisión Interamericana, que fortalezcan políticamente el proceso transicional y que, adicionalmente, puedan brindar asesoría en ciertos aspectos de índole técnica (Springer, 2002: 138 y ss.). Y, en relación con el punto anterior, la participación de estos organismos cumpliría también con la función de realizar una mediación equilibrada entre los hacedores de paz y las víctimas y demás defensores de los derechos humanos en el ámbito nacional. En efecto, sería deseable que este tipo de organismos liderara procesos de concertación en torno a las fórmulas de justicia transicional, que permitieran superar la parcialidad de las visiones

contrapuestas y que, a través de la integración de las mismas, hicieran posible el logro de compromisos equilibrados acerca de las exigencias de justicia y paz.

Ahora bien, la selección de los mecanismos concretos que garanticen la participación democrática de la sociedad en el diseño de las fórmulas de justicia transicional depende en gran medida del contexto. De hecho, idealmente hablando, parecería apropiado que dicha participación no se limitara a la discusión abierta de las fórmulas transicionales, sino que, como ya fue dicho, la misma incluyera ciertas instancias de aprobación democrática de las fórmulas, tales como plebiscitos o referendos. Sin embargo, hay que recalcar que estos mecanismos de consulta directa de los ciudadanos requieren, para cumplir con sus propósitos, pasar siempre por el tamiz previo de unos espacios de deliberación que garanticen la participación libre e informada del pueblo. En ese sentido, en aquellos contextos en los que, como en la coyuntura colombiana, la expresión pública de las ideas sobre el conflicto es tan riesgosa y la libertad de los ciudadanos para tomar decisiones al respecto tan restringida, el empleo de mecanismos como el plebiscito o el referendo puede tener efectos bastante contraproducentes en términos de la legitimidad del proceso. Por ello, conviene analizar con detenimiento la conveniencia de estas medidas y, en caso de hallarlas riesgosas o indeseables en un momento determinado, habría que pensar en limitar, al menos en un comienzo, la participación democrática de la sociedad a la apertura de espacios de deliberación libres y equilibrados acerca de las fórmulas de transición.

En conclusión, la transición del conflicto armado a la paz debería realizarse, en Colombia, dentro del paradigma sustantivo de los “perdones responsabilizantes”, con un componente retributivo importante y dentro del modelo formal de las transiciones democráticamente legitimadas, pero admitiendo la posibilidad de restringir algunos de sus mecanismos en razón de los límites impuestos por el contexto.

IV. Las particularidades del caso colombiano

Las conclusiones extraídas en la sección anterior deben ser matizadas de manera substancial al relacionarlas con la situación que atraviesa Colombia actualmente. En efecto, para poder aplicar adecuada y exitosamente los modelos de justicia transicional que antes fueron identificados como los más apropiados para el caso colombiano, sería necesario que en el país existiera un contexto favorable para ello. No obstante, la actual coyuntura del país demuestra todo lo contrario.

Así, como se dijo en la introducción, las negociaciones de paz que recientemente entabló el gobierno nacional con los grupos paramilitares tienen la pretensión de instaurar un proceso de justicia transicional en un contexto de guerra. De ahí que pueda afirmarse que lo que buscan estas negociaciones es, al parecer, un proceso transicional sin transición, porque en el mejor de los casos las mismas sólo tendrán por resultado una paz fragmentaria, parcial. De hecho, el conflicto colombiano presenta una pluralidad de actores armados frente a los cuales no parece viable un acuerdo de paz, al menos en el corto plazo. De ese modo, a pesar de que uno o varios de estos actores armados decidan involucrarse en conversaciones de paz y comenzar a idear mecanismos transicionales, los demás actores persistirán en la guerra y, como tal, impedirán que la transición de los unos sea completa y definitiva.

En ese entender, a los dilemas tradicionales de la justicia transicional, esgrimidos en la primera sección de este escrito, se suman, en el caso colombiano, un sinnúmero de particularidades y de complejidades propias del conflicto en el que estamos insertos. Esto no obsta para que las categorías de la justicia transicional no puedan ser utilizadas en la actual coyuntura colombiana. Es deseable jurídica, política y éticamente que las exigencias de verdad, justicia y reparación sean observadas por todo proceso de paz que se lleve a cabo con grupos alzados en armas, a fin de garantizar los derechos de las víctimas del

conflicto e impedir que dichas negociaciones se traduzcan en impunidad. Sin embargo, es menester que la discusión política en torno a tales categorías tenga en cuenta las particularidades que tendría un proceso transicional en Colombia, y se esfuerce por adecuarlas a las especificidades propias del contexto.

El análisis de la ley de justicia y paz recientemente expedida por el Congreso de la República, que pretende dotar de un marco jurídico a las negociaciones de paz con los grupos paramilitares y eventualmente con otros grupos alzados en armas, se torna entonces de gran relevancia. Además del estudio crítico de su contenido y de las normas que próximamente expedirá el gobierno para reglamentarla, parece conveniente que la discusión trascienda la escena política, de manera que la sociedad entera conozca y participe activamente en la deliberación. Con una intervención vigorosa de los organismos representantes de la sociedad civil y de los propios ciudadanos, las víctimas directas e indirectas del conflicto armado podrían hacer oír su voz, y comenzar a exigir el respeto de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Aunque aún estamos lejos de que en Colombia exista un espacio social de deliberación en el que los ciudadanos puedan manifestar sus opiniones libres de amedrentamientos y de coerciones, el primer paso hacia ese objetivo consiste, precisamente, en comenzar a participar en la discusión. Las herramientas conceptuales que fueron ofrecidas en este escrito pueden servir para ello

Bibliografía

Gallón, G. (2003). “Reflexiones sobre la lucha contra la impunidad en el tránsito hacia la paz en Colombia”, en VV. AA. *Seminario Internacional Verdad y Justicia*. Bogotá: CINEP.

Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.

Orozco, I. (2002). “La Postguerra Colombiana: Divagaciones sobre la Venganza, la Justicia y la Reconciliación”, *Análisis Político* No. 46.

_____. (XXXX). “Dealing with Symmetrical Barbarism: A Challenge for the Human Rights Movement. (The Colombian Case)”. Inédito.

Sánchez, G. (2003). *Guerras, memoria e historia*. Bogotá: ICANH.

Simon, J-M. (2003). *Responsabilidad criminal y reconciliación. El derecho penal frente a la violencia política masiva en Sudáfrica, Ruanda y El Salvador*, nota de investigación, ponencia presentada el 26 de agosto de 2003. México DF: Freiburg - Instituto Max Planck.

Slye, R.C. (2002). “The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 173, pp 240 y ss..

Springer, N. (2002). *Sobre la verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de Verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Capítulo 2

Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*

Catalina Botero Marino
Esteban Restrepo Saldarriaga

Probablemente, uno de los problemas más importantes de los procesos de paz o de transición a la democracia es el que se refiere a la rendición de cuentas por las atrocidades del pasado o, en otras palabras, a la manera de afrontar las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura o con ocasión del conflicto interno que se pretende superar.

La experiencia de otros países sugiere que a este respecto no existen respuestas correctas únicas y universales que resuelvan, de una vez y para siempre, esta cuestión. En efecto, un breve repaso a

* Este texto es una versión **ampliada** de nuestro trabajo anterior: Botero, C. y E. Restrepo. (2005). “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Rettberg, A. (comp.). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, pp. 19-65. Bogotá: **Universidad de los Andes – CESO – IDRC**.

la literatura existente muestra cómo en América Latina o en Europa del Este, en Sudáfrica o en Irlanda del Norte, en la ex Yugoslavia, Sierra Leona o Timor Oriental, se han producido importantes experiencias que han ensayado modelos distintos e, incluso, opuestos, sin que de ellos surja una fórmula única aplicable a los distintos contextos en los cuales se producen procesos de transición (Orentlicher, 1991; Teitel, 2000).

No obstante, el hecho de que no exista una única fórmula para afrontar la transición no significa que no existan algunos parámetros básicos de la justicia transicional o en transición. En efecto, durante las dos últimas décadas, con ocasión de los éxitos y fracasos de las experiencias de transición brevemente mencionadas, se han generado una serie de consensos internacionales en torno a los requerimientos básicos de la justicia en períodos de transición. Como se verá adelante, estos consensos se ven reflejados en informes y declaraciones de órganos de los distintos sistemas de protección de derechos humanos así como en los tratados internacionales, en la doctrina y en la jurisprudencia que desde hace algunos años integran el *corpus iuris* del derecho internacional público.

El presente artículo pretende mostrar brevemente cuáles son los requerimientos básicos de la justicia de transición a la luz de las normas, la doctrina y la jurisprudencia internacional y el derecho constitucional vinculantes para el Estado colombiano, que obligarían al país, en caso de celebrar un acuerdo de paz, a afrontar su vasto legado de violaciones de derechos humanos. Para ello el artículo se divide en seis partes. La primera parte muestra cómo el Estado colombiano, de manera soberana, decidió acogerse a normas constitucionales e internacionales que guían y limitan sus facultades a la hora de firmar acuerdos de paz con grupos que han cometido graves violaciones de derechos humanos. La segunda parte resume los aspectos centrales de las pautas generales de la justicia transicional mientras que la tercera resume las reglas que

en materia de justicia deben ser respetadas por el Estado colombiano a la hora de celebrar acuerdos de paz, amnistías o indultos. La cuarta y quinta parte resumen las reglas que en materia de verdad y de reparaciones, respectivamente, deben ser obedecidas por el Estado al celebrar acuerdos de paz, amnistías o indultos. Finalmente, la sexta parte muestra los distintos recursos y garantías judiciales—nacionales e internacionales—que ha arbitrado el ordenamiento jurídico para hacer respetar dichas pautas y garantizar así los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

I. El proceso de autorrestricción de la soberanía en materia de acuerdos de paz

Durante el siglo XX, en Colombia se produjeron múltiples procesos de negociación entre adversarios armados o entre el Estado y grupos rebeldes. En estos procesos, las partes convinieron, de manera libre y soberana, el contenido de los acuerdos de paz. En la mayoría de estos acuerdos se superpuso la negociación política y la solución del conflicto a los derechos de las víctimas o a la reconstrucción de un relato histórico común que nos enseñara a prevenir nuevos hechos de violencia.

No obstante, en la década de los años noventa, el Estado colombiano, siguiendo una fuerte corriente internacional, inició un proceso paulatino de autorrestricción del ámbito de negociación de acuerdos con grupos armados al margen de la ley. Como resultado de este proceso, hoy en día, por su propia voluntad, el Estado está sometido a una serie de obligaciones internas—constitucionales y legales—e internacionales que deben orientar cualquier proceso de paz con grupos ilegales a quienes se endilgue la comisión de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos. En efecto, en el derecho interno, como se verá más adelante, si bien la Constitución Política de Colombia autoriza al

Presidente a "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley", la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al establecer importantes limitaciones a los poderes del legislador y el Presidente en la concesión de amnistías e indultos.

Por otra parte, en el ámbito internacional—como se explicará detalladamente más adelante—Colombia ha ratificado una serie de instrumentos internacionales a través de los cuales el Estado se compromete a investigar, juzgar y sancionar a quienes cometan cierto tipo de delitos que implican violaciones particularmente graves de los derechos humanos. De particular importancia es el Estatuto de Roma, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional. A través de la suscripción de este instrumento, el Estado colombiano se obligó a juzgar y condenar a penas adecuadas a quienes hayan cometido los crímenes de genocidio, agresión o crímenes de lesa humanidad, y, en caso de no hacerlo, a extraditar a esas personas para que sean juzgadas por dicha Corte. En punto a los crímenes de guerra, Colombia suscribió la declaración del artículo 124 del Estatuto de Roma, de modo tal que los mismos sólo podrán ser juzgados por la Corte a partir del año 2009.

En suma, por decisión libre y soberana, el Estado colombiano se ha comprometido nacional e internacionalmente a cumplir con una serie de obligaciones que constituyen pautas mínimas de justicia en procesos de paz. En este sentido, ya no parece posible, en la tensión entre justicia y negociación política, privilegiar la negociación en detrimento de los valores de la justicia. Por el contrario, hoy en día, quienes cometan crímenes atroces de manera masiva y sistemática, deberán ser procesados y condenados a penas proporcionales, sus víctimas deberán ser adecuadamente reparadas y la sociedad deberá ser informada sobre los crímenes cometidos, para hacer posible una reconstrucción de la historia y la memoria colectiva.

Estas restricciones al poder de negociación política de los gobiernos ya se han manifestado en algunos eventos. En efecto, muchas personas que hicieron parte de los grupos armados beneficiados con amnistías o indultos en la década de los años noventa tuvieron que permanecer en la cárcel mientras cumplieran sus penas por delitos que no guardaban conexidad con delitos políticos, tales como el delito de secuestro. También, dadas las restricciones mencionadas, durante el proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARCEP) en el Caguán (1999 a 2002) y durante el actual proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en Santa Fe de Ralito (2003-), distintos órganos nacionales e internacionales de derechos humanos han advertido sobre las pautas de justicia que deben guiar la negociación.

Ahora bien, como se estudiará más adelante, las pautas de justicia a las que se ha hecho mención constituyen directrices importantes que deben ser atendidas por los órganos políticos a la hora de adelantar la negociación. Sin embargo, tales directrices no contienen una fórmula que permita concretar en detalle el contenido y alcance de los derechos que deben ser respetados en todo acuerdo de paz. En efecto, corresponde al Estado definir, por ejemplo, el sistema concreto de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como las normas que regulan los procesos judiciales que deben adelantarse o las estrategias no judiciales de reconstrucción de la verdad. Lo fundamental es entonces que la política de transición respete las pautas y directrices del derecho internacional—recogidas en el derecho constitucional colombiano—y que su contenido concreto sea el resultado de un amplio consenso, de forma tal que contribuya decisivamente a la reconciliación y al fortalecimiento del estado de derecho. En este sentido, muchas de las respuestas a las demandas de justicia y paz de las víctimas y de la sociedad deberán ser construidas internamente por cada sociedad de conformidad con las características y las condiciones del contexto en el cual opera la

transición (Uprimny y Lasso, 2004).

Parece fundamental entonces estudiar el contenido específico de las obligaciones internacionales y constitucionales del Estado aplicables a los procesos de justicia transicional. En efecto, estas obligaciones no sólo marcan pautas y directrices de justicia que sirven para orientar una adecuada política en estas materias, sino que, adicionalmente, tal y como se explica en la última parte de este artículo, establecen reglas infranqueables de cuyo respeto depende la sostenibilidad a largo plazo del proceso de paz. En lo que sigue, se explica brevemente el contenido y alcance general de dichas obligaciones.

II. Algunas pautas obligatorias de la justicia transicional

En la segunda parte del siglo XX, pero especialmente en las dos últimas décadas, el derecho internacional público ha sido objeto de un gradual pero notorio e importante enriquecimiento en materia de protección y garantía de los derechos humanos. Este enriquecimiento ha supuesto la conquista de esferas antes sometidas exclusivamente a la política, en el mejor de los casos, o a la violencia, en muchos otros.

El avance del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta en cuatro aspectos de particular notoriedad: (1) el aumento sustantivo de las obligaciones de los Estados en materia de defensa y garantía de los derechos humanos; (2) el establecimiento de la responsabilidad penal individual por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario; (3) la ampliación y fortalecimiento de los mecanismos internacionales de garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario; y (4) la extensión de la protección internacional de los derechos

humanos de tiempos de paz a tiempos de guerra y de tiempos de guerra a tiempos de transición. En otras palabras, los Estados encuentran cada vez mejores directrices y mayores restricciones para el diseño de su política pública de paz, de sus estrategias de guerra y de sus modelos de transición.

Los cuatro aspectos mencionados en el párrafo anterior se ven diferencialmente reflejados en cuatro ramas o cuerpos del derecho internacional público, cada vez más interrelacionados pero aún lejos de ser completamente coherentes: (1) el derecho internacional de los derechos humanos; (2) el derecho internacional humanitario; (3) el derecho penal internacional; y (4) el emergente derecho internacional antiterrorista. Adicionalmente, el enriquecimiento del derecho internacional público ha estado acompañado por un fortalecimiento de los sistemas de derecho interno de protección de la persona humana, bien por la aplicación del principio de jurisdicción universal o por la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos al derecho doméstico, tal como ocurre en Colombia a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2001, 2004).

Las pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto al adelantar procesos de transición están explícitamente recogidas en los distintos ordenamientos mencionados o surgen de los mismos por vía interpretativa. A continuación, se clasifican dichas pautas según las obligaciones del Estado respecto de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y no en atención a la rama del derecho a la que pertenecen. Para ello, se adopta la tipificación empleada por Louis Joinet en el Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Joinet, 1997), según el cual los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables aplicables en procesos de transición: (1) la satisfacción del derecho a la justicia; (2) la satisfacción del derecho a la verdad; (3) la satisfacción del derecho

a la reparación de las víctimas; y (4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. Antes de presentar el contenido y alcance de cada una de estas cuatro obligaciones, es necesario precisar el origen y naturaleza de los principios de Joinet, en la medida en que éstos constituyen el origen y fundamento de las obligaciones del Estado en materia de verdad, justicia y reparación.

A inicios de los años noventa, las víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos, directamente o con el apoyo de organizaciones no gubernamentales, iniciaron mecanismos de presión ante las Naciones Unidas para que adoptara medidas eficaces en contra de la impunidad frente a esa clase de violaciones. En su cuadragésimo tercer período de sesiones (agosto de 1991), la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas (actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos), designó al francés Louis Joinet para que adelantara un estudio sobre la cuestión de la impunidad relacionada con violaciones masivas de derechos humanos. En 1997, Joinet presentó un documento titulado Informe final del Relator Especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, en el que recogió cuarenta y dos principios esenciales en que debían fundarse "los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derechos" (párr. 16). Con base en el informe de Joinet, en 1998, fue proclamado el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (ONU, 1998; Fundación Social, 2004: 18-19).

Los principios de Joinet han tenido un fuerte impacto en las prácticas internas de varios países en su lucha contra la impunidad y en las labores de los organismos de supervisión del cumplimiento de tratados regionales de protección de los derechos humanos.

Este es el caso particular de la Comisión Interamericana de derechos humanos, que, con la utilización de los mencionados principios como marco conceptual de sus informes y recomendaciones, ha logrado inducir a varios gobiernos de América Latina "a eliminar obstáculos aparentemente insalvables para la justicia" (Orentlicher, 2004: párr. 8). Así, por ejemplo, en el reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia (Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.120), este órgano señaló que "[l]a comunidad internacional ha identificado una serie de lineamientos en materia de verdad, justicia y reparación que se nutren tanto de las experiencias vividas en distintas sociedades como en los principios de derecho reflejados en la obligación de los Estados de administrar justicia conforme al derecho internacional" (párr. 24). Y, más adelante, agregó: "Este marco normativo, vigente para la mayoría de los Estados miembros de la OEA, se ve reforzado por el derecho consuetudinario así como por los lineamientos acordados en el seno de organizaciones intergubernamentales tales como las Naciones Unidas. Las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad" (párr. 28).

A continuación, se presenta el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Vale la pena anotar que las distintas fuentes y materiales internacionales relacionados con los derechos antes anotados hacen referencia a la vulneración de derechos civiles y políticos. En esta medida, el presente artículo no considera la aplicación de los anotados

derechos de las víctimas a los casos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la justicia

Colombia tiene la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En efecto, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta obligación surge de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los artículos 1-1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual forma, la obligación de investigar y juzgar a quienes cometan graves infracciones del derecho internacional humanitario se encuentra establecida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el primer Protocolo Adicional a los mismos (Convenio I, artículo 49; Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV, artículo 146; Protocolo I, artículo 85). De conformidad con estas normas, los Estados tienen la obligación inderogable de adoptar todas las medidas necesarias para combatir la impunidad, definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como "la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones a los derechos humanos" (Corte IDH, 1998a: párr. 173; Corte IDH, 1998b: párrs. 168 y 170; Corte IDH, 2000: párr. 211).

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que los Estados "deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (Corte IDH, 1988: párrs. 166 y 167). En este mismo sentido, los órganos de supervisión de los distintos convenios internacionales de derechos humanos (Comisión de Derechos Humanos, Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, entre otros) han reiterado el deber de los Estados de investigar exhaustivamente las violaciones graves de los derechos humanos y de juzgar y sancionar a los perpetradores (Orentlicher, 2004: párr. 26).

Para efectos analíticos, las obligaciones estatales contenidas en el principio antes transcrito pueden ser desglosadas en cuatro grandes temas que se estudian a continuación: (1) el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos; (2) el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos; (3) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (4) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso; y, (5) el deber de imponer penas adecuadas a los responsables.

a. El deber del Estado de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y los límites de las amnistías e indultos en procesos de paz

Como se anotó más arriba, los procesos de transición a la democracia y al estado de derecho pueden plantear una tensión entre los derechos de las víctimas (que aparejan la obligación correlativa del Estado de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos) y la necesidad de adoptar medidas que conduzcan a una transición efectiva, (como conceder amnistías o indultos a los perpetradores de las violaciones). En esta medida, parecería que las necesidades derivadas de una transición democrática tienden al relajamiento del deber de los Estados de procesar y sancionar adecuadamente a quienes cometieron serias violaciones a los derechos humanos.

Esta tesis parecería constatarse en las normas del derecho internacional humanitario, en tanto el artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone que, una

vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado interno, "las autoridades en el poder procurarán *conceder la amnistía más amplia posible* a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto" (cursiva fuera de texto).

Sin embargo, la facultad de amnistiar o indultar a quienes hayan cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad o, en general, hayan vulnerado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, tiene claros límites derivados del propio derecho internacional. En efecto, en períodos de transición no se pueden simplemente anular las obligaciones internacionales del Estado. En estos casos, como lo ha señalado la Comisión Interamericana, lo que resulta prudente es "compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario" (CIDH, 2004: párr. 25).

Así, por ejemplo, los poderes de amnistía e indulto de los Estados contenidos en el Protocolo II han sido reinterpretados en el sentido de establecer que estos no implican la posibilidad de conceder amnistías generales luego de la cesación de un conflicto interno. En esta perspectiva, se ha afirmado, por una parte, que el anotado poder de amnistía sólo puede hacerse efectivo frente a quienes fueron castigados o detenidos por el solo hecho de haber participado en las hostilidades y no frente a quienes infringieron normas del derecho internacional humanitario (CIDH, 1999: párr. 116) y, de otro lado, que las violaciones a este ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales que no pueden ser objeto de amnistía o indulto (TPIY, 1995: párr. 134; TPIY, 2001: párrs. 163-73; Orentlicher, 2004: párr. 27). De manera más general, en el derecho internacional—así como en el derecho

constitucional colombiano— está firmemente establecido que los Estados sólo pueden conceder amnistías e indultos por delitos políticos o delitos comunes conexos con estos. Esta conexidad debe implicar una relación estrecha y directa entre ambas clases de delitos y, bajo ninguna circunstancia, los delitos comunes objeto de una amnistía pueden constituir delitos graves conforme al derecho internacional (CIDH, 2004: párr. 37).

Como se muestra brevemente más adelante, la jurisprudencia internacional más reciente en materia de amnistías e indultos por delitos de naturaleza internacional tiende a considerar que toda ley doméstica que ponga fin o impida la investigación o el juzgamiento de esta clase de crímenes viola el derecho de las víctimas a la justicia e impide el cumplimiento de la obligación estatal de respetar sus obligaciones internacionales en la materia. Por este motivo, esas medidas legislativas internas carecen de todo efecto jurídico y pueden ser declaradas sin efecto por los tribunales internacionales competentes (Orentlicher, 2004: párr. 28; CIDH, 2004: párr. 39).

Una de las más importantes decisiones sobre este tema aparece en la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el Caso Furund_ija, en la cual esa corte internacional afirmó:

El hecho que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional tiene otros efectos en el ámbito interestatal e individual. A nivel interestatal, sirve para deslegitimar, desde la perspectiva internacional, cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, por una parte, que, con fundamento en el valor de jus cogens de la prohibición contra la tortura, los tratados o las reglas consuetudinarias que la autorizan son ab initio nulos y carentes de todo efecto, y, posteriormente, no tomar en cuenta un Estado que, por ejemplo, adopta medidas internas que autorizan o condonan la

tortura o absuelven a quienes la cometen a través de una ley de amnistía. Si una situación de esta clase llegase a surgir, las medidas nacionales que violan el principio general y cualquier disposición convencional relevante producirían los efectos jurídicos discutidos anteriormente y, adicionalmente, carecerían de toda forma de reconocimiento internacional. En caso de tener legitimación en la causa, las víctimas potenciales podrían iniciar procedimientos ante los cuerpos judiciales nacionales e internacionales competentes con la finalidad de solicitar que la medida nacional en cuestión sea declarada contraria al ordenamiento internacional. Así mismo, la víctima podría iniciar un juicio civil por daños ante una corte extranjera, a la cual podría solicitarse *inter alia* que ignore el valor jurídico de la medida nacional. Mucho más importante es que los responsables de los actos de tortura que resultan beneficiados por la medida nacional pueden, en todo caso, ser condenados por este delito, bien en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un nuevo régimen. En suma, pese a una posible autorización de violar el principio que prohíbe la tortura, emanada de cuerpos legislativos o judiciales domésticos, los individuos permanecen obligados a cumplir con ese principio. Según lo manifestó el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: "los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado de que se trate" (TPIY, 1998: párr. 155; traducción libre de los autores).

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el Caso Barrios Altos, determinó que, en razón de su incompatibilidad con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protegen el derecho de acceso a la justicia, una ley de amnistía expedida por el Estado peruano carecía de todo efecto jurídico (Orentlicher, 2004: párr. 29). En ese fallo, la Corte señaló:

[R]esultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las

disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) 43. Las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. (...) 44. (...) [L]as mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables. (...)" (Corte IDH, 2001: párrs. 41, 43 y 44).

De las fuentes internacionales estudiadas con anterioridad se desprenden dos límites generales al poder de los Estados de conceder amnistías e indultos. En primer término, la expedición de leyes o medidas de amnistía o indulto debe constituir la única alternativa posible a disposición de un Estado para facilitar un proceso de transición a la democracia y al estado de derecho. En segundo lugar, una amnistía o un indulto nunca puede abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o vulneraciones graves de los derechos humanos tales como homicidios fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamientos forzosos, tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques contra la población civil y reclutamiento de niños y niñas menores de quince años, entre otros delitos internacionales.

En relación con el primero de los límites señalados en el párrafo anterior, se ha afirmado que la validez de una ley de amnistía depende de que constituya una medida directamente vinculada a la

guerra exterior o el conflicto interno que se pretende superar a través de un proceso de transición, y, por ende, no puede constituir una liberalidad del Estado o un acto de mera gracia. Este límite surge claramente del principio *pacta sunt servanda*, según el cual los Estados están obligados a cumplir de buena fe los tratados internacionales que suscriben, y, en consecuencia, deben evitar interpretarlos en forma caprichosa o amañada para convalidar medidas internas violatorias de los mismos (como, por ejemplo, una amnistía que abarca crímenes de guerra o de lesa humanidad) que se apartan del sentido literal de sus disposiciones o de la interpretación que de las mismas han efectuado los organismos internacionales competentes (Salvioli, 2004: 13-14). En cuanto al segundo límite, ya se señaló anteriormente que, en el derecho internacional contemporáneo, parece estarse afianzando una tendencia conforme a la cual los tribunales internacionales competentes para conocer de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden declarar que las leyes u otras medidas nacionales que implican la amnistía o el indulto de crímenes internacionales o graves violaciones de los derechos humanos, no tienen efecto jurídico alguno.

