

¿Justicia transicional sin transición?

Verdad, justicia y reparación
para Colombia

¿Justicia transicional sin transición?

Verdad, justicia y reparación
para Colombia

Rodrigo Uprimny Yepes

María Paula Saffon Sanín

Catalina Botero Marino

Esteban Restrepo Saldarriaga

Contenido

**Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad**

Socios fundadores

Helena Alviar García
Catalina Botero Marino
Mauricio García Villegas
Diego Eduardo López Medina
Juan Fernando Jaramillo Pérez
Danilo Rojas Betancourth
César Rodríguez Garavito
Rodrigo Uprimny Yepes

Director

Rodrigo Uprimny Yepes

**Subdirectora administrativa
y de planeación**

Flor Elba Castro Martínez

ISBN 958-

Corrección

Emma Ariza

Preparación editorial

Marta Rojas

Diseño de colección

Martha Isabel Gómez

Fotografías de portada

Archivo ElTiempo, AFP

Impresión

Ediciones Antropos

Primera edición

Bogotá, D.C. junio de 2006

© DeJusticia, 2006

Carrera 4A N° 67 -30

Teléfonos: 211 9617, 545 5908, 608 3605

Correo electrónico: info@dejusticia.org

**¿Justicia transicional sin transición?
Reflexiones sobre verdad, justicia
y reparación para Colombia 11**

1

**Las enseñanzas del análisis comparado:
procesos transicionales, formas de justicia transicional
y el caso colombiano 17**
Rodrigo Uprimny Yepes

2

**Estándares internacionales
y procesos de transición en Colombia 45**
Catalina Botero Marino
Esteban Restrepo Saldañaga

3

**Justicia transicional y justicia restaurativa:
tensiones y complementariedades 109**
Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

4

**Derecho a la verdad:
alcances y límites de la verdad judicial 139**
Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

5

**La ley de “justicia y paz”:
¿una garantía de justicia y paz
y de no repetición de las atrocidades? 173**

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

6

**¿Al fin, ley de justicia y paz?
La ley 975 de 2006 tras el fallo
de la Corte Constitucional 198**

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

Agradecimientos

“Lo opuesto al pasado no es el futuro sino la ausencia de futuro;
lo opuesto al futuro no es el pasado sino la ausencia de pasado”.
Elie Wiesel¹

Una de las críticas más usuales contra los libros que defienden el deber de esclarecer y recordar la verdad de las atrocidades ocurridas en una sociedad es la siguiente: esos reclamos de memoria serían la expresión del resentimiento de ciertas personas que no logran superar los traumas del pasado. Y por ello suelen hacerse llamados a pasar la página y a mirar al futuro y no hacia el pasado. Pero nada menos cierto; el deber de la sociedad de recordar los horrores del pasado no deriva de un anclaje malsano en el pasado sino de un esfuerzo deliberado por construir un futuro libre de dichas atrocidades.

Esta idea ha sido defendida de manera reiterada, entre otros, por Elie Wiesel, Premio Nobel de la Paz y sobreviviente de los campos de muerte de Awshvitz y Buchenwald. En su incesante esfuerzo por perpetuar la memoria del Holocausto, Wiesel ha insistido en que el recuerdo de ese pasado atroz no es obra del resentimiento ni pretende anclarnos en los relatos de esos sufrimientos indecibles; el deber de memoria está lleno de esperanza. Lo que pasa es que, como dijo Wiesel en su Conferencia Nobel del 11 de diciembre de 1986, “la esperanza sin memoria es como la memoria sin esperanza”². En sus palabras, “la memoria del mal debe ser un escudo contra el mal”³ y por ello el futuro no debe ser construido sobre el olvido del pasado.

Las batallas por la memoria están entonces llenas de esperanza y de futuro. Esta convicción animó nuestros esfuerzos en la realización de estos

¹ Conferencia Nobel del 11 de diciembre de 1986. Disponible en: <http://nobelprize.org/peace/laureates/1986/wiesel-lecture.html>.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

escritos, cuya redacción no hubiera sido posible sin el apoyo de nuestras familias y amigos. Este texto está dedicado a ellos, como testimonio de nuestra esperanza en una Colombia libre de horrores.

La presente publicación fue además posible gracias al apoyo de la Fundación Ford y de la Fundación Merck; la primera financió el trabajo investigativo general que sustentó la realización de varios de los documentos del libro. La segunda, por su parte, financió la publicación del libro y la elaboración de uno de los documentos que hace parte del mismo. Queremos pues agradecer a estas dos entidades por su apoyo. Igualmente agradecemos a la Universidad de los Andes y al Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, IDRC de Canadá, y en especial a Angelika Rettberg, por permitirnos actualizar para esta publicación las versiones previas de los capítulos 2 y 3, que habían sido incluidos como artículos en el libro publicado por ellos sobre el tema⁴.

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

⁴ Ver la referencia exacta del texto en la bibliografía de los capítulos 2 y 3 de esta obra.

Introducción

La expresión ‘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 a 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 el perdón y el olvido de sus actos. No es posible ignorar estas tensiones entre justicia y paz; por ello, si bien es deseable buscar vías que tiendan a reducirlas, debe hacerse con la conciencia de que no es posible eliminarlas ni ignorarlas y que no existen fórmulas únicas satisfactorias en materia de justicia transicional.

Los anteriores dilemas se intensifican sin duda cuando, como en la actualidad sucede 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 en los distintos capítulos de este libro—, 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 puedan poner fin a la guerra, la cual podría al contrario tender a su agudización en el futuro cercano.

Colombia atraviesa entonces 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 (DeJusticia) haya adoptado como una de sus líneas de trabajo estratégicas la elaboración de herramientas conceptuales, normativas y empíricas que permitan una adecuada comprensión de la justicia transicional en el contexto colombiano y que propendan por soluciones plausibles, equilibradas y justas de los dilemas que la impregnan. En el marco de dicha estrategia y en cooperación con otras entidades, diferentes miembros de DeJusticia han producido y publicado una serie de estudios a lo largo del año pasado. Hemos decidido reunir dichos estudios como capítulos de este libro, pues consideramos que, a pesar de haber sido publicados con propósitos específicos, son complementarios, de suerte que permiten tener una visión global de los dilemas jurídicos, éticos y políticos de la justicia transicional en Colombia y de las posibles formas de enfrentar dichos dilemas.

Los primeros dos capítulos del libro ofrecen herramientas conceptuales y normativas generales a partir de las cuales pueden ser analizados los distintos 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 capítulo 1 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 capítulo 2, 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 rige la normativa internacional y a la vez complementa el orden normativo y constitucional colombiano, y de esa forma explicita los mínimos con los que debe cumplir un proceso transicional que se lleve a cabo en el país.

En los tres capítulos siguientes se discuten herramientas conceptuales, normativas y empíricas específicamente útiles para el análisis de la coyuntura colombiana, muy vinculada al debate sobre el proceso de paz del actual Gobierno con los grupos paramilitares y la aprobación de la llamada ley de justicia y paz. Estos capítulos tratan temas que han sido relevantes en el debate sobre el marco jurídico de las negociaciones de paz con los paramilitares.

Así, el capítulo 3 aborda las tensiones y complementariedades existentes entre la justicia transicional y la justicia restaurativa. Esta discusión conceptual se explica porque, desde un comienzo, el debate 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 como el nuestro.

El capítulo 4 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 justifica 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 capítulo 5 estudia detallada y críticamente el contenido de la ley de justicia y paz. En particular, 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 potencie sus fortalezas y minimice sus riesgos.

Los capítulos antes reseñados presentan, sobre todo, un análisis de carácter teórico y jurídico de la situación que atraviesa Colombia en la actualidad. Los textos 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.

Es de rigor una aclaración: los distintos capítulos se basan en textos publicados en 2005, pero que fueron cuidadosamente revisados para el presente libro, no sólo con el fin de actualizar algunas informaciones, sino además para evitar repeticiones innecesarias. Con todo, hemos querido mantener cada capítulo como un texto con una suficiente unidad para ser leído autónomamente por aquel lector que esté preocupado por analizar únicamente un punto específico. Por ello, la duplicación de algunas tesis resultó inevitable con el fin de mantener la cohesión y coherencia de los capítulos.

Como el lector podrá constatarlo, estos escritos, a pesar de que fueron elaborados durante los debates sociales y políticos suscitados en los meses anteriores por el proceso de paz con los paramilitares y por la aprobación de la ley de justicia y paz, no son textos que tienen un interés puramente coyuntural, pues plantean reflexiones más duraderas sobre dilemas que seguirán acechando a nuestro país en los próximos meses y años. Y es que en Colombia, la discusión sobre el marco normativo de las negociaciones de paz dista de haberse agotado. Esperamos entonces que esta obra brinde elementos conceptuales que contribuyan a un debate más informado sobre este difícil tema.

Bogotá, enero de 2006.

Rodrigo Uprimny

Director del Centro de Estudios

de Derecho Justicia y Sociedad “DeJuSticia”

1

Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*

Rodrigo Uprimny Yepes

* Este trabajo se basa en un texto que escribí con Luis Manuel Lasso Lozano: Uprimny, R. y Lasso, L.M. (2004). Una síntesis de ese artículo apareció en la *Revista Foro*, 53, 45-57. La presente versión contó con la valiosa colaboración de María Paula Saffon.

El debate sobre cómo enfrentar 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 materializan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo a 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 ofrece un marco teórico a partir del cual es posible analizar un proceso de justicia transicional determinado, como el que se busca implementar en Colombia actualmente. Lejos de entrar en el detalle del caso colombiano, considero de gran utilidad ofrecer algunas herramientas 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 con unas breves conclusiones acerca de la importancia del contexto y de las particularidades del proceso transicional que en la actualidad intenta llevar a cabo Colombia (IV).

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, bien para reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico,

bien para pasar de una dictadura a un orden político democrático. Especialmente cuando se trata de transiciones negociadas, 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 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, entonces, deben 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 a largo plazo una paz democrática durable y verdadera se edifica en forma más sólida sobre la aplicación de justicia a los crímenes ocurridos, a 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 también parece 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. Por ello, los dilemas de justicia transicional tienen algo de trágico¹. Además, a pesar de la existencia de ciertas exigencias jurídicas consideradas universales y de que es posible aprender de las experiencias desarrolladas en otros procesos de transición, en cada país operan restricciones políticas y jurídicas diversas, por lo que cada sociedad debe diseñar su propia fórmula para enfrentar los problemas de verdad, reparación y justicia, pues las relaciones de fuerza entre los actores son distintas y las posibilidades de compromiso diversas. 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 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.

¹ En el mismo sentido, ver Orozco (2005, p. 4). Por ello sigue siendo válida la afirmación hecha por Diane Orentlicher (1991) hace más de 10 años en un influyente artículo sobre el tema: “como equilibrar las demandas de justicia frente a los permanentes peligros planteados por los militares y otras fuerzas, plantea problemas frente a los cuales nadie ha propuesto aún soluciones generales y satisfactorias” (p. 2539). Otro conocido experto en el tema, Brandon Hamber (2003), afirmó recientemente que “cualquier mecanismo transicional es, por su naturaleza y su lugar histórico, un instrumento políticamente polémico” (p. 1075).

En función de su contenido, es posible clasificar las formas de transición por el mayor o menor peso que les 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. El cuadro 1, que se asemeja a la tipología propuesta por otros autores³, permite entonces hablar de cuatro tipos básicos de procesos transicionales:

Es preciso tener en cuenta que el siguiente cuadro hace referencia a tipos “ideales” y que, en la práctica, los procesos transicionales presentan un carácter dinámico y tienen unas especificidades que les permiten tener características de uno o varios tipos, así como comenzar escogiendo una vía transicional y terminar optando por otra. Por ejemplo, la transición chilena sirve de ejemplo del modelo II tan sólo en su fase inicial. En efecto, años después de las amnistías generales concedidas a los responsables de crímenes atroces, algunos de ellos terminaron por ser juzgados, lo que se explica si se tiene en cuenta que, en muchos casos, los procesos transicionales tienen un carácter dinámico mucho más complejo que aquel que pueda describir una tipología como ésta. El ejemplo de Argentina es también ilustrativo de esta situación. En un primer momento, al inicio del gobierno de Alfonsín, la transición argentina mostró una tendencia hacia una transición punitiva, ya que los miembros de la junta militar fueron condenados y todo parecía

² En esta tipología uso la expresión “perdón” en un sentido genérico, con el fin de hacer referencia a todas aquellas medidas jurídicas que evitan que una persona reciba la totalidad del castigo retributivo que, conforme al ordenamiento, amerita por un crimen atroz, sin importar la naturaleza jurídica de esas figuras. Así, puede tratarse de amnistías generales, indultos particulares o subrogados penales tipo libertad provisional (*parole*), condena de ejecución condicional (*probation*) o sustitución de la pena privativa de la libertad por otras medidas. Con ello no quiero decir que la distinción entre esas figuras no tenga importancia; es obvio que la tiene, pero todas comparten la idea de eliminar o reducir considerablemente la pena retributiva y, por ello, desde ese punto de vista, todas implican una forma de perdón.

³ Para tipologías semejantes, aunque no iguales, ver Slye (2002) y Simon (2003).

Cuadro 1.
Procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada

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	Núremberg, Ruanda y Yugoslavia
Características básicas	Amnistías generales, que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas	Amnistías generales, acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas	El establecimiento 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	Establecimiento de tribunales ad hoc 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 posible la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades	Sólo por medio del castigo de los responsables es posible erigir un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos

indicar que muchos otros oficiales involucrados en crímenes atroces iban a ser juzgados. Sin embargo, en un segundo momento y con la expedición de las leyes de punto final y obediencia debida, producto de las presiones de los militares al gobierno Alfonsín y los retrocesos de los gobiernos civiles, dicho país se encaminó hacia el modelo de perdones “responsabilizantes”. En un tercer momento, el indulto concedido a los jefes de la junta militar por parte de Menem condujo la transición argentina hacia el modelo de perdones “compensadores”. Con todo, lo anterior no obsta para que, en desarrollos más recientes, Argentina se esté dirigiendo hacia un modelo de mayores castigos, aplicados a casos pasados.

Los anteriores tipos ideales son entonces modelos o herramientas esquemáticas, útiles para comprender los diversos elementos que están en juego en los procesos transicionales, pero limitados en la medida en que 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 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 mediante la escogencia de una sola de ellas. Así, mientras que las fórmulas basadas en perdones “amnésicos” buscan lograr transiciones negociadas sin justicia, las transiciones punitivas, por su parte, 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 domi-

na 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), que fue posible en el pasado, y que incluso tuvo algunos éxitos notables, como las transiciones en España y Portugal en los años setenta, resulta hoy 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 (TPI) y de jueces de otros países en virtud del principio de jurisdicción universal. Como tal, las amnistías generales de los crímenes atroces son condenadas por el derecho internacional contemporáneo⁴.

Eso no significa que todos los crímenes amnistiados sean competencia del Tribunal, pues los efectos del Tratado de Roma no son retroactivos y Colombia introdujo la salvedad de excluir de la competencia del Tribunal 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 y olvido, pues no sólo el TPI podría intervenir en muchos asuntos sino que, además, otros casos podrían ser investigados por jueces de otros países, en virtud del principio de jurisdicción universal que cubre muchos de esos crímenes internacionales, como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada, que, en consecuencia, pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado, en nombre de la comunidad internacional.

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 críme-

⁴ Sobre este punto, ver el texto de Botero y Restrepo en el capítulo 2 de este libro.

nes, por otro. 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. Esto fue claro en las guerras civiles del siglo XIX. Así, en la década de los ochenta de dicho siglo, el profesor suizo Ernst Rothlisberger, al indagar sobre los motivos de la guerra civil de 1884-1886, declaraba:

No es por convicción que la mayoría está afiliada en este o en el otro partido, sino porque en uno de ellos tienen que vengar algún hecho de atrocidad. A éste le han matado el padre, al de más allá se le llevaron un hermano, a un tercero le ultrajaron madres y hermanas; en la próxima revolución han de vengar las afrentas. Así ocurre que entre los conservadores encontramos gente librepensadora, y entre los liberales católicos fanáticos. Cada cual se rige por la ley de la venganza de sangre⁵.

Esta lógica se ha mantenido en períodos posteriores, como lo muestra la historia personal de muchos miembros de grupos armados, que explican que una de las razones esenciales para ingresar a la guerra fue la idea de vengar atropellos contra ellos o sus familias. Por ello, las amnistías amnésicas en Colombia han perpetuado las violencias⁶. El olvido no parece ser una base sólida para lograr la garantía de que esos hechos atroces no sean 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 durante el conflicto, si-

⁵ Citado por Fisher. (2001, p. 44).

⁶ Sobre los efectos antidemocráticos que ha tenido la falta de memoria en las guerras en Colombia, ver Sánchez (2003).

tuación 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 legítima y unilateralmente a las demás. 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 requieren 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 Colombia⁷. Este abandono implicaría la admisión del perdón, al menos parcial, de los crímenes de algunos victimarios, tales como aquellos 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 a 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 interna-

⁷ Según explica el profesor Simon, en Ruanda, fuera de aquellos que eran juzgados internacionalmente, se decidió procesar internamente a todos los responsables. “El resultado de eso fue que en 1999 había 121.500 personas en prisión preventiva con sólo 20.000 personas procesadas. En contraste, a finales del año 2000, los tribunales de Ruanda habían condenado con sentencia firme a sólo 3.343 personas. Sobre la base de los datos disponibles se estimó que podría llevar 113 años procesar al resto de las personas en las 19 prisiones de Ruanda y las 154 cárceles locales (*cachots*). No sorprende que en el año 2001 esta situación fuera descrita por el Representante Especial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como ‘inadmisibles e indeseables’” (2003, p. 12).

cional 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 atroces⁸.

Por eso 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 victima-

⁸ En el capítulo 3, al examinar los límites de la justicia restaurativa en los procesos transicionales, exploramos más en detalle la importancia del castigo retributivo en dichos procesos.

rio, 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 la idea de 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 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 que 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.

En todo caso, desde esa perspectiva, el Estado tendría la obligación de garantizar tanto la implementación de mecanismos adicionales al castigo penal 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, 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 estos casos podrían 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 paz⁹.

⁹ Así, parecería razonable que a estos casos no se les aplicara la excepción al

De los casos que estudié, la transición sudafricana es tal vez la que más se aproxima a ese tipo ideal. En ese país se abandonaron los modelos extremos, pues los acuerdos de paz y la llamada constitución transitoria tomaron en consideración los derechos de las víctimas, pero también autorizaron formas de amnistía. Por ello que fue creada una comisión de verdad y reconciliación, dividida a su vez en tres comités: uno que escuchó a las víctimas para reconstruir la verdad sobre los crímenes del *apartheid*; otro que tramitó las amnistías, y un tercero que formuló recomendaciones para las reparaciones. Un punto decisivo fue entonces que no hubo una amnistía general, sino que cada victimario que quería obtener el perdón debía hacer una confesión pública de sus crímenes ante el comité de amnistía, y podía obtener el perdón únicamente si se trataba de un crimen político, había realmente confesado todos los hechos relevantes del crimen, y existía una cierta proporcionalidad entre el hecho de violencia y el propósito político perseguido. Obviamente, el perdón sólo cubría el delito confesado.

Ese esquema tenía varias finalidades: la concesión del perdón debía facilitar la transición, pues se consideró que sin ese mecanismo, la negociación para dar fin al régimen del *apartheid* no hubiera sido posible o se hubiera visto gravemente obstaculizada. Pero se buscó minimizar la impunidad que podía derivar de esos perdones. Así, únicamente los crímenes confesados en un período podían ser perdonados, mientras que los otros podían ser castigados. Además, el hecho de que los victimarios tuvieran que realizar peticiones individuales de indulto, fundadas en una confesión exhaustiva y pública de su crimen, pretendía no sólo favorecer la búsqueda de la

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, sería bastante probable que el Fiscal aplicara el principio de oportunidad y decidiera no investigar 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.

verdad sino que, en la práctica, logró otros propósitos relevantes. En algunos casos, ese mecanismo de confesión pública permitió una cierta reconciliación entre víctimas y victimarios, pues la confesión equivalía a una solicitud de perdón, que en ciertos eventos fue concedida por las víctimas o los familiares. En todo caso, esta confesión pública permitía establecer una condena social al victimario, que debía revelar sus atrocidades. Finalmente, conviene destacar que muchas solicitudes fueron rechazadas. Aproximadamente 7.700 personas solicitaron amnistía, la cual fue concedida en unos 1.200 casos (Hamber, p. 1078).

La transición sudafricana genera todavía muchas polémicas¹⁰. Algunos autores consideran que hubo un exceso de perdón, ya que fueron indultados crímenes atroces, como asesinatos, torturas o desapariciones. Para otros, por el contrario, fue un modelo ideal de equilibrio entre justicia restauradora y justicia punitiva, pues mantuvo dosis proporcionadas de castigo, pero innovó en mecanismos restaurativos, que ayudaron a la reconciliación. Además, es obvio que ese proceso tiene particularidades que sólo son explicables en el contexto de ese país, por lo que sus fórmulas no pueden ni deben ser trasladadas mecánicamente al caso colombiano. Sin embargo, esa transición ilustra que es posible esforzarse por lograr un equilibrio entre las necesidades de justicia y las de negociar la paz, bajo la forma de perdones responsabilizantes.

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

¹⁰ Para una defensa interesante de la transición sudafricana, ver Minow (1998). Una visión más crítica es la de Hamber (2003), quien considera que en ese proceso hubo perdones inaceptables por crímenes atroces, lo cual sugiere que no se trataría exactamente de un perdón responsabilizante.

propios de la justicia restaurativa –tales como aquellos 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 exista un castigo proporcionado a los responsables de delitos de lesa humanidad y de crímenes atroces.

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 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, se puede afirmar que la legitimidad de las distintas fórmulas de justicia transicional depende, en buena medida, de la forma como las mismas sean diseñadas. Con base en este criterio, es posible clasificar los procesos transicionales en cuatro tipos básicos, como lo muestra el *cuadro 2*.