Finalmente, resta hacer una breve alusión al tema de las amnistías e indultos en el derecho constitucional colombiano. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 150-17, faculta al Congreso de la República "a conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos", y, en el artículo 201-2, autoriza al Presidente a "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley". Aunque estas facultades son en extremo amplias, en la medida en que particularmente el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración política en relación con estas materias, no son omnímodas, en tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al establecer limitaciones a los

poderes del legislador y el Presidente en la concesión de amnistías e indultos. Así, la doctrina constitucional colombiana ha señalado algunas reglas fundamentales a este respecto, dentro de las cuales pueden citarse las siguientes: (1) la imposibilidad de amnistiar o indultar delitos atroces como los crímenes de lesa humanidad, la tortura, la desaparición forzada, el secuestro, la violación sexual o el terrorismo; (2) la imposibilidad de relevar de responsabilidad criminal a una persona que ha cometido tales crímenes bajo el argumento de la obediencia debida (Corte Const., 1993, 1993b, 1995a, 1997a, 2001, 2002b); (3) el reconocimiento de la existencia de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y (4) la limitación del alcance del principio non bis in idem cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos (Corte Const., 2000a, 2002, 2003).

En particular es fundamental recordar que la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado, en forma reiterada, que las leyes de amnistía o los decretos que el Presidente de la República expida al amparo de las facultades excepcionales que le confieren los Estados de excepción son inconstitucionales si comprenden delitos distintos a los políticos y conexos con éstos o implican el perdón de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario. En una de sus primeras manifestaciones sobre este tema, la Corte declaró la inexecutable de un decreto legislativo que establecía beneficios penales que incluían la libertad condicional para delitos que no tenían una naturaleza política (Corte Const., 1993a; 1996). Posteriormente, la jurisprudencia constitucional—a tono con las tendencias del derecho internacional expuestas más arriba—precisó que el poder del legislador de conceder amnistías e indultos "es excepcional y está limitado por las propias normas [constitucionales]... normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva" e indicó que una ley de amnistía no podría nunca referirse a delitos "que por su ferocidad, barbarie, por

ser delitos de lesa humanidad, no pueden [ser delitos políticos]" (Corte Const., 1997a; 2002b). Empero, la Corte ha ido mucho más allá al afirmar que las potestades de amnistía del Congreso de la República en relación con delitos políticos y conexos con éstos no pueden ser ejercidas si estos delitos—aún siendo políticos—constituyen atrocidades (Corte Const., 1993). A la luz de esta doctrina, la Corte ha estimado que el terrorismo, los homicidios cometidos fuera de combate y el secuestro no sólo no pueden ser objeto de los beneficios que la Carta Política establece para los delitos políticos sino que, incluso, no pueden constituir materia de negociación en eventuales diálogos con grupos armados ilegales (Corte Const., 1993, 1993b, 1994; Riveros, 2004: 8-11).

De manera general, la Corte Constitucional ha incorporado al derecho interno colombiano los estándares internacionales en relación con el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y la obligación correlativa del Estado de investigarlas y de juzgar y castigar adecuadamente a los perpetradores. Así, al estudiar la constitucionalidad del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal derogado (Ley 600 de 2000), que establecía la cosa juzgada en procesos por violación a los derechos humanos, la Corte manifestó:

La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas (Constitución Política, art. 229), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo (CP, art. 2º), cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables. En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta

impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP, art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. (...) Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in idem, y por ello la existencia de una decisión absoluta con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. (...) La Corte recuerda que el Estado colombiano, en desarrollo de tratados ratificados, ha aceptado formalmente la competencia de organismos internacionales de control y supervisión en derechos humanos... la Corte considera que aquellas decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada (Corte Const., 2003).

Ahora bien, el deber del Estado de investigar todos los hechos relacionados con violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario y de juzgar y castigar a los responsables de las mismas implica que la investigación que lleven a cabo las autoridades competentes se desarrolle conforme a ciertos parámetros mínimos que conduzcan a la satisfacción del derecho de las víctimas a saber con la mayor certeza posible

quiénes fueron los perpetradores y cómo ocurrieron los hechos. A continuación se estudian los estándares establecidos por el derecho internacional en punto al deber del Estado de investigar adecuadamente las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

b. El deber de investigar

El derecho internacional contemporáneo establece que los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de manera pronta, imparcial y exhaustiva. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia proferida en el Caso Velásquez Rodríguez, señaló que los Estados que suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados

a investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones [a la Convención] que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. (...) 177. [La obligación de investigar es una obligación de medio] que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, *debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares*, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados *con seriedad*, resultarían en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad

internacional del Estado" (Corte IDH, 1988: párrs. 174 y 177; cursiva fuera de texto)

Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte en numerosas ocasiones, en las que ha reafirmado que "la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables (...) es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y *esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad*" (Corte IDH, 2002a: párr. 100; cursiva fuera de texto. Ver igualmente Corte IDH, 2001e: párr. 69; Corte IDH, 2001c: párr. 62; Corte IDH, 2003: párr. 273, cursiva fuera de texto).

Las calificaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conferido al tipo de investigación que los Estados deben emprender cuando ocurran violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, en el sentido de que ésta debe ser "seria", no debe constituir una "mera formalidad" y debe ser asumida por las autoridades públicas "como un deber jurídico propio", significan, fundamentalmente, que el Estado debe iniciar procesos investigativos "revestidos de todas las formalidades pertinentes, dotados de los medios adecuados, con plena independencia de quienes conduzcan la investigación, y en tiempos prudenciales que permitan, de acuerdo a la complejidad del caso, procesar, chequear y sistematizar los datos para arribar a conclusiones fidedignas" (Salvioli, 2004: 30). En este sentido, la responsabilidad internacional del Estado resulta comprometida cuando las autoridades competentes no ponen todos los medios a su alcance para investigar y sancionar a los responsables de vulneraciones a los derechos humanos (Corte IDH, 1988: párr. 172; Corte IDH, 1995: párr. 56; Corte IDH, 1989: párrs 181-82).

Adicionalmente, es menester señalar que el deber de los Estados de investigar seriamente las violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario opera como fundamento

esencial del derecho de las víctimas a la verdad, en la medida en que de la efectividad de la investigación que lleven a cabo las autoridades públicas depende que se establezca la identidad de los perpetradores y se conozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la violación o violaciones de los derechos humanos que afectaron a una determinada persona (Corte IDH, 2003: párrs 273-74). Es importante indicar que, en casos de desapariciones forzadas, esta obligación incluye el deber más específico de señalar el destino de las personas desaparecidas, y, si es del caso, la ubicación de fosas comunes.

c. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

El derecho de acceso a la justicia constituye uno de los fundamentos esenciales de un régimen democrático (CIDH, 2004: párr. 42), en la medida en que los recursos y acciones judiciales constituyen uno de los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar los derechos humanos. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la relación inescindible existente entre el deber de los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos y la protección judicial efectiva de los mismos (Corte IDH, 1988: párr. 90; Corte IDH, 1997a: párr. 82; Corte IDH, 2001d: párr. 112).

En este sentido, las fuentes internacionales más autorizadas indican que los Estados tienen la obligación de permitir que las víctimas de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario accedan a recursos judiciales adecuados y efectivos para denunciar estas violaciones y para solicitar las reparaciones pertinentes (CIDH, 2004: párr. 41). De esta forma, los principios 12 a 14 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Bassiouni, 2000) determinan que el derecho de las víctimas a recursos judiciales

efectivos implica las siguientes obligaciones del Estado: (1) Dar a conocer, a través de medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; (2) adoptar, en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas, las medidas necesarias para que éstas no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos; y (3) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación que sean del caso. Este derecho implica, así mismo, los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendentes al logro de reparaciones colectivas y de acceder a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales.

En Colombia, la Constitución Política, en sus artículos 29 y 229, garantiza el derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental, susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela (CP, artículo 86). La Corte Constitucional ha considerado que la efectividad del derecho de las víctimas de cualquier delito—y no sólo de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario—a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229) demanda que éstas puedan constituirse como parte civil en cualquier momento del proceso penal (incluida la investigación previa) no sólo para garantizar una reparación patrimonial del daño causado sino también para lograr el goce efectivo de sus derechos a la justicia y a la verdad, e, incluso, exclusivamente para lograr la efectividad de estos dos últimos. En efecto, en la sentencia C-228 de 2002, la Corte señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, pueden intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se les

pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza. Así, la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno.

De este modo, en la decisión antes anotada la Corte abandonó la doctrina vigente con anterioridad, de conformidad con la cual la parte civil en el proceso penal sólo podía constituirse para el logro de una reparación patrimonial (Corte Const., 1995). Adicionalmente, el alto tribunal indicó que la posibilidad de las víctimas de constituirse como parte civil en un proceso penal a fin de lograr la efectividad de sus derechos a la verdad y a la justicia—y no meramente la reparación económica—no sólo es propia del proceso penal militar, tal como la doctrina constitucional lo había establecido anteriormente (Corte Const., 1994a, 2001b, 2001d, 2001e), sino de todo proceso penal.

d. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso

Las personas a quienes se endilga responsabilidad en la comisión de actos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario tienen derecho a ser investigadas y juzgadas de conformidad con las garantías derivadas del derecho al debido proceso. En consecuencia, los Estados deben garantizar en los procesos nacionales el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho de defensa, la publicidad del juicio, el principio de impugnación de las decisiones, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del Estado, la investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable al implicado, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y la sanción adecuada y proporcional de los delitos. Así, las personas serán oídas y vencidas en juicio, dentro de términos razonables, en condiciones de igualdad, por un tribunal competente, independiente e imparcial y previamente establecido (CIDH, 2004: párr. 36). Sin embargo, la garantía del

derecho a la justicia de las víctimas de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario determina que, en los procesos que se inicien contra los presuntos responsables de esas atrocidades, las autoridades judiciales limiten o inapliquen ciertas garantías del derecho al debido proceso.

Tanto el derecho internacional como la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia han señalado que los principios de la cosa juzgada y non bis in idem pueden ser objeto de limitaciones cuando se trata de la investigación y el juzgamiento de personas a quienes se acusa de haber violado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario (Orentlicher, 2004: párrs. 36-37). Así, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda admiten que una persona sea juzgada por alguna de estas cortes por un acto por el que ya había sido juzgada por un tribunal de su país de origen si "la vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria". En el mismo sentido, el artículo 20-3 del Estatuto de Roma determina que la Corte Penal Internacional no podrá juzgar a una persona ya enjuiciada por una corte doméstica a menos que "el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia".

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al

derecho internacional humanitario, es posible reabrir investigaciones y juicios que hayan culminado con sentencia absolutoria de los responsables, si aparecen hechos o pruebas nuevos no conocidos al momento del trámite del primer proceso (Corte Const., 2001a, 2003). De igual modo, la Corte indicó que esta posibilidad también existe cuando un organismo internacional de derechos humanos, formalmente aceptado por Colombia, constata un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, caso en el cual es posible revisar las decisiones absolutorias nacionales que produjeron una situación de impunidad (Corte Const., 2003). Esta última doctrina constitucional fue explícitamente recogida por el artículo 192-4 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que establece los eventos de procedencia de la acción de revisión contra sentencias ejecutoriadas.

Finalmente es importante señalar que el derecho internacional admite la afectación del principio del juez natural pero exclusivamente cuando se trata de configurar un tribunal que reúna mayores y mejores garantías de imparcialidad, independencia, autonomía y objetividad. En este sentido, por ejemplo, el derecho internacional y el derecho constitucional colombiano han admitido el recorte de la competencia de los jueces y tribunales militares cuando se trata de investigar y juzgar crímenes de lesa humanidad u otras infracciones graves de los derechos humanos (Orentlicher, 2004: párr. 42; Joinet, 2002). Sin embargo, resultaría inadmisibles una norma que promueva el proceso contrario, es decir, una disposición que disminuya las garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de adelantar las investigaciones y juicios contra quienes están siendo acusados de violaciones graves de los derechos humanos.

Particularmente en cuanto se refiere a la justicia penal militar, el

principio 31 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad formulado por Joinet (1997) dispone que, para evitar la impunidad que se deriva de tribunales militares con bajos niveles de independencia derivados de la subordinación jerárquica, la competencia de éstos "deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional". De manera similar, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que el fuero penal militar no ampara conductas que no estén directamente relacionadas con el servicio, y, por tanto, la justicia penal militar carece de competencia para juzgar actos que constituyan delitos de lesa humanidad o impliquen violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario (Corte Const., 1997, 1997b, 2000a, 2000b, 2000c, 2001c, 2001e).

e. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables

El derecho a la justicia de las víctimas de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario comporta la obligación de los Estados de imponer a los responsables penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de sus conductas. Esta obligación surge con claridad del principio 18 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet (1997), de conformidad con el cual los Estados deben adoptar medidas conducentes a que los autores de violaciones a los derechos humanos "sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas".

En torno a qué debe entenderse por pena "adecuada", tanto los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

como el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, así como la jurisprudencia de la primera de esas cortes, establecen una serie de criterios que determinan la fijación de la pena. En este sentido, el artículo 24-2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la Sala de Primera Instancia del Tribunal, al momento de determinar la pena que se impondrá a un determinado acusado, tendrá en cuenta factores como la gravedad del delito, las circunstancias individuales del procesado y la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes. Aunque el artículo 53-2-c del Estatuto de Roma se refiere a los criterios que el Fiscal de la Corte Penal Internacional debe tomar en cuenta para formular un enjuiciamiento, los mismos podrían ser aplicados por ese tribunal al momento de imponer la pena en un caso sometido a su consideración. Estos criterios son la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad y el grado de participación de la persona a quien se endilga la comisión de una cierta conducta. En torno a la consideración de cada uno de estos factores al momento de imponer una sanción, es particularmente ilustrativa la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el Caso Erdemovic, en la cual esa corte llevó a cabo un estudio detallado de las funciones de la pena en el derecho penal internacional y de los criterios de graduación de la misma (TPIY, 1996: párrs. 41-66. Véase también Salvioli, 2004: 41-42).

En relación con las condiciones de cumplimiento de la pena que sea impuesta a quien haya incurrido en conductas que impliquen una grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el artículo 110 del Estatuto de Roma señala que el estado de ejecución de la pena no podrá poner en libertad al recluso antes del cumplimiento de la misma. Sin embargo, la Corte Penal Internacional podrá reducir la pena, luego de haber oído al condenado, bajo las siguientes condiciones: (1) el condenado debe haber cumplido, por lo menos, dos terceras partes

de la pena o 25 años de prisión en casos de cadena perpetua; (2) el recluso ha manifestado, desde el principio y de manera continua, su voluntad de colaborar con la Corte en sus investigaciones y procedimientos; (3) el condenado ha prestado su asistencia voluntaria a la Corte para la ejecución de sus sentencias y órdenes en otros casos, y, particularmente, en la ubicación de bienes sujetos a multas, órdenes de decomiso o de reparación que puedan ser utilizados en beneficio de las víctimas; y, (4) existen otros factores que establecen un cambio claro y significativo en las circunstancias que amerita una reducción de la sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Pruebas (Salvioli, 2004: 42). Estos criterios aparecen igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el cual ha impuesto penas reducidas cuando el responsable se ha declarado culpable, ha rechazado los crímenes cometidos, se ha arrepentido de los mismos y ha cooperado con el tribunal en las investigaciones y la ejecución de sus sentencias (Salvioli, 2004: 62). A este respecto, es ilustrativa la comparación de las sentencias de primera instancia proferidas por esa corte internacional en los casos Erdemovic y Tadic. Mientras que, en el primer caso, Drazen Erdemovic fue condenado a diez años de prisión, luego de manifestar reiteradamente durante el juicio su "odio por la guerra y el nacionalismo" y su arrepentimiento por los crímenes cometidos y de que el Fiscal señalara que había cooperado de manera "sustantiva, plena y comprehensiva" (TPIY, 1996: párrs. 83-111); en el segundo caso, Dusko Tadic fue condenado a 20 años de prisión tras no mostrar ninguna señal de arrepentimiento por sus actos y "no haber cooperado de ninguna manera relevante con el Fiscal del Tribunal" (TPIY, 1997: párrs. 56-73).

El derecho a la verdad

Los principios 1° a 4° del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet (1997), establecen el "derecho

inalienable a la verdad", el "deber de recordar" y el "derecho de las víctimas a saber". De conformidad con el primero de esos derechos, "[c]ada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes" (principio 1). Por su parte, según el deber de recordar, "[e]l conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado" (principio 2). Finalmente, el derecho de las víctimas a saber determina que "[i]ndependientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima" (principio 3).

De acuerdo con el principio 8 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones formulados por Bassiouni (2000), la "víctima" que es titular del derecho a la verdad es, por una parte, "la persona que, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o el derecho internacional humanitario, haya sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales", y, de otro lado, "los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa, así como las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos" (Bassiouni, 2000). De lo anterior se desprende que el derecho a la

verdad tiene una manifestación individual, de la que es titular la víctima propiamente dicha, y una manifestación colectiva, que atañe a la sociedad en que tuvieron lugar las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En cuanto se refiere a la dimensión individual del derecho a la verdad, en la actualidad parece claro que el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a saber quiénes fueron los responsables, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de los mismos, el destino de las personas, en los casos de desapariciones forzadas o asesinatos, y el estado de las investigaciones oficiales está firmemente garantizado en el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales (Corte IDH, 2001e: párr. 69; Corte IDH, 2001b: párr. 100; Corte IDH, 2001a: párr. 200; Corte IDH, 1997: párr. 58; Corte IDH, 1997a: párr. 90; Corte IDH, 1996: párr. 69; Corte IDH, 2002: párr. 76; Corte IDH, 2002b: párr. 118; Principio 36 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Méndez, 1998: 517 y ss).

En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en su dimensión individual, el derecho a la verdad tiene, en esencia, una virtualidad reparatoria, en la medida en que surge del deber del Estado de esclarecer los hechos relacionados con toda vulneración de los derechos humanos y de juzgar y castigar a los responsables de las mismas, establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, 2000: párr. 201; CIDH, 2004: párr. 31). En esta medida, la manifestación individual del derecho a la verdad tiende a hacerse efectiva, fundamentalmente, en el ámbito judicial, y, por tanto, está directamente relacionada con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (v. supra). A este respecto, es ilustrativa la posición de la Corte Constitucional de Colombia

que, en repetidas ocasiones, ha señalado que la finalidad primordial del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (CP, artículos 29 y 229) consiste en satisfacer el derecho a la verdad de las personas que han sido víctimas de acciones delictuosas (Corte Const., 1994a, 1994b, 2001e, 2002).

Sin embargo, las cortes internacionales de derechos humanos han señalado que el derecho a la verdad no sólo está relacionado con el derecho a un recurso judicial efectivo. En este sentido, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han estimado que la angustia, el sufrimiento, la frustración y la impotencia a que resultan confrontadas las personas que ignoran el paradero de familiares desaparecidos violan la integridad psíquica y moral de estas personas y, por tanto, constituyen un trato cruel, inhumano o degradante (Corte IDH, 1998: párr. 114; Corte IDH, 1999b: párr. 174; Corte IDH, 2000: párrs. 156-66; TEDH, 1998: párrs. 130-34; TEDH, 1999: párr. 98; TEDH, 2000: párr. 95; TEDH, 2001: párrs. 157-58; Orentlicher, 2004: párr. 14). Por su parte, algunas cortes internacionales y órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos han establecido relaciones entre el derecho a la verdad y el derecho a la vida, a la intimidad personal y familiar y el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos establecidos en las convenciones internacionales de derechos humanos (Orentlicher, 2004: párr. 15). Finalmente, la jurisprudencia internacional tiende a caracterizar el derecho a la verdad como una forma de reparación propiamente dicha (CIDH, 2000a: párrs. 147-48; Corte IDH, 2002: párr. 76; Corte IDH, 2003: párr. 274; Principio 36 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad).

Como se anotó más arriba, el derecho a la verdad tiene también una dimensión colectiva, destinada a "preservar del olvido la memoria colectiva", tal como lo establece el principio 2 del

Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet. En esta medida, el derecho colectivo a saber busca que la sociedad en su conjunto "conozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que los delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro" (CIDH, 2004: párr. 32). Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el cumplimiento del artículo 1-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a adoptar medidas tendientes a evitar que las violaciones graves de los derechos humanos se vuelvan a repetir, motivo por el cual "las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado. (...) La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga capacidad de prevenirlos en el futuro" (Corte IDH, 2002: párr. 77. Ver también Corte IDH, 2002a: párr. 114; Corte IDH, 2003: párr. 274; Orentlicher, 2004: párr. 18). En suma, el derecho colectivo a la verdad se erige en una forma de reconstrucción de la historia, en tanto expresa la forma en que el sistema jurídico de una determinada sociedad "intenta construir el futuro a través del rediseño del pasado y de su relación con éste" (Gordon, 1998: 35). La (re)construcción de la memoria colectiva es una tarea histórica y social de la mayor monta, en tanto, como lo señala Reva Siegel,

[m]uchos de nuestros entendimientos sociales constitutivos asumen forma narrativa y, muchas veces, estas narrativas incluyen historias acerca del pasado. Al contar historias acerca de un pasado común, un grupo se constituye a sí mismo como grupo, como sujeto colectivo con ciertas experiencias, expectativas, derechos, obligaciones y compromisos. Las historias que ayudan a forjar la identidad de un grupo también proveen estructuras para la comprensión ordinaria, marcos dentro de los cuales los miembros de una sociedad interpretan la experiencia y efectúan juicios

normativos y positivos acerca de la misma. En suma, las narrativas acerca de la génesis de los arreglos sociales ayudan a constituir los grupos como sujetos colectivos, y, al hacerlo, construyen sus intuiciones de sentido común acerca de la organización apropiada y actual de las relaciones sociales" (Siegel, 1999: 133-34; traducción libre de los autores).

La efectividad del derecho a la verdad puede lograrse a través de varias estrategias. Más arriba se vio cómo este derecho, en su dimensión individual, tiende a hacerse efectivo a través de procesos judiciales. Para que esto sea posible, se ha señalado que "[e]l proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, así como de la formación de comisiones investigadoras y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes" (CIDH, 2004: párr. 30). Sin embargo, los procesos de transición a la democracia y al estado de derecho han dado lugar a la aparición de estrategias particulares que tienden a hacer efectivas, a un mismo tiempo, las manifestaciones individual y colectiva del derecho a la verdad.

En primer lugar, cabe destacar los denominados "juicios de la verdad" llevados a cabo en Argentina—tras una solución amistosa lograda entre parientes de personas desaparecidas y el gobierno argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—tendientes a establecer el paradero de los desaparecidos, pese a la existencia de leyes de amnistía (CIDH, 2000; Orentlicher, 2004: párr. 16). En segundo lugar, es relevante señalar las labores de las comisiones de verdad constituidas para facilitar la transición al estado de derecho en varios países (Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Sudáfrica, Timor Oriental, Brasil, Perú, Ecuador, Panamá, Chile, Argentina, antigua Yugoslavia, etc.) (Orentlicher, 2004: párr. 19; Minow, 1998; Minow, 2002: 24-27). El objetivo esencial de estas comisiones consiste en crear un espacio desprovisto de las formalidades y las consecuencias de los

procesos judiciales, en el que tanto los perpetradores como sus víctimas puedan encontrarse a fin de exponer sus versiones sobre lo acontecido, las motivaciones de sus actos y la profundidad de sus pérdidas, todo ello con miras a la reconciliación nacional. En tanto carecen de poderes punitivos y de retribución, estos espacios han permitido el esclarecimiento y documentación de crímenes atroces que, de otro modo, hubiesen permanecido en la oscuridad y la negación (Minow, 2002: 24). Aunque, por sí mismas, estas comisiones no constituyen instrumentos suficientes de reconciliación, "sí se han erigido en una vía para que los individuos la alcancen, al tiempo que han permitido una corrección de la narrativa y la memoria nacional" (Minow, 2002: 26).

El derecho a la reparación integral

El principio 33 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad formulado por Joinet (1997) determina que "[t]oda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor". De conformidad con el principio 36, "[e]l derecho a la reparación 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". Este último principio indica, además, que, en los casos de desapariciones forzadas, "una vez aclarada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible a ser informada y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores y se los haya encausado y juzgado".

Sobre esta cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 63-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se garantiza el derecho a la reparación integral de quien resulte lesionado por una violación a sus derechos humanos, "recoge uno de los principios fundamentales del derecho internacional general" (Corte IDH, 1999: párr. 40) y "reproduce el texto de una norma consuetudinaria del actual derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados" (Corte IDH, 1999a: párr. 33), motivo por el cual el derecho a la reparación "se rige, como ha sido aceptado universalmente, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno" (Corte IDH, 1999a: párr. 32).

La reparación integral implica entonces todas las medidas "que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas" (Corte IDH, 2002b: párr. 78; Corte IDH, 2003: párr. 237). La integralidad de las reparaciones que los Estados están obligados a conceder a las víctimas de violaciones de los derechos humanos está reflejada en los principios de Joinet relativos al derecho a la reparación, los cuales ponen de presente que, en el derecho internacional contemporáneo, este derecho tiene una dimensión individual y otra colectiva. En su perspectiva individual, la reparación a que tiene derecho la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario asume las siguientes modalidades: (1) restitución; (2) indemnización; (3) rehabilitación; (4) satisfacción; y (5) garantías de no repetición. En este mismo sentido, el artículo 75 del Estatuto de Roma indica que la Corte Penal Internacional "establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes".

Con respecto a las diversas formas que asumen las reparaciones individuales, los principios 16 a 25 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (ONU, 2004a) originados en los trabajos de Theo van Boven y M. Cherif Bassiouni (van Boven, 1993; ONU, 1997; Bassiouni, 2000), recogen y desarrollan los estándares internacionales a que se sujetan cada una las modalidades de reparación individual de las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos.

Según los anotados principios, la restitución, también conocida como *restitutio in integrum*, persigue "devolver a la víctima a la situación anterior a la violación" y comprende, entre otras cuestiones, "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" (principio 21). De otro lado, los Estados están obligados indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos en forma "apropiada y proporcional a la violación y a las circunstancias de cada caso" y a los perjuicios económicos derivados de la vulneración de que se trate, entre los cuales se destacan el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, los daños materiales y la pérdida de ingreso, el daño a la reputación o dignidad y los gastos incurridos por la víctima en materia de asistencia jurídica y servicios médicos (principio 22). En punto a la rehabilitación, los principios antes señalados determinan que ésta "ha de incluir, según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales" (principio 23). Finalmente, la satisfacción, como medida reparatoria, incluye una multiplicidad de aspectos, entre los que cabe destacar la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y

de los cadáveres de las personas muertas, las disculpas públicas que reconozcan los hechos y acepten las responsabilidades, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas (principio 24).

Especial atención merecen las garantías de no repetición y prevención, a las que se refieren tanto los principios de Joinet como los principios de van Boven y Bassiouni. Sobre este particular, el principio 25 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, establece una serie de garantías de no repetición y prevención, entre las que cabe destacar la limitación de la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a los delitos de naturaleza militar, el fortalecimiento de la independencia de la rama judicial, el fortalecimiento de la capacitación de todos los sectores sociales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario y la revisión y reforma de las leyes que permitan o contribuyan a la violación de los derechos humanos. Estas medidas también se encuentran recogidas en los principios 37 a 42 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Joinet), según los cuales las garantías de no repetición de las vulneraciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son de tres clases: (1) medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; (2) medidas de derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones; y (3) medidas administrativas o de otra índole que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones.

En su dimensión colectiva, el derecho a la reparación determina la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar

los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (Fundación Social, 2004: 21). Acerca de las reparaciones colectivas, en el Informe Final que precede a sus principios, Joinet destacó que "las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar" (Joinet, 1997: párr. 42). Vale la pena anotar que las reparaciones colectivas están íntimamente ligadas a las individuales, toda vez que, como lo ha señalado Martha Minow, "tal vez, irónicamente, las reparaciones sin excusas parecen carecer de autenticidad y las excusas sin reparaciones parecen baratas. Las excusas adquieren mayor significado cuando están acompañadas de reparaciones materiales y las reparaciones adoptan mayor importancia cuando se reconoce, al mismo tiempo, que son inadecuadas en su esfuerzo por presentar excusas y enmendar los hechos" (Minow, 2002: 23-24).

Otro aspecto importante a tener en cuenta se refiere a las reglas establecidas por el derecho internacional en cuanto a las condiciones en que deben producirse las reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En primer término, cualquier forma de reparación debe ser otorgada en condiciones de igualdad, y, por tanto, sin discriminación alguna (CIDH, 2004: párr. 43). En segundo lugar, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, derivados de los trabajos de van Boven y Bassiouni, indican que toda reparación debe ser "adecuada, efectiva y rápida", además de "proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido" (principio 16).

Finalmente, si el responsable de la violación no quiere o no puede reparar a la víctima, el Estado asume la obligación de prestarle asistencia o, incluso, de indemnizarla de conformidad con las reglas indicadas más arriba (principio 17; CIDH, 2004: párr. 45).

Para terminar, vale la pena resaltar la insuficiencia de las reparaciones para contrarrestar la inmensidad del horror y el dolor derivados de la perpetración de crímenes atroces. Martha Minow ha afirmado que "en el corazón de las reparaciones yace la búsqueda paradójica de reparar lo irreparable", en cuanto "una vez pagada, una compensación puede implicar la idea equivocada que se ha puesto término a los daños y que no hay necesidad de volverlos a discutir. Sin embargo, el dinero nunca puede remediar las pérdidas que no pueden contabilizarse en términos económicos y las disputas de carácter monetario implican el riesgo de trivializar los daños. Incluso la restitución carece de poder para restaurar la pérdida de vidas humanas" (Minow, 2002: 23).

III. Breve alusión a los mecanismos de garantía de los derechos de las víctimas

En esta última sección, presentamos una serie de mecanismos que permiten a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario garantizar, en el ámbito doméstico e internacional, sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Las distintas vías de protección que se estudian a continuación surgen cuando quiera que el Estado vulnera alguno de los elementos que componen los derechos de las víctimas o incumple cualquiera de las obligaciones que se derivan del deber de hacerlos efectivos. En primer lugar, se analizan los mecanismos de protección de los derechos de las víctimas que ofrece el derecho interno colombiano. En segundo término, se presentan las distintas vías derivadas del derecho internacional

contemporáneo para la defensa de los anotados derechos.

a. Mecanismos nacionales de protección judicial

En Colombia, las víctimas de vulneraciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario que estimen que sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación han sido conculcados por las autoridades públicas pueden recurrir a varios mecanismos de protección judicial que ofrecen tanto la justicia constitucional como la justicia ordinaria. Por supuesto, la protección judicial de esos derechos no excluye la posibilidad de que las organizaciones de víctimas, directamente o a través de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, logren que el Congreso de la República o el Ejecutivo expidan normas tendientes a la protección y promoción de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación. No obstante cuando la protección ofrecida por los órganos políticos es nula o insuficiente, resultan fundamentales los mecanismos judiciales existentes. En lo que sigue, el ensayo presenta los mecanismos que la justicia constitucional y ordinaria colombianas ofrecen a las víctimas de violaciones de los derechos humanos para proteger y restaurar sus derechos.

1. Los mecanismos de la justicia constitucional

El derecho constitucional colombiano ofrece tres vías para proteger y reparar los derechos de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En primer lugar, la acción pública de inconstitucionalidad (CP, artículos 241-1, 4, 5 y 242-1) permite que cualquier ciudadano interponga demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional para que ésta decida si un acto legislativo que reforma la Constitución (sólo por vicios de forma), una ley o un decreto con fuerza de ley expedido por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la

República (CP, artículo 150-10) es violatorio de la Constitución Política. De encontrar que la disposición demandada efectivamente viola alguna norma constitucional, la Corte adopta una decisión con efectos generales mediante la cual la declara inexecutable. Así, si la víctima de una violación de los derechos humanos estima que una ley o un decreto con fuerza de ley dictado por el Presidente de la República al amparo de facultades extraordinarias vulnera alguno de los componentes de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación podría demandarlos ante la Corte Constitucional para que ésta los declare inexecutables. A este respecto, vale la pena anotar que si bien los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, con la extensión que a los mismos ha conferido el derecho internacional contemporáneo, no se encuentran explícitamente garantizados por la Constitución colombiana, la jurisprudencia constitucional ha estimado que esos derechos, en virtud de la extensión del texto constitucional que se deriva de la figura del bloque de constitucionalidad (CP, artículo 93), forman parte de las normas conforme a las cuales debe establecerse la constitucionalidad de la ley o del decreto con fuerza de ley demandados por un ciudadano a través de la acción pública de inconstitucionalidad (Corte Const., 2002, 2003). Por su parte, el Consejo de Estado puede conocer de acciones públicas de nulidad contra decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya constitucionalidad no deba ser decidida por la Corte Constitucional, interpuestas por ciudadanos que estimen que esos actos administrativos vulneran normas constitucionales (CP, artículo 237-2). En este caso, el Consejo de Estado decide acerca de la constitucionalidad del decreto demandado según los parámetros señalados anteriormente.

En segundo lugar, las víctimas de violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario que consideren que sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación han sido vulnerados o amenazados por la actuación o la omisión de cualquier autoridad pública, o, en ciertos casos, de un particular,

pueden interponer una acción de tutela ante cualquier juez para que éste ponga término a la violación y adopte las medidas necesarias para restaurar los derechos conculcados (CP, artículo 86). En efecto, los derechos de las víctimas son derechos fundamentales, susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela, no sólo por virtud de la figura del bloque de constitucionalidad (v. supra) sino porque forman parte de derechos fundamentales expresamente amparados por la Carta Política, tales como el derecho a la vida (CP, artículo 11), el derecho a la intimidad personal y familiar (CP, artículo 15), el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP, artículo 12) y el derecho de acceso a la administración de justicia (CP, artículos 29 y 229), entre otros. Especial atención merece la posibilidad de controvertir a través de acciones de tutela aquellas decisiones de los jueces ordinarios que desconozcan derechos de las víctimas. Así, por ejemplo, con base en la doctrina establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002, la decisión de un juez penal que impida que la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario se constituya en parte civil dentro del proceso penal, o permita esa constitución pero exclusivamente para fines de obtener una reparación patrimonial, en detrimento de la efectividad de los derechos a la verdad y la justicia, constituiría una vía de hecho susceptible de ser cuestionada mediante la acción de tutela (luego de agotados todos los recursos del caso).

Finalmente, toda autoridad pública, en el ejercicio ordinario de sus funciones, está obligada a aplicar la denominada excepción de inconstitucionalidad, de conformidad con la cual "[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (CP, artículo 4°). Así, si un funcionario público considera que la aplicación de una cierta norma infraconstitucional a alguna actuación o decisión que deba adoptar en ejercicio de sus competencias entraña una violación de los derechos a la verdad, la

justicia y la reparación, debe inaplicar la norma de que se trate para, de este modo, dar efectividad a los derechos de las víctimas que, como se vio, forman parte de la Constitución Política. Así por ejemplo, en países como Argentina varios jueces y tribunales ordinarios decidieron iniciar procesos penales inaplicando o declarando nulas leyes de amnistía, por considerarlas contrarias a convenios internacionales de derechos humanos suscritos por el respectivo Estado (Orentlicher, 2004: párr. 30).

2. Los mecanismos de la justicia ordinaria

El primero de los mecanismos que ofrece la justicia ordinaria para hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación es la justicia penal, la cual constituye la vía natural y ordinaria para hacer efectivos estos derechos. En efecto, los fiscales y los jueces penales están dotados de poderes que tienden a posibilitar la investigación y el esclarecimiento de los hechos, el juzgamiento y castigo de los responsables y la reparación de los afectados por delitos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. A partir de la introducción de la dimensión internacional de los derechos de las víctimas al ordenamiento constitucional colombiano por vía de la figura del bloque de constitucionalidad (Corte Const., 2002, 2003), la Corte Constitucional señaló que la misión constitucional de la justicia penal tiende a la protección y promoción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En esta perspectiva, al referirse a la función de la Fiscalía General de la Nación de que trata el artículo 250-1 de la Carta Política, la Corte afirmó que "[l]a Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General de la Nación el 'restablecimiento del derecho', lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido para determinar si es posible volver al Estado anterior a la vulneración, así como también que se

haga justicia" (Corte Const., 2002). De esta forma, todas las actuaciones dentro del proceso penal—en sus fases de investigación y juzgamiento—deben tender a la efectividad de los anotados derechos y, en este sentido, los recursos, incidentes y nulidades que establece el procedimiento penal podrían ser utilizados para controvertir cualquier decisión que vulnere los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

A este respecto, vale la pena anotar que el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), vigente desde el primero de enero de 2005, tiende, de manera importante, a la efectividad y garantía de los derechos de las víctimas. Para comenzar, el artículo 3° señala que en toda actuación penal prevalece lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Por su parte, el artículo 11 enumera los derechos de las víctimas (los cuales forman parte de los principios rectores y las garantías procesales del Código), entre los que se destacan los derechos "a recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno", "a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto", "a recibir desde el primer contacto con las autoridades (...) información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto", "a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto" y "a recibir asistencia integral para su recuperación". En relación con el derecho de las víctimas a la reparación integral, los artículos 102 a 108 regulan el denominado "incidente de reparación integral", el cual tendrá lugar una vez sea proferido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal o el Ministerio Público en nombre de ésta. De conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal, las víctimas pueden intervenir en todas las fases del proceso penal, "en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación" (artículo 137). Para que esta intervención sea efectiva, las víctimas tienen derecho

a ser protegidas en su seguridad e intimidad (artículos 133 y 134), a ser informadas acerca de las facultades y derechos que pueden ejercer en el proceso penal, las formas y servicios de apoyo y los mecanismos para acceder a la reparación integral, entre otros (artículos 135 y 136). De manera particular, el ejercicio del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación—es decir, la posibilidad de suspender o interrumpir la persecución penal o de renunciar a la misma—debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, quienes deben ser oídas de manera previa (artículos 321, 323, 324 y 328).

Finalmente, los artículos 518 a 527 del Código de Procedimiento Penal se refieren a los mecanismos de "justicia restaurativa", constituidos por la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. Todos estos se entienden como procesos en los que "la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo" (artículo 518). La finalidad que se persigue alcanzar mediante estos mecanismos consiste en "un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad" (artículo 518). Así, por ejemplo, la mediación busca "permitir el intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y (...) logren solucionar el conflicto que les enfrenta" y, en este sentido, puede referirse, entre otras cuestiones, a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, a la prestación de servicios a la comunidad o a la solicitud de disculpas o perdón (artículo 523). Con todo, es preciso señalar que la posibilidad de poner en marcha cualquiera de los mecanismos de justicia restaurativa depende, por entero, del consentimiento libre y voluntario de la víctima y del imputado, acusado o sentenciado de someterse a los mismos (artículos 519-1

y 520-2). Además, los resultados que se alcancen mediante estos procesos no pueden utilizarse como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores (artículo 519-3).

Otro de los mecanismos ordinarios de protección de los derechos de las víctimas es la llamada acción de revisión. En efecto, de conformidad con la doctrina sentada por la sentencia C-004 de 2003, el artículo 192-4 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece que la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas "[c]uando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates". De este modo, si la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos constataran un significativo incumplimiento de Colombia de sus obligaciones de investigar crímenes atroces, la persona afectada por esa vulneración podría ejercer la acción de revisión antes señalada contra las decisiones penales ejecutoriadas que produjeron la violación de su derecho a la justicia.

Aunque el último mecanismo de protección y promoción de los derechos de las víctimas que ofrece la justicia ordinaria no ha sido utilizado aún en Colombia, otros países con procesos de transición a la democracia y al estado de derecho han hecho uso del mismo de manera exitosa. En efecto, los juicios de verdad se han erigido en mecanismos efectivos para hacer frente a leyes de amnistía que impedían determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron ciertos crímenes atroces, para establecer el destino

de los desaparecidos y para ubicar los cuerpos de las personas asesinadas. Como se mencionó arriba, en Argentina, por ejemplo, varios jueces ordinarios, pese a la existencia de leyes de amnistía, decidieron iniciar juicios–procesos judiciales–tendientes a establecer la verdad de lo ocurrido (Orentlicher, 2004: párr. 30).

b. Mecanismos internacionales

El derecho internacional contemporáneo ofrece a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario múltiples vías para la defensa, protección y restablecimiento de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. A continuación se estudian las posibilidades que se derivan de la jurisdicción universal, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la Corte Penal Internacional y de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos.

1. La jurisdicción universal

A partir de los años noventa, se ha consolidado en el derecho internacional la denominada jurisdicción universal, de conformidad con la cual cualquier Estado puede investigar, juzgar y condenar a cualquier persona a quien se impute la comisión de crímenes atroces que vulneren en forma grave las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluso si los delitos no fueron cometidos en el territorio del Estado que investiga y juzga, siempre y cuando la posibilidad de ejercer esta forma de jurisdicción esté prevista en un tratado internacional o en una norma de derecho interno (Orentlicher, 2004: párrs. 28, 49-57; Salvioli, 2004: 51). Los principios 20 a 22 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet precisan las condiciones en que puede ejercerse la jurisdicción universal. Así, el principio 20

señala la regla general a este respecto, de conformidad con la cual "[l]os tribunales extranjeros ejercerán su competencia en el marco de una cláusula de competencia universal prevista en un tratado vigente, o de una disposición legal interna en que se establezca una norma de competencia extraterritorial para los delitos graves conforme al derecho internacional". En los principios 21 y 22 Joinet recomienda (1) que todos los convenios internacionales de derechos humanos contengan cláusulas de jurisdicción universal; (2) que, al ratificar esos tratados, los Estados se comprometan "a buscar, hacer buscar y perseguir, con miras a su enjuiciamiento o extradición, a las personas sobre las cuales pesan acusaciones precisas y concordantes de que habrían podido violar los principios relativos a los derechos humanos previstos en dichos instrumentos"; y (3) que si no existe ratificación del tratado pertinente, los Estados deben expedir medidas legislativas para establecer su competencia extraterritorial para perseguir delitos graves cometidos fuera de su territorio que no sólo violen la ley penal interna sino el ordenamiento internacional de los derechos humanos.

En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido la vigencia del principio de jurisdicción universal, de conformidad con los principios de Joinet antes mencionados. En este sentido, la Corte ha afirmado que el "[e]l principio de jurisdicción universal, que atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional, aunque el hecho no haya sido cometido allí (...) opera cuando consta en un tratado" (Corte Const., 2000d. Ver también Corte Const., 2001a).

2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos encargados de velar por la promoción, protección, aplicación y garantía de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En virtud del artículo 41-b y d de la Convención, la Comisión puede formular recomendaciones a los Estados para que adopten medidas a favor de los derechos humanos y puede solicitarles que presenten informes sobre las medidas que adopten en relación con estos derechos. En ejercicio de estas facultades, la Comisión puede recomendar a los Estados que adopten medidas tendentes a promover y proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, las víctimas pueden acceder directamente a la Comisión mediante la presentación de peticiones que contengan quejas o denuncias de violación de los derechos que protege la Convención Americana (CADH, artículo 44). En estos casos, la Comisión debe propiciar una solución amistosa entre el Estado y la víctima; en caso de no lograrlo, transmitirá al Estado de que se trate un informe con las conclusiones y recomendaciones pertinentes (CADH, artículos 49 y 50). Pasados tres meses de la remisión de este informe y si el asunto no ha sido solucionado o sometido a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión podrá emitir un informe que contenga unas recomendaciones definitivas y un plazo para cumplirlas (CADH, artículo 51).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a instancias de la Comisión (CADH, artículo 61-1), podrá decidir, de manera definitiva, casos en que se discuta la violación de uno o varios de los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En caso de constatar que un Estado vulneró los derechos humanos de una persona o grupo de personas, la Corte ordenará que se garantice a los lesionados el goce de sus

derechos, así como su reparación integral (CADH, artículo 63-1). Como se desprende de los distintos temas abordados a lo largo de este capítulo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los derechos de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación ha sido profusa y reiterada y ha ejercido una profunda influencia en el derecho interno de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos SI? Sin embargo, son de destacar las decisiones de ese tribunal internacional que han declarado que las normas internas de los Estados—consideradas en abstracto e independientemente de su afectación o vulneración a personas concretas—que violan normas de la Convención Americana comprometen la responsabilidad internacional del Estado y deben ser inaplicadas (Corte IDH, 1997b: párr. 98). Esta doctrina tiene particular relevancia cuando se trata de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia de víctimas de crímenes atroces, las cuales, según la Corte, son incompatibles con la Convención, y, por ende, carecen de todo efecto jurídico (Corte IDH, 2001: párrs. 41, 43 y 44).

En Colombia, los informes de la Comisión y las sentencias de la Corte tienen una especial relevancia y fuerza constitucional. En efecto, la Corte Constitucional no sólo ha incluido en el bloque de constitucionalidad todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP, artículo 93), sino que ha estimado que las interpretaciones que de los mismos efectúen los respectivos órganos internacionales de supervisión—tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—son especialmente relevantes al momento de interpretar la Constitución colombiana (Corte Const., 2000, 2001f, 2002). En efecto, "si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, que en el Sistema Interamericano serían la

Comisión Interamericana y la Corte Interamericana" (Uprimny, 2004: 18). Así, por ejemplo, la doctrina establecida por la Corte Interamericana en la sentencia proferida en el Caso Barrios Altos constituyó uno de los criterios esenciales que llevaron a la Corte Constitucional a abandonar la doctrina según la cual la parte civil en el proceso penal sólo podía constituirse para perseguir el logro de una reparación pecuniaria y a adoptar una nueva jurisprudencia conforme a la cual la parte civil puede constituirse en cualquier momento del proceso penal no sólo para perseguir el logro de una reparación patrimonial sino la efectividad de los derechos a la verdad y la justicia (Corte Const., 2002).

Finalmente, es relevante reiterar que la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas cuando quiera que una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia—como la Comisión o la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos—constate un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.

3. La Corte Penal Internacional

Sin lugar a dudas, uno de los desarrollos más importantes del derecho internacional en los últimos años ha sido la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), la cual constituye el mecanismo judicial internacional de mayor trascendencia en la protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En esta medida, según lo dispone el preámbulo del Estatuto de Roma (ER), la finalidad esencial de la CPI consiste en 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".

La competencia de la Corte Penal Internacional se limita exclusivamente a los crímenes internacionales de mayor gravedad (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o el crimen de agresión) y es de naturaleza complementaria, lo cual significa que sólo puede ejercer sus funciones si un Estado que suscribió el Estatuto de Roma es incapaz o no tiene disposición de administrar justicia (ER, artículos 1º, 17 y 20; Fundación Social, 2004: 22-23). Según el artículo 17-3 del Estatuto de Roma, la incapacidad para administrar justicia se refiere a aquellos casos en que un Estado no puede enjuiciar al presunto responsable de crímenes atroces debido al "colapso total o sustancial" de su sistema de administración de justicia, a la carencia del mismo, no dispone de las pruebas o de los testimonios necesarios para el juzgamiento del imputado o no está en condiciones de iniciar el juicio "por otras razones". En Colombia, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Estatuto de Roma y de su ley aprobatoria, estimó que las "otras razones" por las cuales podría considerarse que el Estado es incapaz de administrar justicia "se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio" (Corte Const., 2002a; Fundación Social, 2004: 26-27).

La falta de disposición de un Estado para administrar justicia que daría lugar al ejercicio de las competencias de la CPI, hace referencia, fundamentalmente, a la existencia de situaciones de impunidad que vulneran el derecho a la justicia de víctimas de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. A fin de determinar si, en un determinado caso, existe impunidad, el artículo 17-2 del Estatuto de Roma establece que la CPI estudiará (1) si un proceso o una decisión judicial domésticos se han tramitado o han sido adoptados con el fin "de sustraer a la persona presuntamente culpable de su responsabilidad penal"; (2) si se ha presentado una dilación injustificada en el juicio "que sea incompatible con la intención de

hacer comparecer a los implicados ante la justicia"; y (3) el grado de independencia e imparcialidad con que se tramitó el proceso judicial de que se trate (Fundación Social, 2004: 27-29). Vale la pena mencionar que el artículo 20 del Estatuto de Roma determina que, en caso de verificarse la existencia de impunidad en los términos antes expuestos, los principios de la cosa juzgada y de non bis in idem no operan y, por tanto, la CPI podrá enjuiciar a personas ya procesadas por jueces o tribunales nacionales por los mismos hechos (Orentlicher, 2004: párr. 36).

Es relevante señalar que el artículo 53-1-c del Estatuto de Roma determina que, pese a la incapacidad o falta de disposición de un Estado de administrar justicia, el Fiscal de la CPI puede considerar que un determinado caso es inadmisibile cuando "existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia". A juicio de algunos expertos internacionales, el Fiscal sólo podría ejercer la facultad antes anotada si (1) la decisión de no castigar penalmente a los responsables es una decisión genuina y plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz y la reconciliación; (2) las violaciones cometidas hubieren salido a la luz pública, se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de los perpetradores, se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones—incluso morales—efectivas, se hubieren investigado ampliamente los hechos y reconstruido la verdad; (3) se demuestra la existencia de sistemas de reparación integral; y (4) se han adoptado medidas institucionales tendentes a la no repetición de las atrocidades y la prevención efectiva de las mismas (Fundación Social, 2004: 28-29).

Para terminar, vale la pena anotar que, en relación con Colombia, la CPI sólo podrá conocer de delitos ocurridos con posterioridad al primero de noviembre de 2002, fecha en la cual el Estatuto de

Roma entró en vigencia en nuestro país. De otro lado, en virtud de las disposiciones del artículo 124 de ese convenio internacional, la Corte Penal Internacional no tendrá competencia para conocer de crímenes de guerra cometidos en Colombia durante los siete años siguientes a la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

4. Los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos

Las más importantes convenciones internacionales de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño) cuentan cada una con un órgano de supervisión encargado de velar por el cumplimiento del tratado respectivo por parte de los Estados que lo han suscrito. Estos órganos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño.

Cada uno de estos comités cuenta con mecanismos no contenciosos y cuasicontenciosos para cumplir con sus funciones de supervisión y vigilancia (Villán Durán, 2002: 381-498). Los primeros se refieren, por una parte, a los informes periódicos que los Estados deben presentar a los anotados comités sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos garantizados en un determinado tratado de derechos humanos. Aunque en sus inicios el procedimiento de informes periódicos implicaba mecanismos de control bastante débiles, con el tiempo

los distintos comités han asumido funciones de mayor contradicción con los Estados por medio de las cuales presentan diagnósticos acerca de la situación de los derechos humanos en un determinado país y formulan las recomendaciones respectivas (Id.: 381-82). En segundo lugar, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer pueden llevar a cabo investigaciones de oficio cuando exista información fiable acerca de prácticas sistemáticas de violación a los derechos protegidos por la convención respectiva en un determinado país (Id.: 405). Finalmente, los comités pueden utilizar mecanismos de conciliación (buenos oficios y contactos directos) tendientes a la prevención o la solución de conflictos que puedan implicar la violación de derechos humanos. Dada su naturaleza conciliatoria, estos mecanismos se caracterizan por ser confidenciales, diplomáticos, pacíficos y silenciosos (Id.: 424-29).

Aunque el procedimiento de informes, las investigaciones de oficio y los mecanismos de conciliación a disposición de los distintos comités pueden ser útiles para documentar y visibilizar situaciones que, en un determinado país, atenten contra el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación y permitan formular recomendaciones en torno a estas situaciones, mucho más efectivas son las quejas individuales que una víctima o grupo de víctimas específicos puede presentar ante el respectivo comité contra el Estado que viola sus derechos. Se estima que las quejas individuales constituyen un mecanismo cuasicontencioso a disposición de los comités de derechos humanos, mediante el cual estos pueden establecer si un determinado Estado violó los derechos establecidos en el tratado respectivo y, en caso de que la vulneración efectivamente se haya presentado, decreten las reparaciones pertinentes (Id.: 453-89). En la actualidad, sólo el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tienen competencia para decidir sobre quejas individuales

interpuestas contra los Estados partes en el respectivo convenio.

Adicionalmente, para que un comité pueda recibir las quejas y pronunciarse sobre las mismas, el Estado en cuestión debe haber reconocido la competencia del comité de que se trate mediante la suscripción del protocolo facultativo respectivo o a través de una declaración que reconozca esa competencia. Así, la competencia del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se funda en la suscripción por parte de los Estados del Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En el caso del Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, esa competencia se basa en las declaraciones de reconocimiento de competencia previstas en el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

A la fecha, Colombia sólo ha reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos mediante la suscripción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968). En esta medida, las víctimas de violaciones graves de los derechos civiles y políticos a quienes el Estado colombiano no ha garantizado satisfactoriamente el goce efectivo de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación podrían interponer quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos (Steiner, 2000). Igualmente, en virtud de la doctrina contenida en la sentencia C-004 de 2003 y de las disposiciones del artículo 192-4 del nuevo Código de Procedimiento Penal, si el Comité de Derechos Humanos llegase a constatar un incumplimiento flagrante de Colombia de sus obligaciones de investigar en forma seria e imparcial violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, las

víctimas de ese incumplimiento podrían ejercer la acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas que vulneraron su derecho a la justicia y produjeron una situación de impunidad.

IV. comentarios finales

Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario comprenden un complejo cúmulo de garantías y obligaciones de los Estados íntimamente relacionadas entre sí. Así, por ejemplo, se estima que el derecho a un recurso judicial efectivo constituye la forma de hacer viable el derecho a la verdad, en tanto que éste, a su turno, se erige en uno de los componentes esenciales del derecho a la reparación integral. El presente documento constituye un intento de ordenar y sistematizar las distintas fuentes internacionales y el derecho constitucional colombiano relativos a los derechos de las víctimas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otros actos atroces, con el fin de que los afectados, las organizaciones no gubernamentales y los hacedores de políticas públicas tengan mayor claridad en torno al camino que debe seguirse para lograr la efectividad de estos derechos. El cumplimiento de las obligaciones derivadas de la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación no es una empresa fácil, exenta de dilemas y dificultades. Muy por el contrario, ella exige un compromiso político y ético constante que movilice a las autoridades públicas y a todos los sectores sociales a cumplir con la tarea inaplazable de hacer verdaderamente efectivos los derechos de las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

Fundación Social. (2004). *Ley de alternatividad penal y justicia transicional. Documento de Recomendaciones*, Bogotá: Fundación Social.

Gordon, R. (1998). *Undoing Historical Injustice*. En A. Sarat & T. Kearns (Eds.), *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.

Méndez, J. (1998). "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos", en Abregú M. y Curtis C. (eds), *La Aplicación de los Tratados Sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires: PNUD, Editores del Puerto.

Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History After Genocide and Mass Violence*, Boston: Beacon Press.

Minow, M. (2002). "Breaking the Cycles of Hatred", en N. Rosenblum (ed.), *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*, Princeton: Princeton University Press.

Orentlicher, D. (1991). "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, No. 100, pp. 2537-2615.

Riveros, H. (2004). *Derecho a la justicia y acuerdos de paz. Reglas para resolver la tensión*, Bogotá: Fundación Social.

Salvioli, F. (2004). *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Bogotá: Fundación Social (documento inédito).

Siegel, R. (1999). "Collective Memory and the Nineteenth Amendment: Reasoning About 'the Woman Question' in the Discourse of Sex Discrimination", en A. Sarat & T. Kearns (eds.), *History, Memory, and the Law*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.

Steiner, H. (2000). "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?", en P. Alston & J. Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge: Cambridge University Press.

Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*, New York: Oxford University Press.

Uprimny, R. (2001). *El bloque de constitucionalidad en Colombia*.

Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de jurisprudencia nacional e internacional. Vol. 1. Bogotá.