Al igual que en el caso de los tipos de transición según el contenido de las fórmulas, los modelos de transición esbozados en el *cuadro 2* son tipos “ideales”, susceptibles de matices y mixturas en la práctica. Así mismo, es claro que entre la forma del proceso transicional y el resultado de justicia finalmente obtenido existen ciertas relaciones importantes, por lo cual existen vínculos entre el *cuadro 1* y el *cuadro 2*. Por ejemplo, las autoamnistías tienden a concretarse en fórmulas de perdón y olvido, como sucedió inicialmente en Chile y Argentina, mientras que los perdones “recíprocos” suelen conducir a fórmulas de perdones “compensadores”, como sucedió en El Salvador. En cambio las justicias impuestas suelen ser de tipo punitivo. Sin embargo, es útil diferenciar entre el contenido de la justicia transicional y su forma de adopción, no sólo para enfatizar la importancia de los procedimientos sociales de decisión en este campo sino además porque no existe una correspondencia exacta entre los tipos ideales del *cuadro 1* y aquellos del *cuadro 2*. Por ejemplo, las transiciones democráticamente legitimadas han conduci-

Cuadro 2.
Procesos transicionales por el procedimiento de la fórmula de transición adoptada

Tipos de transición	I. Justicia impuesta	II. Autoamnistías	III. Perdones “recíprocos”	IV. Transiciones democráticamente legitimadas
Ejemplos	Bosnia, Nüremberg	Argentina, Chile	Centroamérica	Sudáfrica, Irlanda del Norte, Uruguay
Características 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 unilateralmente a los infractores de derechos humanos e imponer un nuevo orden democrático fundado en su respeto	Dejar impunes los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los victimarios, a fin de que éstos permitan que la transición a la democracia tenga lugar	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 perdonados. Todo en pro de la reconciliación nacional	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

do a fórmulas de perdones responsabilizantes, como sucedió, según ciertos enfoques, en Sudáfrica, pero también han desembocado en amnistías amnésicas, como sucedió en Uruguay. En ese país, la decisión de amnistiar los crímenes de la dictadura terminó siendo sometida a referendo, debido a las presiones de los grupos de derechos humanos y de ciertos sectores de la ciudadanía, y ésta aprobó dicha amnistía.

Es pues importante examinar la forma que debería adoptar un proceso de justicia transicional en Colombia. En ese aspecto 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), pues los demás modelos de procedimientos de elaboración de las fórmulas transicionales resultan inadmisibles fáctica o jurídicamente, inconvenientes políticamente, indeseables éticamente o insuficientes para el contexto particular, por varias razones.

En primer lugar, la imposición de la justicia por parte de un soberano o del actor victorioso en el conflicto armado (I) no parece viable en Colombia. Como ya se mencionó, fácticamente resulta muy poco probable que una de las partes del conflicto armado pueda en algún momento triunfar y someter a todas las demás. 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, sobre todo, 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 dé-

cadadas (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 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 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 (al respecto, ver el 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 aquellos propios de los actores armados en relación con los resultados del proceso transicional. Así, mientras la sociedad en general y las víctimas en particular tienen el interés de que la verdad del conflicto sea esclarecida, de que 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, p. 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 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, pp. 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 los defensores de los derechos humanos, por otro. 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 de Derechos Humanos, que fortalezcan políticamente el proceso transicional y que, adicionalmente, puedan brindar asesoría en ciertos aspectos de índole técnica (Springer, 2002, pp. 138 y ss.). En relación con el punto anterior, la participación de estos organismos cumpliría también 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. 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, es importante 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, en Colombia, la transición del conflicto armado a la paz debería realizarse 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. La importancia del contexto y 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. Y es que, como ya se señaló, en materia de justicia transicional los contextos son muy importantes, pues existen circunstancias que favorecen mayores logros para los derechos de las víctimas, mientras que esos reclamos pueden ser más difíciles de realizar en otras situaciones.

En efecto, es posible tomar en consideración al menos dos elementos básicos: (i) el tipo de situación que se quiere superar, y (ii) si se trata o no de una transición pactada con los victimarios.

Así, en primer término, según ciertas visiones, es necesario distinguir entre la transición de regímenes dictatoriales estables a democracias, y aquella que busca superar guerras civiles. En la primera situación, la violencia que se busca superar es asimétrica o vertical, pues el Estado no enfrenta la resistencia de un actor armado. No hay conflicto armado sino sólo represión, y la distinción entre víctimas y victimarios es clara. En las guerras internas, en cambio, la violencia es más simétrica u horizontal, y la distinción entre víctimas y victimarios es mucho menos clara, ya que cada actor armado (con sus respectivas bases sociales de apoyo) es al mismo tiempo víctima (pues padece los ataques del enemigo), pero también victimario (pues infringe violencia al otro actor armado y a sus bases sociales). Esta victimización recíproca u horizontal parecería favorecer, según autores como Iván Orozco (2005), las lógicas de

reconciliación fundadas en formas de perdón recíproco, mientras que las victimizaciones verticales tenderían a estimular lógicas más retributivas¹¹.

Una segunda variable empírica de contexto que incide sobre la suerte de los derechos de las víctimas es obviamente si la transición deriva de una “ruptura” o “colapso” del anterior régimen o si es “pactada”. En el primer caso, las posibilidades y demandas de castigo son mayores, mientras que en el segundo subsisten enclaves autoritarios que limitan las posibilidades de rendición de cuentas de los victimarios¹². Es cierto que esta segunda variable ha sido destacada sobre todo en los estudios de transiciones de las dictaduras a las democracias, pero puede tener un sentido más general y ser aplicable también a los casos de transiciones de guerras a la paz. De hecho, puede haber transiciones de este tipo que sean tanto pactadas como impuestas, y todo indica que en las primeras hay menos demanda de castigo (como sucedió en Centroamérica), mientras que en las segundas (como en Núremberg o, en cierta medida, en Bosnia) puede haber más posibilidades y exigencia de castigo.

Si uno cruza las dos variables anteriores obtiene el *cuadro 3*, que muestra contextos transicionales distintos.

Así, la casilla I hace referencia a procesos transicionales pactados de la guerra a la paz, como los sucedidos en Centroamérica, mientras que la casilla II hace referencia también a transiciones pactadas, pero de la dictadura a la democracia, como en Chile. Por su parte, la casilla III se refiere a transi-

¹¹ Como bien lo precisa Orozco, esta distinción se funda también en tipos ideales. En la realidad, las situaciones tienen elementos de violencia horizontal y vertical, donde lo importante es establecer qué tipo de victimización es claramente predominante. En el capítulo 3 se explora y discute con mayor detalle esta tesis de Orozco y se muestran sus aciertos, pero también sus limitaciones.

¹² Al respecto, véanse, entre otros, las conclusiones del estudio comparado de Alexandra Barahona de Brito, Paloma Aguilar Fernández y Carmen González Enríquez (2002). Esta diferencia explicaría por qué en las fases iniciales de las transiciones hubo mayor castigo en Argentina o en Portugal (donde hubo un colapso de la Junta Militar) que en Uruguay, Chile, España o Brasil (donde se dieron transiciones pactadas).

Cuadro 3.
Contextos transicionales

Forma de transición	Forma de victimización previa	
	Horizontal (guerra civil)	Vertical (dictadura)
	Pactada	I. Centroamérica
Ruptura, colapso o transición impuesta	II.- Núremberg o, en cierta medida, Bosnia	IV Argentina (primera fase) o Portugal

ciones de la guerra a la paz en donde no hubo claramente un pacto con los anteriores victimarios, como sucedió en Núremberg, mientras que la casilla IV ilustra transiciones de la dictadura a la paz, pero que surgen del colapso o la derrota del régimen autoritario, como sucedió en la primera fase de la transición argentina o en Portugal.

Conforme a este cuadro, podría uno plantear la hipótesis de que hay una tendencia mayor a las demandas de castigo cuando se pasa progresivamente de la casilla I a la IV. Pero también es posible intentar individualizar variables sociológicas que inciden en el desarrollo de los procesos transicionales. No es fácil formular hipótesis al respecto, pues los elementos de contexto que inciden en las posibilidades de enfrentar adecuadamente las graves violaciones de derechos humanos son muy variados. Considero, empero, que tres variables tienen particular importancia: (i) el grado de paz que se esté logrando, (ii) el grado de movilización interna a favor de la garantía de los derechos de las víctimas, y (iii) los apoyos internacionales a las búsquedas nacionales de verdad, justicia y reparación. Combinando esas tres variables, puede uno tener una multiplicidad de escenarios, más o menos favorables a la búsqueda de justicia, que resumo esquemáticamente en el *cuadro 4*.

Es obvio que en un escenario tipo I, que parece haber vivido un país como Sudáfrica, las posibilidades de obtener verdad y justicia son mayores, pues existen apoyos sociales importantes a favor de esos reclamos, que pueden limitar las pretensiones de ciertos actores de imponer el perdón y el olvido; en cambio, en un escenario tipo VIII, dichas posibilidades son más

Cuadro 4.
Escenarios hipotéticos de transición

Escenarios	Grado de paz	Grado de movilización interna por justicia y verdad	Grado de apoyo internacional a búsquedas de justicia y verdad
I	Alto	Alto	Alto
II	Alto	Alto	Bajo
III	Alto	Bajo	Alto
IV	Alto	Bajo	Bajo
V	Bajo	Alto	Alto
VI	Bajo	Alto	Bajo
VII	Bajo	Bajo	Alto
VIII	Bajo	Bajo	Bajo

escasas, pues los apoyos internos y externos son bajos, y la lógica de la guerra suele congelar los reclamos de verdad y justicia. Ahora bien, como Colombia parece situarse actualmente en los escenarios menos favorables (tipo VII u VIII), en principio parecería razonable formular recomendaciones modestas en términos de logros en verdad y justicia, pues sólo ellas serían realistas y viables en la presente coyuntura. Pero esta postura es un error. Es preferible pensar primero en fórmulas de negociación de la paz lo más adecuadas posibles en términos de verdad, justicia y reparación, para luego discutir cuáles adaptaciones son necesarias en el contexto colombiano actual. De esa manera podemos contar con unos estándares ideales, que son útiles para valorar críticamente las propuestas que se formulan en la actual situación. Además, la concreción de las formas de justicia transicional no es un ejercicio técnico ni políticamente neutro sino que es en sí mismo un proceso político, lleno de transacciones y compromisos. La justicia transicional es también, y en gran medida, una justicia transaccional.

Es claro que la actual coyuntura no es la más adecuada para un equilibrio apropiado entre las necesidades de la paz y la protección de los dere-

chos de las víctimas. Así, como se dijo en la introducción de este libro, las negociaciones de paz que 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 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 a 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 aquéllos 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 contenido¹³ y de su decreto reglamentario, parece conveniente que la discusión trascienda la escena política, de manera

¹³ Un estudio crítico de este tipo es el efectuado en el capítulo 5.

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.

Referencias bibliográficas

- Barahona de Brito, A., Aguilar Fernández, P. y González Enríquez, C. (eds.). (2002). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Istmo.
- Fisher, T. (2001). Desarrollo hacia afuera y “revoluciones” en Colombia. 1850-1910. En G. Sánchez y M. Aguilera (eds.). *Memoria de un país en guerra. Los mil días 1899-1902*. Bogotá: Unijus, Iepri, Planeta.
- 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.
- Hamber, B. (2003). Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. *Fordham International Law Journal* 26, 1074.
- Minow, M. (1998). *Between vengeance and forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Orentlicher, D. (1991). Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. *Yale Law Journal* 100, 2537.
- Orozco, I. (2002). La postguerra colombiana: Divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación. *Análisis Político*, 46 (pp.78-99).
- _____ (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis.

- 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*, 43(173), 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.
- Uprimny, R. y Lasso, L.M. (2004). Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones. En VV.AA. (2005). *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas* (pp. 101-188). Bogotá: Fundación Social, Fescol, Embajada de Alemania.

2

Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*

Catalina Botero Marino
Esteban Restrepo Saldarriaga

* Este documento corresponde a una versión actualizada del artículo publicado en Rettberg (2005, pp. 19-65).

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 violaciones de los derechos humanos ocurridas durante una dictadura o con ocasión de un conflicto que se pretende superar. La experiencia comparada sugiere que a este respecto no existen respuestas únicas y universales que resuelvan, de una vez y para siempre, esta cuestión. En efecto, un breve repaso a la literatura especializada existente muestra cómo en América Latina o en Europa del Este, en Sudáfrica o en Irlanda del Norte, en la exYugoslavia, 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 fórmula única para afrontar la transición no significa que no haya 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 de la segunda parte del siglo XX, se han generado una serie de consensos internacionales en torno a los requerimientos básicos de la justicia en períodos de transición. Como se observará más 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 tres partes. La primera, 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 las pautas generales de la justicia transicional. En esta segunda parte se resumen las reglas que en materia de justicia judicial, verdad judicial y reparación a las víctimas, deben ser respetadas por el Estado colombiano al celebrar acuerdos de paz, amnistías o indultos con grupos que han cometido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Finalmente, la tercera parte del capítulo muestra los distintos recursos y garantías judiciales —nacionales e internacionales— que ha arbitrado el ordenamiento jurídico para hacer respetar las pautas de justicia transicional 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 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 cual-

quier proceso de paz con grupos ilegales a los que se endilgue la comisión de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, como se verá más adelante, en el derecho interno, 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 del Presidente en la concesión de amnistías e indultos. A su turno, en el ámbito internacional, Colombia ha ratificado una serie de instrumentos 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 especial 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 cuanto 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 noventa tuvieron que permanecer en la cárcel

mientras cumplían sus penas por delitos que no guardaban conexión con delitos políticos, tales como el secuestro. También, dadas las restricciones mencionadas, durante el proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) en la zona del Caguán (1999 a 2002) y durante el actual proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en Santa Fe de Ralito (2003-hasta hoy), 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 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 de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, (3) la ampliación y el 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 el 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 ocu-

re 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, exigibles incluso en procesos de transición: (1) la satisfacción del derecho a la justicia, (2) la satisfacción del derecho a la verdad, (3) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, y (4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

Los llamados 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 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 del derecho internacional humanitario, tal y como han sido definidas en la más reciente jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia.

1. El derecho a la justicia

Colombia tiene la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. 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 de 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 cinco grandes temas que se estudian a continuación: (a) el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos, (b) el deber de imponer penas adecuadas a los responsables, (c) el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, (d) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y (e) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

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, 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 de los derechos humanos.

Esta tesis parecería constatar 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 un cese 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” (cursivas 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 humanitario. 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 reinterpretedados en el sentido de establecer que estos no implican la posibilidad de conceder amnistías generales luego del cese 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, por otra parte, que las violaciones de 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 conexión 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 o graves violaciones de los derechos humanos (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 Furundžija, 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 auto-

rización 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 Núremberg: “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 autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. (...) 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 pueden abarcar conductas que impliquen crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o el genocidio, ni vulneraciones graves de los derechos humanos tales como homicidios fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión, desaparicio-

nes 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 necesaria para superar el estado de guerra interior o conflicto interno que se pretende superar. No puede entonces 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 graves violaciones de DDHH que el Estado está internacionalmente obligado a investigar, juzgar y condenar (Salvioli, 2004, pp. 13-14). En cuanto al segundo límite, ya se señaló que, en el derecho internacional contemporáneo, parece que se estuviera afianzando una tendencia conforme a la cual los tribunales internacionales competentes para conocer de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden declarar que las leyes u otras medidas nacionales que implican la amnistía o el indulto de crímenes internacionales, no tienen efecto jurídico alguno y no relevan ni al Estado, ni al autor de las obligaciones respectivas. En este punto resulta muy relevante la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Español, a través de la cual declara ajustado a la Constitución española la aplicación en su territorio del principio de jurisdicción universal. La aplicación de dicho principio supone reconocer que los jueces españoles son competentes para juzgar a quienes han cometido crímenes internacionales reconocidos en tratados que incluyen explícita o implícitamente la cláusula de la jurisdicción universal o prohibidos por el *ius cogens* sin importar el territorio en el que fueron cometidos, la nacionalidad de la víctima o la existencia de leyes internas de amnistía o indulto (STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005).

En suma, las leyes de amnistía o indulto que de manera abierta o encubierta busquen dejar en la impunidad las graves violaciones de derechos

humanos o las graves infracciones del DIH, por todas las razones enunciadas, tienen muy poca expectativa de sobrevivir en el concierto internacional.

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 el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración política en 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 Constitucional, 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 de los derechos humanos (Corte Constitucional, 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 leyes de indulto o incluso de facultades excepcionales 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 Constitucional, 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”. 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 Constitucional, 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—aun siendo políticos—constituyen atrocidades (Corte Constitucional, 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 Constitucional, 1993, 1993b, 1994; Riveros, 2004, pp. 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 de los derechos humanos y la obligación correlativa del Estado de investigar tales violaciones 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. 2°), 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. 2°) 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. (Corte Constitucional, 2003)

Aplicando criterios similares a los adoptados por la Corte Constitucional colombiana y en desarrollo de las normas de derecho internacional que fueron expuestas en la primera parte de este capítulo, la Corte Suprema argentina, en sentencia de 5 de mayo de 2005 (CSJA, 2005), declaró nulas las leyes de amnistía e indulto denominadas de punto final y obediencia debida, expedidas para impedir los procesos judiciales contra militares argentinos responsables de las violaciones de derechos humanos en ese país. A juicio de la Corte, si bien el Poder Legislativo tiene la facultad de dictar amnistías generales, dicha facultad se encuentra limitada por las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Señala que aunque las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social para resolver conflictos armados, sin embargo toda amnistía se orienta al olvido de graves violaciones de derechos humanos, lo que resulta constitucionalmente intolerable y contrario a las disposiciones del derecho internacional (CSJA, 2005, Fundamento Jurídico 16).

Ahora bien, si los responsables de graves violaciones de derechos humanos o de graves infracciones del derecho internacional humanitario no pueden ser amnistiados ni indultados, tampoco, en principio, pueden ser objeto de reducción sustantiva de la pena pues, por esta vía, no es difícil encubrir un indulto o amnistía parcial o integral.

No obstante, lo cierto es que en ciertos casos excepcionales, las Cortes Penales Internacionales han admitido la rebaja sustantiva de la pena impuesta a una persona responsable de cometer graves crímenes internacionales. Esta posibilidad parece ser la única admitida hasta ahora como he-

ramienta jurídica de negociación con quien cumple condiciones muy específicas que serán explicadas en el siguiente aparte de este documento.

b. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables

El derecho a la justicia de las víctimas de infracciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del 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 ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una obligación internacional de los Estados vinculados a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y ha sido consagrada de manera explícita en importantes instrumentos internacionales. En este sentido, por ejemplo, el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que los Estados partes tienen la obligación de imponer penas adecuadas a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura.

En torno a qué debe entenderse por pena “adecuada” por la comisión de crímenes internacionales, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional establece en su artículo 77 que la Corte podrá imponer una de las penas siguientes: a) la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30, o b) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer las siguientes penas accesorias: a) una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Adicionalmente, los estatutos de las cortes penales internacionales establecen una serie de criterios que determinan la fijación o dosificación 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 circuns-

tancias 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 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, pp. 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, p. 42).

Los criterios enunciados aparecen igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la cual ha admitido la reducción de la pena cuando (1) el responsable se ha declarado culpable,

(2) ha rechazado categóricamente los crímenes cometidos y las razones por las cuales se cometieron, (3) se ha arrepentido de los mismos y (4) ha cooperado efectiva y eficazmente (de manera sustantiva, plena y comprensiva) con el Tribunal en las investigaciones y en la ejecución de sus sentencias (Salvioli, 2004, p. 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 efectivos 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 comprensiva” (TPIY, 1996, párrs. 83-111), en el segundo caso, Dusko Tadic fue condenado a 20 años efectivos 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). En todo caso, la dosificación de la pena dependerá de la calificación que los órganos judiciales realicen del comportamiento y la colaboración efectiva del procesado con la investigación y el proceso.

Ahora bien, el deber del Estado de juzgar y castigar con penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y el DIH, implica que la investigación que lleven a cabo las autoridades competentes se desarrolle conforme a ciertos parámetros mínimos que conduzcan a identificar 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 cuanto al deber del Estado de investigar adecuadamente las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

c. 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; cursivas 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; cursivas 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 de los derechos humanos o del 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, p.

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 de 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 de los derechos humanos o del 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.

En Colombia, como se verá adelante en el acápite sobre el derecho a la verdad, la Corte Constitucional ha sostenido que la víctima tiene derecho a que el Estado realice una investigación seria e imparcial que, en tiempo razonable, permita conocer al autor del crimen y las motivaciones y circunstancias en que este se cometió.

d. 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 las 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 vio-

laciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario accedan a recursos judiciales adecuados y efectivos para denunciar estas violaciones y para solicitar las investigaciones, condenas y 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 del 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 tendientes al logro de reparaciones colectivas y de acceder a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales. A su turno, los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos consagran el derecho de todas las partes comprometidas en casos de violación de derechos humanos a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. En particular en relación con los derechos de las víctimas, el artículo 25 señala que hace parte de la protección judicial a la cual el Estado está obligado, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales. Al respecto dice el citado artículo:

Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a.) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b.) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c.) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En aplicación de esta norma, como se verá en detalle más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido de manera reiterada el derecho de las víctimas a un recurso efectivo para intervenir en los procesos judiciales.

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 del derecho internacional humanitario— a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229) demanda que éstas puedan constituirse como sujeto procesal en cualquier momento del proceso penal (incluida la investigación previa), no sólo para garantizar la reparación patrimonial del daño causado sino también para lograr el goce efectivo de sus derechos a la justicia y a la verdad, e, incluso, para lograr exclusivamente 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. En criterio de la Corte, 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.

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 Constitucional, 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 lo había establecido anteriormente (Corte Constitucional, 1994a, 2001b, 2001d, 2001e), sino de todo proceso penal.

e. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso. Aplicación material del principio ne bis in idem e imprescriptibilidad de los delitos “atroces”

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 exYugoslavia 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 de los derechos humanos o del 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 Constitucional, 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 de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, caso en el cual es posible, en cualquier momento, revisar las decisiones absolutorias nacionales que produjeron una situación de impunidad (Corte Constitucional, 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. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha adoptado la regla internacional según la cual las graves violaciones de derechos humanos resultan imprescriptibles.

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 los 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* (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 Constitucional, 1997, 1997b, 2000a, 2000b, 2000c, 2001c, 2001e).

2. 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*

(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, por otra parte, “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 del 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, pp. 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 reparadora, 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 (ver 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 delictivas (Corte Constitucional, 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 enfrentadas las personas que ignoran el paradero de familiares desaparecidos violan su integridad psíquica y moral 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, 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 manera 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, p. 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, pp. 133-34; traducción libre de los autores)

La efectividad del derecho a la verdad puede lograrse a través de varias estrategias. Ya 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, pp. 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 la documentación de crímenes atroces que, de otro modo, hubiesen permanecido en la oscuridad y la negación (Minow, 2002, p. 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, p. 26).

3. 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”.

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 lesio-

nado por una violación de 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 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 de 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 a indemnizar a las víctimas de violaciones de 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 cuanto 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 reparadora, 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. Resulta fundamental rescatar en este punto la importancia de las reparaciones simbólicas. En efecto, la eficacia de las reparaciones materiales y la sostenibilidad de las medidas de no repetición pueden llegar a depender, en buena parte, de reparaciones simbólicas que restablezcan la dignidad de las víctimas, que impongan una sanción moral a los responsables y envíen el mensaje claro y contundente de que los hechos cometidos no pueden ser justificados y de que sus víctimas deben ser reconocidas y reparadas. En este sentido, como lo ha señalado Martha Minow (2002), “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” (pp. 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 del 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 (prin-

capio 17; CIDH, 2004, párr. 45). En todo caso, vale la pena resaltar de nuevo la insuficiencia de las reparaciones materiales para contrarrestar la inmensidad del horror y el dolor derivados de la perpetración de crímenes atroces. Martha Minow (2002) 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” (p. 23).