Uprimny, R. (2004). *Bloque de constitucionalidad y nuevo procedimiento penal*, Bogotá (documento inédito).

Uprimny, R. & Lasso, L. (2004). "Verdad, reparación y justicia para Colombia. Algunas reflexiones y recomendaciones", en E. Borda (ed.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Bogotá: Fundación Social-FESCOL.

Villán Durán, C. (2002). *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta.

Documentos de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Joinet, L. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

Joinet, L. (2002). Comisión de Derechos Humanos, 54° período de sesiones, *Cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares, Informe presentado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la decisión 2001/103 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/4.

Bassiouni, M. C. (2000). ONU, Comisión de Derechos Humanos,

56° período de sesiones, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/93 de la Comisión*, Doc. E/CN.4/2000/62.

van Boven, T. (1993). ONU, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 45° período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

Orentlicher, D. (2004). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, Doc. E/CN.4/2004/88.

ONU. (1993). Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Viena*, Doc. A/CONF.157/23.

ONU. (1998), Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

ONU. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 53° período de sesiones, *Nota del Secretario General*, Doc. E/CN.4/1997/104/Anexo/Apéndice.

ONU. (2003). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 59° período de sesiones, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Informe de la Relatora Especial, Asma Jahangir, presentado en cumplimiento de la resolución 2002/36 de la Comisión de Derechos Humanos*, Doc. E/CN.4/2003/3

ONU. (2004). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones, *Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Informe de la Relatora Especial, Asma Jahangir*, Doc. E/CN.4/2004/7.

ONU. (2004a). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones, *El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos u del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Doc. E/CN.4/2004/57/Anexo/Apéndice 1.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (1999). Lucio Parada Cea y otros v. El Salvador. Caso No. 10.480. Informe No. 1/99.

CIDH. (2000). Lapacó v. Argentina. Caso No. 12.059. Informe No. 21/00.

CIDH. (2000a). Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez v. El Salvador. Caso No. 11.481. Informe No. 37/00.

CIDH. (2004). Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120.

Decisiones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (1987). Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia de junio 26 de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de julio 29 de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. (1989). Caso Godínez Cruz. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. (1995). Caso Caballero Delgado. Sentencia de diciembre 8 de 1995. Serie C No. 22.

Corte IDH. (1996). Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones. Sentencia de septiembre 19 de 1996. Serie C No. 29.

Corte IDH. (1997). Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones. Sentencia de enero 29 de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH. (1997a). Caso Castillo Páez. Sentencia de noviembre 3 de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. (1997b). Caso Suárez Rosero. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. (1998). Caso Blake. Sentencia de enero 24 de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. (1998a). Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de marzo 8 de 1998. Serie C No. 37.

Corte IDH. (1998b). Caso Loayza Tamayo. Sentencia de noviembre 27 de 1998. Serie C No. 42.

Corte IDH. (1999). Caso Suárez Rosero. Reparaciones. Sentencia de enero 20 de 1999. Serie C No. 44.

Corte IDH. (1999a). Caso Blake. Reparaciones. Sentencia de enero 22 de 1999. Serie C No. 48.

Corte IDH. (1999b). Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. (2000). Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos. Sentencia de marzo 14 de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. (2001a). Caso Paniagua Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 25 de 2001. Serie C No. 76

Corte IDH. (2001b). Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 26 de 2001. Serie C No. 77.

Corte IDH. (2001c). Caso Cesti Hurtado. Reparaciones. Sentencia de mayo 31 de 2001. Serie C No. 78.

Corte IDH. (2001d). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de agosto 31 de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. (2001e). Caso Cantoral Benavides. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88.

Corte IDH. (2002). Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91.

Corte IDH. (2002a). Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de febrero 27 de 2002. Serie C No. 92.

Corte IDH. (2002b). Caso Caracazo. Reparaciones. Sentencia de agosto 29 de 2002. Serie C No. 95.

Corte IDH. (2003). Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. (1998). Kurt v. Turkey. Sentencia de mayo 25 de 1998.

TEDH. (1999). Çakici v. Turkey. Sentencia de julio 8 de 1999.

TEDH. (2000). Timurtas v. Turkey. Sentencia de junio 13 de 2000.

TEDH. (2001). Cyprus v. Turkey. Sentencia de mayo 10 de 2001

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY. (1995). Prosecutor v. Duško Tadic. Sentencia de octubre 2 de 1995. App. Ch., IT-94-I-AR72.

TPIY. (1996). Prosecutor v. Dražen Erdemovic. Sentencia de noviembre 29 de 1996. Tr. Ch. I, IT-96-22-T.

TPIY. (1997). Prosecutor v. Duško Tadic. Sentencia de julio 14 de 1997. Tr. Ch. II, IT-94-1-T.

TPIY. (1998). Prosecutor v. Furundžija. Sentencia de diciembre 10 de 1998. Tr. Ch. II, IT-95-17/I-T.

TPIY. (2001). Prosecutor v. Delalic (Caso Celibici). Sentencia de febrero 20 de 2001. App. Ch., IT-96-21-A.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Const. (1993). Sentencia C-127 de 1993.

Corte Const. (1993a). Sentencia C-171 de 1993.

Corte Const. (1993b). Sentencia C-214 de 1993.

Corte Const. (1994). Sentencia C-069 de 1994.

Corte Const. (1994a). Sentencia T-275 de 1994.

Corte Const. (1994b). Sentencia T-443 de 1994.

Corte Const. (1995). Sentencia C-293 de 1995.

Corte Const. (1995a). Sentencia C-578 de 1995.

Corte Const. (1996). Sentencia C-709 de 1996.

Corte Const. (1997). Sentencia C-358 de 1997.

Corte Const. (1997a). Sentencia C-456 de 1997.

Corte Const. (1997b). Sentencia C-561 de 1997.

Corte Const. (2000). Sentencia C-010 de 2000.

Corte Const. (2000a). Sentencia T-298 de 2000.

Corte Const. (2000b). Sentencia C-368 de 2000.

Corte Const. (2000c). Sentencia C-878 de 2000.

Corte Const. (2000d). Sentencia C-1189 de 2000.

Corte Const. (2001). Sentencia C-551 de 2001.

Corte Const. (2001a). Sentencia C-554 de 2001.

Corte Const. (2001b). Sentencia C-740 de 2001.

Corte Const. (2001c). Sentencia T-1001 de 2001.

Corte Const. (2001d). Sentencia C-1149 de 2001.

Corte Const. (2001e). Sentencia SU-1184 de 2001.

Corte Const. (2001f). Sentencia T-1319 de 2001.

Corte Const. (2002). Sentencia C-228 de 2002.

Corte Const. (2002a). Sentencia C-578 de 2002.

Corte Const. (2002b). Sentencia C-695 de 2002.

Corte Const. (2003). Sentencia C-004 de 2003.

Capítulo 3

Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

Este texto pretende responder a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es posible enfocar los complejos problemas que plantea la justicia transicional (en adelante JTr) en Colombia tomando como paradigma dominante un enfoque de justicia restaurativa (en adelante JRe)? Este interrogante tiene gran relevancia en la reciente discusión jurídica y política referida a la justicia transicional en Colombia, en especial debido al desarrollo del proceso de negociación del actual gobierno con los grupos paramilitares.

La relevancia de la cuestión radica en que, en los últimos años, se ha dado un auge importante de los enfoques restauradores como perspectivas a partir de las cuales pueden ser enfrentadas las inequidades y disfunciones del sistema penal actual, esencialmente

* La versión original de este trabajo fue publicada en el libro Rettberg, A. (comp.). (2005). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, pp. 211-232. Bogotá: **Universidad de los Andes – CESO – IDRC**.

punitivo y retributivo. Este auge ha hecho que incluso en Colombia la JRe tenga ahora rango constitucional. En efecto, el Acto Legislativo No. 2 de 2003 estableció explícitamente que la “ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.” En tal contexto, es natural que muchos analistas recurran a la JRe, que - como lo veremos ulteriormente- tiene indudables atractivos, como paradigma relevante para enfrentar muchos problemas de la justicia penal en Colombia, y en particular aquéllos asociados con la JTr. Ahora bien, esa posibilidad no es puramente hipotética. No sólo el gobierno sino también muchos analistas han considerado precisamente que la mejor forma de enfrentar los dilemas que plantea la JTr en Colombia consiste en recurrir de manera dominante a los planteamientos y recomendaciones que surgen del llamado paradigma de la JRe. Por ejemplo, hace poco tiempo se realizó en Cali un importante seminario que estaba fundado justamente en la idea de que los enfoques restauradores podían hacer una contribución decisiva a la resolución de los problemas de la JTr en Colombia.⁵ Por su parte, el actual gobierno ha afirmado en varias ocasiones la conveniencia de aplicar el esquema de JRe al caso colombiano, tal y como lo hizo al defender el proyecto de ley de alternatividad penal presentado en 2003, en los siguientes términos:

“La propuesta legislativa se orienta hacia una concepción restaurativa que supera la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Es importante tener en cuenta que al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza. Ante la evidencia de

⁵ El seminario contó con la participación de notables personalidades internacionales, en especial de Sudáfrica, tales como el líder y compañero de prisión de Mandela, Tokio Sexwalle, y el Presidente de de la Comisión de Verdad y Reconciliación, el Obispo Desmond Tutu (Ver *Revista Semana*, 7 de febrero 2005).

que la pena privativa de la libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en muchas ocasiones en su cometido de lograr la resocialización de los delincuentes, el derecho penal contemporáneo ha avanzado en el tema de las sanciones alternativas” (Gaceta del Congreso No. 436 de 2003).

En esas condiciones, resulta entonces importante analizar cuáles son las posibilidades y los límites que tiene invocar preferentemente los enfoques de JRe para diseñar los procesos de JTr en Colombia. Para intentar responder a este difícil interrogante, procederemos de la siguiente forma. Como las expresiones “justicia transicional” y “justicia restaurativa” sólo recientemente empiezan a ser usadas en Colombia, en un primer punto, comenzaremos por precisar brevemente cuál es nuestro entendimiento de estos conceptos, lo cual nos obligará a hacer una breve historia de su desarrollo. Luego, en una segunda parte, mostraremos que existen sin lugar a dudas complementariedades entre la JTr y la JRe, que explican y hacen razonable recurrir a ciertos mecanismos restaurativos en los procesos de transición de la guerra a la paz. Sin embargo, en un tercer punto, analizaremos las evidentes tensiones que también existen entre estos conceptos, lo cual mostrará los límites de los enfoques de JRe como paradigma dominante para diseñar los mecanismos de JTr, no sólo a nivel general sino también específicamente en el caso colombiano. Esto nos llevará entonces a concluir que, frente a graves atentados contra los derechos humanos, el enfoque restaurativo no puede ser el imperante y que, por ende, los procesos de JTr tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de JRe, pero no sustituidos por esta última. Esta conclusión nos conducirá a defender la idea, desarrollada en el capítulo 1, de que en Colombia las transiciones deben estar fundadas en perdones para los responsables de violaciones masivas de derechos humanos, siempre y cuando dichos perdones sean proporcionados y “responsabilizantes”.

I. Justicia transicional y justicia restaurativa: breve historia y aproximación conceptual

Las expresiones JTr y JRe tienen una historia relativamente reciente pero bastante exitosa. En efecto, es poco probable que textos académicos sobre justicia, procesos de transición o sistema penal con más de veinte años de antigüedad mencionen estas nociones. En contraste, no sólo la mayoría de los textos y artículos recientes sobre esos temas incluye usualmente referencias a la JTr y a la JRe, sino que, además, se han creado importantes organizaciones cuya misión específica es trabajar sobre tales formas de justicia.⁶ En razón de esto, y aún cuando se trata de expresiones de reciente construcción, la bibliografía sobre ambas categorías es hoy no sólo enorme sino que sigue en expansión. Pero eso no es todo. Entre los autores que utilizan estas expresiones existen a veces diferencias significativas. Todo ello explica que no sea fácil reconstruir la historia y plantear una definición de la JRe y de la JTr que suscite consenso entre los especialistas. A pesar de lo anterior, es posible hacer una breve genealogía histórica de esas expresiones, que permita señalar cuáles son los elementos definitorios de una y otra.

1. Historia y conceptualización de la Justicia Transicional

La JTr hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?

⁶ Por ejemplo, en materia de justicia transicional conviene tener en cuenta el ICTJ (International Center for Transitional Justice), no sólo por la gran calidad de sus trabajos sino además porque ha hecho análisis específicos del caso colombiano (ver www.ictj.org). En materia de justicia restaurativa, una organización importante es el PFI (Prison Fellowship Internacional) Centre for Justice and Reconciliation, que también ha adelantado proyectos en Colombia (ver www.pfiejr.org).

Estos interrogantes no tienen una respuesta fácil, y diversos pensadores y sociedades les han dado diferentes soluciones. Surge, sin embargo, una pregunta: ¿Por qué únicamente en los últimos años ha aparecido la expresión JTr si el problema al que hace referencia esa categoría parece tan viejo? ¿Proviene ello de la simple moda de inventar un neologismo para referirse a un fenómeno viejo? ¿O la aceptación masiva de la expresión JTr deriva de una novedad en el tratamiento de ese problema?

Según nuestro criterio, ha ocurrido una transformación muy importante en la manera como en la actualidad se enfocan las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias, que justifica ampliamente la creación de la categoría JTr. Y es que, si uno detalla la expresión, lo novedoso de la JTr consiste en la introducción del sustantivo “justicia”. En efecto, dentro del recientemente creado paradigma de JTr, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos. De esa manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones particulares, que se distinguen no sólo de lo que significan e implican las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se alejan de aquello que significaron e implicaron tales exigencias en procesos transicionales anteriores a los que se han desarrollado en los últimos treinta años.

Así, tal y como se comprende en la actualidad, la JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de JTr se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes

como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de JTr se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.

Es por lo anterior que el vocablo JTr sólo empezó a ser utilizado, como tal, hace algo más de veinte años. En efecto, si bien transiciones (sobre todo de la guerra a la paz) han existido muchas a lo largo de la historia, y aún cuando el siglo veinte evidenció con las posguerras mundiales dos de los periodos transicionales más importantes, ninguna de estas transiciones le otorgó a la exigencia de justicia el significado específico que hoy tiene dentro del paradigma de JTr.

Así, por ejemplo, la transición llevada a cabo tras la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial -calificada por algunos autores como un primer periodo de la JTr⁷- comprendió las

⁷ Éste es el caso de Teitel, quien realizó una juiciosa genealogía de la JTr y planteó la existencia de tres periodos históricos distintos: el periodo de la segunda posguerra, caracterizado por reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones; el periodo posterior a la guerra fría, que hubo en cambio de confrontar la tensión entre las exigencias jurídicas de justicia y las necesidades políticas de paz; y la época actual, que demuestra una tendencia hacia la normalización de la justicia transicional y, en concreto, hacia el empleo del lenguaje del derecho de la guerra en contextos de paz, tal y como sucede en el caso del terrorismo (Teitel, 2003). A pesar de los aportes que hace Teitel en esta materia, nos separamos de sus planteamientos en algunos aspectos. Por una parte, pensamos que si bien las caracterizaciones que hace de cada modelo transicional son bastante precisas y enriquecedoras, en algunos casos resulta problemático reducir la clasificación de los procesos transicionales a una cuestión meramente histórica. En efecto, para ofrecer tan sólo un ejemplo, aun cuando cronológicamente hablando

exigencias internacionales de justicia de manera estrictamente retributiva y, por ende, lejos de pretender ponderarlas con algún otro valor, las aplicó con el mayor de los rigores a través de los tribunales de Nuremberg. Esto se explica por el hecho de que, a diferencia de la mayoría de transiciones que han tenido lugar en los últimos treinta años, la transición de la segunda posguerra no requirió de ninguna negociación por parte de los actores armados, sino que fue impuesta por la parte victoriosa de la guerra.⁸ Por ello, la justicia retributiva fue comprendida como un valor universal y de primordial importancia (Teitel, 2003: 72-4), y los perpetradores de crímenes contra la dignidad humana fueron sometidos y juzgados severamente.

Muchas de las transiciones ocurridas en los últimos años del siglo veinte y en los albores de este siglo se han caracterizado, en cambio, por la difícil necesidad de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales. De hecho, a partir de la segunda posguerra, el derecho internacional público ha demostrado una constante tendencia hacia la universalización de la obligación de sancionar la comisión de crímenes atroces, tendencia que se evidencia con la mayor claridad en la reciente creación de la Corte Penal Internacional. No obstante, los contextos en los que se han desarrollado los procesos transicionales en esta última época han

ocurrieron en el periodo posterior a la Guerra Fría, las transiciones de Ruanda y Yugoslavia se adaptan al modelo de justicia retributiva propio de lo que Teitel denomina la primera época de la JTr. Por otra parte, desde la perspectiva adoptada en este escrito, los tres modelos de Teitel se refieren más a formas de transición (en el sentido amplio del término) que a tipos específicos de JTr. De ahí que, para efectos de este documento, tan sólo el segundo periodo de JTr identificado por Teitel coincide con lo que aquí se comprende como el paradigma de JTr, pues sólo en aquél se evidencia el dilema que enfrenta la JTr, consistente en la necesidad de hallar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, dilema que es el que, en nuestro concepto, le otorga especificidad a la novedosa categoría de JTr.

⁸ En el capítulo 1, en el que se presenta una tipología de los diferentes procesos transicionales de los que da cuenta la historia, esta forma de transición -que también se dio en los casos de Rwanda y Yugoslavia- fue ubicada en el tipo “transiciones punitivas”. Allí se explica que, para que pueda tener lugar una “transición punitiva”, es necesario que se presenten ciertas condiciones fácticas en el contexto transicional, tales como la victoria de una parte del conflicto sobre la otra, la legitimidad de la una para juzgar los crímenes cometidos por la otra, y una gran eficacia del sistema de justicia para juzgar todos y cada uno de los crímenes cometidos antes de la transición.

impuesto serios obstáculos prácticos a la realización efectiva de dicha obligación, caracterizados como lo han estado por la necesidad de que sus fórmulas sean aceptadas y vistas como satisfactorias precisamente por quienes han cometido crasas violaciones de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de contextos tan disímiles como los de las transiciones de regímenes dictatoriales a democracias en el Cono Sur, el de la transición post-apartheid sudafricana, o el de la transición de la guerra civil a la paz llevada a cabo en Irlanda del Norte.

En todos estos casos, lejos de poder reducirse al reconocimiento de la obligación de castigar a los responsables de crímenes tan aborrecibles como los cometidos en los regímenes previos a las transiciones, la cuestión fundamental se ha hallado en encontrar una solución viable políticamente que, sin dar lugar a la impunidad, sí haga posible alcanzar una paz y una reconciliación nacional durables. En esos contextos, la exigencia de justicia se ha visto entonces enfrentada a otros valores igualmente importantes y, como tal, ha adquirido un contenido y un alcance particulares. De ahí que el neologismo de JTr sea enteramente defendible, pues nombra una forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición y por tener la nada sencilla tarea de encontrar un punto medio entre los polos de justicia retributiva plena, por un lado, y de impunidad absoluta, por el otro.⁹

2. Historia y conceptualización de la Justicia Restaurativa

⁹ Al interior de esos dos polos hay múltiples fórmulas transicionales posibles, que dependen de las relaciones de fuerza existentes entre los actores de la transición y de las posibilidades de compromiso que cada contexto demuestre. Por ello, ninguna de dichas fórmulas podría ser identificada como la única satisfactoria o como inmune a toda crítica, pues toda estrategia de JTr implica el sacrificio más o menos grande de alguno de los valores en tensión. He ahí el gran dilema que atraviesa a la JTr (ver también capítulo 1).

A pesar de la tendencia que en la actualidad existe a defender la aplicación del paradigma de JRe a procesos de JTr, los orígenes de un tipo de justicia y otro son muy disímiles. Así, mientras que la JTr surgió con el propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y de paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la JRe apareció como un paradigma alternativo a y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad.

En efecto, la JRe se enmarca dentro de un movimiento más amplio - y también relativamente reciente- de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas (Minow, 1998: 91-2; Teitel, 2003: 82), y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica (Ashworth, 2002: 578). En razón de lo anterior, la noción de JRe ostenta diversos significados, y se refiere a teorías y procesos plurales (Ashworth, 2002: 578). No obstante, en términos generales, la JRe se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. En ese sentido, todos los autores y grupos que la defienden coinciden en propugnar por que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor, y gire la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado (ver Minow, 1998; Gilman, 2003; Braithwaite, 2001; Zehr, 1990). Según estas visiones, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, reparar el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales.

Una perspectiva como ésta encuentra justificación en el hecho de que el castigo retributivo del ofensor es visto como insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica, pues no toma en cuenta los sufrimientos y las necesidades de la víctima, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad. En ese entender, el paradigma restaurador pretende centrarse en el futuro y no en el pasado y, al hacerlo, lejos de basarse en la evaluación de la culpa del ofensor, le otorga una importancia fundamental a la búsqueda de aquellos mecanismos a través de los cuales éste puede adquirir conciencia acerca del daño que causó, reconocer su responsabilidad e intentar reparar ese daño.

Entre tales mecanismos se encuentran todos los que se fundan en la participación de la comunidad y, en particular, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas. El ejemplo típico es el de la mediación entre víctima y ofensor (*victim-offender mediation*), consistente en que, con la participación de un mediador que facilite la comunicación entre ambos, aquélla y éste lleguen a un acuerdo sobre las mejores maneras de reparar el daño y, eventualmente, arriben a una reconciliación basada en la solicitud de perdón por parte del ofensor y en la concesión del mismo por parte de la víctima. Otros ejemplos de prácticas restaurativas son las juntas de reparación comunitarias (*community reparation boards*), los diálogos de grupos familiares (*family group conferences*) o los programas de restitución (*restitution programmes*) (ver Morris, 2002:597).¹⁰ Además de este tipo de mecanismos, la JRe prevé ciertos instrumentos adicionales, tales como la participación en trabajos comunitarios y en terapias psicológicas. Todos estos mecanismos, arguyen los defensores de la JRe, permiten responsabilizar de manera no retributiva al ofensor, de forma tal que

¹⁰ En Nueva Zelanda, estos mecanismos de JRe han sido implementados con mayor amplitud que en la mayoría de países como formas alternativas de responder al crimen ordinario, por lo que la experiencia de este país resulta bastante ilustrativa (ver, al respecto, Morris, 2002).

éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado, sin verse obligado a ser castigado punitivamente.

Como lo demuestra el anterior razonamiento, la JRe fue ideada y ha sido normalmente utilizada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que suceden en una comunidad. No obstante, en una oportunidad este paradigma fue aplicado a un proceso transicional: aquél que le dio fin al régimen político del apartheid en Sudáfrica. A partir de entonces, y a pesar de los resultados mixtos que produjo y de las intensas críticas que ha recibido (ver Crocker, 2002; Wilson, 2002; Hamber, 2003), son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la JRe como paradigma básico de la JTr (ver Minow, 1998; Tutu, 1999).

Según argumentan estos últimos, a través del diálogo entre víctimas y victimarios y de la concesión de perdón de aquéllas a éstos, las sociedades logran sanar las profundas heridas dejadas por los crímenes atroces cometidos en el periodo previo a la transición y, de esa manera, garantizan la estabilidad y durabilidad del orden social pacífico alcanzado. En ese entender, la JRe le otorga a la JTr un importante grado de legitimidad y, lo que es más importante, mantiene en ella la centralidad de los derechos humanos, pues si bien el derecho de las víctimas a la justicia es sacrificado de manera importante, lo es en pro de la garantía de los derechos de las mismas a la verdad y a la reparación. De acuerdo con esta perspectiva, entonces, la JTr debe concentrarse ante todo en el futuro (y no en el pasado) de la sociedad, lo que implica que a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con anterioridad se les debe aplicar, en lo posible, el perdón,¹¹ pues sólo con base en éste es factible reconstituir los lazos sociales destruidos por la guerra o la dictadura.

¹¹ Según Teitel, para los defensores de este punto de vista, el derecho incorpora exigencias de misericordia y piedad (2003: 82). Ver también Minow (1998: 92).

A una posición como ésta se oponen quienes, como nosotros, sin desconocer las inmensas cualidades y potencialidades de la JRe, consideramos que ésta puede perfectamente complementar a la JTr, pero nunca debería sustituirla. En efecto, la JTr tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrenta crímenes que en ocasiones atentan contra el núcleo más básico de la dignidad del ser humano. Por el contrario, la JRe fue diseñada para enfrentar, en sociedades pacíficas, la criminalidad de pequeña escala. Así, mientras que para este tipo de casos es plausible concebir al perdón y al olvido como estrategias eficaces para superar el crimen, para los casos de violaciones masivas de derechos humanos, una fórmula basada exclusivamente en perdones “amnésicos” parece implausible jurídica y políticamente, y ciertamente cuestionable éticamente (ver capítulo 1).

De ahí que pueda decirse que, en razón de las especificidades de la JTr y de los complejos dilemas que la atraviesan, la JRe no es, por sí sola, un paradigma de justicia adecuado ni suficiente para enfrentarlos. De hecho, aún cuando muchos de sus mecanismos pueden resultar útiles para acompañar y mejorar el funcionamiento de los procesos de JTr, la JRe no puede reemplazar a estos últimos, pues no ofrece un equilibrio adecuado entre las exigencias contradictorias de justicia y paz que se le imponen a la JTr, ni parece suficiente para superar por sí sola los traumas sociales dejados por las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que ésta ha de enfrentar. Los siguientes párrafos documentan esta posición.

II. Perdón, reparación y transición: las complementariedades entre Justicia Restaurativa y Justicia Transicional

Si bien el presente documento defiende la tesis de acuerdo con la cual la JRe tiene una naturaleza y unas finalidades distintas de la JTr y no puede, por lo tanto, pretender sustituir a esta última, es claro también que la JRe puede complementar positivamente a la JTr de

varias maneras. Son precisamente estas complementariedades, que señalaremos a continuación, las que muy posiblemente han hecho que en muchas circunstancias ambas formas de justicia tiendan a ser unidas.

En un primer nivel, la JRe y la JTr presentan una preocupación similar, lo que conlleva a que entre las dos exista una complementariedad conceptual. De hecho, para ambos paradigmas de justicia el esquema de reconciliación reviste una importancia fundamental. Así, la JTr comparte con la JRe el ansia por superar el pasado y por mirar ante todo hacia delante; en este caso, para refundar el futuro de una sociedad entera sobre la base de unos lazos comunitarios fuertes. En esa medida, toda fórmula de JTr se orienta a buscar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, con la finalidad primordial de lograr una reconciliación democrática y una paz duradera. Esto explica la importancia que tiene la llamada “garantía de no repetición” en los análisis de JTr, según la cual, las negociaciones de paz deben fundarse en el propósito de evitar que los hechos atroces se repitan. Por ello, es posible afirmar que, en lugar de contradecirse, la JTr y la JRe se complementan en el plano conceptual.

Esta complementariedad conceptual se materializa, además, de dos maneras distintas en el nivel práctico de la JTr. Por un lado, con el fin de alcanzar efectivamente la paz y la reconciliación, la JTr admite en ciertos casos y bajo circunstancias determinadas la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces. La admisión de estos perdones puede ser crucial para el éxito de un proceso transicional, tanto por el hecho de que de la misma puede depender que los actores armados decidan desmovilizarse, como porque la inclusión de dichos perdones en la fórmula de JTr puede aminorar los costos de esta última y reducir los problemas producidos por la ineficacia del sistema de justicia.

Por otro lado, como lo ha expuesto lúcidamente Iván Orozco, en ciertos contextos transicionales las herramientas de la JRe pueden ser útiles para llevar a cabo un proceso exitoso de JTr. Tal es el caso de las transiciones que tienen lugar luego de ciertas guerras civiles o conflictos armados que, por presentar formas de barbarie simétricas u horizontales en las que cada actor armado (y las bases sociales que lo apoyan) es a un mismo tiempo víctima y victimario de graves violaciones de derechos humanos, parecen admitir fórmulas restaurativas de JTr fundadas en perdones “recíprocos” entre los actores armados y sus bases. Según Orozco, en estos casos se estaría en realidad en presencia de una “doble transición” (2002).¹²

En un segundo nivel, la JRe y la JTr presentan complementariedades adicionales, en la medida en que a través de las herramientas de la JRe es posible efectuar un acompañamiento del proceso de JTr, que puede resultar muy necesario para su éxito. Así, por ejemplo, tal y como sucedió en Irlanda del Norte o como muy posiblemente ocurriría en Colombia si se lograra el desmante total de los grupos paramilitares, para bien o para mal la desmovilización de los actores armados puede dejar grandes vacíos en el ejercicio del control social, pues los actores armados ejercían esas funciones. En ese orden de ideas, las herramientas de la JRe pueden resultar bastante útiles para enfrentar de manera no coercitiva las actividades delictivas que surjan como consecuencia de ese vacío y que, en razón de la precariedad de la justicia, no puedan ser enfrentadas por el sistema tradicional de justicia.¹³ La JRe actuaría en estas situaciones como un complemento importante

¹² Según Orozco, quien se basa en las tipologías de Terry Carl (sobre transiciones dobles y simples) y Rajeev Bhargava (sobre la distinción entre barbaries simétricas y asimétricas), en las dictaduras estables la violencia es asimétrica o vertical, pues el Estado no enfrenta la resistencia de un actor armado. No hay conflicto armado sino sólo represión. La transición es entonces “simple”, porque busca pasar de la dictadura a la democracia. En las guerras internas, la violencia es más horizontalizada y, como los Estados que enfrentan un conflicto armado suelen ser autoritarios o dictatoriales, entonces la transición es “doble”: de la guerra a la paz y del autoritarismo a la democracia.

¹³ Por eso, de acuerdo con Ashworth, en condiciones sociales difíciles, los mecanismos de la JRe se constituyen en respuestas al crimen que son, a un mismo tiempo, herramientas de control social (2002:580).

de la JTr que, lejos de pretender enfrentar los crímenes atroces cometidos con anterioridad a la transición, se encargaría de que ésta fuera estable y duradera, mediante el cubrimiento de los vacíos de justicia producidos por la transición y a través de la promoción de una cultura jurídica basada en el diálogo y en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.¹⁴ Los mecanismos restauradores servirían para impedir el surgimiento de nuevos gérmenes de violencia, que pudieran poner en peligro la transición alcanzada por la JTr.

III. Los límites de los enfoques restauradores en los procesos transicionales

A pesar de las complementariedades arriba señaladas, en el plano conceptual la JRe evidencia serios límites para poder servir de paradigma de justicia en un proceso de JTr cualquiera. Pero además, en razón de la naturaleza específica del conflicto colombiano, el enfoque restaurador resulta verdaderamente inconveniente para afrontar la transición por la que pasaría el país en caso de que prosperaran las negociaciones de paz con los grupos paramilitares y/o, eventualmente, con otros grupos alzados en armas. Finalmente, existen restricciones jurídicas que limitan la posibilidad de convertir en dominantes los enfoques restauradores en los procesos transicionales.

Por un lado, aunque la JRe y la JTr coinciden en el propósito genérico de la reconciliación, son muchas y muy importantes las diferencias conceptuales que existen entre ambas. En particular, cabe resaltar las muy diversas concepciones de reconciliación que puede tener cada una (Crocker, 2002). Para la JRe, la reconciliación

¹⁴ Por ejemplo, en Irlanda del Norte, el proceso de paz planteó el problema de cómo suplir el vacío de control social que podía provocar la desmovilización de los grupos armados ilegales, y en especial del IRA, que ejercían ciertas labores de control de la delincuencia en sus zonas de influencia. Una de las respuestas ha sido poner en marcha mecanismos de JRe de base comunitaria como formas alternativas a la violencia punitiva contra la delincuencia que desarrollaba el IRA (ver McEvoy y Mika, 2002).

implica necesariamente que todos los actores, víctimas y victimarios, estén absolutamente de acuerdo sobre la necesidad de perdonarse y vean en el restablecimiento de sus vínculos sociales y en la armonía entre unos y otros valores fundamentales. No obstante, como Crocker lo hace evidente, esta forma de comprender la reconciliación resulta muy exigente y bastante problemática cuando se la aplica a procesos de JTr.

En efecto, parece ciertamente difícil que, tras haber estado involucrados en actos tan atroces como lo son los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, todas las víctimas y victimarios estén dispuestos a instaurar entre ellos lazos estrechos de solidaridad y confianza. Así, por ejemplo, como lo ilustra Crocker, el lenguaje utilizado en Sudáfrica para propugnar por la JRe incluía la búsqueda de valores tan difíciles de alcanzar para quienes vivieron el apartheid como la amistad, la hospitalidad, la magnanimidad y la compasión, entre otros (2002). Si bien es posible pensar que algunos de los actores de la transición estarían dispuestos a esforzarse -como efectivamente lo estuvieron muchas de las víctimas del apartheid- para materializar estos valores, no parece prácticamente plausible ni éticamente justificable que se imponga un nivel tan exigente de compromiso en pro de la reconciliación.

Dicho nivel de compromiso, que Crocker califica como una forma de reconciliación con un contenido “grueso” (2002), obedece a una visión comunitarista de la reconciliación, que presenta graves inconvenientes en una transición que busca tener un carácter democrático. De hecho, pretender que todos los que se vieron afectados por actos de violencia que atentaron contra la dignidad humana sean capaces de construir vínculos sociales estrechos con sus agresores implica excluir, marginar, deslegitimar el punto de vista de muchos. Esta visión “gruesa” de la reconciliación no admite discrepancias; todos debemos estar de acuerdo en que el perdón y el olvido son los mecanismos más loables para lograr la paz. Pero el problema radica en que es bien posible que, en realidad, no todos

aceptemos esta forma de superar el conflicto previo como la más idónea. Y, en un ambiente democrático, deberíamos tener la posibilidad de expresar nuestras opiniones e insatisfacciones, de deliberar en torno a nuestras diferencias de perspectiva, sin necesidad de ser vistos como obstáculos indeseables para la reconciliación.

Así, siguiendo la terminología de Crocker, existe otra manera más “fina” de comprender la reconciliación fruto de un proceso transicional: aquella basada en la “reciprocidad democrática” (2002). Ésta implica que, sin necesidad de tener visiones idénticas, todos los miembros de la sociedad en transición sean capaces de reconocer a los demás (incluidos sus victimarios) como ciudadanos congéneres con la capacidad de deliberar en igualdad de condiciones y de tomar decisiones democráticas acerca del futuro de la sociedad. En este contexto, los actores políticos pueden decidir que la manera más adecuada de llevar a cabo la transición es a través del perdón y del establecimiento de lazos comunitarios fuertes, pero también pueden no hacerlo. Y, en cualquiera de los casos, la decisión sería legítima y parecería justa.

De las opuestas concepciones de reconciliación antes mencionadas surge también una diferencia fundamental entre la JRe y la JTr en lo que se refiere a la manera como cada una comprende y califica el castigo. Así, el concepto de reconciliación propio de la JRe conlleva a ver en el castigo algo indeseable y contrario al objetivo mismo de la reconciliación. Si ésta implica una armonía social basada en estrechos vínculos entre antiguas víctimas y victimarios logrados a través del diálogo y del perdón, entonces el castigo de los victimarios no hace sino impedir la consecución de esa armonía. El problema de las visiones restaurativas es, no obstante, que confunden el castigo con la venganza y que ocultan las importantes funciones que el primero puede cumplir en un proceso transicional.

En efecto, por muy diversas razones, resulta inapropiado conceptualmente equiparar castigo y venganza, dadas las características de impersonalidad, proporcionalidad e individualidad propias del primero y ausentes en la segunda, y dadas las disímiles finalidades que uno y otro cumplen: retribución, reparación y verdad el castigo, y simple retaliación la venganza.¹⁵ Así, el castigo no tiene únicamente un carácter retributivo, pues promueve, a través del juzgamiento de los victimarios, los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad. Pero además, es fundamental reconocer que, en ciertos contextos, el carácter retributivo del castigo tiene una gran potencialidad (incluso superior a aquélla del perdón y el olvido) para alcanzar la reconciliación y para fundar sobre sí las bases de un orden democrático estable, en la medida en que establece, con mayor claridad, el reproche social frente a los comportamientos inaceptables de ciertos actores.

Por eso, en el paradigma de la JTr es posible dotar al castigo de los victimarios de un significado que, en vez de contraponerlo a la reconciliación, lo muestre como un elemento apropiado (incluso necesario) para alcanzarla. Como se dijo al principio de este escrito, la JTr enfrenta el difícil dilema de encontrar un equilibrio entre la tensión producida por las exigencias de justicia y paz. Los profundos traumas dejados por una guerra civil o por una dictadura hacen que muchos ciudadanos observen con inconformidad todas aquellas fórmulas transicionales que busquen darle un peso exclusivo a la paz. Así, es bien posible que la reconciliación nacional tenga un carácter más verdadero y durable si se encuentra precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aún cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente -en razón de las exigencias políticas de los actores armados para aceptar la transición- algunas formas de amnistía o de rebaja de penas. De hecho, si las víctimas de estos crímenes saben que éstos serán sancionados de alguna manera, tal vez se encuentren más dispuestas

¹⁵ Para un análisis detallado de las diferencias entre castigo y venganza, ver Crocker (2002), quien a su vez se funda en el análisis de Nozick (1981).

a reconciliarse con sus agresores, una vez hayan pagado por sus afrentas. En cambio, si sus reclamos de justicia son negados o ignorados, la posibilidad de que las víctimas sean incapaces de perdonar a sus victimarios, de abandonar sus deseos de venganza y de aceptar la legitimidad del nuevo orden instaurado aumenta considerablemente. Porque, como lo afirma Crocker, “(l)a justicia provee clausura; su ausencia no sólo deja heridas abiertas, sino que su misma negación restriega sal sobre ellas” (2002:527).

A las anteriores consideraciones se aúna el hecho de que el castigo de los responsables de crímenes masivos impide que en el nuevo régimen creado por la transición surja una cultura de impunidad. El mensaje enviado con el castigo es, justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones. Además de propugnar por el respeto de estos derechos, un mensaje como ése busca, sobre todo, asegurar la garantía de no repetición, crucial para el verdadero éxito de un proceso transicional.¹⁶ De hecho, cualquiera que sea la fórmula de JTr escogida, es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social, que deje atrás de manera definitiva el anterior estado de cosas y que garantice que los actos atroces perpetrados antes de la transición no volverán nunca a cometerse (ver, en sentido similar, el capítulo 5).

La garantía de no repetición está entonces en el corazón de la JTr. Es la promesa creíble de que no habrá víctimas futuras lo que permite flexibilizar el castigo de esos crímenes en los procesos de transición. Pero precisamente para que esa promesa sea creíble, una dosis proporcionada de retribución y castigo parece ineludible,

¹⁶ Fue la ausencia de esta garantía la que produjo el fracaso de la transición promovida por la ONU en Sierra Leona en 1999. De hecho, basada en la concesión de una amnistía general al insurgente Foday Zanco y a otros miembros de la cúpula del grupo rebelde, responsables de numerosos crímenes atroces, dicha transición no duró más que unos meses. La misma fue abruptamente interrumpida por los amnistiados, que aprovecharon el colapso del gobierno para incurrir en una nueva masacre de civiles y en la toma de 500 funcionarios de la ONU como rehenes (Crocker, 2002). Esto llevó finalmente a la puesta en marcha de un tribunal penal internacional para Sierra Leona.

por las funciones de prevención general, positiva y negativa, que el derecho penal contemporáneo -o al menos algunas de sus corrientes- reconoce a la pena.¹⁷ El castigo de los crímenes de lesa humanidad y la amenaza futura del mismo, pueden tener un efecto de carácter preventivo en contra de las violaciones de derechos humanos, en el sentido tanto de desincentivar la repetición de esas conductas por parte de los victimarios -en razón de su temor al castigo-, como de reforzar la adhesión ciudadana a los valores democráticos e impedir que el sentimiento de rabia e injusticia producido por la impunidad cause en las víctimas deseos de vengarse a través de actos de esa naturaleza.

Es cierto que hoy es todavía difícil llegar a conclusiones empíricamente claras sobre los potenciales efectos preventivos del castigo de los crímenes de lesa humanidad, por una razón bastante simple: hasta muy recientemente, la regla práctica en Colombia y en el resto del mundo era que esos crímenes no eran sancionados. Así lo demuestran las amnistías generales aplicadas en nuestro país y en otros países latinoamericanos hace pocas décadas, y así lo demuestra también el hecho de que los Tribunales de Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia hayan sido eventos esporádicos, que de ninguna manera crearon una práctica internacional en favor de la punición de las violaciones masivas de derechos humanos. No tenemos entonces evidencias empíricas sólidas de qué sucedería si esos actos atroces fueran sistemáticamente castigados. Sin embargo, no parece irrazonable asociar, al menos parcialmente, la recurrencia a dichos actos justamente a la ausencia de una tradición

¹⁷ Para una explicación de estas nociones, ver, por todos, Ferrajoli (1995:262 y ss.). Así, fuera del eventual fin retributivo de la pena, la teoría penal debate sobre cuatro posibles funciones preventivas del castigo. De un lado están las doctrinas preventivas especiales, que están dirigidas al infractor a fin de evitar su reincidencia, y que pueden ser (i) negativas, si pretenden simplemente neutralizarlo, o (ii) positivas, si buscan su resocialización o corrección. De otro lado están las doctrinas de la prevención general, según las cuales la pena está dirigida al conjunto de ciudadanos a fin de que no delincan, ya sea por el efecto disuasivo del castigo, que constituye (iii) la teoría de la prevención general negativa, o ya sea por la función de la pena en la reafirmación de la cohesión social y la adhesión de los ciudadanos a ciertos valores, que es (iv) la doctrina de la prevención general positiva. Además de las anteriores, Ferrajoli menciona otra función preventiva de la sanción penal, a veces olvidada: la prevención de las venganzas y de las penas informales y descontroladas.

nacional o internacional de castigo de los mismos. Así, anteriormente, muchos victimarios podían conjeturar que escaparían al castigo, lo cual favorecía la comisión de crímenes atroces. Muchas víctimas, al no encontrar justicia, podían a su vez tornarse en victimarios. Y la sociedad no encontraba en los procesos transicionales, caracterizados por el olvido y el perdón totales, un espacio para manifestar su condena de esas atrocidades y su adhesión a ciertos principios democráticos fundamentales. Por el contrario, si se consolida una tendencia universal, o al menos en un país determinado, de que los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad no quedan impunes, ni siquiera dentro de las transiciones negociadas, entonces la lógica podría invertirse; la alta probabilidad del castigo disuadiría, las víctimas no ansiarían venganza pues habría justicia, y la sociedad reforzaría su adhesión a los derechos humanos.

Adicionalmente, el castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad facilita el surgimiento de un ambiente generalizado de respeto por las instituciones democráticas creadas en la transición, en tanto que traza una clara distinción entre el régimen anterior -caracterizado por la injusticia y la atrocidad- y el nuevo orden -fundado en la justicia y en la protección de los derechos humanos-. De esa manera, el castigo deja en claro que los derechos humanos no son simples herramientas discursivas utilizadas para legitimar el proceso transicional, sino que su respeto es exigible y su violación sancionable indefectiblemente. Y así, a través de la transición no sólo se logra la superación de la guerra o de la tiranía, sino la promoción de un proyecto transformador del Estado de derecho, encaminado a comprometerlo, desde su origen mismo, con la garantía de los derechos humanos (ver Wilson, 2002).¹⁸

¹⁸ De acuerdo con Wilson, fue éste, precisamente, el límite que tuvo la transición sudafricana. Según este autor, dado que la exigencia de castigar a los responsables de crímenes atroces fue en buena parte sacrificada en favor de la exigencia de verdad, los derechos humanos fueron reducidos al lenguaje del compromiso político y de la reconstrucción de la nación, y así, su empleo en el proceso transicional no tuvo

Por otro lado, además de los argumentos antes esgrimidos, es relevante decir algunas palabras acerca de las razones por las cuales la aplicación del paradigma de JRe a un eventual proceso de JTr en Colombia no parece conveniente de ninguna manera. Estas razones hacen referencia a las características particulares del conflicto colombiano y, en particular, a la naturaleza específica que ha tenido la violencia a su interior. En efecto, a diferencia de lo que sostiene Iván Orozco, en nuestro parecer, la transición por la cual pasaría la sociedad colombiana tras darle un fin parcial o total al conflicto armado no encajaría en el modelo de “doble transición” basado en perdones recíprocos expuesto por el autor. Y esto por varias razones:

Primero, en Colombia, en lugar de formas de victimización simétrica u horizontal de los diversos actores armados y sus bases sociales de apoyo, el conflicto produce una victimización múltiple de la sociedad civil por parte de los actores armados. De hecho, la guerra colombiana no se caracteriza por una movilización ciudadana masiva a favor o en contra de los actores armados. La sociedad civil no apoya activamente a uno u otro bando, sino que sufre indiscriminadamente los ataques de todos. Así, un modelo de JTr fundado en los perdones recíprocos que se otorgarían entre sí los distintos actores armados excluiría la posibilidad de que la sociedad civil participara en la concesión (o incluso en la negación) de tales perdones y, en consecuencia, tendría un alcance político limitado y sería éticamente muy cuestionable.

Segundo, la violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado de tal manera por su masividad y sistematicidad, que hasta la relativamente sencilla tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos de concesión de perdones recíprocos se torna altamente compleja. En

como consecuencia la creación de una nueva cultura jurídica basada en el respeto de esos derechos. De ahí que, siguiendo a Wilson, el índice de criminalidad haya aumentado en Sudáfrica desde la transición (2002).

efecto, la naturaleza del conflicto hace bastante difícil saber qué actores habrían de pedir perdón y qué actores tendrían la facultad de concederlo.

Tercero, los crímenes contra la dignidad humana que han sido cometidos a lo largo del conflicto armado son actos abominables e imperdonables. Por eso, dentro de un proceso transicional como aquél por el que podría pasar Colombia, con algunas excepciones, el castigo se hace exigible, no sólo porque produciría la condena pública de tales comportamientos, sino porque el nuevo orden social y democrático que se construiría a través de la transición implicaría la total exclusión de los mismos y encontraría en el respeto de los derechos humanos su fundamento básico.

Cuarto, el empleo de mecanismos propios de la JRe podría tener resultados contraproducentes en el país en términos del objetivo de la reconciliación nacional. De hecho, la verdad del conflicto armado es todavía ignorada por los miembros de la sociedad, que aún no compartimos un relato común acerca de nuestro pasado. Así, mientras que para algunos la reconciliación nacional es el objetivo preponderante de la transición, para otros, a dicho objetivo deben sumarse también las importantes exigencias de justicia y verdad. En ese entender, de escogerse el paradigma restaurativo, estos últimos sectores de la sociedad podrían ser reprochados por los defensores de la reconciliación en razón de obstaculizarla con sus reclamos, y terminarían por ser silenciados. Una situación como ésta no sólo haría de los mecanismos de la JRe instrumentos de impunidad, sino que podría incubar gérmenes de resentimiento y violencia por parte de los silenciados, que pondrían en serio peligro la durabilidad de la reconciliación alcanzada.

Finalmente, pero no por ello menos importante, existen razones jurídicas que restan fundamento a la idea de que la JRe pueda ser el esquema dominante para hacer frente a las graves violaciones de los derechos humanos en los procesos transicionales, y son las que

se refieren al estado actual del derecho internacional. Hoy, a pesar de ciertas controversias, parece claro que los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de sancionar las violaciones de los mismos limitan las posibilidades de perdón de las más graves violaciones a los derechos humanos. Por ello, el perdón de los crímenes atroces es no sólo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional, la cual tiene competencia para asumir casos de personas enjuiciadas internamente cuando “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte” (artículo 17. 2.a. del Estatuto de Roma). Es claro que una amnistía de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra queda incluida en esa hipótesis. Eso no significa que todos los crímenes amnistiados sean competencia de la Corte, pues los efectos del tratado de Roma no son retroactivos y Colombia introdujo la salvedad de excluir de la competencia de la Corte los crímenes de guerra por siete años. Pero esto muestra la fragilidad jurídica y política de un proceso de paz fundado en las premisas de perdón general, pues no sólo el Tribunal Penal Internacional podría intervenir en muchos asuntos sino que, además, otros casos podrían ser investigados por jueces de otros países, en aplicación del principio de jurisdicción universal, que cubre muchos de esos crímenes internacionales como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada, y en virtud del cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado, en nombre de la comunidad internacional.

Por todas las anteriores razones, parece apropiado concluir que en los procesos de JTr en general, y en aquéllos que hayan de llevarse a cabo en Colombia en particular, el castigo de crímenes atroces juega un papel crucial, que refuerza (en lugar de contradecir) el objetivo de reconciliación nacional. De ahí que no parezca conveniente, por razones tanto teóricas como prácticas, que los mecanismos de JRe sustituyan a la JTr, y en especial, a la función retributiva propia de

ésta. Ello no significa, como se verá a continuación, que el perdón de los responsables de violaciones de derechos humanos no sea admisible bajo ninguna circunstancia, ni tampoco que las herramientas restaurativas no puedan cumplir un rol importante de complementariedad y acompañamiento en los procesos de JTr.

IV. Conclusiones: la posibilidad de perdones, pero proporcionados y “responsabilizantes”

La línea de razonamiento trazada en este documento lleva a concluir que la individualización y el castigo de los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad resultan importantes para el éxito de un proceso de JTr y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la JRe no puede ser el imperante en estos contextos. El perdón de los victimarios no puede ser, como lo pretende el paradigma restaurativo, la regla general de un proceso transicional. Y esto porque, recordemos, la JTr enfrenta precisamente el complejo dilema de encontrar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, equilibrio que como es evidente no se alcanza si una de esas exigencias es privilegiada de manera absoluta sobre la otra.

En ese orden de ideas, así como el extremo del perdón general de los crímenes atroces es inviable como fórmula de JTr, así también lo es el extremo opuesto, consistente en la punición absoluta e inflexible de dichos crímenes. De hecho, esta fórmula hace caso omiso de las importantes restricciones que, en la práctica, puede imponer el contexto político a las fórmulas transicionales excesivamente exigentes en cuanto al imperativo de justicia.

Es en razón de lo anterior que es pertinente reiterar la tesis esgrimida en el capítulo 1, según la cual los procesos transicionales en general, y en especial aquéllos que tengan lugar en Colombia, deben enmarcarse dentro de un modelo de JTr fundado en

perdones “responsabilizantes”. De acuerdo con este modelo, la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre regida por el principio de proporcionalidad. Lo anterior significa que el perdón de estos crímenes procede exclusivamente cuando se muestra como el único medio existente para alcanzar los logros de la paz y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los crímenes, al nivel de mando del victimario y a las contribuciones que éste haga a la justicia.

Ahora bien, parecería deseable que el esquema de perdones “responsabilizantes” se viera en lo posible complementado por mecanismos propios de la JRe que, siendo adicionales al castigo, pudieran responsabilizar a los victimarios ante la sociedad, e hicieran posible el esclarecimiento de la verdad del conflicto y la reparación de las víctimas. Además de la implementación de estos mecanismos restaurativos en el proceso de JTr, sería también deseable que la JRe hiciera un acompañamiento de la transición en aquellos sectores sociales afectados por la ausencia de control social dejada por la finalización del conflicto.

Así las cosas, el modelo de JTr basado en perdones “responsabilizantes” hace posible la consecución de un equilibrio adecuado entre las exigencias de paz y justicia. En efecto, dicho modelo contempla el castigo de los crímenes atroces como regla general, pero admite excepcionalmente el perdón “responsabilizante” de estos últimos, siempre y cuando el mismo sea necesario para la consecución de la paz y tenga un carácter proporcional. Adicionalmente, el modelo fundado en perdones “responsabilizantes” es del todo compatible con las exigencias impuestas por el derecho internacional en esta materia y, por tanto, parecería estar “blindado” jurídicamente (ver, al respecto capítulo 1). Por último, este modelo de JTr parece adecuarse plenamente a las particularidades y restricciones impuestas por el contexto colombiano.

Bibliografía

Ashworth, A. (2002). “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 578-95.

Braithwaite, J. (2001). *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press.

Crocker, D.A. (2002). “Democracy and Punishment: Punishment, R e c o n c i l i a t i o n , a n d Democratic Deliberation,” *Buffalo Criminal Law Review*, No.5, pp. 509-49.

Ferrajoli, L. (1995). *Razón y derecho*, Madrid: Trotta.

Gilman, E. (2003). “What is Restorative Justice?”. En: www.sfu.ca/cfrj/fulltext/gilman.pdf.

Hamber, B. (2003). "Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland", *Fordham International Law Journal*, No.26, pp.1074-94.

McEvoy, K., Mika, H. (2002). "Restorative Justice and the Critique of Informalism in Northern Ireland", *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 534-62.

Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston: Beacon Press.

Morris, A. "Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice", *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 596-615.

Nozick, R. (1981). *Philosophical Explanations*, Cambridge: Cambridge University Press.

Orozco, I. (2002). "La Posguerra Colombiana: Divagaciones sobre la Venganza, la Justicia y la Reconciliación", *Análisis Político*, No. 46.

Teitel, R. (2003). "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, No. 16, pp. 69-94.

Tutu, D.M. (1999). *No Future without Forgiveness*, Nueva York: Doubleday.

Wilson, R. (2002). "Challenging Restorative Justice," *Human Rights Dialogue*, No. 7. En: www.cceia.org/viewMedia.php/prmID/246.

Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press.

Capítulo 4

Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial*

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

El propósito de este texto consiste en explorar hasta qué punto el derecho a la verdad puede ser satisfecho esencialmente a través de la verdad judicial en procesos transicionales como el que vive Colombia en estos momentos.

La escogencia de este tema se justifica, en primer lugar, en razón de que la verdad es el presupuesto básico de cualquier proceso transicional que pretenda respetar los derechos de las víctimas y garantizar que las graves violaciones de derechos humanos cometidas con anterioridad a él no se repitan. En efecto, sin verdad, difícilmente podrían existir el castigo de los responsables de tales crímenes y la reparación de las víctimas de los mismos, en el entendido de que no se sabría a quién castigar ni a quién reparar. Además, sin verdad, la sociedad no estaría en capacidad de comprender lo que sucedió en el pasado, y no podría entonces poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencia de esas conductas atroces. No habría pues garantía de no repetición. En segundo lugar, la selección de este tema encuentra fundamento en el hecho de que, en términos generales, la verdad judicial aparece - junto con otros medios extra-procesales de reconstrucción de la verdad- como un componente necesario de la exigencia de verdad presente en todo proceso transicional. Por último, esta escogencia se explica concretamente porque el contexto colombiano actual

* Una versión inicial de este texto fue presentado como ponencia a cargo de Rodrigo Uprimny en el seminario internacional convocado por la Universidad del Rosario (2005): *Diálogo Mayor. Memoria colectiva, reparación, justicia y democracia: el conflicto colombiano y la paz a la luz de experiencias internacionales*. Este texto será publicado en el libro (aun en prensa) que recopilará las ponencias de dicho evento.

optó por la verdad judicial como el medio principal de la búsqueda de la verdad de los hechos acaecidos con anterioridad al proceso de paz adelantado por el gobierno con los grupos paramilitares.

Por consiguiente, resulta relevante analizar los límites y las potencialidades de la verdad alcanzada en procesos judiciales llevados a cabo en el marco de un proceso transicional como éste.