Un caso que muestra la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado en su jurisprudencia los distintos componentes del derecho a la reparación integral, es el caso “19 comerciantes” (sentencia de 5 de julio de 2004). Los comerciantes asesinados se dedicaban a actividades comerciales, en algunos casos ilegales, en la frontera colombo-venezolana. La “cúpula” del grupo paramilitar que tenía gran control en la zona realizó una reunión, con aquiescencia de oficiales del Ejército, en la cual se tomó la decisión de matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, en virtud de que éstos no pagaban los “impuestos” exigidos. El 6 de octubre de 1987, en la tarde, las víctimas pasaron por el caserío de Puerto Araujo, donde fueron requisadas por miembros de las Fuerzas Militares, quienes se limitaron a verificar si llevaban armas o no e hicieron caso omiso a la mercancía de contrabando. Esta constituyó la última indicación oficial sobre su paradero. El mismo día, los 17 comerciantes fueron detenidos por miembros del referido grupo paramilitar, quienes les dieron muerte, descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena. Los familiares de los 17 comerciantes realizaron labores tendientes a encontrarlos y llegaron a hablar con el comandante del grupo paramilitar, quien los amenazó y les dijo que se fueran de la zona. Dos semanas después de la desaparición de los 17 comerciantes, dos familiares continuaron la búsqueda y también fueron asesinados, descuartizados y sus restos lanzados a un caño por los miembros del grupo paramilitar. Una parte de las mercancías que transportaban los

comerciantes fueron puestas a la venta en almacenes de propiedad de dirigentes del referido grupo paramilitar, y la otra fue regalada a campesinos de la región; asimismo, los vehículos de transporte de los comerciantes fueron desarmados o incinerados y sus partes lanzadas al fondo de un lago. Los restos de los 19 comerciantes fallecidos jamás fueron encontrados e identificados, y las autoridades no realizaron actos de búsqueda ni de identificación. Finalmente, vale decir que, según la Corte Interamericana, todos los actos del grupo “paramilitar” fueron realizados con la aquiescencia o, al menos, la tolerancia de las fuerzas de seguridad del Estado.

La justicia ordinaria colombiana condenó en ausencia a algunos miembros del grupo paramilitar a la pena de privación de la libertad y al pago de perjuicios materiales a los familiares de los 19 comerciantes, por el delito de homicidio agravado. A su turno, la justicia penal militar consideró que las autoridades militares no habían cometido delito alguno, igual que las autoridades encargadas de la investigación disciplinaria, quienes consideraron que no se tipificaba falta disciplinaria alguna. En cuanto a los procesos contencioso-administrativos, a la fecha de la sentencia de la Corte, éstos no habían finalizado y no existía sentencia condenatoria.

Con fundamento en los anteriores hechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado colombiano violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 7.5 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 19 comerciantes; que el Estado colombiano violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 19 comerciantes, y que el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 19 comerciantes. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la Corte condenó al Estado colombiano a: (1) investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos; (2) divulgar públicamente el resultado de este

proceso; (3) efectuar una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares; (4) erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes; (5) realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y de desagravio a la memoria de los 19 comerciantes, en presencia de los familiares de las víctimas, en el cual también deberán participar miembros de las más altas autoridades del Estado; (6) brindar, gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas; establecer todas las condiciones necesarias para que los miembros de la familia de una de las víctimas que están en el exilio puedan regresar a Colombia, si así lo desean, y cubrir los gastos en que incurran por motivo del traslado; (7) ocuparse particularmente de garantizar la vida, la integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración ante el Tribunal y sus familias; (8) pagar USD 55.000 por concepto de los ingresos dejados de percibir por cada una de las 19 víctimas; (9) pagar USD 2.000 por concepto de los gastos en que los familiares de las víctimas debieron incurrir para su búsqueda; (10) pagar USD 80.000 por concepto de indemnización del daño inmaterial de cada una de las 19 víctimas; (11) pagar por daño inmaterial USD 50.000 a los hijos de las víctimas, USD 80.000 a cónyuges y compañeras, USD 50.000 a los padres y USD 8.500 a los hermanos; (12) y pagar USD 13.000 a las organizaciones que adelantaron el proceso en nombre de las víctimas, por concepto de costas y gastos.

III. Breve alusión a los mecanismos judiciales 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 del derecho internacional humanitario defender, 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.

1. 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 o cuando las normas de protección proferidas no son en realidad obedecidas por los órganos de la administración o por los operadores jurídicos, resultan fundamentales los mecanismos judiciales existentes. En lo que sigue, el capítulo 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.

a. 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 del 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 procedimiento), una ley o un decreto con fuerza de ley 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 especiales o de haber decretado el Estado de excepción vulnera alguno de los componentes de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, podría demandarlo ante la Corte Constitucional para que ésta lo declare inexecutable. A este respecto, vale la pena anotar que —como se verá adelante— los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se encuentran implícitamente consagrados tanto en el texto de la Constitución como en el bloque de constitucionalidad (CP, artículo 93) y, en consecuencia, forman parte de las normas conforme a las cuales debe definirse la constitucionalidad de la ley (Corte Constitucional, 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 legales o constitucionales (CP, artículo 237-2).

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, 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 en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad (ver supra) sino porque forman parte del derecho a la protección de los derechos fundamentales 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 tute-

la 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 con el fin 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. 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). Tal decisión fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de ese país, que en sentencia de 5 de mayo de 2005 decidió anular las llamadas leyes de punto final y obediencia debida, por tratarse de leyes de amnistía que violaban el derecho internacional de los derechos humanos y, por esa vía, la Constitución Política argentina (CSJA, 2005).

b. 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 de los derechos humanos o del 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 Constitucional, 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 Constitucional, 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, señala en su artículo 3° 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 per-

tinente 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 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— tiene como límite los crímenes internacionales y debe tener en cuenta los intereses de las víctimas, quienes deben ser oídas de manera previa (artículos 321, 323, 324 y 328).

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 del 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 resultado particularmente exitoso, otros países con procesos de transición a la democracia y al Estado de derecho han hecho uso de él de manera más satisfactoria. Así, por ejemplo, los juicios de verdad en Argentina se han erigido en mecanismos relativamente efectivos para hacer frente a leyes de amnistía que impedirían 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, 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).

2. Mecanismos internacionales

El derecho internacional contemporáneo ofrece a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del 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.

a. La jurisdicción universal

A partir de los años noventa, la denominada jurisdicción universal ha tomado un importante auge en el derecho internacional, 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, p. 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 podría 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.

Respecto al principio de jurisdicción universal resulta relevante citar una reciente sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre la vigencia, contenido y alcance de dicho principio en territorio español (STC 237/2005 de 26 de septiembre de 2005). El 2 de diciembre de 1999, algunos peticionarios entre los cuales se encontraba Ribogerta Menchú Tum, interpusieron ante el Juzgado de Reparto de la Audiencia Nacional de España una denuncia por los delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, presuntamente perpetrados en Guatemala entre los años 1978 y 1986 por una serie de personas que ejercieron en dicho período funciones públicas de carácter civil y militar y que no habían sido juzgadas en Guatemala por tales hechos. El Juez de instrucción español declaró su competencia para conocer de las denuncias y, entre otras cosas, requirió a las autoridades guatemaltecas para que manifestasen si existía algún pro-

ceso penal contra los denunciados por los mismos hechos. Impugnada la decisión de abrir la instrucción, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 13 de diciembre de 2002, declaró “que no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las diligencias previas”. El Tribunal Supremo mediante sentencia de casación confirmó dicho Auto. Contra esta última sentencia, las partes interesadas interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español por violación, entre otros, de su derecho de acceso a la administración de justicia.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de amparo STC 237/2005 de 26 de septiembre de 2005, concedió el amparo solicitado y ordenó anular el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, y proseguir la instrucción. En su criterio, las leyes españolas admiten la vigencia en España del principio de jurisdicción universal para perseguir ciertos crímenes internacionales —como el genocidio—, incluso cuando no existan víctimas de nacionalidad española. Adicionalmente, indicó que para que se abra la instrucción basta con que no existan actuaciones propositivas encaminadas a procesar a los denunciados o investigaciones criminales en curso en el Estado en el cual se cometieron los crímenes, sin que sea necesario que se demuestre un acto positivo —como una ley de amnistía— encaminado a generar impunidad. Finalmente, señaló que si bien no existe en España juicio de reo ausente, ello no significa que no se pueda abrir la instrucción de un crimen internacional cometido por personas que no se encuentran en territorio español. En la parte que sigue se citan in extenso algunos apartes relevantes de la sentencia mencionada:

Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes el núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas. Dirigiéndose la demanda contra ambas resoluciones (el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003), y estando fundados sus

respectivos pronunciamientos en diversos argumentos, es conveniente analizarlos por separado. (TCE, 2005)

(...)

(L)a conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual lo acordado en los tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada Estado. (...) (D)icha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición. (...). Si a lo acabado de afirmar añadimos que existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la Sentencia del dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el Derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento. (...). (TCE, 2005)

Y más adelante señala:

Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuan-

do supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución (...). (TCE, 2005)

El Tribunal culmina la decisión señalando:

La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”. (TCE, 2005)

En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido, aunque de una manera un poco más restrictiva, la vigencia del principio de jurisdicción universal. En este sentido, la Corte ha afirmado que “[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 es-

pecialmente 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 Constitucional, 2000d. Ver también Corte Constitucional, 2001a). En consecuencia, en virtud de la jurisprudencia citada, si un Estado como España solicita en extradición a una persona que ha cometido crímenes internacionales contenidos en tratados que incluyen la cláusula de jurisdicción universal, el Estado colombiano estaría en la obligación de extraditar a dicha persona para ser adecuadamente juzgada en el país solicitante.

b. 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 tendientes 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 del 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 creciente influencia en el derecho interno de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 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 graves, 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, de una parte, las normas de derechos humanos incluidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia (CP artículo 93), que no pueden ser suspendidas en estados de excepción, tienen jerarquía constitucional. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha estimado que las interpretaciones que de tales tratados efectúen los respectivos órganos internacionales de supervisión —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 Constitucional, 2000, 2001f, 2002). En efecto, “si los derechos constitucio-

nales 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, p. 18). Así, por ejemplo, la doctrina establecida por la Corte Interamericana 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 Constitucional, 2002).

Finalmente, es relevante reiterar que la acción de revisión proce- de contra sentencias ejecutoriadas cuando quiera que una instancia interna- cional 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.

c. La Corte Penal Internacional

Sin lugar a dudas, uno de los desarrollos más importantes del de- recho internacional en los últimos años ha sido la creación de la Corte Pe- nal Internacional (CPI), la cual constituye el mecanismo judicial internacional de mayor trascendencia en la protección de los derechos hu- manos y el derecho internacional humanitario. En esta medida, según lo dis- pone el preámbulo del Estatuto de Roma (ER), la finalidad esencial de la CPI consiste en que “los crímenes más graves de trascendencia para la comuni- dad 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 exclusi- vamente a los crímenes internacionales de mayor gravedad (genocidio, crí- menes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión) y es

de naturaleza complementaria, lo que 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, pp. 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 Constitucional, 2002a; Fundación Social, 2004, pp. 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. Con el propósito de establecer 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, pp. 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”. Se ha sostenido que el Fiscal sólo podría ejercer la facultad antes anotada, si (1) la decisión de no castigar penalmente a los responsables es absolutamente necesaria y evidentemente útil para alcanzar la paz; (2) se trata de una decisión genuina y plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz y la reconciliación; (3) las violaciones cometidas han salido a la luz pública, se ha reconocido plenamente la responsabilidad criminal de los perpetradores, se han producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones –incluso morales– efectivas, se han investigado ampliamente los hechos y se ha reconstruido la verdad; (4) se demuestra la existencia de sistemas de reparación integral; y (5) se han adoptado medidas institucionales tendientes a la no repetición de las atrocidades y la prevención efectiva de las mismas (Fundación Social, 2004, pp. 28-29).

Para terminar, vale la pena anotar que, en relación con Colombia, la CPI sólo podrá conocer de delitos ocurridos con posterioridad al 1º 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.

d. 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 cuasi contenciosos para cumplir con sus funciones de supervisión y vigilancia (Villán Durán, 2002, pp. 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 (pp. 381-82). Por otra parte, 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 de los derechos protegidos por la convención respectiva en un determinado país (p., 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 (pp. 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 ellas, mucho más efectivas son las quejas individuales que una víctima o gru-

po de víctimas específico pueda presentar ante el respectivo comité contra el Estado que viola sus derechos. Se estima que las quejas individuales constituyen un mecanismo cuasi contencioso a disposición de los comités de derechos humanos, mediante el que 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 (Villán Durán, 2002, pp. 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 Dere-

chos 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 de los derechos humanos o del 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 sistema 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. Sin embargo, tampoco es una tarea imposible ni un obstáculo insalvable o desproporcionado para alcanzar *la paz*. En este sentido, afirmar que la satisfacción de estas obligaciones impide el logro de la paz, es como sostener que el respeto por los derechos humanos impide el logro del orden social. El concepto de *paz* o de *orden* que subyace a estas afirmaciones es simplemente incompatible con los más elementales principios de una sociedad democrática y viable a largo y mediano plazo. Una

paz lograda sin reconciliación, sin administración de justicia, sin memoria histórica, sin restablecimiento del equilibrio mediante la reparación, sin adopción de medidas de no repetición de los crímenes internacionales masivamente cometidos, no sólo no resulta éticamente justificable sino que incluso al más optimista tampoco debería parecer realmente sostenible. ¿Quién puede, en estas condiciones, exigirles a las víctimas que convivan pacíficamente con sus victimarios? ¿Se sentirían verdaderamente disuadidos quienes son proclives a usar la violencia para el logro de sus fines, si saben que, finalmente, terminarán siendo perdonados por el Estado? ¿Es realmente posible construir una sociedad justa y bien ordenada sobre la base del perdón y el olvido oficial de homicidios, secuestros, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, torturas, desplazamiento forzado, reclutamiento de niños y niñas, despojo de bienes, crímenes todos cometidos de manera masiva y sistemática? No parece razonable.

Ahora bien, a nadie escapa que la lucha por domesticar a través del derecho las más violentas expresiones del ser humano es a muy largo plazo y ciertamente parece avanzar más en espiral que en línea recta. En este sentido, no hay que olvidar que, como lo recuerda el preámbulo del Estatuto de Roma, sólo en el siglo XX millones de niños, mujeres y hombres fueron víctimas de atrocidades *que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*. Sin embargo, los logros parciales alcanzados en esta tarea son también conmovedores y desafiantes y nos obligan a perseverar en el intento por desterrar la barbarie o, cuando menos, por disminuir en todo lo que resulte posible, el sufrimiento de las víctimas.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

- 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.
- International Center for Transitional Justice y Fundación Social (2004). *Ley de alternatividad penal y justicia transicional. Documento de Recomendaciones*. Bogotá: Fundación Social.

- Méndez, J. (1998). Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (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*, 100, 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.
- _____ (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 se-*

guridad 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, 49º 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.
- _____ (2002). Comisión de Derechos Humanos, 54º 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, 56º 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.
- Orentlicher, D. (2004). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 60º 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 (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 53º período de sesiones. *Nota del Secretario General*. Doc. E/CN.4/1997/104/Anexo/ Apéndice.
- ONU (1998). Comisión de Derechos Humanos, 49º 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 (2003). 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). 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). Comisión de Derechos Humanos, 60° período de sesiones. *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*. Doc. E/CN.4/2004/57/Anexo/ Apéndice 1.
- 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.

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 Óscar 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 Erdemović. 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. Delalić (Caso Celibici). Sentencia de febrero 20 de 2001. App. Ch., IT-96-21-A.

Corte Constitucional de Colombia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Otros tribunales nacionales

Tribunal Constitucional Español

TCE (2005). Sentencia STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005.

Corte Suprema Argentina

CSJA (2005). Sentencia de 5 de mayo de 2005 (CSJA, 2005).

3

**Justicia transicional y justicia restaurativa:
tensiones y complementariedades***

Rodrigo Uprimny Yepes

María Paula Saffon Sanín

* La versión original de este trabajo fue publicada en Rettberg (2005).

Este texto pretende responder a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es posible enfocar los complejos problemas que plantea la justicia transicional en Colombia tomando como paradigma dominante un enfoque de justicia restaurativa? 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 a partir de los cuales pueden ser enfrentadas las inequidades y disfunciones del sistema penal actual, esencialmente punitivo y retributivo. Este auge ha significado incluso que la justicia restaurativa en Colombia 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 justicia restaurativa, 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 justicia transicional. Ahora bien, esa posibilidad no es puramente hipotética. No sólo el Gobierno sino también muchos analistas han considerado que la mejor forma de enfrentar los dilemas que plantea la justicia transicional en Colombia consiste en recurrir de manera dominante a los planteamientos y recomendaciones que surgen del llamado paradigma de la justicia restaurativa. Por ejemplo, hace algún tiempo se realizó en Cali un importante seminario que estaba fundado justamente en la idea de que los enfoques restauradores podían contribuir de

manera decisiva a la resolución de los problemas de la justicia transicional en Colombia¹. Por su parte, el actual gobierno ha afirmado en varias ocasiones la conveniencia de aplicar el esquema de justicia restaurativa al caso colombiano, tal 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 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 justicia restaurativa para diseñar los procesos de justicia transicional 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 (I). Luego, en una segunda parte, mostraremos que existen sin lugar a dudas complementariedades entre la justicia transicional y la justicia restaurativa, que explican y hacen razonable recurrir a ciertos mecanismos restaurativos en los procesos de transición de la guerra a la paz (II). Sin embargo, en un tercer punto, analizaremos las evidentes tensiones que también existen entre estos conceptos, lo cual

¹ 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 Sexwale, y el Presidente de la Comisión de Verdad y Reconciliación, el obispo Desmond Tutu (*Véase Revista Semana*, 7 de febrero 2005).

mostrará los límites de los enfoques de justicia restaurativa como paradigma dominante para diseñar los mecanismos de justicia transicional, no sólo a nivel general sino también específicamente en el caso colombiano (III). 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 justicia transicional tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de justicia restaurativa, 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”(IV).

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

Las expresiones justicia transicional y justicia restaurativa 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 incluyen usualmente referencias a la justicia transicional y a la justicia restaurativa, sino que, además, se han creado importantes organizaciones cuya misión específica es trabajar sobre tales formas de justicia². En razón de esto, y aun 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 ex-

² Por ejemplo, en materia de justicia transicional conviene tener en cuenta el ICTJ (International Center for Transitional Justice), no sólo por la excelencia 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.pfijr.org).

presiones existen a veces diferencias significativas. Todo ello explica que no sea fácil reconstruir la historia y plantear una definición de la justicia restaurativa y de la justicia transicional que suscite consenso entre los especialistas. A pesar de lo anterior, es posible hacer una breve genealogía de esas expresiones, que permita señalar cuáles son los elementos definitorios de una y otra.

a. Historia y conceptualización de la justicia transicional

La justicia transicional 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?

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 justicia transicional, 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 justicia transicional deriva de una novedad en el tratamiento de ese problema?

En nuestro concepto, 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 justicia transicional. Y es que, si se detalla la expresión, lo novedoso de la justicia transicional consiste en la introducción del sustantivo “justicia”. En efecto, dentro del recientemente creado paradigma de justicia transicional, 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 desarrollados en los últimos treinta años.

Como se mencionó en el capítulo 1, tal y como se comprende en la actualidad, la justicia transicional 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 justicia transicional 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 justicia transicional 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.

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

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 justicia transicional³— comprendió las exigencias

³ Éste es el caso de Teitel, quien realizó una juiciosa genealogía de la justicia transicional y planteó la existencia de tres periodos históricos distintos: el periodo de la segunda posguerra, caracterizado por reconocer en el castigo

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 Núremberg. Esto se explica por el hecho de que, a diferencia de la mayoría de transiciones que han tenido lugar en los últimos 30 años, la transición de la segunda posguerra no requirió ninguna negociación por parte de los actores armados, sino que fue impuesta por la parte victoriosa de la guerra⁴. Por ello, la justicia retributiva

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 en términos cronológicos 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 justicia transicional. 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 justicia transicional. De ahí que, para efectos de este documento, tan sólo el segundo periodo de justicia transicional identificado por Teitel coincide con lo que aquí se comprende como el paradigma de justicia transicional, pues sólo en aquél se evidencia el dilema que enfrenta la justicia transicional, consistente en la necesidad de hallar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, dilema que, en nuestro concepto, otorga especificidad a la novedosa categoría de justicia transicional. En el capítulo 1, donde 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 Ruanda y Yugoslavia – fue ubicada en el tipo “transiciones punitivas” en lo que se refiere al contenido de la fórmula adoptada, y en el tipo “justicia impuesta” en lo que se refiere al procedi-

⁴

fue comprendida como un valor universal y de primordial importancia (Teitel, 2003, pp. 72-74), 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 XX 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 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 sudafricana pos *apartheid*, 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 políticamente viable que, sin dar lugar a la impunidad, haga posible alcanzar una paz y una reconciliación nacional duraderas. En esos contextos, la exigencia de justicia se ha

miento de la fórmula de transición y al contexto transicional. 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.

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 justicia transicional 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 otro⁵.

b. Historia y conceptualización de la justicia restaurativa

A pesar de que en la actualidad existe la tendencia a defender la aplicación del paradigma de justicia restaurativa a procesos de justicia transicional, los orígenes de un tipo de justicia y otro son muy disímiles. Así, mientras que la justicia transicional 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 justicia restaurativa apareció como un paradigma alternativo 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 justicia restaurativa se enmarca en 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, pp. 91-92; Teitel, 2003, p. 82), y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica (Ashworth, 2002,

⁵ En el 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 justicia transicional implica el sacrificio más o menos grande de alguno de los valores en tensión. He ahí el gran dilema que atraviesa a la justicia transicional (ver también capítulo 1).

p. 578). En razón de lo anterior, la noción de justicia restaurativa ostenta diversos significados, y se refiere a teorías y procesos plurales (Ashworth, 2002, p. 578). No obstante, en términos generales, la justicia restaurativa 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 Braithwaite, 2001; Gilman, 2003; Minow, 1998; 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 causado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien se debe intentar reincorporar a la comunidad con el 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 de manera preferente 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, p. 597)⁶. Además de este tipo de mecanismos, la justicia restaurativa prevé ciertos instrumentos adicionales, tales como la participación en trabajos comunitarios y en terapias psicológicas. Todos estos mecanismos, arguyen los defensores de la justicia restaurativa, permiten responsabilizar de manera no retributiva al ofensor, de forma tal que éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado, sin verse obligado a ser castigado punitivamente.