Para lograr lo anterior, el trabajo se dividirá en cinco partes. En la primera parte, haremos referencia al contenido básico del derecho a la verdad, tal y como es comprendido en la actualidad por los principios y la jurisprudencia internacionales sobre la materia, y argumentaremos que esta última forma parte del bloque de constitucionalidad y es por tanto vinculante en Colombia. En la segunda parte, realizaremos una breve presentación histórica de las complejas relaciones entre la verdad judicial y otros mecanismos empleados para reconstruir la verdad en los procesos transicionales que han tenido lugar a lo largo del último siglo. En la tercera parte, llevaremos a cabo una reflexión analítica sobre los límites y las potencialidades de la verdad judicial como mecanismo esencial de reconstrucción de la verdad dentro un proceso transicional. Estas últimas potencialidades harán evidentes, a su vez, las limitaciones de los mecanismos extra-judiciales de búsqueda de la verdad -en particular aquéllas de las Comisiones de Verdad-, y permitirán entonces concluir que, más que excluyentes, las diversas formas de reconstrucción de verdad se complementan entre sí. En la cuarta parte, intentaremos aterrizar el debate en torno a la verdad judicial al caso colombiano, y estudiaremos críticamente la manera como ésta quedó consagrada en la ley de “justicia y paz”. Así, argumentaremos que el hecho de que la verdad judicial pueda ser efectivamente un instrumento idóneo para conocer la verdad depende en gran medida del diseño de los mecanismos concretos ideados para tal fin, mecanismos que en el caso de la ley de justicia y paz resultan bastante insuficientes. No obstante lo anterior, en la quinta y última parte, intentaremos proponer algunas

recomendaciones encaminadas a potencializar este mecanismo de reconstrucción de la verdad. En efecto, sin restarle importancia a los otros mecanismos de búsqueda de la verdad, y reconociendo los obstáculos impuestos por la ley de justicia y paz a la reconstrucción efectiva de la verdad por la vía judicial, es menester partir de la base de que ésta ha sido la herramienta privilegiada en la presente coyuntura para garantizar el derecho a la verdad y, de conformidad con ello, indagar las posibles estrategias que pueden fortalecerla en este contexto.

I. El contenido básico del derecho a la verdad

Como fue desarrollado extensamente en el capítulo 2, de acuerdo con los *Principios para la lucha contra la impunidad* (también llamados principios Joinet, 1997), el derecho a la verdad comporta tanto el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de sus familiares a conocer los hechos y circunstancias en que acaecieron dichas violaciones, como el derecho de la sociedad entera a saber los motivos por los cuales unos y otras se produjeron, con miras a preservar la memoria colectiva y a evitar de esa manera que hechos de esa índole vuelvan a presentarse (principios 2, 3 y 4).

Si bien estos principios (como derecho blando o “soft law” que son) no tienen un carácter estrictamente vinculante para los Estados, los mismos han sido reconocidos por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en diversas instancias (Fundación Social, 2005:29-30). Así, por ejemplo, la Corte Interamericana ha afirmado que las obligaciones adquiridas por los Estados Partes (y en especial aquéllas contenidas en los artículos 1º, 8 y 25 de la Convención Interamericana) incluyen el esclarecimiento de las violaciones de los derechos allí contenidos, el castigo de los responsables de las mismas y el establecimiento

de medidas que garanticen la no repetición de tales actos (Fundación Social, 2005:29-30).

Como resulta evidente, los diversos componentes del derecho a la verdad antes mencionados adquieren una particular relevancia en los procesos transicionales, precedidos como lo están generalmente por situaciones en las que los crímenes de guerra y las violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos suceden con frecuencia.

Ahora bien, de acuerdo con la Constitución Política de 1991 (art. 93), los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia ocupan un lugar prevalente en el ordenamiento jurídico, deben ser utilizados como criterio de interpretación de los derechos por ella contemplados y forman parte del bloque de constitucionalidad (Corte Const., 1993, 1995, 1999a, 2002). Además, según la interpretación dada por la Corte Constitucional a esta norma, los pronunciamientos jurisprudenciales de órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales -como la Corte y la Comisión Interamericanas- sobre el alcance de los derechos consagrados en tales tratados hacen también parte del bloque de constitucionalidad y en esa medida deben ser tratados como pautas interpretativas de los derechos constitucionales (Corte Const., Uprimny?XXXXXXXXXXXXXXXXX).

Así las cosas, el derecho a la verdad es, hoy en día, un imperativo jurídico tanto nacional como internacional que tiene especial vocación de aplicarse en procesos transicionales como aquél por el que atraviesa Colombia. Sin embargo, éste, como se verá, no ha sido siempre el status que se le ha dado a la verdad en los procesos transicionales que han tenido lugar en el último siglo.

II. Breve historia de las relaciones entre verdad judicial y otros mecanismos de reconstrucción de la verdad en procesos transicionales

Entendidos como aquellos procesos sufridos por una sociedad entera, a través de los cuales el orden social y político que la estructuraba resulta transformado de manera radical -ya por el paso de una dictadura a una democracia, ya por la finalización de la guerra y el establecimiento de un orden pacífico-, el último siglo ha sido testigo de muchos procesos transicionales. Además de las múltiples diferencias existentes entre unos y otros en términos de coyunturas políticas, sociales y económicas, de actores, y de soluciones efectivamente alcanzadas, es posible identificar en los distintos procesos transicionales acaecidos en el siglo XX y comienzos de este siglo¹⁹ importantes diferencias respecto de la manera como la exigencia de verdad ha sido comprendida y satisfecha.

Resulta entonces interesante hacer un breve recuento de estos distintos tratamientos de la verdad al interior de procesos transicionales, con miras a evidenciar las complejas relaciones que se han presentado entre la verdad judicial y otros mecanismos extra-procesales de verdad en la historia de las transiciones.

Para estos efectos, hemos dividido los procesos transicionales de los últimos cien años en cinco períodos históricos diversos, en función del tratamiento que en cada uno de ellos se le ha dado al problema de la verdad. En efecto, al interior de cada período es posible hallar un mayor o menor énfasis en uno o varios de los siguientes tres mecanismos de reconstrucción de la verdad: (i) la verdad judicial, esto es, la verdad oficial de lo sucedido alcanzada a través de un

¹⁹ Para un juicioso relato sobre estos procesos, ver Teitel (2000). Como fue mencionado en el capítulo 3, a diferencia de Teitel, no consideramos que todos los procesos transicionales que han ocurrido en este siglo sean procesos de justicia transicional propiamente dichos, teniendo en cuenta que restringimos esta noción a aquellos procesos transicionales en los que se intentan equilibrar las exigencias de justicia y paz.

proceso judicial, ya sea porque fue declarada por éste, o porque se puede inferir del mismo; (ii) los mecanismos extra-judiciales institucionalizados de búsqueda de la verdad, que consisten en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad, y cuyo prototipo son las Comisiones de Verdad; y (iii) las verdades sociales no institucionalizadas, es decir, todas aquellas formas de reconstrucción de la verdad y preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas y científicos sociales, entre otros.

Así, el primer período histórico, que he denominado como “un mínimo de verdad”, enfatizó en las verdades sociales no institucionales. El segundo período, llamado “la verdad judicial enaltecida”, le otorgó especial importancia (como su nombre lo indica) a la verdad judicial, aunque también en él fueron importantes los mecanismos sociales no institucionales de reconstrucción de la verdad. El tercer período, por su parte, ha sido denominado “el consuelo de la verdad extra-judicial”, pues en él este tipo de mecanismos de verdad fue utilizado como reemplazo de una verdad judicial que sólo pudo ser buscada de manera muy limitada. El cuarto período, en cambio, se denomina “la exaltación de las Comisiones de Verdad”, y demuestra una clara tendencia hacia el privilegio de los mecanismos extra-procesales institucionalizados de reconstrucción de la verdad, por encima de la (ahora criticada) verdad judicial. Por último, el quinto período, que hace referencia a nuestros días, se identifica con la pregunta “¿hacia la complementariedad?”, ya que le otorga una importancia relativamente homogénea a las tres formas de reconstrucción de la verdad.

Evidentemente, como cualquier periodización, ésta utiliza tipos ideales (que simplifican las realidades históricas transicionales, mucho más complejas) y es, adicionalmente, arbitraria en alguna medida, dado que hay ciertas transiciones que, a pesar de pertenecer

cronológicamente a uno de estos períodos, no pueden lógicamente ubicarse en ellos en razón de que la verdad recibió un tratamiento distinto al mayoritario –éste es, como se verá, el caso de las transiciones llevadas a cabo en Ruanda y Yugoslavia. En ese sentido, el énfasis se hará sobretodo en aquellos procesos transicionales que, dentro de los períodos históricos seleccionados, resultan característicos de una forma particular de tratamiento de la verdad. Veamos.

1. El mínimo de verdad

En un primer momento, anterior a la Segunda Guerra Mundial, los procesos transicionales trataron la reconstrucción de la verdad como una labor exclusiva de los científicos sociales, y en especial de los historiadores. Así sucedió, por ejemplo, con los sucesos acaecidos durante la Primera Guerra Mundial, que fueron parcialmente conocidos gracias a los relatos históricos realizados por algunos académicos y periodistas, pero que no recibieron ninguna atención por parte de las instituciones estatales. Esto se explica si se tiene en cuenta que, para ese entonces, la idea de un derecho a la verdad en cabeza de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos, así como la propia idea de la necesidad de un castigo efectivo de los responsables de los mismos, era inexistente. De ahí que la transición de la guerra a la paz lograda a través del Tratado de Versalles no haya traído como consecuencia proceso punitivo ninguno en contra de los principales actores de la Primera Guerra, ni mucho menos una obligación a cargo de los Estados vencedores de garantizar la verdad de los hechos allí acaecidos.

2. La verdad judicial enaltecida

En un segundo momento, especialmente ilustrado por los tribunales de Nuremberg instaurados como resultado de la victoria de los

Aliados en la Segunda Guerra Mundial, la tarea de reconstruir la verdad fue confiada de manera predominante a los procesos judiciales iniciados en contra de los actores derrotados, aunque se vio complementada por importantes trabajos académicos, periodísticos y culturales (v.gr. la construcción de museos), destinados a la producción de relatos históricos y a la preservación de la memoria colectiva sobre la guerra. En efecto, además del carácter eminentemente punitivo de estas transiciones -explicable por la existencia de vencedores y vencidos-, la idea de que la verdad sobre las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra debía ser plenamente conocida a fin de evitar su repetición impregnó la lógica de esta transición.

Algo similar sucedió en los procesos transicionales de Ruanda y Yugoslavia en los años noventa, que se materializaron en tribunales penales *ad hoc* establecidos para el juzgamiento de los líderes nacionales derrotados y que, al tener un ingrediente esencialmente punitivo, se concentraron principalmente en la consecución de la verdad por medio del proceso judicial, complementada también por verdades sociales no institucionalizadas.

3. El consuelo de la verdad extra-judicial

Las amnistías otorgadas a los ex-dictadores de los regímenes despóticos latinoamericanos durante los años setenta y ochenta sirven de ejemplo del tercer período transicional en relación con el tratamiento de la verdad. Estas transiciones concentraron la reconstrucción de la verdad en comisiones específicamente creadas para el efecto, que fueron no obstante comprendidas como sustitutos precarios de la verdad judicial. De hecho, a diferencia de las transiciones punitivas antes reseñadas, los procesos transicionales que pusieron fin a las dictaduras latinoamericanas no fueron el producto de la derrota de estos regímenes, sino del consentimiento de sus líderes de entregar el poder a cambio de amnistías por los

crímenes de lesa humanidad cometidos mientras lo ostentaban. En esa medida, la limitada verdad alcanzada por las Comisiones de Verdad instauradas en Argentina (con el objetivo específico de reconstruir los hechos acaecidos durante la dictadura) y en Chile (con la finalidad de establecer si los actores del régimen dictatorial tenían derecho a la amnistía), consistente principalmente en una investigación sin condena, fue considerada como una frágil alternativa ante la imposibilidad de llevar a cabo procesos judiciales punitivos que trajeran como resultado la ideal verdad judicial.

4. La exaltación de las Comisiones de Verdad

En contraste con lo anterior, la cuarta etapa se caracterizó por un marcado énfasis en los mecanismos extra-procesales e institucionalizados de reconstrucción de la verdad -en particular las Comisiones de Verdad-, como las herramientas más idóneas para lograr dicho propósito. Muestra clara de ello es el proceso transicional sudafricano, que se enmarcó en una tendencia teórica general de elogio a las Comisiones de Verdad y de crítica a la verdad judicial como fragmentaria y contraria a los fines de reconciliación nacional, y que en consecuencia le otorgó un rol central a la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica. Así, las comisiones de este tipo dejaron de ser vistas como un remedio parcial de la imposibilidad de reconstruir la verdad judicialmente, y comenzaron a ser vistas como el mecanismo más apto para alcanzar una verdad completa, acabada sobre el pasado.

5. ¿Hacia la complementariedad?

El quinto momento de esta historia de las transiciones comprende los procesos transicionales que están teniendo lugar en la actualidad, y se caracteriza por una revalorización de la verdad judicial, en parte como consecuencia de los excesos de la confianza depositada en

comisiones de verdad como la sudafricana. Muchos académicos han analizado críticamente el proceso transicional sudafricano (ver, por ejemplo, Crocker, 2002; Wilson, 2002; Hamber, 2003), indicando las importantes limitaciones que tiene, para efectos de la instauración de un nuevo orden nacional apoyado en una verdadera y duradera reconciliación, un énfasis exclusivo en la verdad que deje de lado la exigencia de castigo de los responsables de crímenes atroces, así como los riesgos que puede implicar hallar responsables a los victimarios de crímenes atroces sin permitirles el ejercicio del derecho al debido proceso.²⁰ Sin castigo de estos crímenes, se dice, no es posible plantear con la suficiente fuerza un reproche social de los mismos tendiente a la garantía de no repetición. Pero además, continúan los críticos, el castigo promueve los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad a través del juzgamiento de los victimarios. Por ende, la tendencia actual consiste en reivindicar la importancia de la verdad judicial, pero alentando a un mismo tiempo la creación de mecanismos extra-procesales de reconstrucción de la verdad y la producción de verdades sociales por medio de la academia y el periodismo, que funcionarían como complementos importantes de aquélla.

El siguiente cuadro ilustra la periodización antes descrita:

Tratamiento del problema de verdad	Ilustración	Verdad judicial	extra-judiciales institucionalizados	Verdades sociales no institucionalizadas
Un mínimo de verdad	Primera Guerra Mundial	NO	NO	Un poco

²⁰ Estos riesgos son, no obstante, subsanables, como lo fueron por ejemplo en el caso sudafricano, mediante la apertura de ciertos espacios de confrontación de las perspectivas de las víctimas y los victimarios.

La verdad judicial enaltecida	Tribunales de Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia	SÍ	NO	SÍ
El consuelo de la verdad extrajudicial	Transiciones Latinoamericanas	Muy poco	SÍ	SÍ
La exaltación de las Comisiones de Verdad	Sudáfrica	Poco	SÍ	SÍ
¿Hacia la complementariedad?	Debate contemporáneo	SÍ	SÍ	SÍ

III. Límites y potencialidades de la verdad judicial

El anterior relato histórico muestra que la elección que de la verdad judicial ha sido hecha en el actual contexto transicional colombiano se enmarca en una tendencia más amplia de reevaluación de las potencialidades de este mecanismo de reconstrucción de la verdad y de establecimiento de complementariedades entre éste y las demás formas de reconstrucción de la verdad. Pero además, la escogencia de la verdad judicial puede explicarse también, en el contexto

colombiano, por el hecho de que, como algunos lo han argumentado, el establecimiento de mecanismos extra-judiciales de reconstrucción de la verdad -y en particular de comisiones de verdad- en medio del conflicto y tan sólo respecto de uno de los actores armados del mismo puede ser bastante riesgoso, dado que el conocimiento de hechos pasados podría traer como consecuencia represalias de los actores aún armados y agudizar, de esa manera, la situación de violencia en el país. Con ello no estamos cerrando la discusión sobre la conveniencia o no de que exista una comisión de verdad sobre el paramilitarismo; estamos simplemente tratando de tomar en serio las razones de la ley de justicia y paz para preferir en este momento la verdad judicial.

Ello hace que sea necesario analizar ahora cuáles son los límites y cuáles las potencialidades de esta opción, con el fin de idear estrategias para evitar, en lo posible, que los primeros tengan lugar y para fortalecer las segundas.

1. Límites de la verdad judicial

Son varios los límites de la verdad judicial y todos se derivan, a grandes rasgos, de la naturaleza misma del proceso judicial, y en especial del hecho de que éste tenga como finalidad primordial el castigo de los procesados.

Así, un primer límite de la verdad judicial se refiere a la posibilidad de que tenga un carácter fragmentario, en razón de ser el producto de procesos individuales en los que se resuelve la responsabilidad individual de los actores, caso por caso. En efecto, parece difícil pensar en una reconstrucción completa y fidedigna de los hechos acaecidos en un conflicto complejo, basada de manera fundamental en los hallazgos parciales, y en muchos casos aislados, logrados en cada proceso judicial.

Un segundo límite de la verdad judicial es que, además de poder ser fragmentaria, la misma puede tener un carácter unilateral, al referirse principal, sino exclusivamente, a los elementos, significados y efectos propiamente jurídicos de los hechos y conflictos llevados ante los jueces. De esta manera, fenómenos sociales tan complejos como los ocurridos con anterioridad a un proceso transicional podrían verse reducidos al sentido particular que el derecho les otorga, y escaparían así al análisis que podría ser llevado a cabo desde otras perspectivas distintas a la jurídica.

Un tercer límite que ha sido identificado frente al hecho de que la tarea de reconstrucción de la verdad sea confiada al proceso judicial consiste en que ello demuestra cierta insensibilidad con respecto a las necesidades particulares de las víctimas. Esto porque la finalidad de la verdad no consiste exclusivamente en hallar las pruebas y demás elementos de juicio necesarios para culpabilizar y condenar a los responsables de crímenes de lesa humanidad, sino también en el derecho de las víctimas de estos actos a conocer las circunstancias y razones por las cuales dichos crímenes fueron cometidos. En ese sentido, el énfasis en la verdad judicial puede limitar este derecho de las víctimas al simple conocimiento de las circunstancias en las que acaeció un delito concreto, sin que pueda éste verse relacionado con otros delitos y con las razones más estructurales de su producción. Por otro lado, la verdad judicial parece limitar la participación de las víctimas en su reconstrucción, pues éstas sólo podrían formar parte de ella en la medida en que estuvieran directamente vinculadas a cada proceso judicial, por ejemplo en calidad de parte civil.

Un cuarto tipo de limitaciones se refiere a los importantes costos y a las múltiples dificultades que implica buscar la verdad al interior de un proceso judicial. En cuanto a los primeros, es evidente que, dado el carácter complejo, sistemático y masivo de las graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas en el período anterior a las transiciones,

muchos son los recursos de dinero, tiempo y personal que habrán de ser invertidos en su investigación y juzgamiento. Las dificultades de reconstruir efectivamente la verdad dentro del proceso judicial aluden, por un lado, a los problemas que se originan de que el sistema judicial sea débil e ineficiente y no pueda, por tanto, asumir adecuadamente el arduo reto de juzgar este tipo de crímenes; y por otro lado, a los obstáculos que surgen del carácter penal del procedimiento, y que se concretan en la existencia de estándares probatorios demasiado estrictos, que pueden redundar en la exoneración (basada en la presunción de inocencia) de muchos victimarios, por no existir pruebas suficientes para hallarlos culpables.

Las limitaciones de la verdad judicial previamente señaladas explican la tendencia que ha existido en los últimos tiempos a exaltar las virtudes de las comisiones de verdad y a señalar a estas últimas como sustitutos o complementos idóneos de la verdad judicial. Sin embargo, es menester reconocer que estas comisiones de verdad presentan también serias limitaciones, que encuentran en las potencialidades de la verdad judicial importantes contrapartidas, y que muestran por tanto la conveniencia de ser concebidas como complementarias, mas no como sustitutas de aquélla.

2. Límites de las comisiones de verdad y potencialidades de la verdad judicial

Los mecanismos extra-judiciales institucionalizados de reconstrucción de la verdad, y las comisiones de verdad en especial, presentan una serie de limitaciones derivadas fundamentalmente de no tener una naturaleza jurídico-procesal.

En primer lugar, la verdad producida a través de dichas comisiones, no obstante parecer menos fragmentaria que aquélla

producida en un proceso judicial, puede en definitiva resultar bastante cuestionable y limitada, puesto que el procedimiento que aquéllas siguen no incluye las exigencias propias del debido proceso, ni impone estándares probatorios estrictos. En ese sentido, la verdad alcanzada a través de las comisiones de verdad puede excluir el punto de vista del victimario (y muchas veces también el de la víctima), y puede ser laxa en términos de las pruebas que le sirven de sustento. En contraste, al darse al interior de un proceso judicial con plenas garantías del debido proceso y con la exigencia de la plenitud de la prueba, la verdad judicial puede resultar mucho menos digna de cuestionamientos o dudas.

En segundo lugar, al no funcionar con base en la lógica adversarial propia de un proceso judicial, es posible que la búsqueda de la verdad por parte de las comisiones de verdad impida la controversia entre los diferentes puntos de vista existentes sobre unos mismos hechos. La verdad judicial, en cambio, puede surgir como la solución motivada y fundada en pruebas de un enfrentamiento entre puntos de vista.

En tercer lugar, la verdad obtenida a través de comisiones de verdad no tiene el valor de cosa juzgada propio de una sentencia judicial, que exige que la versión allí contenida ponga un punto final definitivo a las discusiones sobre lo acontecido.

En cuarto lugar, parece problemático ubicar en cabeza de una comisión de verdad poderes coercitivos (propiamente judiciales) como la conminación o el allanamiento pues, a pesar de que estos poderes son útiles para la investigación y el juzgamiento efectivos de crímenes de lesa humanidad, tales comisiones no cuentan con las garantías procesales suficientes para ejercerlos. Y, si lo hicieran, perderían la naturaleza de comisiones de verdad y se convertirían en instancias judiciales, cosa que parece innecesario y poco eficiente, dado que ya existen tribunales que podrían cumplir con esas funciones.

En quinto lugar, la potencialidad de los mecanismos extra-judiciales de reconstrucción de la verdad, consistente en que a través suyo puede lograrse una visión más completa y orgánica de la verdad, se encuentra también presente en la verdad judicial. De hecho, dada la naturaleza sistemática y masiva de los delitos atroces y de lesa humanidad, resulta plenamente compatible con las finalidades y los mecanismos empleados por los procesos judiciales llevados a cabo en transiciones emplear estrategias para una búsqueda más exhaustiva de la verdad, que impliquen (entre otros) relacionar los hallazgos de unos procesos judiciales con otros. Ésta puede ser, en efecto, la única manera eficiente de investigar este tipo de delitos, que no se producen en un momento dado, sino que se prolongan en el tiempo y que, como tal, son susceptibles de tener múltiples víctimas, cada una de las cuales podría iniciar un proceso judicial distinto, pero estrechamente relacionado con los demás. Así funcionaron, por ejemplo, los juicios de Nuremberg contra los nazis y los juicios llevados a cabo en Italia contra la mafia.

Una conclusión preliminar surge de las ideas antes expuestas: parece conveniente considerar las tres formas de reconstrucción de verdad -verdad judicial, mecanismos extra-procesales de verdad y verdades sociales- como mecanismos complementarios que pueden traer mejores resultados funcionando de manera paralela que de forma excluyente. Ello es así porque, de una parte, el proceso judicial no tiene como fin único el castigo, sino también la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas; y de otra parte, porque el funcionamiento exclusivo de uno de estos mecanismos de verdad puede hacer evidente sus limitaciones, mientras que el funcionamiento en conjunto de todos permite que unos y otros se fortalezcan y revaloricen.

IV. Verdad judicial y la ley de justicia y paz

A partir de los planteamientos anteriores, es posible evaluar críticamente la consagración concreta que de la verdad judicial hizo la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005), que servirá -luego de que su constitucionalidad sea analizada por la Corte Constitucional cuando el gobierno decida finalmente empezar a aplicarla- como marco jurídico del proceso de paz entre el gobierno y los grupos paramilitares. Esta evaluación resulta pertinente porque si la ley de justicia y paz le apostó a una verdad esencialmente judicial y no estableció –aunque tampoco excluyó la posibilidad de que surgieran en un futuro- mecanismos extra-judiciales institucionalizados de reconstrucción de la verdad complementarios a ella, la ley debería garantizar que los procesos judiciales permitan efectivamente esclarecer la realidad del fenómeno del paramilitarismo.

Al respecto, una serie de interrogantes surgen: ¿permite la ley satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas, esto es, a conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que los crímenes atroces que las afectaron ocurrieron, así como las razones por las cuales ello fue así? ¿Es posible, a través de los mecanismos diseñados por la ley, saber cómo operaban los grupos paramilitares, de tal manera que, con su acogimiento a ella, pueda evitarse la continuidad de su operación? Adicionalmente, ¿permiten estos mecanismos proveer a la sociedad un relato histórico colectivo y fidedigno sobre esa realidad oculta y fragmentada que durante muchos años fue y continúa siendo el paramilitarismo?

Es menester reconocer que el planteamiento de principio contenido en la ley de justicia y paz de acuerdo con el cual las autoridades estatales tienen el deber de esclarecer las graves violaciones de derechos humanos cometidas por los paramilitares representa un avance con respecto a los procesos de paz llevados a cabo en el pasado, cuya tendencia consistió en basarse en el perdón y el

olvido de los crímenes cometidos por los grupos armados, tendencia que sin lugar a dudas causó estragos e impuso obstáculos para la existencia de una verdadera reconciliación nacional. No obstante, tal planteamiento de principio (o declaración de intención) no se ve de ninguna manera acompañado de mecanismos procesales apropiados y suficientes que permitan efectivamente alcanzar la verdad. Así lo muestra la siguiente descripción somera del procedimiento previsto para tal fin en la ley en cuestión.

La ley prevé que el desmovilizado debe rendir una versión libre ante las autoridades, en la cual no está obligado a decir la verdad (art.. En los siguientes sesenta días, la Fiscalía General de la Nación investiga su participación en todos aquellos hechos atroces que hubiera podido cometer, y luego formula unos cargos, que el desmovilizado puede aceptar o rechazar. En caso de admitirlos, el desmovilizado recibe entonces los beneficios de la ley, consistentes en que, en lugar de recibir la pena ordinaria prevista en el Código Penal para los delitos que cometió (v.gr., sesenta años de prisión por masacres y secuestros), no recibe sino una “pena alternativa” que en ningún caso podrá ser superior a ocho años, sin importar en cuántos actos atroces haya participado, y bajo la única condición de que acepte haberlos cometido.

Ahora bien, aun cuando los hechos que el desmovilizado no confiese podrán en principio ser investigados y sancionados con posterioridad a la concesión de la pena alternativa con todo el peso de la ley, el desmovilizado tiene la posibilidad de aceptar los nuevos cargos que se formulen por concepto de los delitos que no confesó y, por ende, de obtener nuevamente los beneficios de la pena alternativa.²¹ Además, estos nuevos beneficios se acumulan con los anteriores, de tal forma que si en un primer momento el

²¹ Este elemento problemático de la ley fue ilustrado por Rodrigo Uprimny, en la ponencia inicial de este trabajo, con la metáfora de la “confesión al estilo buffet”, en la que el sindicado paga un máximo de prisión y confiesa todos los delitos que le van siendo imputados, poco a poco.

desmovilizado pagó una pena de prisión, ésta será descontada de la nueva pena impuesta, sin que la misma pueda exceder aún los ocho años. Por otro lado, el desmovilizado tendría un agravante de apenas el 20% de la pena alternativa en caso de que los nuevos crímenes imputados sean muy graves. Y sólo perdería la posibilidad de obtener esos nuevos beneficios si la Fiscalía comprobara que la omisión de la confesión fue intencional, lo cual es bastante difícil.

De esa manera, la ley no exige la confesión plena de los delitos atroces cometidos por los actores desmovilizados como requisito para que éstos accedan a los beneficios de una generosa reducción de la pena.

El argumento jurídico invocado por el Gobierno para justificar lo anterior consistió en que la exigencia de la confesión plena viola el derecho fundamental de toda persona a no declarar contra sí misma (Luis Carlos Restrepo, 2005). Sin embargo, esta tesis es equivocada y contradictoria.

La tesis es equivocada, ya que el derecho a la no autoincriminación no excluye que el Estado conceda beneficios punitivos a aquellas personas que decidan confesar un delito, siempre que tal confesión sea libre y espontánea. En efecto, lo cierto es que los códigos procesales penales han admitido de tiempo atrás la confesión (ver, por ejemplo, arts. 296 a 299 del Código de Procedimiento Penal –decreto ley 2700- de 1991, y arts. 280 a 283 del Código de Procedimiento Penal –ley 600- de 2000) o, según el código actual (ley 906 de 2004, arts 348 a 354), la aceptación de cargos, como una modalidad de negociar con la justicia con el fin de obtener beneficios en el quantum y la modalidad de la pena. Además, la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad de esta figura en varias oportunidades, precisando que la obligación de los jueces de asegurar la protección del derecho a la no autoincriminación consiste en verificar que, en caso de que el

sindicado opte por la confesión, ésta sea voluntaria, libre y consciente (ver, entre otras, Corte Const., 1993a, 1996, 1998). Por ende, desde el punto de vista constitucional, el debate sobre la legitimidad de la negociación de penas y la concesión de beneficios por confesión ya se encuentra absolutamente resuelto en Colombia.

Esta posibilidad es, además, aún más clara en las condiciones excepcionales propias de la justicia transicional, caracterizadas por el otorgamiento por parte de la sociedad de generosos beneficios punitivos a los actores armados que, siendo responsables de delitos atroces, decidan desmovilizarse. No obstante, es evidente que a cambio de estos beneficios la sociedad puede imponer a los desmovilizados la obligación de revelar su participación en tales hechos. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso sudafricano.

Pero la tesis del gobierno es -además de equivocada- contradictoria. Y es que no es posible atacar la exigencia de una confesión plena y fidedigna de todos los delitos cometidos por el miembro de una organización criminal para la obtención de ciertos beneficios punitivos con el argumento de que la misma viola el derecho a la no autoincriminación, pero defender al mismo tiempo la existencia de un proceso de paz negociado y la legitimidad de una ley que ofrece beneficios penales a quienes se desmovilicen, es decir, a quienes al menos confiesen que son miembros de grupos armados al margen de la ley.

Así las cosas, la ley no establece, aunque pudo haberlo hecho, un verdadero incentivo para que los paramilitares desmovilizados suministren nueva información al Estado, que sea útil para elucidar la verdad sobre los crímenes por ellos cometidos. De hecho, es bien posible que los desmovilizados se limiten a confesar aquellos delitos que temen que el Estado ya conozca.

Y el problema reside en que, hasta el momento, es muy poco lo

que la Fiscalía sabe sobre los crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley que serán sujetos de la ley de justicia y paz, esto es, sobre los verdaderos responsables de graves violaciones de derechos humanos, sobre las tierras forzosamente expropiadas, sobre el destino de los secuestrados y de los cuerpos de personas asesinadas o desaparecidas, y sobre el funcionamiento interno, las motivaciones y los patrones que tales grupos han seguido en la comisión de dichos crímenes. Esto encuentra explicación en las grandes dificultades que implica la investigación en estos temas, así como en las muy graves deficiencias técnicas e institucionales con las que cuentan nuestros órganos investigativos.

Así, las herramientas que tiene la Fiscalía para investigar sistemática y exhaustivamente delitos complejos, sistemáticos y masivos como los crímenes atroces cometidos por los grupos paramilitares son bastante precarias. En especial, hasta la fecha, los expedientes relativos a estos crímenes que se encuentran en poder de la Fiscalía no han sido nunca relacionados entre sí en función de los grupos armados que los cometen y no existe, por tanto, ninguna conexión, ningún hilo conector entre unos y otros que permita conocer la verdad completa de estos crímenes que -por su naturaleza misma- necesariamente se prolongan en el tiempo y se encuentran interconectados. Además, el excesivamente corto tiempo reservado a la investigación a ser efectuada por la Fiscalía con respecto a los delitos no confesados trunca significativamente la posibilidad de que este organismo consiga nuevas pruebas en ese sentido y establezca relaciones entre los distintos crímenes cometidos.

Aunque la ley de justicia y paz ha previsto la creación de una unidad específica dentro de la Fiscalía encargada de investigar esos crímenes -unidad que puede ser importante para el logro de tan ardua tarea-, la falta de incentivos vigorosos para el suministro de información por parte de los desmovilizados y el carácter expedito y oral del procedimiento penal hacen que los resultados de esta

unidad no parezcan prometedores.

De esa manera, la posibilidad de que la Fiscalía logre cumplir exitosamente con la exigencia de verdad se encuentra restringida de forma importante por estos dos elementos contenidos en la ley: la no exigencia de confesión y un plazo muy corto de investigación de los crímenes no confesados.

Por ello, a pesar de la importante declaración de principio que la ley de justicia y paz realiza en favor del derecho a la verdad, ésta no establece las herramientas suficientes para que el Estado logre, al interior de los procesos judiciales, una reconstrucción, cuando menos parcial, de la verdad del fenómeno paramilitar que se pretende superar.

V. Conclusiones y recomendaciones

Las anteriores reflexiones nos conducen a una primera conclusión: la historia del tratamiento de la verdad en los procesos transicionales demuestra una clara tendencia hacia la revalorización de la verdad judicial y hacia la complementariedad de ésta y de las demás formas extra-judiciales (institucionalizadas o no) de reconstrucción de la verdad. En esta tendencia parecería enmarcarse a primera vista la escogencia de la verdad judicial efectuada por la ley de justicia y paz. No obstante, este parecer se ve claramente desvirtuado cuando se analizan en detalle los mecanismos previstos por dicha ley para garantizar la reconstrucción de la verdad al interior de los procesos judiciales, mecanismos que difícilmente permitirán conocer, siquiera fragmentariamente, la verdad del fenómeno del paramilitarismo y de los crímenes de lesa humanidad cometidos en su seno.

Ahora bien, expedida y sancionada ya la ley de justicia y paz como lo ha sido, parece necesario preguntarse ahora qué puede hacerse

para que el derecho a la verdad sea garantizado de alguna manera. En ese sentido, partiendo de las limitaciones impuestas por la ley, esbozaremos algunas reflexiones y recomendaciones con respecto a las posibilidades aún existentes para que el derecho a la verdad no sea absolutamente vulnerado en el proceso transicional en curso.

Primero, y dado que todavía hace falta que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley de justicia y paz –en virtud de demanda ciudadana instaurada ante ella–, sería deseable que este tribunal analizara cuidadosamente los cortos términos que la misma ha previsto para la investigación y el juzgamiento de crímenes atroces y que, en conformidad con la Constitución²², la Convención Interamericana de Derechos Humanos²³ y la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia, los declarara inconstitucionales en razón de no adecuarse a la exigencia de que los plazos de investigación y juzgamiento de un proceso penal sean razonables y suficientes.

De acuerdo con estos textos y decisiones, la razonabilidad de un plazo se encuentra sujeta al respeto del núcleo esencial del derecho fundamental del debido proceso y, en esa medida, puede verse vulnerada tanto por su excesiva amplitud, como por su desmesurada estrechez. Según la Corte Constitucional, la razonabilidad de un plazo debe analizarse entonces en función de la naturaleza del delito, de su grado de complejidad, del número sindicados y de los efectos sociales del mismo (ver, entre otras, Corte Const., 1993b). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como criterios de análisis de dicha razonabilidad la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades públicas y,

²² Cuyo artículo 250 de la Constitución Política de Colombia establece como obligación de la Fiscalía General de la Nación la investigación completa de todos los hechos.

²³ La Convención Interamericana de Derechos Humanos establece la exigencia de la razonabilidad del plazo de investigación (art. 8-1) y juzgamiento (art. 7-5), así como de la efectividad de los recursos tendientes a proteger la violación de derechos humanos (art. 25-1).

en algunas circunstancias, la importancia del litigio para el interesado (ver Corte IDH, 1997a, 1997b; Corte Const. 1999).

En esa medida, es evidente que, en aplicación de estos criterios, los plazos previstos por la ley de justicia y paz para la investigación y el juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus potenciales beneficiarios resultan del todo irrazonables e insuficientes, dadas la complejidad que por definición caracteriza a estos crímenes y la importancia de estos litigios tanto para las víctimas como para la totalidad de la sociedad colombiana. La ampliación de estos plazos podría, en cambio, contribuir a que la verdad pudiera ser realmente reconstruida al interior del proceso judicial.

Segundo, un elemento decisivo para que la verdad judicial no quede simplemente enunciada como una declaración legal de principio sin ninguna eficacia práctica consiste en que el nuevo Fiscal General de la Nación reconozca la inminencia de investigar los crímenes atroces cometidos por los actores desmovilizados de manera sistemática y que, de esa manera, se comprometa a no tratar los distintos procesos judiciales como ámbitos aislados y desconectados, sino más bien como piezas de un mismo rompecabezas que, sólo al ser unidas, podrán dar luces acerca de los hechos que tuvieron lugar durante la vigencia del paramilitarismo. Esto implica que la Fiscalía asuma que la investigación de los delitos cometidos por los paramilitares constituye, en realidad, un macroproceso, similar a aquéllos llevados en contra de la mafia italiana o de los nazis, por ejemplo.

Tercero, sería recomendable que en aquellos eventos previstos por la ley de justicia y paz en los que el desmovilizado puede obtener beneficios penales adicionales cuando acepta cargos que, a pesar de no haber aceptado en la versión libre, sean luego comprobados por la Fiscalía, la intencionalidad en la omisión de confesarlos - única causal que impide el otorgamiento de tales beneficios- sea

interpretada por el órgano investigador muy estrictamente. En efecto, es muy poco probable que una persona olvide, sin intención alguna, que cometió o que participó en crímenes tan atroces como masacres, torturas, desapariciones forzosas, secuestros, etc.. En esa medida, es posible considerar que el no haberlos narrado en la versión libre constituye, de por sí, una omisión intencional, que impediría que el desmovilizado obtuviera beneficios penales adicionales a los obtenidos por los delitos que sí aceptó haber cometido desde un principio. De ser empleada por la Fiscalía General de la Nación, esta interpretación podría generar un incentivo real para que los desmovilizados confesaran todos los crímenes cometidos, incentivo que ciertamente beneficiaría la reconstrucción judicial de la verdad.

Cuarto, dada la precaria protección concedida a los derechos de las víctimas en la ley de justicia y paz, sería deseable que el gobierno las apoyara y fortaleciera al momento de su aplicación. Esto podría concretarse, por ejemplo, en la destinación de recursos suficientes para garantizarles una defensa pública fuerte y vigorosa en los procesos que se lleven a cabo contra sus victimarios, así como para proteger y empoderar a sus asociaciones y a las ONGs que las representan.

Quinto, la no mención expresa de una comisión de verdad en la ley de justicia y paz no significa que las discusiones sobre su conveniencia debieran clausurarse. El debate público respecto de las formas más apropiadas para garantizar que tanto las víctimas como la sociedad colombiana en general conozcan la verdad de lo acontecido en relación con el fenómeno paramilitar debe permanecer abierto, pues de ello dependerá, en buena parte, cuál sea el resultado que en el largo plazo tendrá el actual proceso de paz. Esta discusión incluye tanto las modalidades precisas que ha de adoptar la verdad judicial, como la manera en que ésta debe ser complementada a través de verdades tanto extra-judiciales como sociales.

Las anteriores recomendaciones están pues encaminadas a que las dos principales debilidades de la verdad judicial consagrada en la ley de justicia y paz –a saber, términos muy cortos de investigación y juzgamiento, e inexistencia de incentivos para confesar- se vean de alguna manera atenuadas, a través de una interpretación sistemática y conforme a las exigencias constitucionales e internacionales de la ley. De igual modo, estas recomendaciones pretenden llamar la atención sobre la importancia de que la verdad judicial se vea complementada por otras formas de reconstrucción de la verdad, cuyas condiciones de posibilidad, conveniencia y modalidades precisas deben continuar siendo discutidas.

Sin duda hubiera sido deseable que el resultado del debate democrático en torno a esta ley hubiera sido distinto, y en especial más susceptible de satisfacer las exigencias tanto individuales como colectivas de verdad. No obstante, la realidad es otra y es con base en ella como a partir de ahora resulta imperioso hallar estrategias adecuadas para que –a pesar de los límites existentes- el proceso transicional colombiano pueda garantizar algún grado de verdad. La responsabilidad de esta tarea se encuentra en cabeza de los órganos ejecutivos encargados de aplicar la ley –entre ellos, la Fiscalía jugará un rol esencial- y de los órganos judiciales llamados a controlar dicha aplicación. Pero también se encuentra en cabeza de la sociedad civil y de la comunidad internacional, que con una vigilancia crítica de la efectiva aplicación de la ley deberán ejercer un control y una presión legítimos para que el derecho a la verdad, presupuesto básico del éxito de cualquier proceso transicional, no sea una letra muerta más.

Bibliografía

Libros y artículos

Crocker, D.A. (2002). “Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation”, *Buffalo Criminal Law Review*, No.5, pp. 509-49.

Hamber, B. (2003). “Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland”, *Fordham International Law Journal*, No.26, pp.1074-94.

Fundación Social (ed.). (2005). *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional*. Bogotá: Fundación Social.

Restrepo, L.C. (2005). “¿Confesión o autoincriminación?”, disponible en <http://www.presidencia.gov.co/columnas/columnas97.htm>.

Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*, Nueva York: Oxford University Press.

Wilson, R. (2002). “Challenging Restorative Justice,” *Human Rights Dialogue*, No. 7. En: www.cceia.org/viewMedia.php/prmID/246.

Documentos de organizaciones internacionales

Organización de las Naciones Unidas

Joinet, L. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

Decisiones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (1997a). Caso Genie Lacayo. Sentencia de enero 29 de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. (1997b). Caso Suárez Rosero. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie D No. 30.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Const. (1993). Sentencia C-033 de 1993.

Corte Const. (1993a). Sentencia C-394 de 1993.

Corte Const. (1993b). Sentencia C-411 de 1993.

Corte Const. (1995). Sentencia C-642 de 1995.

Corte Const. (1996). Sentencia C-425 de 1996.

Corte Const. (1998). Sentencia C-277 de 1998.

Corte Const. (1999). Sentencia C-272 de 1999.

Corte Const. (1999a). Sentencia C-582 de 1999.

Corte Const. (2002). Sentencia C-200 de 2002.

Capítulo 5

La ley de “justicia y paz”: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades?*

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

Uno de los fines esenciales de toda ley que pretenda dotar de un marco jurídico a un proceso de justicia transicional debe consistir en el efectivo desmonte de las estructuras que permitieron que se cometiesen graves violaciones de derechos humanos, justamente con miras a impedir que éstas se repitan. Los estándares internacionales de verdad, justicia y reparación, que contemporáneamente se han convertido en los parámetros normativos ineludibles de cualquier proceso transicional, tienen el objetivo de proteger los derechos de las víctimas de atrocidades cometidas en el régimen anterior, así como de garantizar que en el

* Ésta es una versión corregida y actualizada del artículo publicado en la *Revista Foro* No. XX, pp. XXXX (2005).

futuro no habrá más víctimas por ese mismo concepto. Sin embargo, la garantía de no repetición de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad constituye una dimensión particular a través de la cual debe analizarse también el éxito o fracaso del marco legal de una transición, dimensión que requiere la puesta en práctica de mecanismos institucionales adicionales encaminados a evitar la recurrencia de los acontecimientos pasados. Por ello, puede incluso aceptarse una cierta flexibilización de los derechos de las víctimas, siempre y cuando el proceso transicional garantice adecuadamente la no repetición de los atentados contra la dignidad humana.

Un análisis de la ley 975 de 2005 de “justicia y paz” debe entonces indagar tanto por el cumplimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, como por la existencia de mecanismos específicos llamados a satisfacer la garantía de no repetición. Esto porque si bien los estándares de verdad, justicia y reparación pueden contribuir a esta garantía, sus propósitos son particulares y tienen el carácter preciso de derechos de las víctimas, por lo que su consagración legal y su efectiva puesta en práctica pueden ser insuficientes para asegurar que las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado no volverán a tener lugar en el futuro.

Ahora bien, un análisis como el propuesto debe necesariamente tener en cuenta las serias dificultades que el contexto colombiano impone a un proceso transicional como el que intenta adelantarse en relación con los grupos paramilitares. De hecho, la aplicación de la ley de justicia y paz a los miembros de estos grupos se llevará a cabo en medio de un conflicto armado que -a pesar de ser negado por el gobierno-, por lo pronto, no muestra tendencia alguna hacia su terminación. Es más, es posible que la desmovilización y el otorgamiento de beneficios a los grupos paramilitares conduzcan a una agudización de las acciones bélicas de los otros actores armados. En esa medida, lo que se pretende

con la aplicación de dicha ley es instaurar un proceso de justicia transicional, cuyo resultado será, en el mejor de los casos, una transición parcial y fragmentaria hacia la paz. Estaríamos viviendo un proceso de “justicia transicional” pero sin que exista una verdadera transición de la guerra a la paz.

Así las cosas, este texto analizará crítica pero contextualmente hasta qué punto la ley de justicia y paz garantiza la no repetición de las atrocidades cometidas en el pasado por los grupos alzados en armas a los que pretende aplicarse, y en especial de aquéllas perpetradas por los grupos paramilitares, quienes serán los primeros beneficiarios de sus disposiciones. Para ello, dedicará las tres primeras secciones al alcance efectivo que la ley otorga a los derechos a la justicia, la reparación y la verdad y a la manera como dicho alcance contribuye o no a la garantía de no repetición. La conclusión común a esas tres primeras secciones será que, si bien la ley formula adecuadamente los principios generales de justicia, verdad y reparación, los diseños concretos de los mecanismos destinados a desarrollarlos resultan deficientes tanto para proteger los derechos de las víctimas, como para garantizar que las violaciones masivas de derechos humanos cometidas por los beneficiarios de la ley no volverán a ocurrir. La cuarta sección analizará brevemente si la flexibilización de los estándares mencionados se ve compensada por otros mecanismos institucionales destinados específicamente a satisfacer la garantía de no repetición. Y la respuesta, una vez más, será negativa. Los mecanismos ideados por la ley de justicia y paz para llevar a cabo la desmovilización y el eventual desmantelamiento de los grupos paramilitares (y posiblemente de otros grupos en el futuro), y en particular la opción por la desmovilización individual en lugar de la colectiva, presentan serios obstáculos para que la no repetición de las atrocidades cometidas sea plenamente garantizada en un futuro. El artículo culmina evaluando qué se puede hacer -ante una ley tan defectuosa- para lograr avances reales en la protección de

los derechos de las víctimas y en la garantía de no repetición de los actos cometidos por los grupos paramilitares.

I. Límites del derecho a la justicia y del deber de castigo

El castigo efectivo de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a una transición cumple con fines importantes que no se agotan en el crucial derecho de las víctimas a obtener justicia y, a través suyo, verdad y reparación.

Como lo sostenemos en el capítulo 3, el castigo tiene la potencialidad de servir como instrumento efectivo de reconciliación y como base de un orden democrático y pacífico durable, ya que establece el reproche social que merecen las atrocidades cometidas en el pasado y contribuye, en esa medida, a su no repetición. En efecto, dados los profundos traumas dejados por una guerra civil o por una dictadura, la reconciliación buscada a través de un proceso transicional puede resultar difícil de alcanzar si las víctimas no ven que los actos abominables cometidos en su contra son sancionados y sólo excepcionalmente perdonados²⁴ y que, de esa manera, sus deseos de venganza pueden ser abandonados en favor de la aceptación de un nuevo orden visto como legítimo. Además, el castigo de las graves violaciones de derechos humanos impide el surgimiento de una cultura de la impunidad y propugna con ello por la garantía de no repetición. De hecho, el castigo de tales conductas deja en claro que el nuevo orden instaurado por la transición superará efectivamente el régimen anterior y no permitirá que los derechos humanos sean vulnerados sin consecuencia punitiva alguna.

Sin embargo, como se explicó en el capítulo 1, la pretensión de castigo de los responsables de crímenes atroces debe interpretarse

²⁴ Aquí se hace referencia a la idea de “perdones responsabilizantes” desarrollada en el capítulo 1.

dentro del marco de las restricciones impuestas por el contexto de una transición. Así, en el entendido de que en Colombia la transición que pretende efectuarse es fruto de una negociación entre las partes en conflicto, es menester tener conciencia de que la exigencia de castigo tendrá que ceder en parte en beneficio de la exigencia de paz. Esto es así, pues de otra manera los grupos alzados en armas no estarían siquiera dispuestos a negociar. No obstante, dadas las importantes funciones del castigo, la flexibilización del mismo no puede conllevar a la total impunidad y debe, sobretodo, encontrar una contrapartida en las exigencias de verdad y reparación y en la garantía de no repetición a través de otros mecanismos.

En cuanto a lo primero, es claro que las formulaciones de principio de la ley de justicia y paz en relación con el derecho a la justicia y la obligación estatal de investigar los delitos cometidos por los desmovilizados, de forma tal que los responsables sean individualizados, capturados y sancionados (arts. 1, 4 y 6 de la ley) parecen satisfacer la exigencia de castigo. Tal vez el consenso más significativo que se logró en las discusiones de los distintos proyectos de ley en el Congreso fue el establecimiento de una pena mínima de prisión para los beneficiarios de la ley que hubieran cometido actos atroces, la cual finalmente quedó en cinco años (art. 30 de la ley) -con una pena máxima correspondiente a ocho años-. De hecho, si bien en un principio los paramilitares se negaron enfáticamente a aceptar cualquier acuerdo de paz que implicara que irían a la cárcel siquiera por un día y aun cuando el proyecto gubernamental de “alternatividad penal” de 2003 (que fue archivado) admitía esta posibilidad, poco a poco se instauró en el país un consenso generalizado sobre la necesidad de una dosis mínima de castigo.²⁵

²⁵ Este consenso surgió como resultado de la presión internacional, y en particular de la atención de la Corte Penal Internacional en los asuntos colombianos, así como de las reacciones de algunos sectores de la opinión pública nacional en contra de la impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos.

No obstante, la implementación concreta que recibió el requisito de pena mínima en la ley finalmente aprobada ha suscitado dudas con respecto a si dicho castigo cumple, efectivamente, las funciones de protección del derecho a la justicia y de garantía de no repetición. Y ello por varias razones.

En primer lugar, aunque el parágrafo del artículo 30 de la ley excluye la posibilidad de aplicar subrogados penales, beneficios o rebajas de pena adicionales a la pena alternativa, surge la duda de si -como lo cuestionaron los opositores del gobierno en el Congreso- los desmovilizados obtendrán en todo caso los beneficios suplementarios de la redención de la pena por trabajo y estudio, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que éstos no pueden ser limitados en ninguna circunstancia (Corte Const., 1992, 1999).

En segundo lugar, según el artículo 32 de la ley, dentro del tiempo de ejecución de la pena alternativa se computarán hasta 18 meses del tiempo pasado por el procesado en la zona de concentración de los paramilitares que, como es sabido, no ha tenido presencia o control militar o policial ninguno del Estado colombiano. Así, la pena mínima se verá nuevamente reducida en razón de la permanencia en una zona que, como San José de Ralito, difícilmente podría ser equiparada a una institución penitenciaria.

Por último, de acuerdo con la ley (art. 30), la dosificación de la pena que -dentro de los límites mínimo y máximo de la misma- habrá de hacer el tribunal competente será efectuada en aplicación de los criterios de la gravedad del delito y del nivel de colaboración con la justicia de parte del desmovilizado. Esta disposición resulta problemática pues parece premiar a las personas que más delitos graves han cometido y que más rango de mando tienen en la organización armada, debido a que son ellas las que más capacidad tienen de colaborar con la justicia -es decir,

de confesar más crímenes atroces y de delatar a más miembros del paramilitarismo-.

Por consiguiente, a pesar de la formulación teórica de la exigencia de un castigo mínimo para los responsables de crímenes atroces, es factible que en virtud de la acumulación de beneficios, la reducción de penas y los criterios de dosificación antes señalados muchos de los paramilitares desmovilizados terminen pagando penas irrisorias de cárcel por los crímenes atroces cometidos. Y esto, en detrimento tanto del derecho a la justicia de las víctimas, como de la garantía de no repetición, pues es claro que con penas tan bajas resultará difícil instaurar en Colombia una cultura de respeto de los derechos humanos y de no impunidad.

Pero la anterior afirmación podría sin duda verse atenuada si la flexibilización de la exigencia de justicia se viera compensada por una garantía más estricta de las exigencias de verdad, reparación y no repetición. Así sucedió, por ejemplo, en el caso sudafricano, en donde la exigencia de una confesión plena y fidedigna reemplazó (al menos parcialmente²⁶) a aquélla del castigo. En Colombia, sin excluir por completo el imperativo de castigo, éste hubiera podido ser restringido legítimamente si, a cambio de ello, se hubieran exigido como condiciones del otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados mecanismos que -como la exigencia de la confesión plena, la entrega de todos los bienes y la desmovilización colectiva y no individual, entre otros²⁷- permitieran la satisfacción de los requerimientos de verdad, reparación y garantía de no repetición de crímenes atroces. Sin

²⁶ Para las limitaciones y críticas del caso sudafricano en razón del énfasis excesivo en la reconciliación nacional y la consecuente exclusión del castigo para los responsables de crímenes atroces, véase el capítulo 3.

²⁷ Estos mecanismos estaban previstos en el pliego de modificaciones alterno al proyecto de ley del gobierno defendido por los congresistas Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas, que recibía el siguiente título: “Por la cual se dictan disposiciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de la sociedad colombiana en procesos de reconciliación con grupos armados al margen de la ley.”

embargo, como se verá a continuación, no es esto lo que sucede en la actual ley de justicia y paz.

II. Límites del derecho a la reparación

De manera similar -aunque bastante más dramática- a lo que sucede con la exigencia de castigo, las generosas formulaciones de principio del imperativo de reparación realizadas en la ley de justicia y paz (arts. 1, 4 y 8) contrastan marcadamente con los precarios diseños allí ideados para hacerlo efectivo. Así, aunque la ley prevé la obligación de que los actores armados que se desmovilicen -o, en caso de no ser éstos individualizados, el Estado (art. 43)- reparen los daños causados a sus víctimas²⁸, e incluye en el concepto de reparación la “restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición” (art. 8), por diversas razones, las disposiciones específicas destinadas a lograr este objetivo distan de ser suficientes.

En primer término, la ley condiciona el deber de reparación de los victimarios (que éstos deben satisfacer para ser acreedores del beneficio de la libertad a prueba) al hecho de que tengan bienes²⁹, cosa que no sólo limita en gran medida el derecho efectivo de las víctimas a la reparación, sino que pone en cabeza del Estado el deber de probar la existencia de tales bienes.

En segundo término, la obligación de entregar bienes destinados a la reparación se refiere exclusivamente a los bienes obtenidos ilícitamente por los beneficiarios de la ley (art. 45, num. 1), lo que no sólo restringe aún más el derecho de las víctimas a la

²⁸ Como en el caso de la exigencia de castigo, la presión internacional ha ejercido un rol fundamental en el consenso nacional en torno a la necesidad de exigir (al menos como formulación de principio) la reparación de las víctimas por parte de los victimarios o, en su defecto, del Estado.