Como lo demuestra el anterior razonamiento, la justicia restaurativa 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; Hamber, 2003; Wilson, 2002), son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la justicia restaurativa como paradigma básico de la justicia transicional (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 justicia restaurativa le otorga a la justicia transicional 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 vícti-

⁶ En Nueva Zelanda, estos mecanismos de justicia restaurativa han sido implementados con mayor amplitud que en la mayoría de países como formas alternativas de responder al crimen ordinario, por lo que su experiencia resulta bastante ilustrativa (al respecto, ver Morris, 2002).

mas 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 justicia transicional 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 perdón⁷, pues sólo con base en éste es factible reconstituir los lazos sociales destruidos por la guerra o la dictadura.

A una posición como ésta se oponen quienes, como nosotros, sin desconocer las inmensas cualidades y potencialidades de la justicia restaurativa, consideramos que ésta puede perfectamente complementar a la justicia transicional, pero nunca debería sustituirla. En efecto, la justicia transicional 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 justicia restaurativa fue diseñada para enfrentar, en sociedades pacíficas, la criminalidad de pequeña escala. Así, mientras que para este tipo de casos es plausible concebir el perdón y el 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 inadmisibile jurídica y políticamente, y en verdad cuestionable éticamente (ver capítulo 1).

De ahí que pueda decirse que, en razón de las especificidades de la justicia transicional y de los complejos dilemas que la atraviesan, la justicia restaurativa no es, por sí sola, un paradigma de justicia adecuado ni suficiente para enfrentarlos. De hecho, aun cuando muchos de sus mecanismos pueden resultar útiles para acompañar y mejorar el funcionamiento de los procesos de justicia transicional, la justicia restaurativa 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 justicia transicional, ni parece suficiente para superar por sí sola los traumas sociales dejados por

⁷ Según Teitel, para los defensores de este punto de vista, el derecho incorpora exigencias de misericordia y piedad (2003, p. 82). Ver también Minow (1998, p. 92).

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 que la justicia restaurativa tiene una naturaleza y unas finalidades distintas a las de la justicia transicional y, por lo tanto, no puede pretender sustituirla, también es claro que la justicia restaurativa puede complementar positivamente a la justicia transicional de varias maneras. Son precisamente estas complementariedades, que señalaremos a continuación, las que han hecho que en muchas circunstancias ambas formas de justicia tiendan a ser unidas.

En un primer nivel, la justicia restaurativa y la justicia transicional 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. La justicia transicional comparte con la justicia restaurativa el ansia por superar el pasado y por mirar ante todo hacia adelante; 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 justicia transicional 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 justicia transicional, 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 justicia transicional y la justicia restaurativa se complementan en el plano conceptual.

Esta complementariedad conceptual se materializa, además, de dos maneras distintas en el nivel práctico de la justicia transicional. Por un lado, con el fin de alcanzar efectivamente la paz y la reconciliación, la justicia transicional 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 ella puede depender que los actores armados decidan desmovilizarse, como porque la inclusión de dichos perdones en la fórmula de justicia transicional 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 justicia restaurativa pueden ser útiles para llevar a cabo un proceso exitoso de justicia transicional. Tal es el caso de las transiciones que tienen lugar luego de ciertas guerras civiles o conflictos armados que presentan 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 atrocidades. Por ello, la figura del vengador (víctima que se convierte en victimario) ocupa un lugar tan importante en el desenvolvimiento de estos escenarios de violencia horizontalizada, en donde las figuras de la víctima y el victimario tienden a veces a confundirse. En estos casos, en donde según Orozco se estaría en realidad en presencia de una “doble transición” (2002, 2005)⁸, las fórmulas restauradoras basadas en perdones recíprocos son no sólo más legítimas sino que incluso parecen políticamente más viables y adecuadas que cuando se trata de la transición de una dictadura estable a una democracia, que es una transición “simple”. Aun cuando Orozco reconoce que las evidencias empíricas en esta materia distan de ser concluyentes, considera que es razonable suponer que en una doble transición, a partir de una violencia horizontalizada o barbarie simétrica, es más plausible (e incluso legítimo) recurrir a formas de perdones, tanto por razones normativas como fácticas.

⁸ Según Orozco, quien se basa en las tipologías de Terry Karl (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.

De un lado, en las negociaciones, los sectores más duros de las partes en conflicto tenderán a aliarse entre sí con el fin de poner en marcha estrategias para evitar el castigo para sus atrocidades, con lo cual las fuerzas a favor de los perdonados serán considerables; de otro lado, estos guerreros —y sectores de sus bases de apoyo— tenderán a considerar esos perdones como legítimos, pues los verán como formas de perdón recíproco, en la medida en que, debido a una cierta indiferenciación entre víctimas y victimarios, cada actor se ve a sí mismo como una víctima que perdona a su victimario (la otra parte) y que entonces tiene cierto derecho a ser perdonado, en tanto que victimario, por la otra parte⁹.

En un segundo nivel, la justicia restaurativa y la justicia transicional presentan complementariedades adicionales, en la medida en que a través de las herramientas de la justicia restaurativa es posible efectuar un acompañamiento del proceso de justicia transicional, 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 desmonte 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 justicia restaurativa 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 precarie-

⁹ Con todo, conviene precisar que autores como Orozco no plantean que estas formas de perdón, en los contextos de doble transición, impliquen una falta de individualización de responsables; sin embargo, parecen plantear que esa responsabilización debe operar más en el marco de formas de justicia restaurativa. Eso significa que uno podría distinguir en los tipos de transiciones fundadas en perdones responsabilizantes, que explicamos en el capítulo 1, aquellas que se basan más en visiones retributivas y aquellas fundadas en criterios más restauradores. La tesis de autores como Orozco podría entonces ser reformulada, dentro de nuestra tipología, de la siguiente manera: los perdones responsabilizantes prioritariamente retributivos son más propios de las transiciones simples, mientras que en las transiciones dobles, derivadas de violencias horizontales, la estrategia más adecuada serían los perdones responsabilizantes, pero prioritariamente restauradores.

dad de la justicia, no puedan ser enfrentadas por el sistema tradicional de justicia¹⁰. La justicia restaurativa actuaría en estas situaciones como un complemento importante de la justicia transicional 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 conflictos¹¹. Los mecanismos restaurativos servirían para impedir el surgimiento de nuevos gérmenes de violencia, que pudieran poner en peligro la transición alcanzada por la justicia transicional.

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

A pesar de las complementariedades arriba señaladas, en el plano conceptual la justicia restaurativa evidencia serios límites para poder servir de paradigma de justicia en un proceso de justicia transicional 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.

¹⁰ Por eso, de acuerdo con Ashworth, en condiciones sociales difíciles, los mecanismos de la justicia restaurativa se constituyen en respuestas al crimen que son, a un mismo tiempo, herramientas de control social (2002, p. 580).

¹¹ 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 justicia restaurativa de base comunitaria como formas alternativas a la violencia punitiva contra la delincuencia que desarrollaba el IRA (ver McEvoy y Mika, 2002).

Por un lado, aunque la justicia restaurativa y la justicia transicional 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 justicia restaurativa, la reconciliación 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 lo evidencia Crocker, esta forma de comprender la reconciliación resulta muy exigente y bastante problemática cuando se la aplica a procesos de justicia transicional.

En efecto, parece ciertamente difícil que, tras haber estado involucrados en actos tan atroces como 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 (2002), el lenguaje utilizado en Sudáfrica para propugnar por la justicia restaurativa 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. 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 (2002) califica como una forma de reconciliación con un contenido “grueso”, 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 y deslegitimar el punto de vista de muchos. Esta visión “gruesa” de la reconciliación no admite discrepancias; todos debemos estar de acuerdo con que el perdón y el olvido son los mecanismos más loables para lograr la paz. Pero el problema

radica en que es muy 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 (2002), existe otra manera más “fina” de comprender la reconciliación fruto de un proceso transicional: aquella basada en la “reciprocidad democrática”. 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 justicia restaurativa y la justicia transicional en lo que se refiere a la manera como cada una comprende y califica el castigo. Así, el concepto de reconciliación propio de la justicia restaurativa conlleva una visión del castigo como 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 ven-

ganza¹². 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 justicia transicional 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 justicia transicional 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, aun 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 los crímenes saben que éstos serán sancionados de alguna manera, tal vez se encuentren más dispuestas 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 (2002), “[l]a justicia provee clausura; su ausencia no sólo deja heridas abiertas, sino que su misma negación restringe salobre ellas” (p. 527).

¹² 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 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 transicional¹³. De hecho, cualquiera que sea la fórmula de justicia transicional 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 justicia transicional. La promesa creíble de que no habrá víctimas futuras es 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, por las funciones de prevención general, positiva y negativa, que el derecho penal contemporáneo —o al menos algunas de sus corrientes— reconoce a la pena¹⁴. El castigo

¹³ La ausencia de esta garantía produjo el fracaso de la transición promovida por la ONU en Sierra Leona en 1999. 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. Para una explicación de estas nociones, ver Ferrajoli (1995, pp. 262 y ss.).

¹⁴ 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, 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

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 se sancionaban. Así lo demuestran las amnistías generales aplicadas en nuestro país y en otros países latinoamericanos hace pocas décadas, como también el hecho de que los Tribunales de Núremberg, 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 comisión de tales actos atroces justamente con la ausencia de una tradición 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

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.

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, consistente en 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)¹⁵.

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 justicia restaurativa a un eventual proceso de justicia transicional en Colombia no parece conveniente de ninguna manera. Estas

¹⁵ 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 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).

razones hacen referencia a las características particulares del conflicto colombiano y, en particular, a la naturaleza específica que ha tenido la violencia en su interior. En efecto, a diferencia de lo que sostiene Iván Orozco, a 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 justicia transicional 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 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 justicia restaurativa 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 justicia restaurativa 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.

Quinto, no es claro si en Colombia la utilización del esquema restaurativo podría garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas, garantía que es un elemento fundamental de la justicia transicional. La historia de nuestro país evidencia que los perdones de graves violaciones de derechos humanos no traen necesariamente como resultado el final de la violencia y la instauración de una cultura de respeto de dichos derechos. Por el contrario, en muchos casos han sido precisamente esos perdones los que, al dejar heridas abiertas y mostrar que los crímenes contra la dignidad humana no son castigados severamente, han hecho que la violencia continúe, e incluso se recrudezca.

Sexto, siguiendo la idea neoinstitucionalista según la cual las reglas débiles o poco claras dan pie para que los sujetos se aprovechen de ellas, es bastante posible que, ante la existencia de reglas que no contemplen sanciones claras, los actores armados terminen aprovechándose de ellas en lugar de someterse a sus mandatos. Así, los estudios históricos de North y otros han mostrado que la indefinición de los derechos y de las prohibiciones dificulta la consolidación de un orden político basado en el consenso, lo cual conduce entonces al autoritarismo o al desorden (North, Summerhill, Weingast, pp. 13 y ss.). En ese orden de ideas, un enfoque predominante-

mente restaurativo, lejos de garantizar la transición de la guerra a la paz y de la impunidad al respeto del Estado de derecho, podría profundizar la indefinición de los derechos y las normas, precisamente por la falta de una sanción y condena claras por su transgresión, con lo cual los actores poderosos se sentirían legitimados para continuar manipulando las reglas como mecanismo para perpetuar su irrespeto frente al Estado de derecho.

Finalmente, pero no por ello menos importante, existen razones jurídicas que restan fundamento a la idea de que la justicia restaurativa 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 de los derechos humanos¹⁶. 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. Como se menciona en el capítulo 1, esto no quiere decir que todos los crímenes amnistiados sean competencia de la Corte, dado que el Tratado de Roma no tiene efectos retroactivos y que Colombia excluyó los crímenes de guerra de la competencia de la Corte por siete años. Sin embargo, esto muestra que los procesos de paz fundados en perdones generales son frágiles, no sólo por la posible intervención de la Corte Penal Internacional, sino por la posibilidad de que jueces de otros países investiguen muchos de esos crímenes en virtud del principio de jurisdicción universal.

Por todas las anteriores razones, parece apropiado concluir que en los procesos de justicia transicional en general, y en aquéllos que hayan de

¹⁶ Ver al respecto el texto de Botero y Restrepo en el capítulo 2 de este libro.

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 justicia restaurativa sustituyan a la justicia transicional 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 justicia transicional.

IV. Conclusiones: la posibilidad de perdones, pero proporcionados y “responsabilizantes”, con un claro componente retributivo

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 justicia transicional y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la justicia restaurativa 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 justicia transicional 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 justicia transicional, 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.

En razón de lo anterior, es pertinente reiterar la tesis esgrimida en el capítulo 1, según la cual los procesos transicionales en general, y en es-

pecial aquéllos que tengan lugar en Colombia, deben enmarcarse en un modelo de justicia transicional 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 justicia restaurativa 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 justicia transicional, sería también deseable que la justicia restaurativa 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 justicia transicional 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 justicia transicional parece adecuarse plenamente a las particularidades y restricciones impuestas por el contexto colombiano.

Referencias bibliográficas

- Ashworth, A. (2002). Responsibilities, Rights and Restorative Justice. *The British Journal of Criminology*, 42(3), 578-595.
- Braithwaite, J. (2001). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Crocker, D.A. (2002). Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation. *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 509-549.
- Ferrajoli, L. (1995). *Razón y derecho*. Madrid: Trotta.
- Gilman, E. (2003). What is Restorative Justice? Disponible 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*, 26, 1074-1094.
- McEvoy, K., Mika, H. (2002). Restorative Justice and the Critique of Informalism in Northern Ireland. *The British Journal of Criminology*, 42(3), 534-562.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Morris, A. (2002). Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice. *The British Journal of Criminology*, 42(3), 596-615.
- North, D., Summerhill, W., and Weingast, B. (2002). Orden, desorden y cambio económico: Latinoamérica vs. Norteamérica. *Instituciones y Desarrollo*, 12-13, 9-59.
- 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*, 46.
- _____ (2005). La barbarie horizontal: un desafío al movimiento de derechos humanos. En Iván Orozco. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis.
- 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.

- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- Tutu, D.M. (1999). *No Future without Forgiveness*. New York: Doubleday.
- Wilson, R. (2002). Challenging Restorative Justice. *Human Rights Dialogue*, 7. Disponible en: www.cceia.org/viewMedia.php/prmID/246.
- Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press.

4

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

Rodrigo Uprimny Yepes
María Paula Saffon Sanín

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

Este texto explora 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 a los responsables de tales crímenes y la reparación a 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 garantía de no repetición.

El impacto de la verdad en la lucha contra la arbitrariedad del poder ha sido bellamente ilustrado por Milán Kundera en su *Libro de la risa y el olvido*. Según Kundera, “(l)a lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido” (1982, p. 16). Así lo ilustra bellamente el autor en el siguiente relato:

En febrero de 1948 el dirigente comunista Klement Gottwald se asomó al balcón de un edificio barroco de Praga para hablar a los centenares de ciudadanos que llenaban la plaza de la Ciudad Vieja. Fue un momento histórico para Bohemia. Un momento fatídico de los que sólo suceden uno o dos en un milenio.

Gottwald estaba rodeado por sus compañeros y precisamente al lado de él estaba Clementis. Nevaba, hacía frío y Gottwald llevaba la cabeza descubierta. Clementis, atento, se quitó su gorro de piel y se lo puso en la cabeza a Gottwald.

La sección de propaganda difundió centenares de miles de copias de la fotografía del balcón desde el que Gottwald, con el gorro de piel en la cabeza y sus compañeros al lado, hablaba al pueblo. En ese balcón empezó la historia de la Checoslovaquia comunista. Todos los niños pudieron ver aquella fotografía en los manifiestos, en los libros del colegio y en los museos.

Cuatro años después Clementis fue acusado de traición y ahorcado. La sección de propaganda lo eliminó inmediatamente de la historia y, naturalmente, también de todas las fotografías. Desde entonces Gottwald en ese balcón está solo. Donde entonces estaba Clementis ahora sólo se ve el muro vacío del edificio. De Clementis sólo quedó el gorro sobre la cabeza de Gottwald. (...) Los hombres quieren ser dueños del futuro sólo para poder cambiar el pasado. Se pelean por entrar en el laboratorio donde se retocan las fotografías, donde se reescriben las biografías y la historia. (Kundera, 1982, p. 16)

La anterior imagen muestra la centralidad que tiene la reconstrucción de la verdad en las transiciones, como mecanismo contra el olvido y contra la arbitrariedad del poder que éste puede facilitar, si no queremos que de las víctimas de los atropellos sólo queden imágenes desvanecidas, como el gorro de Clementis en la cabeza de Gottwald.

Además de dicha centralidad, la selección de la verdad judicial como tema de este escrito encuentra fundamento en dos razones adicionales. De una parte, en términos generales, la verdad judicial aparece —junto con otros medios extraprocesales de reconstrucción de la verdad— como un componente necesario de la exigencia de verdad presente en todo proceso transicional. De otra parte, el contexto colombiano actual optó por la verdad judicial como el medio principal de la búsqueda de la verdad de los hechos acaecidos con anterioridad a las negociaciones de paz adelantadas 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 una transición como ésta.

Para lograr lo anterior, el texto 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 el mismo forma parte del bloque de constitucionalidad y por tanto es 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 siglo XX y comienzos de éste. 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 en un proceso transicional. Estas últimas potencialidades harán evidentes, a su vez, las limitaciones de los mecanismos extrajudiciales de búsqueda de la verdad —en particular aquellas de las comisiones de verdad— y permitirán entonces concluir que, más que excluirse, 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 potenciar 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 el presente contexto.

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 de Joinet, por su relator (ver 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 sa-

ber los motivos por los cuales tales hechos se produjeron, con miras a preservar la memoria colectiva y a evitar de esa manera que hechos de esa índole no vuelvan a presentarse (ver principios 2, 3 y 4). Este derecho tanto individual como colectivo implica igualmente el deber de recordar las atrocidades acaecidas en el pasado y se concreta en la obligación estatal de adoptar medidas adecuadas para lograr tal propósito (principio 2).

Si bien los principios de Joinet, como derecho blando o “*soft law*”¹ que son, no tienen un carácter estrictamente vinculante para los Estados, han sido reconocidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas instancias como un documento de autoridad y de referencia obligada en materia del derecho a la verdad². En efecto, estos órganos internacionales han considerado que, a pesar de no estar consagrado expresamente en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la verdad contenido en dichos principios encuentra un fundamento claro en los artículos 1º, 8 y 25 de la Convención. Estas disposiciones contienen las obligaciones estatales de respeto y garantía plena de los derechos consagrados en la Convención (artículo 1º), de protección del derecho al debido proceso (artículo 8) y de garantía de un recurso judicial efectivo (artículo 25). En esa medida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que tales obligaciones incluyen el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos garantizados por la Convención, el castigo a los responsables de las mismas y el establecimiento de medidas que garanticen la no repetición de tales actos. Por esa vía, entonces, la Corte Interamericana ha reconocido la incorporación del derecho a la verdad en la Convención Americana y ha utilizado con frecuencia la concreción y síntesis que del mismo hacen los principios de Joinet para deter-

¹ Sobre la cuestión de la fuerza vinculante o no vinculante del “*soft law*”, tanto en el derecho internacional como en el derecho constitucional colombiano, ver Uprimny (2006, puntos 2.9 y ss.).

² Ver, entre otras, Corte IDH (1998, 1999, 2001, 2001a). Para una síntesis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del derecho a la verdad, ver el capítulo 2, y Fundación Social (2005). Ver también CIDH (2004).

minar su alcance. De manera similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utiliza habitualmente los principios de Joinet como marco conceptual para referirse al contenido del derecho a la verdad (capítulo 2; Fundación Social, 2005).

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia —como la Convención Americana sobre Derechos Humanos— ocupan un lugar prevalente en el ordenamiento jurídico y deben ser utilizados como criterio de interpretación de los derechos por ella contemplados. Según la Corte Constitucional, tales tratados forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto³. Además, también según la Corte Constitucional, los pronunciamientos jurisprudenciales de órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales —como la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos— sobre el alcance de los derechos consagrados en tales tratados deben ser tomados al menos como pautas relevantes para la interpretación de los derechos constitucionales, si es que no lo son como criterios interpretativos vinculantes⁴. Esto se explica si se tiene en cuenta que, dado que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos, es evidente que dichos tratados deberían ser interpretados como lo hacen los órganos autorizados a nivel internacional, en especial cuando se trata de órganos de supervisión establecidos por el propio tratado. Así, la sentencia C-010 de 2000 señaló expresamente a este respecto:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable

³ Ver, entre otras, Corte Constitucional (1997a, 1998, 1998b, 1999, 2003a, 2003b, 2003c, 2004, 2004a y 2005).

⁴ Ver Corte Constitucional (1996, 1997, 1999a, 2000, 2001, 2002b, 2003d, 2003e y 2004b).

que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Pero, es más, en otras ocasiones, la Corte ha considerado que los pronunciamientos de organismos internacionales encargados de interpretar los tratados no son únicamente una pauta interpretativa relevante, sino que tienen fuerza vinculante directa. En este punto es ineludible tomar en consideración la sentencia T-786 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra que, para referirse a la fuerza jurídica interna de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana, señaló:

Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno.

(...)

La obligación del Estado de cumplir las órdenes emanadas de la Comisión en las medidas cautelares se refuerza con el hecho de que al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Colombia aceptó el artículo 44 que señala que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”. Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención.

Por lo anterior, es posible concluir que el derecho a la verdad, tal y como se encuentra consagrado en los principios de Joinet, constituye actualmente un imperativo jurídico internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, en el entendido de que la Corte y la Comisión Interamericanas lo han considerado incorporado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así mismo, es posible concluir que la in-

terpretación que de él se haga en el ámbito nacional tiene que tener en cuenta, como criterio interpretativo relevante o incluso vinculante, la interpretación que del mismo han realizado instancias internacionales como la Corte y la Comisión Interamericanas, interpretación que considera a los principios de Joinet como documento de autoridad en lo que se refiere al alcance del derecho.

Ahora bien, incluso si existiera duda sobre el carácter vinculante y la prevalencia constitucional del derecho a la verdad en el ordenamiento jurídico nacional por vía de su inclusión en la Convención Americana y de su interpretación por parte de los órganos de control de este tratado, habría que concluir igualmente que éste es un derecho fundamental de las víctimas en Colombia. Ello es así por cuanto, al menos desde 2002, la Corte Constitucional ha reconocido su carácter de tal en diversas oportunidades, al manifestar que los derechos de las víctimas en los procesos penales desbordan la pretensión eminentemente indemnizatoria o patrimonial de reparación y, al corresponder a un concepto de reparación más integral, incluyen también el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (ver Corte Constitucional, 2002, 2002a, 2003).

Así las cosas, el derecho a la verdad en su dimensión individual, colectiva y de deber de recordar es, hoy en día, un imperativo jurídico tanto nacional como internacional. Este derecho tiene especial vocación de aplicarse en procesos transicionales como aquel por el que atraviesa Colombia, procesos en los que deben enfrentarse graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, como se verá a continuación, éste no ha sido siempre el estatus que se le ha dado a la verdad en los procesos transicionales que han tenido lugar en el último siglo.