²⁹ “(S)i los tuviese”, dice textualmente el artículo 45 de la norma.

reparación, sino que adicionalmente confunde el deber que tienen los actores armados de reparar los daños causados por sus actos atroces con el deber que tienen de restituir los bienes obtenidos ilícitamente. En general, la víctima de un delito no tiene que probar que los bienes con que la van a indemnizar tienen origen ilícito, pues el deber de reparar surge del daño ocasionado. Otra cosa es que, además, el Estado pueda extinguir el dominio de los bienes obtenidos ilícitamente por un particular. Sin embargo, la ley tiende a confundir ambas cosas, ya que asume como un acto de reparación la entrega de bienes ilícitamente adquiridos, con lo cual podría entenderse que la víctima debe probar el carácter ilícito del bien si quiere obtener la reparación por parte de los desmovilizados. Y esa prueba es muy compleja, tal y como lo han mostrado los procesos de extinción de dominio, cuyos resultados respecto de otros fenómenos -v. gr., el narcotráfico- han sido, hasta la fecha, bastante limitados (Flórez, 2005).

En tercer término, como lo ha resaltado Pablo De Greiff (2005), la ley se centra en las reparaciones simbólicas antes que en las reparaciones materiales o económicas, pues mientras que -como se dijo- limita las reparaciones materiales a los bienes ilícitamente obtenidos por los grupos armados cuya pertenencia logre ser demostrada y extinta, enumera un amplio número de reparaciones simbólicas como actos de reparación integral (art. 45, nums. 2 a 5). Esto es ciertamente objetable teniendo en cuenta que las reparaciones simbólicas deberían ser concebidas como complementos importantes, mas nunca como sustitutos, de las reparaciones materiales, cosa que al parecer terminará sucediendo en aplicación de la ley de justicia y paz.

En último término, pero no por ello menos importante, a pesar de ser los sujetos principales del derecho a la reparación, la voz de las víctimas está prácticamente ausente del proceso de reparación. Su participación está prevista sólo de manera marginal y, cuando lo está, no se establecen los mecanismos necesarios para su

representación, ni para la garantía de un equilibrio de fuerzas entre ellas y los victimarios procesados. Así, por un lado, mientras que el pliego de modificaciones alterno al proyecto de ley del gobierno proponía la creación de un comité de víctimas con poderes de recomendación de los montos y modalidades de reparación al tribunal de cada caso concreto, el texto definitivo de la ley excluyó esta figura, limitando de manera importante la posibilidad de que los intereses de las víctimas sean representados de manera permanente y de que su voz se vea institucionalizada y dignificada a lo largo del proceso transicional.

Por otro lado, el derecho a la reparación de las víctimas se encuentra supeditado a que ellas mismas, el Ministerio Público (también a solicitud de ellas) o el fiscal del caso lo reclamen al tribunal encargado de procesar a sus victimarios, mediante un incidente de reparación (art. 23). Esto significa que las víctimas se encuentran en la necesidad de solicitar la reparación de sus daños, so pena de que éstos no sean reparados, y sin que ello implique la pérdida de beneficios para el victimario (art. 23, par. 2). Pero además, toda víctima que decida solicitar el incidente de reparación se verá en la obligación de participar en una audiencia de conciliación, en la que seguramente estará frente a frente con su victimario (art. 23). En razón de todo lo anterior, es previsible que sean muy pocas las víctimas capaces de superar sus temores y de atreverse a participar directamente en los procesos de sus victimarios.

Así las cosas, las disposiciones de la ley de justicia y paz referidas al derecho a la reparación de las víctimas restringen significativamente el alcance del mismo y, al hacerlo, impiden en buena medida que a través suyo se garantice la no repetición de las atrocidades cometidas por los desmovilizados. En efecto, de una parte, las reparaciones materiales que efectivamente terminen siendo ordenadas por los tribunales que juzguen a los beneficiarios de la ley serán tan limitadas que difícilmente establecerán una

cultura del respeto a los derechos humanos, porque así como su violación no será sancionada severamente, la misma tampoco resultará costosa en términos económicos para los victimarios. De otra parte, resulta difícil garantizar una verdadera y durable reconciliación entre víctimas y victimarios, si aquéllas ven que las atrocidades cometidas en su contra no reciben castigo y no son tampoco fuente de una reparación significativa. Es poco probable que las víctimas no mantengan sentimientos de resentimiento, en especial dada su limitada intervención en los procesos y dados, también, la ausencia de representación y el desequilibrio de fuerzas con los que habrán de participar cuando así lo permita la ley.

III. Límites del derecho a la verdad

También con respecto al derecho a la verdad, las prometedoras formulaciones de principio consagradas en la ley de justicia y paz (arts. 1, 4, 7 y 15) se alejan mucho de los mecanismos específicos previstos para hacerlas efectivas. Y el problema que esto causa no consiste únicamente en la violación del derecho individual de las víctimas a conocer la identidad de sus victimarios y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los crímenes, ni tampoco en la violación del derecho colectivo de la sociedad colombiana a tener acceso a un relato histórico sobre el fenómeno del paramilitarismo, sino además en el obstáculo que la ausencia de verdad representa para la garantía de no repetición de tales crímenes. En efecto, sólo si se conoce y comprende la verdad acerca de las estructuras que hicieron posible que el paramilitarismo surgiera y se convirtiera en un grave factor del conflicto armado en Colombia, tales estructuras podrán ser efectivamente desmontadas y podrán comenzar a idearse mecanismos institucionales que impidan su reproducción. Ésta no es, infortunadamente, la situación a la que la ley de justicia y paz da pie.

Como se explica en el capítulo 4, la ley optó principalmente por el esclarecimiento de la verdad a través del procedimiento judicial, aunque no excluyó la posibilidad de utilizar, a futuro, otros mecanismos de verdad, tales como comisiones extrajudiciales de verdad. En esas condiciones, la gran pregunta es si la ley prevé los mecanismos adecuados para lograr esa verdad judicial. A primera vista, es así, dado que la ley consagra la obligación de las autoridades estatales -y en particular de los funcionarios judiciales que conocerán de los crímenes cometidos por los actores desmovilizados- de identificar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y de esclarecer las circunstancias y las razones por las cuales éstas ocurrieron. Sin embargo, como se muestra detenidamente en el capítulo 4, la ley no logró acompañar la mencionada consagración con mecanismos procedimentales adecuados para garantizar que la verdad sobre el fenómeno del paramilitarismo pueda efectivamente ser desentrañada.

De hecho, la ley dispone que el procedimiento judicial debe comenzar con la rendición de una versión libre por parte del desmovilizado, quien no estará obligado a decir en ella la verdad (art. 17). En los sesenta días subsiguientes, la Fiscalía investigará su posible participación en crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad y, en caso de inferir -como consecuencia de dicha investigación- su posible autoría o coparticipación en los mismos, le formulará unos cargos, que el desmovilizado podrá aceptar o rechazar (arts. 18 y 19). En el evento de aceptar los cargos, el desmovilizado recibirá los beneficios de la ley, que se concretan en el reemplazo de la pena ordinaria prevista en el Código Penal para los crímenes cometidos (sesenta años de prisión por masacres y secuestros, por ejemplo), por una pena alternativa que, sin importar la cantidad de crímenes que admita haber cometido y pudiendo acumular procesos y penas (art. 20), no podrá exceder nunca los ocho años (art. 30).

Además, aunque en principio -una vez concedida la pena alternativa- los hechos que el desmovilizado omita confesar podrán ser investigados y sancionados con base en la ley penal ordinaria, éste conservará la posibilidad de aceptar los cargos que le formulen posteriormente y de obtener nuevamente los beneficios de la pena alternativa que, como si fuera poco, se acumularán con los beneficios antes obtenidos, con lo que la pena de prisión efectivamente pagada por él hasta la fecha le será descontada de la nueva pena impuesta, que en todo caso no podrá ser todavía superior a ocho años. La pena alternativa se aumentará apenas en un 20% cuando los nuevos crímenes sean muy graves. Y la posibilidad de obtener nuevamente la pena alternativa y de acumularla con la pena ya pagada sólo será perdida en los casos en los que la Fiscalía compruebe que la no confesión de los crímenes fue intencional (art. 25).

La confesión plena y fidedigna de los crímenes atroces cometidos por los desmovilizados no es entonces impuesta de manera alguna por la ley de justicia y paz como condición para que éstos puedan acceder a los generosos beneficios allí estipulados. El argumento utilizado por el gobierno para justificar tal cosa ha consistido en aseverar que la exigencia de la confesión plena viola el derecho fundamental de toda persona a no declarar contra sí misma; pero dicho argumento es equivocado y contradictorio.

Por un lado, es equivocado porque el derecho a la no autoincriminación no impide que el Estado pueda conceder beneficios punitivos a quienes decidan confesar un delito, siempre y cuando la confesión sea efectuada libre y espontáneamente. Así lo ha expresado en diversas ocasiones la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia. La admisión de esta posibilidad es aún más comprensible en contextos transicionales, los cuales se caracterizan precisamente por conceder importantes beneficios punitivos a los responsables de delitos atroces que decidan llegar a

un acuerdo de paz, beneficios éstos que pueden estar también condicionados a la confesión cabal de aquéllos en la participación de tales crímenes.

Por otro lado, el argumento es contradictorio ya que ataca la exigencia de una confesión plena de los delitos cometidos por el miembro de una organización criminal para la obtención de ciertos beneficios punitivos en razón de violar el derecho a la no autoincriminación, pero defiende asimismo la legitimidad de una ley que -como la de justicia y paz- brinda beneficios penales a aquellos actores armados que, cuando menos, confiesen ser miembros de grupos armados ilegales.

Así pues, en ausencia de la exigencia (perfectamente plausible) de una confesión plena como requisito para la concesión de los beneficios allí previstos, no existe en la ley de justicia y paz ningún tipo de incentivo para que los desmovilizados suministren nueva información sobre los crímenes perpetrados por ellos de los cuales no tenga conocimiento el Estado. Y esto resulta bastante problemático dado que el aparato investigativo estatal conoce muy poco acerca de los verdaderos responsables de los mismos, de las circunstancias en que ocurrieron, de los factores que los produjeron y de los efectos que tuvieron y continúan teniendo, así como de los bienes ilícitamente obtenidos a través o con ocasión de ellos.

En efecto, la Fiscalía General de la Nación no cuenta con herramientas suficientes para investigar a fondo y de manera sistemática los crímenes cometidos y no confesados por los grupos paramilitares, caracterizados, como lo son, por ser complejos y masivos (ver, al respecto, el capítulo 4). Adicionalmente, la ley destinó un tiempo excesivamente corto a la investigación de tales delitos por parte de la Fiscalía, lo que dificulta que ésta pueda conseguir pruebas suficientes para demostrar su ocurrencia, y para establecer relaciones entre unos delitos y otros que permitan

esclarecer las lógicas de funcionamiento del fenómeno paramilitar. Por último, aunque la creación de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y la Paz encargada de investigar esos crímenes (arts. 15 y 16 de la ley) puede ser útil para el logro de dicho esclarecimiento, la ausencia de mecanismos que incentiven a los desmovilizados a suministrar información sobre los mismos y lo estrecho de los términos procesales de investigación imponen serias dudas sobre la posibilidad de que esta nueva unidad pueda, efectivamente, producir resultados satisfactorios.

En síntesis, el deber impuesto por la ley de justicia y paz a las autoridades estatales -y en particular a la Fiscalía- consistente en esclarecer los hechos relacionados con el fenómeno del paramilitarismo encuentra un obstáculo evidente en los mecanismos previstos por esa misma ley, que no exigen a los desmovilizados la confesión plena de los crímenes cometidos y que establecen plazos muy cortos para investigar los crímenes que éstos no confiesen -y que muy seguramente serán la mayoría-. Este obstáculo no sólo vulnera el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana en general, sino que impide la reconstrucción de la verdad del fenómeno paramilitar, verdad que resulta necesaria para que éste pueda ser superado.

IV. Ausencia de mecanismos específicos que garanticen la no repetición

La flexibilización de las exigencias de verdad, justicia y reparación surgida de los mecanismos consagrados en la ley de justicia y paz es preocupante, por cuanto deja desprotegidos en buena parte los derechos de las víctimas. Esta flexibilización podría sin embargo ser justificable, o al menos comprensible, si como contrapartida de ella la ley hubiera establecido mecanismos institucionales específicos que garantizaran la no repetición de los actos atroces. No obstante, éste no parece ser el caso, tal y como

lo demuestra sobretodo el hecho de que la ley admita con relativa laxitud la desmovilización individual y no ofrezca ningún tipo de incentivos para que la desmovilización sea colectiva (arts. 9, 10 y 11).

La admisión de la desmovilización individual sin la imposición de mayores condiciones y la ausencia de incentivos para la desmovilización colectiva generan un alto riesgo de que las estructuras económicas y de poder que permitieron el surgimiento y que han mantenido vivo el fenómeno del paramilitarismo se perpetúen. En efecto, con el énfasis en las desmovilizaciones individuales no existe garantía plena de que los grupos paramilitares serán desmontados en su totalidad, y se exime a los jefes de dichas organizaciones de la responsabilidad del éxito del proceso transicional. Cualquier miembro de un grupo paramilitar puede desmovilizarse, con independencia de que el resto de miembros de dicho grupo (incluidos los altos mandos) se desmovilice. Y esto puede permitir que, a pesar de llevarse a cabo una negociación de paz con estos grupos y un proceso de justicia transicional tendiente a superar el fenómeno ilegal que éstos encarnan, muchos de sus miembros permanezcan en la ilegalidad y, lo que es más, mantengan relaciones estrechas con aquéllos que se desmovilicen, de forma tal que el proceso transicional termine por legalizar, en lugar de desmontar, sus estructuras de poder.

V. Algunas reflexiones finales

La ley de justicia y paz tiene evidentes limitaciones. Por ello, resulta difícil mostrar optimismo respecto de su próxima aplicación y, en especial, respecto de los efectos que producirá en el largo plazo. No obstante, es necesario admitir que esta ley ya fue aprobada por el Congreso y sancionada por el Presidente de la República, por lo que conviene comenzar a preguntarnos qué puede hacerse ahora para que su aplicación garantice en algún

grado los derechos de las víctimas y el desmonte efectivo del paramilitarismo.

Ésta no es, de ninguna manera, una pregunta de fácil respuesta, y todas las recomendaciones que puedan formularse al respecto parecerán sin duda insuficientes. Pero no hay que olvidar que mientras que han existido leyes con maravillosas formulaciones sobre el papel que no han sido nunca aplicadas o han sido tergiversadas y utilizadas en contra de sus propósitos, también han existido leyes mediocrementemente formuladas que, no obstante, han sido mejoradas a través de su aplicación práctica. Por ello, sin perjuicio de que sea necesario seguir criticando las limitaciones de esta ley, es necesario preguntarse si es posible que los efectos de sus formulaciones más nocivas sean minimizados. Y en este punto, existen dos escenarios importantes: el debate sobre su constitucionalidad ante la Corte Constitucional y las decisiones que asuma el nuevo Fiscal General sobre su puesta en ejecución.

De una parte, la Corte Constitucional deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de justicia y paz en los próximos meses, debido a las demandas que ya han sido presentadas contra ella.

Una primera posibilidad es que la Corte declare la inexecutable de toda la ley por vicios de procedimiento en su formación, en especial debido a que no fue tramitada como ley estatutaria, a pesar de regular los derechos de las víctimas y sus mecanismos de protección. Esto obligaría a una nueva discusión de la ley, pero la situación sería en todo caso muy compleja, dado que muchos desmovilizados podrían haber obtenido para ese momento los beneficios respectivos en razón de la brevedad de los términos procesales. La Corte tendría entonces que precisar si su decisión tendría o no efectos sobre esos procesos concluidos, lo cual haría inevitable que ese tribunal abordara los posibles vicios materiales de la ley.

Como se planteó en el capítulo 4, este examen de fondo debería hacer especial énfasis en los estrechos términos que han sido previstos para la investigación y el juzgamiento de crímenes atroces. Tanto la Corte Constitucional colombiana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado ya sobre problemas relativos a la excesiva amplitud o estrechez de los términos de procedimientos judiciales, encontrándolos contrarios a la Constitución y a la Convención Interamericana, respectivamente, cuando no se ajustan a las exigencias de razonabilidad y suficiencia y vulneran, por tanto, el derecho al debido proceso. Así, de acuerdo con la Corte Constitucional, los criterios para analizar la razonabilidad de un plazo son: la naturaleza del delito, su grado de complejidad, sus efectos sociales y el número de sindicados.³⁰ De otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que dicha razonabilidad debe evaluarse en función de la complejidad del asunto, de la actividad procesal del interesado, de la conducta de las autoridades públicas y, en algunas circunstancias, de la importancia del litigio para el interesado.³¹ Con base en los anteriores criterios establecidos por estos tribunales, parece necesario concluir que los plazos de investigación y juzgamiento de crímenes atroces previstos en la ley de justicia y paz no son, bajo ninguna circunstancia, razonables o suficientes, en particular teniendo en cuenta la gran complejidad que -por su carácter sistemático y prolongado en el tiempo- tienen tales crímenes, y la importancia que los procesos de investigación y juzgamiento de los mismos tienen no sólo para las víctimas individualmente consideradas, sino también para la sociedad en general. Si la Corte Constitucional declarara estos plazos inexecutable y ordenara su extensión, ello contribuiría sin lugar a dudas a una mayor garantía

³⁰ Ver Corte Constitucional, sentencia C-411 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo, sentencia de 29 de enero de 1997; caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie c, no. 35. Estos criterios fueron a su vez aplicados por la Corte Constitucional en la sentencia C-272 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

del derecho a la verdad a través del esclarecimiento judicial de la misma, así como de los derechos a la reparación y a la justicia, cuya mayor protección sería asegurada en gran medida en virtud del esclarecimiento de la verdad. Además, la mayor amplitud de los términos de investigación y juzgamiento podría de alguna manera permitir una reconstrucción menos fragmentaria y parcial del fenómeno paramilitar.

Sería también importante que la Corte aclarara si los desmovilizados tienen o no el derecho a la reducción de pena por trabajo y estudio, y se pronunciara sobre la escasa participación de las víctimas en los procesos y sobre la ausencia de mecanismos adecuados para la representación de los intereses de éstas a lo largo de ellos.

Finalmente, es muy probable que la Corte reitere que la exigencia de confesión plena no viola el derecho a la no autoincriminación, puesto que se trata de que la persona acepte voluntariamente colaborar con la justicia para obtener unos considerables beneficios punitivos. En ese caso, sería muy importante que la Corte interpretara estrictamente la disposición de la ley de acuerdo con la cual la omisión intencional de la confesión de ciertos crímenes impedirá que el desmovilizado acceda a los beneficios penales previstos en ella cuando los mismos le sean imputados con posterioridad. De hecho, dado que es bien poco probable que alguien pueda olvidar sin intención su participación en crímenes atroces, el hecho de no narrarlos en la versión libre debería ser considerado como una omisión intencional, que impediría que el desmovilizado obtuviera beneficios penales adicionales a los obtenidos por los delitos que sí aceptó haber cometido desde un principio. Esta interpretación estricta de la ley podría generar un incentivo real para que los desmovilizados confesaran plenamente los crímenes cometidos, incentivo que sin lugar a dudas garantizaría de mejor manera el derecho a la verdad y, por esa vía, los derechos a la reparación y a la justicia y la garantía de no

repetición.

De otra parte, es claro que la responsabilidad de que la aplicación de la ley de justicia y paz garantice en alguna medida los derechos de las víctimas y la no repetición recae en buena parte en el nuevo Fiscal General de la Nación, quien defendió como Viceministro las bondades de la ley. Ahora tiene la oportunidad de demostrar dichas bondades. Tres estrategias pueden serle útiles.

En primer lugar, la Fiscalía debería realizar investigaciones sistemáticas y no aisladas de los crímenes atroces cometidos por los actores desmovilizados, con miras a elucidar, poco a poco, la realidad del paramilitarismo. En este punto, la experiencia de los procesos contra la mafia en Italia puede ser útil. La decisión básica que tomaron en su momento los jueces anti-mafia Falcone y Borsellino fue investigar los crímenes de la mafia de manera conjunta, y no como una serie de hechos aislados. Y su argumento era elemental pero contundente: la criminalidad organizada tiene que ser investigada y desmontada organizadamente. Esto condujo al famoso “maxiproceso”, en el que fueron investigados más de 400 miembros de la Cosa Nostra y que permitió conocer mucho de la estructura interna de esta organización criminal y condenar a muchos de sus jefes más importantes. Algo semejante podría ser impulsado por el nuevo Fiscal General frente al paramilitarismo.

En segundo lugar, el Fiscal y sus delegados deberían no sólo asumir como propia la tesis según la cual las omisiones de la confesión de hechos atroces deben presumirse intencionales sino que, además, deberían interrogar sistemáticamente a los desmovilizados sobre eventuales participaciones en hechos atroces, con el fin de incentivar la confesión de esos crímenes. Es poco creíble que a una persona a la cual específicamente se le ha preguntado sobre un hecho atroz alegue ulteriormente que omitió involuntariamente confesar su participación en el mismo.

En tercer lugar, tanto la Fiscalía General de la Nación -y en especial su unidad recién creada- como los tribunales encargados del juzgamiento de los desmovilizados deberían propender, en todos los casos y en las diversas instancias del proceso, por que, en general, los derechos de las víctimas se vean garantizados de la mejor manera. Así, por ejemplo, estos funcionarios deberían incentivar la participación de las víctimas y permitir su representación por parte de organizaciones, así como esforzarse por elucidar en la medida de lo posible la mayor cantidad de hechos susceptibles de contribuir al esclarecimiento de la verdad, incluidos allí los hechos tendientes a demostrar la existencia de bienes de propiedad de los desmovilizados que puedan servir para reparar a sus víctimas.

Las recomendaciones anteriores no son más que propuestas elementales e incipientes basadas, ante todo, en la esperanza de que el proceso transicional iniciado siga el mejor de los rumbos posibles en medio de las restricciones impuestas por la ley. En el fondo, se trata de la esperanza de que las formulaciones de principio esbozadas a lo largo de la ley de justicia y paz en relación con las exigencias de verdad, justicia y reparación sean tomadas en serio por las autoridades competentes de aplicar la ley, de forma tal que sus efectos (en principio meramente simbólicos) tengan algo de instrumentales.

A pesar de las recomendaciones anteriores, que se refieren a las potencialidades que puede tener la aplicación práctica de la ley de justicia y paz pese a los defectuosos y obstaculizadores mecanismos previstos por ella, existen aún dos cuestiones irresueltas, una teórica y conceptual y la otra política.

La primera cuestión se refiere a la conveniencia o inconveniencia de utilizar el lenguaje propio de la justicia transicional para analizar y discutir un proceso que, como el colombiano, consiste en una transición en medio de un conflicto armado, esto es, en una

transición parcial, incompleta. Si bien dicho lenguaje permite en buena medida llegar a acuerdos sobre los estándares con que debe cumplir este proceso, dada la particularidad del contexto es bien posible que estos estándares deban ser reinterpretados, de manera que no se queden en el plano de la ineficacia o, lo que es peor, de la eficacia puramente simbólica. Tal vez sea necesario, entonces, comenzar a pensar en la posibilidad de crear categorías conceptuales y diseños institucionales propios que, aunque puedan nutrirse de las experiencias internacionales de justicia transicional, no se limiten a ellas y permitan la construcción de soluciones originales e imaginativas para un contexto que -como el nuestro- se caracteriza también por no asemejarse a ningún otro.

La segunda cuestión consiste en que del hallazgo de una respuesta adecuada y plausible a la cuestión anterior puede depender que los grupos paramilitares que hoy se desmovilizan sean efectivamente desmantelados. Es decir, sólo si encontramos las categorías y los diseños institucionales adecuados para explicar y trascender la situación actual, y especialmente para superar los límites impuestos por la ley de justicia y paz a la efectividad de la garantía de no repetición, podremos confiar en que el fenómeno del paramilitarismo llegará a su fin. En caso contrario, es bien posible que no nos quede una opción distinta que la de ser testigos de la legalización de facto de este fenómeno y, por tanto, de un eventual recrudecimiento de la violencia del país en el largo plazo. Cuál de los dos caminos tome Colombia dependerá en gran medida de la vigilancia crítica del proceso por parte de la opinión pública nacional y del ojo atento de la comunidad internacional.

Bibliografía

De Greiff, P. (2005). “Los esfuerzos de reparación: el aporte de la compensación al logro de una justicia imperfecta”, conferencia dictada en el *Seminario Diálogo Mayor Memoria colectiva, reparación, justicia y democracia: El conflicto colombiano y la paz a la luz de experiencias internacionales*, Bogotá: Universidad del Rosario.

Flórez, L.B. (2005). “Extinción de dominio, reforma agraria, democracia y paz”, intervención en el Foro *Extinción de dominio y reforma agraria* (junio 9 de 2005). Bogotá: Contraloría General de la República, disponible en: http://www.contraloriagen.gov.co/html/RevistaEC/pdfs/309_2_1_Extincion_de_dominio_reforma_agraria_democracia_y_paz.pdf.

Corte Const. (1992). Sentencia T-601 de 1992.

Corte Const. (1999). Sentencia T-718 de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (1987). Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia de junio 26 de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de julio 29 de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. (1989). Caso Godínez Cruz. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. (1995). Caso Caballero Delgado. Sentencia de diciembre 8 de 1995. Serie C No. 22.

Corte IDH. (1996). Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones. Sentencia de septiembre 19 de 1996. Serie C No. 29.

Corte IDH. (1997). Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones. Sentencia de enero 29 de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH. (1997a). Caso Castillo Páez. Sentencia de noviembre 3 de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. (1997b). Caso Suárez Rosero. Sentencia de noviembre 12 de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. (1998). Caso Blake. Sentencia de enero 24 de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. (1998a). Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de

marzo 8 de 1998. Serie C No. 37.

Corte IDH. (1998b). Caso Loayza Tamayo. Sentencia de noviembre 27 de 1998. Serie C No. 42.

Corte IDH. (1999). Caso Suárez Rosero. Reparaciones. Sentencia de enero 20 de 1999. Serie C No. 44.

Corte IDH. (1999a). Caso Blake. Reparaciones. Sentencia de enero 22 de 1999. Serie C No. 48.

Corte IDH. (1999b). Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. (2000). Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos. Sentencia de marzo 14 de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. (2001a). Caso Paniagua Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 25 de 2001. Serie C No. 76

Corte IDH. (2001b). Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 26 de 2001. Serie C No. 77.

Corte IDH. (2001c). Caso Cesti Hurtado. Reparaciones. Sentencia de mayo 31 de 2001. Serie C No. 78.

Corte IDH. (2001d). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de agosto 31 de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. (2001e). Caso Cantoral Benavides. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88.

Corte IDH. (2002). Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91.

Corte IDH. (2002a). Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de febrero 27 de 2002. Serie C No. 92.

Corte IDH. (2002b). Caso Caracazo. Reparaciones. Sentencia de agosto 29 de 2002. Serie C No. 95.

Corte IDH. (2003). Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No. 101.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. (1998). Kurt v. Turkey. Sentencia de mayo 25 de 1998.

TEDH. (1999). Çakici v. Turkey. Sentencia de julio 8 de 1999.

TEDH. (2000). Timurtas v. Turkey. Sentencia de junio 13 de 2000.

TEDH. (2001). Cyprus v. Turkey. Sentencia de mayo 10 de 2001

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY. (1995). Prosecutor v. Du_ko Tadic. Sentencia de octubre 2 de 1995. App. Ch., IT-94-I-AR72.

TPIY. (1996). Prosecutor v. Dra·en Erdemovic. Sentencia de noviembre 29 de 1996. Tr. Ch. I, IT-96-22-T.

TPIY. (1997). Prosecutor v. Du_ko Tadic. Sentencia de julio 14 de 1997. Tr. Ch. II, IT-94-1-T.

TPIY. (1998). Prosecutor v. Furund·ija. Sentencia de diciembre 10

de 1998. Tr. Ch. II, IT-95-17/I-T.

TPIY. (2001). Prosecutor v. Delalic (Caso Celibici). Sentencia de febrero 20 de 2001. App. Ch., IT-96-21-A.