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 éste 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 dentro de procesos transicionales, con miras a evidenciar las complejas relaciones que se han presentado entre la verdad judicial y otros mecanismos extraprocesales 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, en 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 proceso judicial, ya sea porque fue declarada por éste, o porque se puede inferir del mismo; (ii) los mecanismos extrajudiciales institucionalizados de búsqueda de la verdad, que consisten en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad que no tienen carácter judicial, 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, literatos y científicos sociales, entre otros.

⁵ Para un juicioso relato sobre estos procesos, ver Teitel, R. (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.

Así, el primer período histórico, que hemos denominado como “un mínimo de verdad”, enfatizó en las verdades sociales no institucionales. El segundo período, llamado “la verdad judicial exaltada”, le otorgó especial importancia —como su nombre lo indica— a la verdad judicial, aunque en él también fueron importantes los mecanismos sociales no institucionales de reconstrucción de la verdad. Hemos llamado al tercer período “el consuelo de la verdad extrajudicial”, 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. Denominamos, en cambio, al cuarto período “la exaltación de las comisiones de verdad”, ya que demuestra una clara tendencia hacia el privilegio de los mecanismos extraprocesales institucionalizados de reconstrucción de la verdad, por encima de la (ahora criticada) verdad judicial. Por último, identificamos el quinto período, que hace referencia a nuestros días, con la pregunta “¿hacia la complementariedad?”, ya que las tres formas de reconstrucción de la verdad reciben una importancia relativamente homogénea.

Evidentemente, como cualquier periodización, ésta utiliza tipos ideales (que simplifican las realidades históricas transicionales, mucho más complejas) y, adicionalmente, en alguna medida es arbitraria, dado que hay 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 esa medida, el énfasis estará sobre todo en aquellos procesos transicionales que, dentro de los períodos históricos seleccionados, resultan característicos de una forma particular de tratamiento de la verdad. Veamos.

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 re-

cibieron ninguna atención por parte de las instituciones estatales y que, en parte por eso, fueron rápidamente olvidados por las sociedades europeas. Así lo recordó cruelmente Hitler en la víspera de la invasión a Polonia que desencadenó la Segunda Guerra Mundial, al decir a sus generales: “He enviado a mis unidades SS al Este con la orden de matar sin piedad a los hombres, mujeres y niños de raza o lengua polaca. Sólo así obtendremos el ‘espacio vital’ que necesitamos. Después de todo... ¿Quién habla hoy del exterminio de los armenios?”⁶.

La poca atención otorgada al esclarecimiento de la verdad en el periodo previo a la Segunda Guerra Mundial se comprende 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 alguno 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 o de establecer mecanismos para garantizar el deber de recordar.

La verdad judicial exaltada

En un segundo momento, especialmente ilustrado por los tribunales de Núremberg y Tokio 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, literarios, periodísticos y culturales, destinados a la producción de relatos históricos y a la preservación de la memoria colectiva sobre la guerra⁷. En efecto, además del carácter eminentemente punitivo de

⁶ Citado en Davies (1997, p. 909), a partir de las notas del Almirante Canaris del 22 de agosto de 1939.

⁷ Un ejemplo del trabajo académico de este tipo es, sin duda, la obra de Primo Levi (*ver*, entre otros, Levi, 2005). La construcción de museos para recordar los horrores del holocausto ofrece, por su parte, un ejemplo del trabajo cultural frente a este tema.

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.

El consuelo de la verdad extrajudicial

Las amnistías otorgadas a los ex dictadores de los regímenes latinoamericanos de seguridad nacional 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, en general, 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 Centroamérica y el Cono Sur, 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.

Lo anterior no significa que en los países del Cono Sur no hayan existido esfuerzos importantes encaminados a obtener el esclarecimiento de la verdad a través de investigaciones judiciales⁸. En efecto, a diferencia de

⁸ *Ver*, al respecto, la entrevista concedida por el ex presidente Aylwin a Iván Orozco (2005, pp. 97 y ss.).

lo que sucedió en Centroamérica, en donde las comisiones de verdad fueron el único mecanismo de reconstrucción de la verdad, tanto en Chile como en Argentina hubo esfuerzos notorios en pro de la utilización de los procesos judiciales como mecanismos para el esclarecimiento de la verdad. Ello sucedió, en el primer caso, mediante la aplicación de la doctrina defendida por el presidente Aylwin, según la cual la aplicación de la amnistía a los militares implicaba que se esclareciera previamente si ésta procedía o no, por lo que los jueces debían en todo caso investigar las violaciones de derechos humanos y, así, el aparato judicial se convertía más en un instrumento de verdad que de justicia. En el caso argentino, nunca debe reducirse la enorme importancia que tuvo a todo nivel, y en particular en términos de esclarecimiento histórico, el juicio adelantado contra los miembros de la Junta Militar durante el Gobierno Alfonsín.

La exaltación de las comisiones de verdad

En contraste con lo anterior, la cuarta etapa se caracterizó por un marcado énfasis en los mecanismos extraprocesales 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 ante la imposibilidad de reconstruir la verdad judicialmente, y comenzaron a ser vistas como el medio más apto para alcanzar una verdad completa, acabada sobre el pasado (véase Minow, 1998).

¿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, 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 tales crímenes sin permitirles el ejercicio del derecho al debido proceso (ver, por ejemplo, Crocker, 2002; Hamber, 2003; Wilson, 2002)⁹. Sin castigar estos crímenes, se dice, no es posible plantear con la suficiente fuerza un reproche social a 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 extraprocesales 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 cuadro de la página siguiente ilustra la periodización antes descrita.

Límites y potencialidades de la verdad judicial

El anterior relato histórico muestra que la elección de la verdad judicial 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 éstas y las demás formas de reconstrucción de la verdad. Pero, además, la escogencia de la verdad judicial en el contexto colombiano también puede explicarse por el hecho de que, como algunos lo han argumentado, el establecimiento de mecanismos extrajudiciales de reconstrucción de la verdad —y en particular de comisiones de verdad— en medio del con-

⁹ Estos riesgos son, no obstante, subsanables, como por ejemplo lo fueron en el caso sudafricano, mediante la apertura de ciertos espacios de confrontación de las perspectivas de las víctimas y los victimarios.

Cuadro 1. Verdades en los procesos transicionales

Tratamiento del problema de verdad	Ilustración	Verdad judicial	Mecanismos extrajudiciales institucionalizados	Verdades sociales no institucionalizadas
Un mínimo de verdad	Primera Guerra Mundial	No	No	Un poco
La verdad judicial exaltada	Tribunales de Núremberg, Ruanda y Yugoslavia	Sí	No	Sí
El consuelo de la verdad extrajudicial	Transiciones la tinoamericanas	Muy poco	Sí	Sí
La exaltación de las comisiones de verdad	Sudáfrica	Poco	Sí	Sí
¿Hacia la complementariedad?	Debate contemporáneo	Sí	Sí	Sí

flicto 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; simplemente, estamos tratando de tomar en serio las razones de la ley por preferir en este momento la verdad judicial.

Ello hace 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 los primeros y fortalecer las segundas.

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, 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 la responsabilidad de los actores se resuelve 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, puede tener un carácter unilateral, al referirse principalmente a los elementos, significados y efectos propios 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 a posibles análisis desde otras perspectivas distintas a la jurídica.

Un tercer límite identificado frente al hecho de que la tarea de reconstrucción de la verdad sea confiada al proceso judicial tiene que ver con que demuestra cierta insensibilidad con respecto a las necesidades particulares de las víctimas. Esto porque la finalidad de la verdad no consiste ex-

clusivamente en hallar las pruebas y demás elementos de juicio necesarios para determinar la culpabilidad 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 éste pueda verse relacionado con otros delitos y con las razones más estructurales de su producción (Minow, 1998). 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. Finalmente, la obtención de la verdad a través del proceso judicial puede afectar psicológicamente a las víctimas, dada la posibilidad siempre presente, por obvias razones de debido proceso, de que sean contrainterrogadas por los abogados de sus victimarios.

Un cuarto tipo de limitaciones se refiere a los importantes costos y a las múltiples dificultades que implica buscar la verdad en 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, en primer lugar, a los problemas que se originan en la debilidad e ineficiencia del sistema judicial y a que éste no pueda, por tanto, asumir adecuadamente el arduo reto de juzgar este tipo de crímenes. En segundo lugar, 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. Y, en tercer lugar, a los elevados costos que puede implicar un proceso penal de gran envergadura, como lo muestra el caso del proceso judicial llevado a cabo en Irlanda del Norte para determinar qué fue lo que realmente aconteció durante el llamado *Bloody Sunday*, el cual ha costado millones de

libras esterlinas. Si el esclarecimiento judicial de un solo incidente, como el del *Bloody Sunday*, puede tener esos costos, ¿a cuánto pueden elevarse los de intentar revelar judicialmente toda la verdad de décadas de conflicto armado y atropellos en Colombia?

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 señalarlas no sólo como complementos sino incluso como sustitutos 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.

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

Los mecanismos extrajudiciales 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 la 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 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 judi-

cial, en cambio, puede surgir como la solución motivada y fundada en pruebas de un enfrentamiento entre puntos de vista. Además, la lógica adversarial propia del proceso judicial es propicia, como lo ha señalado Mark Ossiell (1999, p. 219), para solucionar aquellos conflictos que alcanzan profundas formas de incomprensión mutua. De hecho, según Ossiell (1999, p. 219), el proceso judicial ofrece un espacio para iniciar una discusión con un interlocutor con el que de otra manera jamás estaríamos dispuestos a dialogar, y lo hace estableciendo unas reglas claras de comunicación que permiten formas civilizadas de plantear desacuerdos.

En tercer lugar, la verdad obtenida a través de comisiones de verdad no tiene el valor de cosa juzgada propio de una sentencia judicial, valor que implica que en principio no puede volverse sobre la versión de los acontecimientos allí contenida y, como tal, pone punto final definitivo a las discusiones al respecto. Este punto final es de fundamental importancia, siempre y cuando la opinión pública sea consciente, como lo advierte Ossiell (1999, p. 251), de que cualquier reconstrucción histórica de la verdad lograda a través de un proceso judicial será siempre —como toda interpretación de la historia— una construcción social, en este caso de la memoria colectiva de una sociedad. Así, aunque deba admitirse que la versión final de la verdad obtenida en el proceso judicial es una de entre muchas posibles, esta admisión puede conllevar a ver en el proceso judicial un espacio en el que resulta posible instaurar un debate vigoroso acerca del sentido que la sociedad quiere darle a los acontecimientos ocurridos y de las implicaciones que los mismos tendrán en la redefinición de la identidad nacional. Dado que interpretaciones y decisiones como éstas no deberían ser tomadas por unos pocos “a puerta cerrada”, el carácter público y abierto del proceso judicial ofrecería, además, una vía adecuada para la visibilización de dicho debate.

En cuarto lugar, parece problemático ubicar en cabeza de una comisión de verdad poderes coercitivos (propriadamente 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. Si lo hicieran, perderían la naturaleza de comisiones de verdad y se convertirían en instancias judiciales, cosa que parece innecesaria y

poco eficiente, dado que ya existen tribunales que podrían cumplir con esas funciones.

En quinto lugar, la potencialidad de los mecanismos extrajudiciales de reconstrucción de la verdad, consistente en que a través de ellos 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 utilizados 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. Ejemplos de resultados positivos de este tipo de investigación como mecanismo para enfrentar formas complejas de criminalidad organizada y para dar una visión de conjunto de los hechos ocurridos abundan en la historia reciente. En efecto, los maxiprocesos llevados a cabo por los Tribunales de Núremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial, aquellos iniciados en Argentina contra los generales miembros de la Junta Militar tras la dictadura y en Italia contra la mafia demuestran que es posible reorganizar procesos judiciales de carácter inicialmente individual, con miras a investigar sistemática e integradamente delitos complejos e interrelacionados, garantizando en todo caso el debido proceso.

Una conclusión preliminar surge de las ideas antes expuestas: parece conveniente considerar las tres formas de reconstrucción de la verdad —verdad judicial, mecanismos extraprocesales de verdad y verdades sociales— como mecanismos complementarios que pueden traer mejores resultados si funcionan de manera interdependiente 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 de todos en conjunto permite que unos y otros se fortalezcan y revaloricen.

Verdad judicial y la ley de justicia y paz

A partir de los anteriores planteamientos es posible evaluar críticamente la consagración concreta de la verdad judicial hecha por la ley de justicia y paz, que servirá —en caso de que sea avalada por la Corte Constitucional— 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 extrajudiciales institucionalizados de reconstrucción de la verdad complementarios a ella, dicha ley debería garantizar que los procesos judiciales permitieran efectivamente esclarecer la realidad del fenómeno del paramilitarismo.

Al respecto surgen una serie de interrogantes: ¿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 de un relato histórico colectivo y fidedigno sobre esa realidad oculta y fragmentada que durante muchos años fue 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 ningu-

na manera acompañado de mecanismos procesales apropiados y suficientes que permitan efectivamente alcanzar la verdad. Así lo muestra la siguiente somera descripción 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. 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, obtener nuevamente los beneficios de la pena alternativa. Así, la figura de la confesión estipulada en la ley de justicia y paz parece una 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. Además, estos nuevos beneficios se acumulan con los anteriores, de tal forma que si en un primer momento el desmovilizado pagó una pena de prisión, ésta será descontada de la nueva pena impuesta, sin que la misma pueda exceder 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 comprobaba que la omisión de la confesión fue intencional, lo cual es bastante difícil.

De esa forma, la ley no exige de manera alguna la confesión plena de todos 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 la no autoincriminación y es, por ello, inconstitucional. Según el actual Alto Comisionado para la Paz, dicha exigencia constituiría el ejercicio de una presión sutil pero indebida sobre el sindicado, que impediría la espontaneidad de la confesión y que vulneraría su derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo (Restrepo, 2005). Esta tesis gubernamental es, no obstante, equivocada, contradictoria y muy perjudicial para el proceso transicional actual.

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 confesión¹⁰ o, según el código actual¹¹, la aceptación de cargos, como una modalidad de negociar con la justicia con el fin de obtener beneficios en el cuántum 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 Constitucional, 1993, 1996a, 1998a). 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.

A nivel comparado, también la Corte Suprema de Estados Unidos acepta la validez jurídica de la confesión como parte de la justicia negociada o “*plea bargaining*”, y la justifica alegando que el derecho a la no autoincriminación no implica que el defendido nunca pueda testificar en contra de sí, sino que garantiza que no pueda ser forzado o compelido a hacer tal cosa

¹⁰ Ver, por ejemplo, los artículos 296 a 299 del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700) de 1991, y los artículos 280 a 283 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600) de 2000.

¹¹ Ley 906 de 2004, artículos 348 a 354.

(Corte Suprema EE.UU., 1971; Boch, 1994). Esto es así porque hay circunstancias en las que el sindicado puede *preferir* autoincriminarse que no hacerlo o permanecer en silencio, tal y como ocurre cuando el Estado ofrece beneficios penales a cambio de la confesión o delación, entre otros. Lo importante entonces, según esta interpretación, es que el sindicado tenga efectivamente la *opción* de renunciar o no a su derecho fundamental a la no autoincriminación. Su decisión de confesar debe ser voluntaria, libre y consciente, y es precisamente garantizando el cumplimiento de esas condiciones como el Estado, a través del juez de la causa, protege su derecho fundamental a la no autoincriminación (Corte Suprema EE.UU., 1938, 1962, 1969, 1975).

Ahora bien, hay quienes, desde orillas políticas distintas, han cuestionado toda forma de negociación de penas, por considerar que afecta las garantías penales¹². Estos analistas coinciden en que la concesión de premios por colaboración con la justicia hace que la sanción no dependa de la gravedad del delito y de la culpabilidad del autor sino de su conducta en el proceso, cosa que afecta principios fundamentales del derecho penal como la igualdad, la proporcionalidad, la legalidad y el derecho a la no autoincriminación. Además, según esta postura, los beneficios penales son incentivos para que la persona se autoincrimine y, en esa medida, las concesiones o aceptaciones de cargos no son realmente libres.

Aunque la solidez de estas críticas contra el derecho premial podría reabrir el debate (ya zanjado en Colombia desde el punto de vista constitucional) sobre la legitimidad de la negociación de penas y la concesión de beneficios por confesión, la posición del Gobierno colombiano no se enmarca dentro de esta perspectiva teórica. En efecto, el Gobierno acepta el principio general de la justicia negociada y, en concreto, la posibilidad de conceder beneficios penales a aquellos criminales que decidan entregarse a la justicia y de aumentar dichos beneficios en caso de que colaboren con ella, mediante confesión o delación. De no ser así, el Gobierno no podría estar promoviendo un proceso de negociación de la paz con los grupos paramilitares, pues éste parte de la base de que los beneficios que serán con-

¹² Para un ejemplo proveniente de la defensa estricta del garantismo penal, ver Ferrajoli (1995). Para uno propio de la derecha neoliberal, ver Lynch (2003).

cedidos a los desmovilizados, lo serán por el hecho de *confesar* su condición de paramilitares, es decir, por una colaboración parcial con la justicia consistente en la confesión de al menos un delito: el de sedición.

Por eso, es necesario señalar la contradicción lógica en la que incurre el Alto Comisionado para la Paz al pretender atacar la confesión plena y fidedigna con el argumento de que la misma viola el derecho a la no autoincriminación, al mismo tiempo que defiende la existencia de un proceso de paz negociado y la legitimidad y conveniencia de una ley que ofrece beneficios penales a quienes se desmovilicen.

Por último, la postura del Gobierno frente a la figura de la confesión resulta inconveniente para el éxito de un proceso de justicia transicional como el que intenta adelantarse en Colombia. De hecho, el uso de dicha figura se justifica claramente en condiciones excepcionales como aquellas propias de la justicia transicional, en las que una sociedad puede estar dispuesta a otorgar generosos beneficios punitivos a los responsables de delitos atroces que se desmovilicen, pero a cambio de esto puede imponerles la obligación de revelar su participación en ellos, con miras a esclarecer la verdad de los hechos ocurridos en el pasado y de fundar sobre ella un nuevo y estable orden democrático. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso sudafricano, en el que muchos de los victimarios de crímenes atroces vieron sus delitos indultados o sus penas seriamente reducidas, pero debieron para ello confesar todos y cada uno de los crímenes que cometieron durante el *apartheid* (Hamber, 2003).

Además de contribuir de manera fundamental a la reconstrucción de la verdad, la exigencia de la confesión plena de los crímenes cometidos como requisito para obtener beneficios penales constituye una herramienta eficaz para la persecución y el desmonte de organizaciones criminales como el paramilitarismo. Ello fue así en el caso de las leyes proferidas por el Parlamento italiano durante los años ochenta, tendientes a ofrecer importantes beneficios penales a aquellos miembros de la mafia (los *repentiti*) que confesaran de manera plena, fidedigna y completa todos los delitos que habían cometido¹³. La herramienta de la confesión sólo fue útil, en este caso,

¹³ En efecto, la ley de mayo de 1982 sobre arrepentidos establecía en su artículo

en razón de exigirse su carácter pleno, fidedigno y completo, pues condujo al efectivo desmantelamiento de las redes mafiosas en Italia.

En conclusión, 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 objeto 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.

En efecto, como se explica en el capítulo 5, la Fiscalía cuenta con herramientas muy precarias para investigar a profundidad crímenes de tal grado de complejidad como los cometidos por los grupos paramilitares. Hasta el momento, la Fiscalía ha abierto muy pocos procesos penales por concepto de estos crímenes, y dichos procesos no se encuentran relacionados entre sí en función del grupo armado que los ha cometido, sino de sus autores individuales. Esto dificulta de manera considerable el esclarecimiento de la verdad de estos crímenes que, por su naturaleza misma, se encuentran interconectados. De otra parte, la Fiscalía cuenta con un tiempo excesivamente corto para investigar los crímenes que no sean confesados por los paramilitares, lo que obstaculiza la consecución de nuevas pruebas y el establecimiento de conexiones entre unos crímenes y otros.

³ que podían beneficiarse de ventajas punitivas, sin llegar a la exención de pena, aquellas personas que hubieran cometido actos terroristas, pero que, entre otras cosas, entregaran confesión plena de todos los delitos cometidos.

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, en el interior de los procesos judiciales, una reconstrucción, cuando menos parcial, de la verdad del fenómeno paramilitar que se pretende superar.

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 extrajudiciales (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 en los procesos judiciales, mecanismos que difícilmente permitirán conocer, siquiera fragmentariamente, la verdad del fenómeno del paramilitarismo y de los crímenes de lesa humanidad que fueron cometidos por sus miembros.

Ahora bien, expedida y sancionada ya la ley de justicia y paz como lo ha sido, parece necesario preguntarse 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, con

base en los criterios establecidos por la propia Corte Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la razonabilidad y suficiencia de los términos procesales (al respecto, ver el capítulo 5), los declarara inconstitucionales. Ello, en particular, teniendo en cuenta la gran complejidad que, por su carácter sistemático y prolongado en el tiempo, encieran 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.

Segundo, la Corte debería explicitar que la exigencia de confesión plena no viola el derecho a la no autoincriminación y, en concordancia con ello, debería interpretar de manera estricta la disposición legal según la cual el no admitir intencionalmente la comisión de ciertos crímenes (que sean probados con posterioridad) en la versión libre impedirá que el desmovilizado acceda a los beneficios penales. Esta interpretación estricta implicaría asumir que el no haber narrado dichos crímenes constituye, de por sí, una omisión intencional, dado lo difícil que parece olvidar la participación en delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Tercero, dado que la anterior es la interpretación constitucionalmente adecuada de dicha disposición legal, la Fiscalía debería aplicarla también en el sentido mencionado. Así, en aquellos eventos en los que la Fiscalía compruebe que el desmovilizado cometió crímenes distintos de aquellos que confesó en la versión libre, el sólo hecho de no haberlos admitido en tal oportunidad debería ser interpretado como intencional y, en consecuencia, no deberían reconocérsele beneficios adicionales. 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, 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 ais-

lados 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 (como se desarrolla en detalle en el capítulo 5) que la Fiscalía asuma que la investigación de los delitos cometidos por los paramilitares constituye, en realidad, un maxiproceso, similar a aquéllos llevados en contra de la mafia italiana o de los nazis, por ejemplo.

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 a 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 extrajudiciales 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 —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.

Y es que, si no garantizamos adecuadamente el derecho a la verdad, difícilmente podremos lograr que de las atrocidades cometidas contra las víctimas del conflicto armado colombiano quede algo más que una borrosa imagen, imagen que no se sepa ya si es un recuerdo o un sueño —una pesadilla—, como sin duda le sucede al pueblo checo frente a la imagen del sombrero de Clementis en la cabeza de Gottwald.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

- Boch, B. R. (1994). Fourteenth Amendment -The standard of mental competency to waive constitutional rights versus the competency standard to stand trial. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 84(4), 883.
- Crocker, D.A. (2002). Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation. *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 509-549.
- Davies, N. (1997). *Europe, a History*. Londres: Pimlico.
- Hamber, B. (2003). Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. *Fordham International Law Journal*, 26, 1074-194.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Fundación Social (ed.). (2005). *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional*. Bogotá: Fundación Social.
- Kundera, M. (1982). *El libro de la risa y el olvido*. Barcelona: Seix Barral.
- Levi, P. (2005). *La trilogía de Auschwitz*. Barcelona: El Aleph.
- Lynch, T. (2003). *Against Plea bargaining*. Disponible en: www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-7.pdf.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.

- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Temis, CESO, Uniandes.
- Ossiel, M. (1999). Making Public Memory, Publicly. En C. Hesse and R. Post (eds.). *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*. New York: Zone Books.
- Restrepo, L. C. (2005). *¿Confesión o autoincriminación?* Disponible en: <http://www.presidencia.gov.co/columnas/columnas97.htm>.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press.
- Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad, derecho penal y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. En prensa.
- Wilson, R. (2002). Challenging Restorative Justice. *Human Rights Dialogue*, 7. Disponible 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, 49º 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.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- 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 (1998). Caso Blake. Sentencia de enero 24 de 1998. Serie C No. 36.
- Corte IDH (1999). Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de noviembre 19 de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH (2001). Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH (2001a). Caso Paniagua Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76.

Corte Suprema de Estados Unidos

- Corte Sup. EE.UU. (1938). *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 46S-64 (1938).

- Corte Sup. EE.UU. (1962). *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506, 516 (1962).
- Corte Sup. EE.UU. (1969). *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 242 (1969).
- Corte Sup. EE.UU. (1971). *Santobella v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).
- Corte Sup. EE.UU. (1975). *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 835 (1975).
- Corte Constitucional de Colombia
- Corte Constitucional (1993). Sentencia C-411 de 1993.
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C-406 de 1996.
- Corte Constitucional (1996a). Sentencia C-425 de 1996.
- Corte Constitucional (1997). Sentencia C-251 de 1997.
- Corte Constitucional (1997a). Sentencia C-358 de 1997.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia C-191 de 1998.
- Corte Constitucional (1998a). Sentencia C-277 de 1998.
- Corte Constitucional (1998b). Sentencia C-400 de 1998.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia C-582 de 1999.
- Corte Constitucional (1999a). Sentencia T-568 de 1999.
- Corte Constitucional (2000). Sentencia C-010 de 2000.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia T-1319 de 2001.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-282 de 2002.
- Corte Constitucional (2002a). Sentencia C-578 de 2002.
- Corte Constitucional (2002b). Sentencia C-671 de 2002.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia C-04 de 2003.
- Corte Constitucional (2003a). Sentencia C-067 de 2003.
- Corte Constitucional (2003b). Sentencia C-551 de 2003.
- Corte Constitucional (2003c). Sentencia SU-058 de 2003.
- Corte Constitucional (2003d). Sentencia T-558 de 2003.
- Corte Constitucional (2003e). Sentencia T-786 de 2003.
- Corte Constitucional (2004). Sentencia C-038 de 2004.
- Corte Constitucional (2004a). Sentencia C-1175 de 2004.
- Corte Constitucional (2004b). Sentencia T-827 de 2004.
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-401 de 2005.

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

* La presente es una versión corregida y actualizada del artículo publicado en 2005 en la *Revista Foro*, 55, 49-62.

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 futuro no haya más víctimas por ese 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 también debe analizarse 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 vuelvan 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. Como ya se ha dicho en los capítulos anteriores, 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, 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.

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, y en especial de aquellas perpetradas por los grupos paramilitares, que serán los primeros beneficiarios de sus disposiciones. Las tres primeras secciones se dedicarán 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 vuelvan a ocurrir. En la cuarta sección se 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. 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, y pre-

sentando algunas cuestiones conceptuales y prácticas que, en nuestro concepto, aún permanecen abiertas.

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 de ella, 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 perdonados¹ 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 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 gru-

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

pos 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, sobre todo, 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 ir 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 castigo².

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. Ello por varias razones.

En primer lugar, aunque el párrafo 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

² Este consenso surgió como resultado de la preocupación de la comunidad internacional, así como de las reacciones de algunos sectores de la opinión pública nacional contra la impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos.

ha señalado que éstos no pueden ser limitados en ninguna circunstancia (Corte Constitucional, 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 con una institución penitenciaria.

Por último, de acuerdo con la ley (art. 30), la dosificación de la pena —dentro de sus límites mínimo y máximo— que 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 por 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 quienes 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. 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 sin duda podría 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 parcialmente³) a aquella del

³ Para las limitaciones y críticas del caso sudafricano en razón del énfasis

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 —como la exigencia de la confesión plena, la entrega de todos los bienes y la desmovilización colectiva y no individual, entre otros⁴— que permitieran la satisfacción de los requerimientos de verdad, reparación y garantía de no repetición de crímenes atroces. Sin embargo, como se verá a continuación, no es esto lo que sucede en la actual ley de justicia y paz.

Límites del derecho a la reparación

De manera similar a lo que sucede con la exigencia de castigo, aunque bastante más dramática, 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, 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 víctimas⁵, e incluye en el concepto de reparación la “restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y

excesivo en la reconciliación nacional y la consecuente exclusión del castigo para los responsables de crímenes atroces, véase el capítulo 3.

⁴ 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.”

⁵ Como en el caso de la exigencia de castigo, la comunidad internacional ha ejercido un rol fundamental en la creación de un 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.

las garantías de no repetición” (art. 8). No obstante, 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 bienes⁶, 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 reparación, sino que adicionalmente confunde el deber que tienen los actores armados de reparar los daños causados por sus actos atroces con el deber 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. 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 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,

⁶ “(S)í los tuviese”, dice textualmente el artículo 45 de la norma.

mas nunca como sustitutos, de las reparaciones materiales, cosa que al parecer terminará sucediendo en aplicación de la ley de justicia y paz.

En cuarto término, 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 las 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.

En último término, pero no por ello menos importante, a pesar de que la creación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (art. 51) podría ser vista como una herramienta susceptible de trascender los múltiples obstáculos que enfrenta el derecho a la reparación en cuanto a su alcance y eficacia, varias objeciones pueden presentarse respecto tanto de su existencia misma, como de la configuración concreta que recibió en la ley de justicia y paz. Así, cabe preguntarse si la creación de esta Comisión en un

momento en que el final del conflicto armado aparece aún tan lejano es conveniente, teniendo en cuenta que la misma puede “quemar” la posibilidad de que una comisión de ese estilo exista en el futuro, cuando el conflicto haya terminado y cuando dicha Comisión pueda, por tanto, tener más poderes de los que tendrá en este momento.

Y es que, si bien la ley le concede un sinnúmero de funciones a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (arts. 51 y 52), son más bien pocos o inexistentes los poderes reales que la misma tendrá para llevarlas a cabo. Así, la Comisión tiene el encargo, entre otras cosas, de hacer recomendaciones sobre la adecuada ejecución de las políticas de reparación (art. 52, num. 4) y sobre los criterios para la aplicación efectiva de dichas políticas (art. 52, num. 6); de redactar dos informes públicos, uno sobre las razones del surgimiento y la evolución de los grupos armados (art. 52, num. 2), y otro sobre los resultados del proceso de reparación de víctimas (art. 52, num. 5); de realizar el seguimiento y la verificación de complejos procesos como la reparación de las víctimas (art. 52, num. 4), y la desmovilización, la reincorporación de los desmovilizados a la sociedad y el funcionamiento de las instituciones locales en las zonas donde éstos se desmovilicen (art. 52, num. 3); y de garantizar la realización efectiva de importantes derechos de las víctimas, tales como su participación en los procesos judiciales (art. 52, num. 1). Sin embargo, la Comisión no cuenta con competencias que efectivamente le permitan desempeñar tan importantes funciones y, por ello, es bien posible que el desarrollo de las mismas termine por depender de la buena voluntad de las demás instituciones estatales en el seguimiento de sus recomendaciones, el suministro de la información por ella requerida, la colaboración, etc.

Adicionalmente, preocupa bastante el excesivo componente gubernamental de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, que puede truncar la independencia necesaria en el desarrollo de muchas de sus funciones y que igualmente limita la participación y la representatividad real de las víctimas en ella. En efecto, la ley dispone que la Comisión estará conformada por trece miembros, cuatro de los cuales pertenecen al Gobierno y cinco más que serán “personalidades” designadas discrecionalmente por el Presidente de la República (art. 51). Además del Procurador General y

del Defensor del Pueblo, habrá apenas dos representantes de las organizaciones de víctimas que serán elegidos por los propios miembros de la Comisión. La conformación de la Comisión no sólo es problemática por la escasa participación de las víctimas, sino también porque el alto componente gubernamental ha hecho que muchas organizaciones de víctimas la vean como un organismo de poca legitimidad y que, como tal, se nieguen a tener relación alguna con ella. Ello conduce a que, además de escasa, la participación de las víctimas en la Comisión pueda ser bastante poco representativa de sus intereses.

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, así como la ausencia de representación y el desequilibrio de fuerzas con los que habrán de participar cuando lo permita la ley.

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. 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. Infortunadamente, ésta no es 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 —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, la ley no logró acompañar la mencionada consagración de 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 60 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 (60 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 (como se desarrolla extensamente en el capítulo 4), 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. Esto resulta bastante problemático, dado que el aparato investigativo estatal conoce muy poco acerca de los autores, las causas y las circunstancias que rodearon la realización de dichos crímenes, en razón de las grandes dificultades que implica la investigación de estos temas y de las muy graves deficiencias técnicas e institucionales con las que cuenta la Fiscalía General de la Nación.

De hecho, las herramientas que tiene la Fiscalía para investigar 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 tiempo excesivamente corto 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 la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y la Paz específicamente 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.

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.

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 en contrapartida 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 sobre todo 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).

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. Esto

puede permitir que, a pesar de que se lleve 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 aquellos que se desmovilicen, de forma tal que el proceso transicional termine por legalizar, en lugar de desmontar, sus estructuras de poder.

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 a 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 se puede hacer 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 recordemos que mientras 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 otras mediocrementemente formuladas que, no obstante, han sido mejoradas a través de su aplicación práctica. Por ello, sin perjuicio de seguir criticando las limitaciones de esta ley, es necesario preguntar se si es posible que los efectos de sus formulaciones más nocivas sean minimizados. 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 y, en particular, de conformidad con la Constitución⁷, la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁸ y la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia, la Corte debería declararlos 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 de sindicados y de los efectos sociales del mismo (ver, entre otras, Corte Constitucional, 1993). 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, en algunas circunstancias, la importancia del litigio para el interesado (ver Corte IDH, 1997a, 1997b; Corte Constitucional, 1999).

⁷ El 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.

⁸ 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).

Así, 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 dentro del proceso judicial.

Además de lo anterior, 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. En efecto, 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 desde un principio haber cometido. Esta interpretación estricta de la ley podría generar un incentivo real para que los desmovilizados confesaran plenamente los crímenes cometidos.

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.

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 antimafia 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, 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 posteriormente que omitió involuntariamente confesar su participación en el mismo.

En tercer lugar, tanto la Fiscalía General de la Nación —y en especial su recién creada Unidad— 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.

Finalmente, 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 ONG que las representan.

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 para aplicar la ley, de forma tal que sus efectos (en principio meramente simbólicos) tengan algo de instrumentales.

Cuestiones no resueltas

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 no resueltas, una teórica y conceptual, y 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 muy 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 cons-

trucción de soluciones originales e imaginativas para un contexto que, como el nuestro, se caracteriza también por no asemejarse a ningún otro.

El problema que suscita la cuestión de la aplicabilidad del marco teórico y de los conceptos de justicia transicional al caso colombiano se ve acentuado por la gran ambigüedad con la que el Gobierno ha manejado la cuestión misma de la existencia de un conflicto armado en el país. En efecto, no han sido pocas las oportunidades en las que los representantes del Gobierno han expresado públicamente que en Colombia no hay un conflicto armado interno, sino una amenaza terrorista contra la democracia y la ciudadanía⁹. Si bien el Presidente de la República ha afirmado en los últimos meses estar dispuesto a aceptar la existencia de dicho conflicto¹⁰, las consecuencias de que el Gobierno use el lenguaje de manera ambigua ante un hecho tan evidente como lo es el longevo conflicto interno en Colombia intensifican los ya de por sí bastante serios problemas que enfrenta el actual proceso de negociación del Gobierno con los grupos paramilitares.

De hecho, la primera pregunta que surge de dicha ambigüedad es si debería siquiera hablarse de unas negociaciones de paz con un grupo armado, cuando el propio Gobierno tiene dudas acerca de la existencia del conflicto armado y, como tal, acerca del carácter de grupo armado (y no de simple terrorista) de su interlocutor. Si no existe un conflicto armado sino una amenaza terrorista, ¿por qué todos estos esfuerzos por alcanzar la paz? Y en especial, ¿por qué negociar con esas organizaciones terroristas? ¿Lo lógico no es acaso someter por la fuerza al terrorismo y no negociar con él? Estas preguntas dan cuenta de lo contradictoria que resulta la postura del

⁹ Para la sustentación de esta tesis, ver la postura del Alto Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo (2005). Para un mayor desarrollo de la misma, ver los planteamientos del asesor presidencial José Obdulio Gaviria (2005).

¹⁰ Según el propio Presidente, esta aceptación no ha obedecido tanto a su convicción de que en el país existe efectivamente un conflicto armado, sino a su disposición para dejar de lado sus convicciones personales y hacer ciertas concesiones con miras a lograr acuerdos de paz con otros grupos armados, como el que actualmente prepara el Gobierno con el grupo guerrillero ELN (ver *El Tiempo*, 2005).

Gobierno nacional en este tema, en especial si se tiene en cuenta que, al tiempo que niega la existencia del conflicto armado, no sólo adelanta negociaciones de paz, sino que invierte miles de millones de dólares en el fortalecimiento de las Fuerzas Militares, cuerpo estatal que tiene la función de luchar contra grupos armados propios de un conflicto interno y no (como la Policía Nacional, por ejemplo) de perseguir las amenazas terroristas (Uprimny, 2005).

Pero, además de contradictoria, la postura del Gobierno nacional se muestra como contrafáctica, teniendo en cuenta que, según los análisis de las ciencias sociales y las definiciones del derecho internacional humanitario, en Colombia existe, sin lugar a dudas, un conflicto armado. De una parte, según las bases de datos más respetadas internacionalmente sobre guerras¹¹, para que pueda hablarse de conflicto armado en un Estado, (i) la violencia debe superar una cierta intensidad, esto es, ocasionar al menos un cierto número de víctimas; (ii) dicha violencia debe ser relativamente organizada, en el sentido de que existan combates; (iii) el actor armado que se enfrenta al Estado debe contar con una estructura militar básica, y (iv) éste debe ser capaz de ofrecer una resistencia armada que perdure al menos un cierto período. De otra parte, según los lineamientos del Derecho Internacional Humanitario, y en particular del Protocolo II de 1977, para que pueda hablarse de conflicto armado (i) deben existir enfrentamientos entre el Estado y actores armados disidentes, y éstos deben (ii) tener un mando responsable, (iii) ejercer un control territorial suficiente para realizar operaciones militares y (iv) aplicar las normas humanitarias (para un mayor desarrollo de este tema, ver Uprimny, 2005).

Es evidente que las anteriores condiciones existen en Colombia y que, como tal, estamos en presencia de un conflicto armado. Es evidente también que los actores armados de dicho conflicto –tanto paramilitares

¹¹ Tal vez las dos bases de datos más respetadas en este campo son las desarrolladas por el llamado *Correlates of War Project* (COW) de la Universidad de Michigan en Estados Unidos, liderado por Small y Singer (ver Henderson y Singer, 2000; Pizarro, 2004), y aquella realizada por la Universidad de Uppsala en Suecia y por el PRIO en Noruega (ver Gleditsch *et al.*, 2002). Esta última base de datos puede ser consultada en: www.prio.no/cwp/armedconflict.

como guerrilla— cumplen con las condiciones mencionadas. Por ello, además de contradictoria y contrafáctica, la postura ambigua del Gobierno sobre este tema resulta desafortunada para las negociaciones de paz que en la actualidad él mismo adelanta, pues deja la sensación de que ni siquiera existe consenso sobre los presupuestos fácticos mínimos con base en los cuales dichas negociaciones pueden tener lugar. En esa medida, la pregunta sobre la conveniencia o inconveniencia de utilizar las categorías y los conceptos propios de la justicia transicional para comprender e intentar superar el conflicto colombiano encontraría en la posición ambigua del Gobierno frente a la existencia del conflicto armado una innecesaria complicación adicional.

La segunda cuestión que, en nuestro concepto, permanece sin resolver consiste en que del hallazgo de una respuesta adecuada y plausible a la cuestión acerca de la conveniencia de aplicar el marco teórico y conceptual propio de la justicia transicional al caso colombiano 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 recrudescimiento de la violencia del país a 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.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

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.

- El Tiempo* (7 de septiembre de 2005). Presidente Álvaro Uribe acepta que hay conflicto armado si el ELN se acoge a un cese de hostilidades.
- 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/pdfs309_2_1_Extincion_de_dominio_reforma_agraria_democracia_y_paz.pdf.
- Gaviria, J. O. (2005). *Sofismas del terrorismo en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Gleditsch, N.P., Wallensteen, P., Eriksson, M., Sollenberg, M., and Strand, H. (2002). Armed Conflict 1946-2001: A New Dataset. *Journal of Peace Research*, 39(5), 615.
- Henderson, E. and Singer, D. (2000). Civil War in the Post-Colonial Period. *Journal of Peace Research*, 23(3), 284.
- Pizarro Leongómez, E. (2004). *Una democracia asediada. Balance y perspectiva del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Restrepo, L.C. (2005, 22 de abril). ¿Conflicto armado o amenaza terrorista? *Semana.com*.
- Uprimny, R. (2005). ¿Existe o no conflicto armado en Colombia? *Más allá del embrujo. Tercer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez* (pp. 135-140). Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

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 Constitucional (1992). Sentencia T-601 de 1992.

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-411 de 1993.

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

6

**¿Al fin, ley de justicia y paz?
La ley 975 de 2006 tras el fallo
de la Corte Constitucional**

Rodrigo Uprimny Yepes

María Paula Saffon Sanín

El 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional se pronunció sobre la Ley 975 de 2005, también llamada ley de justicia y paz, ajustada a la Constitución Política, con excepción de algunas de sus disposiciones, que fueron declaradas inconstitucionales o cuya interpretación fue condicionada.

Este capítulo registra cómo quedará el texto definitivo de la ley después de su revisión por parte de la Corte y qué implicaciones tendrá su cambio en el proceso transicional que en la actualidad enfrenta el país con motivo de las negociaciones de paz entre el Gobierno y los grupos paramilitares. Dado que el fallo fue anunciado cuando este libro ya estaba en imprenta para su publicación, este registro parte de información parcial, pues todavía no se conoce el texto completo de la sentencia y, por consiguiente, nuestras fuentes principales han sido los comunicados de prensa emitidos por la Corte Constitucional para dar cuenta de la decisión, así como los artículos de prensa y los análisis a corto plazo que algunas organizaciones no gubernamentales han realizado sobre la decisión¹.

Así las cosas, presentamos este capítulo con cierto beneficio de inventario, ya que somos conscientes de que es posible que algunas de las afirmaciones aquí consignadas varíen una vez se conozca el texto de la sentencia de la Corte. Aún más, admitimos que en este punto cualquier análisis sobre

¹ Para los comunicados de prensa, ver Corte Constitucional, Presidencia (2006 y 2006a). Para la descripción y el análisis del fallo en los medios de comunicación, ver, entre muchos otros, *El Tiempo* (2006 y 2006a) y Pardo (2006). Para una descripción de los cambios sufridos por la ley de justicia y paz tras el fallo de la Corte Constitucional y de las reacciones que éste suscitó, ver ILSA (2006) y Human Rights Watch (2006).

el tema puede parecer prematuro. A pesar de estas limitaciones, consideramos fundamental que este libro incluya una reflexión, así sea preliminar, sobre las implicaciones del fallo de la Corte Constitucional, pues todo parece indicar que éste modifica de manera importante el contenido y los alcances que tendrá la ley de justicia y paz.

Con ese propósito, en la primera sección del capítulo explicaremos el sentido general de la sentencia de la Corte, que consistió en avalar el principio básico de la justicia transicional para Colombia, al declarar la constitucionalidad de la ley de justicia y paz y al admitir, en consecuencia, que la concesión de una generosa rebaja de la pena a los actores armados que han cometido crímenes atroces y se desmovilicen puede ser considerada como un medio necesario para alcanzar la paz. Sin embargo, como lo argumentamos en los capítulos 4 y 5, dado que la Ley 975 contenía importantes declaraciones de principio que reconocían los derechos de las víctimas, pero no disponía los mecanismos apropiados para su debida protección, la Corte precisó que la constitucionalidad de una rebaja de penas como ésa dependía de que estuviera acompañada de una garantía adecuada y suficiente de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. En consecuencia, la Corte Constitucional reforzó en algunos casos y modificó en otros los mecanismos a través de los cuales han de garantizarse cada uno de esos derechos, y le puso así importantes “dientes” a la ley de justicia y paz, de los que antes carecía.

Dada la trascendencia de estos cambios, en la segunda, tercera y cuarta sección examinaremos detenidamente las decisiones de la Corte referentes a los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, respectivamente. Por último, dedicaremos la quinta sección a analizar los retos que deja la nueva ley de justicia y paz tras su revisión por la Corte Constitucional. En particular, estudiaremos las nuevas posibilidades que abre para el desmonte de las estructuras de poder del paramilitarismo y para la garantía de no repetición de las atrocidades, y plantearemos los desafíos que esas nuevas posibilidades imponen a las autoridades estatales encargadas de la aplicación de la ley, así como a las demás autoridades y a los miembros de la sociedad civil. Argumentaremos que, si bien con el fallo de la Corte mucho se avanzó en la protección legal de los derechos de las víctimas, la materialización

de esta protección dependerá, en la práctica, de un compromiso serio de las autoridades públicas y del ojo crítico de la sociedad civil y de la comunidad internacional.

I. El sentido general del fallo de la Corte: la admisión del principio de la justicia transicional para Colombia

Como lo planteamos en los capítulos 4 y 5 de este libro, antes de su revisión por parte de la Corte Constitucional, la Ley 975 de 2005 no era, en principio, una ley de impunidad. En efecto, como marco jurídico de las actuales negociaciones de paz entre el Gobierno y los grupos paramilitares, susceptible de servir de marco de negociaciones futuras con otros actores armados, esta ley pretendía equilibrar las exigencias, a veces mutuamente excluyentes, de justicia y paz, propias de todo proceso de justicia transicional. La ley buscaba entonces compensar los generosos beneficios penales concedidos a aquellos actores armados que cometieron crímenes atroces antes de su desmovilización con el reconocimiento de los derechos de las víctimas de dichos crímenes.

Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que los debates llevados a cabo en el seno del Congreso con miras a la expedición de ese marco jurídico terminaron por aceptar la inminencia de lograr un equilibrio entre la necesidad política de alcanzar una negociación de paz con los grupos paramilitares y las exigencias jurídicas nacionales e internacionales de protección de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. Así, en un principio se presentaron proyectos de ley radicales que pretendían establecer —utilizando la terminología del capítulo 1— o bien “perdones amnésicos” para los victimarios de crímenes atroces, tendientes a sacrificar los derechos de las víctimas en pro del éxito de las negociaciones de paz², o bien una “transición punitiva”, que no admi-

² Así sucedió con el primer proyecto de ley elaborado y luego retirado por el Gobierno, y con proyectos como el defendido por el congresista Carlos Moreno de Caro.

³ Éste era el caso del proyecto de ley defendido por la senadora Piedad Córdoba.

tía la concesión de ningún beneficio penal por concepto de tales crímenes³. No obstante, estos proyectos fueron prontamente relegados de la discusión legislativa, que reconoció la importancia de equilibrar las exigencias de justicia y paz sin anular una u otra y se centró en la discusión de dos proyectos de ley que, al menos en principio, reconocían dicha importancia⁴. La divergencia fundamental entre los defensores de cada proyecto se centraba en los dispositivos instrumentales que debía contener la ley para garantizar los derechos de las víctimas, derechos cuya protección era, en ambos casos, reconocida como imperativa.

Producto del debate legislativo, uno de esos proyectos de ley se convirtió en la actual ley de justicia y paz. Desde un comienzo, ésta fue arduamente criticada por los defensores del proyecto de ley alternativo y, posteriormente, por muchos sectores de la sociedad civil, porque no lograba lo que se proponía. Generosa en la declaración de principio sobre la garantía de los derechos de las víctimas, la ley no contenía los diseños institucionales adecuados para materializarla dicha garantía. Existía entonces una tensión no resuelta entre los principios enunciados y las limitaciones de los mecanismos previstos para realizarlos plenamente, que conllevaba a que

⁴ Estos dos proyectos fueron, de un lado, el proyecto de ley “(p)or 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”, presentado por los congresistas Rafael Pardo, Gina Parody, Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas; y, por otro lado, el proyecto, finalmente convertido en la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, presentado por los congresistas Mario Uribe, Claudia Blum, José Renán Trujillo, Luis Humberto Gómez, Ciro Ramírez, Germán Vargas, Roberto Camacho, Armando Benedetti, José Luis Arcila, Óscar Arboleda, Iván Díaz, Germán Varón, y respaldado por el Gobierno nacional.

las exigencias entre justicia y paz no se vieran equilibradas de manera apropiada (al respecto, ver el capítulo 5).

Fue precisamente a esta tensión a la que se enfrentó la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005. En buena medida, el debate constitucional reprodujo el debate legislativo en torno a la ley de justicia y paz. En particular se centró también en definir la mejor manera de equilibrar las exigencias de justicia y paz. Así, si bien hubo algunos magistrados que defendieron la tesis de que la ley debía ser declarada inexecutable en su totalidad, por no haber sido expedida según el procedimiento correspondiente⁵ o por afectar desproporcionadamente los derechos de las víctimas⁶, la Corte se dedicó a analizar en detalle si los mecanismos previstos en ella garantizaban efectivamente los derechos de las víctimas.

Sin duda, ello fue así porque, como el Congreso, la Corte Constitucional aceptó el principio general de la justicia transicional para Colombia y, en consecuencia, admitió como acorde con la Constitución la posibilidad de conceder generosas rebajas de pena a los actores armados que hayan cometido crímenes atroces con miras a promover su desmovilización, siempre y cuando vengan acompañadas de una garantía adecuada y suficiente de los derechos de las víctimas. Por eso, la Corte declaró la constitucionalidad general de la ley de justicia y paz, pero también la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de algunos de sus apartes, por consi-

⁵ Los magistrados que salvaron su voto por razones procedimentales fueron Jaime Araújo Rentería y Humberto Sierra Porto. Ellos basaron su disenso en que la ley debió haber sido tramitada como ley estatutaria y no como ley ordinaria, por regular derechos fundamentales de las víctimas. Además, Araújo alegó que el primer debate de la ley había demostrado irregularidades que conllevaban a su inconstitucionalidad y, en cuanto al fondo de la ley, añadió que la paz no podía lograrse a costa de la injusticia extrema (Corte Constitucional, Presidencia, 2006).

⁶ Por razones de fondo, el magistrado Alfredo Beltrán Sierra también salvó su voto, al considerar que las rebajas de penas consagradas en la ley son desproporcionadas, no son un mecanismo adecuado para lograr la paz y no permiten la protección de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas (Corte Constitucional, Presidencia, 2006).

derar que ciertos dispositivos instrumentales previstos en la ley no protegían adecuadamente los derechos de las víctimas. La Corte buscó así lograr un verdadero equilibrio entre la necesidad de paz y las exigencias de justicia, allí donde la ley parecía desequilibrar la balanza a favor de la primera y en detrimento de las segundas.

Todo parece indicar, entonces, que la Corte Constitucional profirió una decisión constitucionalmente apropiada, en la medida en que reconoció la competencia del legislador para diseñar los mecanismos propios de la justicia transicional, pero le impuso límites normativos basados en los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. La imposición de estos límites se explica porque la ley de justicia y paz respetaba estos derechos en su orientación política, pero no proveía los mecanismos necesarios para materializar su garantía y, por consiguiente, terminaba por dejarlos desprotegidos. Para evitar esta desprotección, la Corte se encargó de ponerle “dientes” a los dispositivos instrumentales de la Ley 975 de 2005, con miras a que sus generosas declaraciones de principio, referentes a la protección de los derechos de las víctimas, no quedaran en eso, en meras declaraciones de principio.

Los cambios que la Corte Constitucional introdujo a la ley de justicia y paz no son meramente tangenciales, sino que modifican de manera profunda muchos de sus aspectos más controversiales. De hecho, como lo afirma Rafael Pardo (2006), con las exclusiones y condicionamientos que la Corte efectuó al texto legal, éste se acerca más al proyecto de ley alternativo que, a lo largo del proceso de expedición de la ley en el Congreso, compitió con la finalmente vencedora ley de justicia y paz⁷. Este proyecto de ley se caracterizaba por abogar por una protección significativa de los derechos de las víctimas y por un desmonte de las estructuras de poder

⁷ La defensa de ese proyecto fue liderada por el senador Rafael Pardo (ver nota al pie 4), que hasta ese momento había apoyado las políticas del gobierno del presidente Álvaro Uribe, pero que, como consecuencia de los disensos que produjo la discusión sobre la ley de justicia y paz, se apartó considerablemente del Gobierno, por estimar que ésta no permitiría la protección adecuada de las víctimas ni el desmonte del paramilitarismo.

paramilitar, mientras que la ley de justicia y paz era, en palabras de José Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch (2006) para las Américas, “una burla a principios básicos de los derechos humanos y de rendición de cuentas” (Human Rights Watch, 2006).

Así las cosas, la Corte Constitucional avanzó cualitativamente en la protección de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, evaluando rigurosamente los mecanismos destinados a ese fin y ofreciéndoles así una luz de esperanza, que contrasta con el pesimismo y el desconsuelo que habían surgido con la promulgación de la ley. Al hacerlo, la Corte removió obstáculos importantes para que la aplicación de la ley pueda conducir a un verdadero desmonte de las estructuras de poder paramilitar y dio esperanzas sobre la posibilidad de que las atrocidades cometidas por los actores armados desmovilizados no vuelvan a repetirse. Ahora bien, estas consecuencias positivas podrán tener lugar efectivamente, al menos de manera parcial, sólo en la medida en que los nuevos retos de la implementación de la ley impuestos por la Corte sean superados satisfactoriamente por los actores encargados de ello y que, en ese sentido, los derechos de las víctimas sean realmente protegidos en la práctica.

Para comprender adecuadamente los cambios sufridos por la ley de justicia y paz como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional, es menester, aunque ello resulte engorroso, detenerse en los “detalles jurídicos”, pues son éstos los que en buena parte determinan el contenido y el alcance de una regulación tan específica y compleja. Por eso, en las siguientes tres secciones sintetizaremos los reparos que se erigían contra el texto inicial de la ley de justicia y paz respecto de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, respectivamente, así como las decisiones esenciales de la Corte tendientes a superar esos reparos; explicaremos minuciosamente el contenido técnico-jurídico y las dificultades concretas de cada una de tales

⁸ Aunque la Corte centró su fallo en la protección de los derechos de las víctimas, también tomó otras decisiones de gran importancia, tales como la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la ley, relativos respectivamente a la rebaja de penas a todos los condenados del país y a la determinación del paramilitarismo y la actividad guerrillera

decisiones, y reflexionaremos sobre las implicaciones jurídicas, políticas y filosóficas de las mismas⁸.

II. Los dientes del derecho a la justicia

Como lo señalamos en el capítulo 5, el derecho a la justicia, que se concreta en la existencia de la individualización, la captura, la condena y la imposición de un castigo efectivo a los victimarios de derechos humanos, fue reconocido por los principios de la ley de justicia y paz (artículos 1, 4 y 6), y pretendió ser garantizado mediante el establecimiento de una pena alternativa de mínimo cinco años y máximo ocho a todo aquel desmovilizado que hubiera perpetrado uno o varios de tales crímenes y que decidiera acogerse a los beneficios de la ley (artículo 30 de la ley).

Si bien el establecimiento de una pena mínima implicaba un avance en la protección del derecho a la justicia en tanto reconocía la existencia de un deber estatal de castigo, varios fueron los reparos a la implementación de dicha pena alternativa. En primer lugar, se criticó su levedad, pues permitir que la pena por crímenes atroces como el secuestro y las masacres – que generalmente dan lugar a una pena de 60 años – pudiese quedar reducida a apenas cinco años, no contribuía a eliminar los sentimientos de rencor y venganza de las víctimas y, en cambio, generaba el mensaje equívoco de que, en Colombia, las graves violaciones de derechos humanos no implican mayores consecuencias. En segundo lugar, se criticó que la ley permitiera una reducción adicional de la ya de por sí exigua pena mínima por concepto del tiempo (hasta de 18 meses) que los desmovilizados pasaran en la zona de concentración donde la negociación con el Gobierno ha tenido lugar (artículo 31 de la ley), zona que difícilmente puede equipararse a un establecimiento penitenciario. En tercer lugar, se criticó que esta generosa reducción de la pena y la consecuente flexibilización del derecho a la justicia no se vie-

como una forma del delito de sedición. Si bien estos temas, y en especial aquel que se refiere a la discusión sobre el carácter político del delito del paramilitarismo, son de gran importancia, por razones de espacio y del énfasis de este texto en los derechos de las víctimas, no serán tratados aquí.

ran compensadas de manera alguna por una garantía más estricta de los derechos a la verdad y a la reparación.

La decisión de la Corte Constitucional en materia del derecho a la justicia reaccionó a buena parte de las críticas antes mencionadas y, en esencia, avaló y consideró justificada la rebaja de penas establecida en la ley de justicia y paz, pero estableció algunas limitaciones a las implicaciones simbólicas y prácticas de la misma. Así, de un lado, la Corte recuperó la dimensión simbólica de la pena principal y, en consecuencia, declaró que era imperativo mantener en la sentencia proferida contra los desmovilizados la condena ordinaria que, de acuerdo con el Código Penal, les correspondería por concepto de los crímenes atroces cometidos, a pesar de que efectivamente éstos sólo terminarían cumpliendo la pena alternativa. Los beneficiarios de la ley de justicia y paz podrán acumular las penas de los diversos crímenes cometidos y podrán cumplir una pena efectiva máxima de ocho años por concepto de todos ellos, pero el juez que decida su caso tendrá que condenarlos a una pena principal, correspondiente a la pena ordinaria que hubieran recibido en caso de no ser beneficiarios de la ley, o que recibirán si incumplen alguno de los requisitos previstos en ella. De otro lado, la Corte salvaguardó la importancia de un cumplimiento efectivo de la pena mínima de cinco años en un establecimiento penitenciario ordinario, prohibiendo que de ésta pueda descontarse el tiempo pasado por los paramilitares en la zona de concentración.

La primera decisión veró sobre el inciso 2 del artículo 20 de la ley, que admitía la acumulación jurídica de penas por los crímenes por los que los desmovilizados ya han sido condenados con aquéllas por los que sean condenados como resultado del procedimiento estipulado en la ley, pero que establecía que la pena alternativa por concepto de dicha acumulación nunca podría exceder los ocho años. La Corte declaró inconstitucional esta última prohibición, decisión que generó gran controversia tras su anuncio en el primer comunicado de prensa (Corte Constitucional, Presidencia, 2006), pues dio la impresión de que implicaba que la pena alternativa no podría aplicarse a las condenas judiciales por delitos atroces ya proferidas en contra de paramilitares desmovilizados y que, en consecuencia, éstos tendrían que pagar la pena ordinaria por dichas condenas. Esto porque, según

los medios de comunicación, en la explicación de dicho comunicado de prensa, el Presidente de la Corte Constitucional Jaime Córdoba Triviño declaró:

Si antes del proceso de paz (...) alguien fue condenado por un delito como homicidio de persona protegida (por ejemplo, miembros de grupos étnicos) y recibe una pena de 40 años, y con posterioridad se somete a la Ley de Justicia y Paz y confiesa otros de sus delitos, y recibe una condena de cinco años, esa persona pagará una pena efectiva de 45 años. (*El Tiempo*, 2006)

Esta declaración generó inicialmente reacciones agresivas por parte de los paramilitares desmovilizados⁹, pero fue aclarada al día siguiente por el Presidente de la Corte a través de un segundo comunicado de prensa (Corte Constitucional, Presidencia, 2006a), en el que se precisó que la pena alternativa de mínimo cinco y máximo ocho años, sí podrá aplicarse en los casos de acumulación de condenas previas y posteriores a la ley de justicia y paz, pero que ello no obsta para que la condena judicial que se imponga en cualquiera de los casos sea la que normalmente resultaría de la aplicación de la normativa penal ordinaria.

A pesar de que algunos consideraron que la Corte se retractó (tal vez por temor ante la reacción de los paramilitares) de su decisión inicial mediante este segundo comunicado de prensa, todo indica que, a pesar del desafortunado ejemplo utilizado por el Presidente de la Corte para ilustrar la decisión, lo que ésta buscó fue distinguir entre la pena a la que el desmovilizado será condenado por concepto de los diferentes crímenes cometidos y acumulados —que podrá ascender a 70 años— y la pena alternativa que efectivamente cumplirá por el hecho de acceder a los beneficios consagrados en la ley de justicia y paz, la cual no podrá ser superior a ocho años. Por tanto, es evidente que la interpretación del segundo comunicado de prensa de la Corte Constitucional en esta materia como un acto de arrepentimiento con respecto a su decisión inicial no tiene fundamento por las siguientes razones: de un lado, porque los textos de los dos comunicados

⁹ Así, por ejemplo, el ex vocero del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia, alias Ernesto Báez, declaró: “La ley fue privada de los elementos sustanciales, le retiraron los instrumentos que habían hecho medianamente atractiva la negociación” (*El Tiempo*, 2006a).

de prensa no parecen distinguirse mucho el uno del otro en ese tema específico y, de otro, porque la interpretación inicial del primero conlleva a una decisión contraria al espíritu general de la ley y al principio de justicia transicional allí consagrado, avalado por la Corte a lo largo de la sentencia. Esta interpretación errada de la decisión de la Corte pudo estar relacionada con problemas de ambigüedad en la formulación del primer —y aun del segundo— comunicado de prensa y con el hecho mismo de que este tipo de comunicados se emitan sin que el texto de la sentencia esté aún redactado.

La decisión de la Corte en esta materia implica más bien la consideración de un tema altamente complejo en lo que se refiere a la técnica jurídica y a la dogmática penal, pues parece interpretar —manteniendo sin embargo algún grado de imprecisión conceptual en el texto de la ley— la noción de pena alternativa contenida en la ley más como un subrogado penal que como una pena alternativa propiamente dicha. Esto es así porque, según la dogmática penal, la noción de pena alternativa hace referencia a la sustitución de la pena principal por una más benéfica en el evento de que se cumplan una serie de requisitos (*ex ante*), lo que implica la extinción de la pena principal y excluye, por tanto, la posibilidad de que el condenado pierda el beneficio de la pena alternativa con posterioridad a su imposición. En contraste, la noción de subrogado penal consiste en el mantenimiento de la pena principal, admitiendo la posibilidad de que, en caso de cumplirse unos requisitos determinados (*ex ante*) y de no cometer posteriormente algún acto que implique la pérdida del beneficio (*ex post*), pueda aplicarse una pena efectiva distinta y menos onerosa.

Lo que se deduce de la decisión de la Corte y de ciertos apartes de la Ley 975 es que su texto incurre en un error técnico-jurídico, al darle a un subrogado penal el nombre de pena alternativa. En efecto, de acuerdo con la decisión de la Corte, frente a los crímenes cometidos por un desmovilizado, hayan éstos recibido o no condena, el juez tendrá que proferir una condena por concepto de una pena principal que las acumule todas, que no será reemplazada por la pena alternativa, sino que su cumplimiento se verá suspendido mientras ésta (que en realidad parece ser un subrogado penal) sea cumplida. Esto se ve reforzado por el hecho de que

¹⁰ En el texto original de la ley se trataba únicamente de la reincidencia en las

el artículo 29 de la ley dispone que, una vez cumplida la pena alternativa, el desmovilizado será beneficiario de la libertad a prueba por un término equivalente a la mitad de la pena alternativa, y que la pena principal sólo se declarará extinguida cuando, transcurrido este término, se verifique que el desmovilizado no ha reincidido en conductas delictivas¹⁰ y ha cumplido con todos los requisitos de la libertad condicional. Más aún, en caso de no cumplir con las anteriores condiciones, el juez estará obligado no sólo a revocar la libertad a prueba, sino a exigir el cumplimiento de la pena principal.

Así las cosas, creemos que, tras la decisión de la Corte, la pena alternativa prevista en la Ley 975 debería ser interpretada como un subrogado penal, esto es, como una pena efectiva que se cumple en lugar de la pena principal, sin que ésta se vea extinguida y conservando la posibilidad de que se aplique en los casos en los que el desmovilizado no cumpla con los requisitos exigidos para acceder a ella (*ex ante*) y para mantener el beneficio (*ex post*). Dado que la decisión de la Corte da bases importantes para defender esta interpretación, hubiera sido conveniente que la distinción entre pena alternativa y subrogado penal hubiese sido hecha explícitamente en los comunicados de prensa. Es posible que la ausencia de una distinción clara en este sentido haya contribuido a que la decisión de la Corte al respecto consistiera en la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión del inciso 2 del artículo 20, según la cual la pena alternativa no puede exceder nunca los ocho años. En efecto, dado que esta disposición se refería a la pena alternativa y no a la pena principal, no es del todo claro por qué la Corte declaró su inconstitucionalidad, cuando ella misma admitió que la pena alternativa sí puede tener un tope máximo de ocho años. La orientación filosófica de la decisión de la Corte, consistente en la importancia simbólica de la pena principal, es válida y sólida. Sin embargo, una conceptualización rigurosa de la pena alternativa como subrogado penal hubiera sido más técnica jurídicamente y hubiera evitado la confusión de la opinión pública. Ello habría podido conducir, por ejemplo, a una declaratoria de la exequibilidad

conductas delictivas por las cuales fuera condenado el desmovilizado, pero la Corte declaró inexecutable esta restricción e hizo extensible el requisito a cualquier hecho punible.

condicionada de la interpretación de la norma, que implicara hacer la distinción entre la pena principal (que puede exceder los ocho años) y la pena alternativa, o mejor, el subrogado penal (que nunca puede exceder los ocho años).

Sea como fuere, una cosa está clara, y es que con la decisión de exigir que, a pesar de que haya lugar a la aplicación de una pena efectiva muy inferior, el juez profiera las condenas ordinarias a que haya lugar por concepto de los crímenes atroces cometidos por los desmovilizados como pena principal, la Corte hizo evidente la importancia simbólica que tiene, tanto para el derecho de las víctimas a la justicia como para garantizar la no repetición de actos atroces, que las autoridades judiciales reconozcan la gravedad de los crímenes cometidos profiriendo la condena que normalmente procedería, aunque ésta no termine siendo cumplida. Esto permite que tanto a la víctima y al victimario, como a la sociedad en general, les quede claro que el victimario cometió un crimen de lesa humanidad que es reprochado por el Estado.

Más allá de esta importante dimensión simbólica de la decisión de la Corte, también tiene un alcance práctico indudable. La condena del desmovilizado con base en las penas de la normativa penal ordinaria permite que, en el evento en que éste no cumpla los requisitos exigidos para acceder al beneficio de la pena reducida, así como para mantenerlo aún después de concedida la libertad a prueba, la pena principal podrá serle efectivamente aplicada. Esto genera un importante incentivo para que los desmovilizados cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley que, como se verá más adelante, en lo referente a los derechos a la verdad y a la reparación se han tornado bastante exigentes tras la sentencia de la Corte. También genera un gran incentivo para que los desmovilizados no incurran en conductas delictivas en su libertad a prueba, lo que puede contribuir a la garantía de no repetición de los crímenes cometidos por ellos.

Además de estos incentivos, la decisión de la Corte deja en claro a las víctimas y a la sociedad en general que los desmovilizados sólo podrán acceder a los generosos beneficios penales contenidos en la ley, si cumplen con todos y cada uno de los requisitos allí previstos, en su mayoría destinados a garantizar los derechos a la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. De esa forma, la Corte lanza un mensaje contundente en el sentido de que el derecho a la justicia sólo puede ser flexibilizado tanto como lo es

en la ley, en la medida y sólo en la medida en que los desmovilizados contribuyan a la protección de los derechos de sus víctimas y, con ello, a la reconstrucción del tejido social y a la reconciliación nacional.

A este mensaje de la Corte se une la segunda decisión que profirió respecto del derecho a la justicia. Ésta consiste en la defensa del cumplimiento efectivo de la pena alternativa mínima en un establecimiento penitenciario de reclusión ordinario, a través de la indicación de que bajo ninguna circunstancia puede ser inferior a cinco años, y de la consecuente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 31 de la Ley 975 de 2005, que permitía la reducción de la pena alternativa por concepto del tiempo de estadía de los desmovilizados en la zona de concentración.

Si bien con esta decisión los desmovilizados podrán recibir aún una pena bastante reducida (de cinco años), la declaración de principio de la Corte según la cual la pena mínima no puede verse reducida por ningún concepto es fundamental, pues impone un límite claro a la posibilidad de flexibilizar el derecho a la justicia a través de la reducción de penas. Más aún, a este límite se añade el que la Corte exija que dicha pena tenga que ser cumplida en una institución penitenciaria ordinaria, y que la detención que allí tenga lugar esté sometida (según el condicionamiento hecho por la Corte al artículo 30 de la ley) a todas las normas sobre el jurídico penitenciario. Esta exigencia demuestra un interés de la Corte por dejar en claro que, mientras los desmovilizados cumplan su pena, estarán en igualdad de condiciones respecto del resto de condenados de este país, y que lo único que los distingue de ellos son los beneficios de reducción de pena a los que tienen derecho por formar parte de un proceso transicional de negociación de la paz.

Ahora bien, dado que hubo un periodo de varios meses entre la promulgación de la ley de justicia y paz y la sentencia de la Corte, en los cuales muchos paramilitares se desmovilizaron y se encuentran hace algún tiempo en la zona de concentración, ya han empezado a surgir dudas sobre la posibilidad de aplicar retroactivamente a esta situación la ley sin dicha disposición. Éste es un tema frente al cual hay dos posibles posturas. De una parte está aquella defendida por el Gobierno, según la cual la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal impide que la declaratoria de

inconstitucionalidad del artículo 31 de la ley se aplique a los paramilitares que ya se han desmovilizado y que permanecen en la zona de concentración. En esos casos existe una situación consolidada generadora de los derechos que se derivaban de la ley de justicia y paz antes de su revisión por la Corte, revisión que por lo demás no suspende o impide la aplicación del principio de favorabilidad penal. De otra parte está la posición de quienes, como Rafael Pardo (2006), afirman que en estos casos no es posible hablar de situaciones consolidadas, dado que la ley no ha empezado aún a aplicarse —la lista de potenciales beneficiarios que, según el artículo 10 de la ley, debe entregar el Gobierno a la Fiscalía para que ello suceda no ha llegado aún a manos de ésta—. Al parecer, la Corte no trató este tema en la sentencia, o al menos no se refirió a ello en los comunicados de prensa que profirió. Dado que se trata de un tema delicado y de gran importancia para determinar la eficacia que tendrá la decisión de la Corte en esta materia, es importante esperar a que la Corte produzca el texto completo de la sentencia para establecer si se refiere a ello de alguna manera, con miras a evitar conclusiones apresuradas al respecto.

En conclusión, con las decisiones de la Corte en materia del derecho a la justicia que fueron analizadas, la protección de este derecho fue ampliada de manera importante. Aunque se admite el principio de una reducción significativa de la pena de los crímenes atroces cometidos por miembros de grupos armados que decidan desmovilizarse, dicho principio tiene límites claros, que residen en la existencia de un deber estatal de castigar efectivamente a los responsables de crímenes atroces. Este deber se manifiesta en la existencia de una condena que reconoce la atrocidad de dichos crímenes y en la permanencia de una pena principal que puede ser aplicada en el evento en que los requisitos de la ley no se cumplan, así como en la existencia de un tope mínimo a la pena alternativa, que debe ser efectivamente cumplida en un establecimiento penitenciario ordinario, y cuyo cumplimiento no puede reducirse o condicionarse de forma alguna. A estos límites se añaden las importantes exigencias que la Corte hizo en relación con la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas que, como se verá a continuación, sirven también para compensar y justificar la reducción generosa de penas prevista en la ley de justicia y paz.

III. Los dientes del derecho a la verdad

Como lo señalamos en los capítulos 4 y 5, una de las mayores limitaciones de la ley de justicia y paz consistía en la ausencia de la exigencia de una confesión plena y fidedigna de todos los crímenes cometidos por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios penales allí previstos. Sin una exigencia como ésta, difícilmente podrían las víctimas y la sociedad en general conocer la verdad de lo ocurrido antes de la desmovilización de los actores armados, dada la precariedad del aparato investigativo colombiano. A esta limitación se añadía que la Ley 975 hubiera previsto términos demasiado cortos (de apenas 60 días) para que la Fiscalía General de la Nación, en conjunto con los organismos de policía judicial, investigara los crímenes cometidos por los desmovilizados. La Fiscalía tiene muy poca información acerca de estos crímenes, y ésta no se encuentra organizada sistemáticamente en función de los grupos armados que los han cometido. Además, dicha información difícilmente podría verse complementada por las versiones libres de los desmovilizados, que no tenían la obligación de decir la verdad al respecto. Estas limitaciones hubieran tenido sin duda graves implicaciones tanto en los derechos individuales de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido, como en el derecho colectivo de la sociedad a la reconstrucción histórica de la verdad con fines de reconciliación nacional.

Esta limitación del derecho a la verdad en sus dos dimensiones (individual y colectiva) fue corregida significativamente por la Corte Constitucional a través de varias decisiones, tendientes todas ellas, de un lado, a volver obligatoria la confesión plena y fidedigna de todos los crímenes perpetrados por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios consagrados en la ley y para mantenerlos; y de otro lado, a garantizar que la Fiscalía General de la Nación cuente con el tiempo necesario para investigar la comisión de dichos crímenes y de los demás que no sean confesados por los desmovilizados.

En lo que se refiere a la obligación de la confesión plena, fidedigna y completa de los crímenes cometidos por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios de la ley de justicia y paz, la Corte tomó una serie de decisiones que tienen el propósito de garantizar que, sin dicha confesión, los desmovilizados tendrán que cumplir la pena ordinaria que la ley pe-

nal establece para esos crímenes, y perderán por tanto el beneficio de la pena alternativa en cualquier momento del proceso penal que se siga en su contra.

Así, de una parte, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 17 de la ley —relativo a la versión libre que todo desmovilizado tendrá que rendir como primer paso de dicho proceso penal— a que tal versión libre sea “completa y veraz”. Ello significa que para acceder a los beneficios de la pena alternativa, el desmovilizado tendrá que confesar todos y cada uno de los delitos cometidos, pues de no ser así los perderá.

De otra parte, la Corte declaró inconstitucional el aparte del artículo 25 de la ley que permitía que un desmovilizado que hubiere omitido revelar en su versión libre algunos crímenes de su autoría o participación pudiera acceder a la pena alternativa y a la acumulación de penas, en el evento de que la Fiscalía le imputara esos nuevos cargos y el desmovilizado accediera a aceptar su comisión. Esto implica que, en esos eventos, la admisión posterior por parte del desmovilizado de los crímenes no confesados en la versión libre inicial, no dará lugar a la aplicación de la pena alternativa ni a la acumulación de ésta con las penas a las que sea condenado por estos nuevos crímenes descubiertos.

Igualmente, la Corte condicionó la posibilidad (prevista en el artículo 29 de la ley) de conceder al desmovilizado —una vez cumplida la pena alternativa— la libertad a prueba, a que no se compruebe que éste omitió confesar en la versión libre su participación en un crimen, caso en el cual se revocará el beneficio y el desmovilizado tendrá que cumplir la pena inicialmente determinada. Esto significa que, sin importar el momento procesal en el que se encuentre y aun habiendo cumplido ya la pena alternativa, el desmovilizado corre siempre el riesgo de perder los beneficios penales previstos en la ley, si omite confesar alguno de los crímenes en cuya comisión participó.

Todas las anteriores decisiones de la Corte relativas a la exigencia de una confesión plena y fidedigna, a la prohibición de conceder la pena alternativa por concepto de crímenes cuya confesión se omite y a la pérdida del beneficio de la pena alternativa y de la libertad a prueba en caso de que esa omisión se constate, amplían en mucho el espectro de protección del derecho de las víctimas a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lu-

gar en las que esos crímenes fueron cometidos, y de la sociedad en general a acceder a un relato histórico sobre lo ocurrido, con base en el cual sea posible elucidar las razones por las cuales dichos crímenes fueron cometidos, y las estructuras criminales que sirvieron de apoyo a su comisión. En efecto, dichas decisiones establecen una obligación clara e ineludible de parte de los desmovilizados de confesar plena y fidedignamente esos crímenes, y dotan a las autoridades encargadas de verificar su cumplimiento de una herramienta muy eficaz, cual es la competencia para retirar los beneficios penales consagrados en la ley a todos aquellos desmovilizados que no cumplan con dicha obligación. En ese sentido, la confesión se convierte en una obligación cuyo incumplimiento acarrea una sanción y existe, por ende, un importante incentivo para que los desmovilizados confiesen todos sus crímenes. Esta confesión, por lo demás, facilitará enormemente la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación con respecto a los crímenes confesados, pues ésta podrá partir de hechos ciertos sobre los mismos y no dependerá únicamente de la precaria información que hasta el momento tiene en sus manos.

De otra parte, además de la ventaja con la que contará la Fiscalía para dar comienzo a sus investigaciones respecto de los crímenes cometidos por los desmovilizados, esta entidad contará con términos más amplios para llevar a cabo dichas investigaciones. Esto es así porque la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición según la cual, tras la rendición de la versión libre por parte del sindicado, la Fiscalía tenía que poner al desmovilizado a disposición del juez de control de garantías de manera inmediata, y solicitar la realización de la audiencia de formulación de imputación en las 36 horas siguientes (inciso 4 del artículo 17 de la ley). En concepto de la Corte, la Fiscalía sólo estará obligada a poner al desmovilizado a disposición del juez de garantías y a solicitar la realización de la audiencia de formulación de la imputación después de haber elaborado y desarrollado cabalmente, en conjunto con la Policía Judicial, un programa metodológico tendiente a comprobar la veracidad de los hechos confesa-

¹¹ Previsto en el inciso 3 del artículo 17 de la Ley 975 y que coincide con aquel previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

dos en la versión libre y de todos los demás de los cuales tenga conocimiento¹¹. Basado en la información con la que cuenta la Fiscalía en el momento de su elaboración, un programa metodológico de esa naturaleza contiene por lo general la definición de los objetivos de la investigación, la determinación de las tareas que deben ser adelantadas para alcanzarlos, y los procedimientos de control de tales tareas, entre otras cosas. Dentro de las actividades que deberá ordenar la Fiscalía con el fin de dar desarrollo al programa metodológico, se encuentran todas “las que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas” (artículo 207 del Código de Procedimiento Penal).

Así pues, la decisión de la Corte consistente en ampliar el término que debe transcurrir entre la versión libre del desmovilizado y la solicitud de la audiencia de formulación de la imputación y en exigir que en dicho lapso de tiempo la Fiscalía elabore y desarrolle un programa metodológico de investigación es de enorme importancia para que ésta pueda, en efecto, acudir a la audiencia con la información suficiente para imputarle al desmovilizado los cargos investigados de los que pueda inferirse razonablemente su autoría y participación (artículo 18, incisos 1 y 2 de la ley).

Sin esta decisión de la Corte, la Fiscalía sólo hubiera contado con un poco más de 36 horas para solicitar la realización de dicha audiencia, tiempo excesivamente corto para que esta entidad pudiera planear el desarrollo de la investigación a seguir. Ahora, en cambio, el vencimiento de este término dependerá de que la Fiscalía concluya cabalmente el desarrollo de su plan metodológico de investigación —término que obviamente no podrá exceder los criterios de necesidad y razonabilidad establecidos por la jurisprudencia nacional e internacional (al respecto, ver el capítulo 5)— y pueda, por consiguiente, solicitar la realización de la audiencia de formulación de la imputación.

Una vez solicitada esta audiencia y realizada la audiencia preliminar de formulación de la imputación, en la que podrá solicitar al juez de control de garantías que disponga su detención preventiva y ordene medidas

cautelares sobre los bienes entregados por el desmovilizado, la Fiscalía contará con 60 días adicionales para adelantar la investigación planeada en el programa metodológico y para solicitar la realización de la audiencia definitiva de formulación de cargos (artículo 18, incisos 1 y 2 de la ley). Sin embargo, en atención a lo establecido en el decreto reglamentario de la ley de justicia y paz (Decreto 4760 de 2005), la Fiscalía podrá solicitar al juez de control de garantías la ampliación de este término hasta por el doble (esto es, por 120 días), de conformidad con lo establecido en el artículo 158 del Código de Procedimiento Penal.

En conclusión, la Fiscalía contará ahora con términos razonables para adelantar la investigación de los crímenes confesados por los desmovilizados y de todos aquellos de los que adicionalmente tenga conocimiento. Lo anterior, aunado a la exigencia de la confesión plena y fidedigna de dichos crímenes como condición para que los desmovilizados accedan a los beneficios de la ley de justicia y paz, sin duda remueve uno de los principales obstáculos que tenía esa ley para que tales los crímenes puedan ser esclarecidos y, como tal, el derecho a la verdad pueda ser protegido en los procesos judiciales.

IV. Los dientes del derecho a la reparación

Como se señaló también en el capítulo 5 de este libro, la ley de justicia y paz imponía importantes restricciones al derecho de las víctimas de crímenes atroces a obtener una reparación integral, al no imponer al desmovilizado la obligación de confesar plena y fidedignamente los bienes de su propiedad con los cuales habría de reparar a sus víctimas, al restringir la fuente de esta reparación a los bienes adquiridos ilícitamente y al limitar dicha reparación a los bienes que efectivamente tuviera al momento de iniciarse el proceso. A estas limitaciones del derecho a la reparación se sumaban aquellas que definían la noción de víctima de manera demasiado restrictiva, al limitarla a las víctimas directas de un daño infringido por un miembro de un grupo armado ilegal, a los cónyuges o compañeros permanentes y a los familiares en primer grado de consanguinidad de las víctimas asesinadas o desaparecidas también por un actor armado ilegal. Esta definición restrictiva era muy criticada por no incluir a las víctimas del aparato es-

tatal y por desconocer el concepto de víctima contenido en el derecho internacional humanitario. Así mismo, limitaban el derecho a la reparación aquellas disposiciones de la Ley 975 que restringían la participación de las víctimas en los procesos judiciales al incidente de reparación. Todas estas restricciones vulneraban seriamente el derecho a la reparación integral de las víctimas, pues lo condicionaban a la buena voluntad de los desmovilizados de entregar los bienes que a bien tuvieran para efectos de su reparación, lo limitaban a quienes cupieran en la definición estrecha de víctima prevista en la ley y reducían la posibilidad de recibir la reparación a que las víctimas interpusieran un incidente de reparación para esos efectos.

Nuevamente, mediante una serie de decisiones, la Corte eliminó en buena parte dichas restricciones y, al hacerlo, le concedió una mayor trascendencia a este derecho. En efecto, de un lado, la Corte amplió el contenido y el alcance del derecho a la reparación, pues determinó que la confesión plena y fidedigna de los crímenes cometidos implica también la confesión de todos los bienes en tenencia de los desmovilizados, e indicó que la entrega de todos esos bienes es condición necesaria para acceder a los beneficios de la ley de justicia y paz. Así mismo, la Corte estableció que el derecho a la reparación recaerá sobre los bienes tanto lícitos como ilícitos de los desmovilizados colectivamente y especificó que la obligación de entregar los bienes ilícitos no estará condicionada a que los desmovilizados no se hayan deshecho de tales bienes al momento de iniciarse el proceso judicial. Por otro lado, la Corte fijó la obligación de que los miembros del grupo armado en proceso de desmovilización respondan solidariamente por la reparación de aquellas víctimas cuyos victimarios no puedan ser individualizados. Finalmente, admitió la posibilidad de que la reparación decretada judicialmente pueda tener lugar con independencia de que el Presupuesto Nacional haya asignado partidas para ese propósito. De otro lado, la Corte extendió la noción de víctima a otros posibles afectados por los crímenes atroces cometidos por los paramilitares y garantizó un mayor acceso de las víctimas a los procesos judiciales.

Así, en lo que se refiere a la ampliación del contenido y el alcance del derecho a la reparación, en primer lugar, la Corte estableció como requisito para acceder a los beneficios penales consagrados en la ley de justi-

cia y paz la indicación, como parte de la confesión plena y fidedigna, de todos los bienes que serán entregados para la reparación de las víctimas.

En segundo lugar, la Corte condicionó el acceso de los desmovilizados a los beneficios previstos en la ley de justicia y paz a la entrega efectiva de los bienes indicados en la versión libre, tanto en el caso de la desmovilización colectiva (numeral 2 del artículo 10 de la ley), como en aquel de la desmovilización individual (numeral 5 del artículo 11 de la ley).

En tercer lugar, la Corte estipuló que la entrega de bienes por parte de los desmovilizados colectivamente, como es el caso de la gran mayoría de paramilitares, no puede restringirse a los bienes de procedencia ilícita, sino que debe incluir todo el patrimonio (de origen tanto lícito como ilícito) de los desmovilizados colectivamente. Esto se explica si se tiene en cuenta que, de lo contrario, el acto de reparación se confundiría con la acción de extinción de dominio y quedaría por tanto injustificadamente exceptuado de la regla de derecho civil de acuerdo con la cual quien causa un daño está obligado a repararlo con la totalidad de su patrimonio, que es prenda general del acreedor. Además, esta decisión de la Corte se explica también por el hecho de que, en los casos de los bienes que se han apropiado los desmovilizados utilizando medios ilegales y coercitivos —como ha sucedido con muchas de las tierras expropiadas a sangre y fuego en este país—, no se entendería cómo podría repararse a la víctima simplemente haciéndole entrega de algo que le pertenece. Por último, esta decisión es importante pues descarga al Estado de la difícil obligación de probar el origen ilícito de los bienes de los desmovilizados, con miras a incluirlos como fuente de reparación de las víctimas.

En cuarto lugar, la Corte declaró que era inconstitucional restringir la competencia del juez de garantías para imponer medidas cautelares sobre los bienes de los desmovilizados tanto en la audiencia preliminar (numeral 4 del artículo 13 de la ley) como en la audiencia de formulación de la imputación (inciso 2 del artículo 18 de la ley) a aquellos bienes de procedencia ilícita. En ese sentido, la Corte amplió dicha competencia a todos los bienes de propiedad de los desmovilizados y, nuevamente, descargó al Estado del deber de probar su origen ilícito para poder ejercer las medidas cautelares.

En quinto lugar, en el caso de los desmovilizados individualmente, la Corte determinó que la entrega de los bienes ilícitos como requisito para acceder a los beneficios de la ley de justicia y paz no puede depender de que éstos dispongan de dichos bienes al momento del proceso judicial, lo cual significa que el hecho de haberse deshecho de los mismos no los exonerará de la responsabilidad de haberlos adquirido ilícitamente. Así, la indicación que deberán realizar los desmovilizados en la versión libre de los bienes que entregarán para efectos de la reparación de sus víctimas (consagrada en el artículo 17 de la ley) no podrá excluir aquellos bienes de los cuales se hayan deshecho y no se encuentren en su patrimonio al momento de la versión libre. Esta decisión implica no sólo que si se prueba que los desmovilizados no indicaron la existencia de estos bienes, posiblemente podrán perder los beneficios de la ley, sino que además en principio el Estado no tendrá la carga de probar, en cada caso, si los desmovilizados tienen o no bienes para reparar a sus víctimas, pues será obligación suya identificar esos bienes para no perder los beneficios penales de la ley.

En sexto lugar, la Corte aplicó también esta última regla para declarar inconstitucional el aparte del artículo 46 de la ley que condicionaba la obligación de los desmovilizados de devolver los bienes ilícitamente apropiados a que ello fuera posible. Esto significa que, en todos los casos, los desmovilizados estarán obligados a devolver esos bienes, con independencia de que se hayan deshecho de ellos o se encuentren en manos de terceros.

En séptimo lugar, esa regla también fue aplicada por la Corte para levantar la restricción prevista en el inciso segundo del artículo 44 de la ley, según la cual, para acceder al beneficio de la libertad a prueba una vez cumplida la pena alternativa, el desmovilizado tendría que proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes destinados a esta acción, en el evento de tenerlos. Así, de nuevo, la Corte impidió que la provisión de dichos bienes dependa de que los desmovilizados los tengan en ese momento del proceso y de que el Estado pueda probar que ello es así.

En octavo lugar, la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 54 de la ley, que prevé la creación del Fondo para la Reparación de las Víctimas —constituido por los bienes entregados por los desmovilizados, por recursos del presupuesto nacional y por donaciones—, al especificar que

todos los miembros del grupo armado en proceso de desmovilización están obligados no solamente a responder con la totalidad de su patrimonio por los daños y perjuicios causados a las víctimas de sus crímenes, sino también a responder solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas de los crímenes cometidos por otros miembros de su grupo armado. Esta decisión es de particular relevancia, si se tiene en cuenta que, en aquellos casos en los que el victimario de un crimen atroz no pueda ser individualizado, los demás miembros del grupo armado deberán responder solidariamente por la reparación de las víctimas, cosa que sin duda fortalecerá el derecho a la reparación de estas últimas (*El Tiempo*, 2006a).

Finalmente, la Corte declaró inconstitucional la disposición de la ley (numeral 1 del artículo 56) según la cual la obligación de la Red de Solidaridad Social de liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales en favor de las víctimas estaba limitada a las autorizaciones contenidas en el Presupuesto Nacional, disponiendo entonces que dichas indemnizaciones decretadas judicialmente no podrán dejar de ser pagadas por el Fondo para la Reparación de las Víctimas por el hecho de que el Presupuesto Nacional no las haya incluido como partidas.

Con todas las decisiones anteriormente mencionadas, la Corte Constitucional le puso unos dientes importantes al derecho a la reparación, que no sólo ampliarán la posibilidad de que las víctimas sean reparadas en sus daños tanto materiales como morales, sino que dan pie para que las estructuras de poder económico paramilitar puedan comenzar a desmontarse. Aunadas a las demás decisiones de la Corte relativas a los derechos a la justicia y a la verdad, estas modificaciones del derecho a la reparación amplían de manera importante el espectro de protección de las víctimas de crímenes atroces y sientan —como se verá más adelante— una base sólida para que la ley de justicia y paz sea implementada con el objetivo principal de desmontar las estructuras de poder paramilitar y de lograr la garantía de no repetición de las atrocidades cometidas por éste. La amplitud del espectro de protección de las víctimas lograda por las decisiones antes reseñadas se ve fortalecida por las decisiones de la Corte en materia del alcance de la noción de víctima y del derecho a la participación de las víctimas a lo largo del proceso penal.

En efecto, en lo que se refiere a la noción de víctima consagrada en la Ley 975 de 2005 y a los mecanismos allí dispuestos para su participación, la decisión de la Corte implicó dos avances importantes. De un lado, declaró la constitucionalidad de la definición de víctima contenida en el artículo 5 de la ley que, además de no incluir a las víctimas del aparato estatal sino tan sólo a aquellas de los actores armados ilegales, la limita a las víctimas directas de un daño, a los cónyuges o compañeros permanentes y a los familiares en primer grado de consanguinidad de las víctimas asesinadas o desaparecidas. Sin embargo, la Corte admitió la constitucionalidad de esta definición y aclaró que, a lo largo de la ley, ésta debe entenderse como una presunción de la condición de víctima, que de ninguna manera excluye que otros familiares de las víctimas directas puedan ser considerados también víctimas de un daño en cada caso concreto. Esta decisión amplía, sin duda, la noción de víctima, y la hace compatible con las normas de derecho internacional humanitario sobre la materia, lo que permite que muchos de los afectados por el conflicto armado colombiano puedan participar en los procesos penales que se adelanten contra sus victimarios.

De otro lado, la Corte estableció expresamente que, desde el comienzo del proceso penal, las víctimas podrán conocer el expediente con miras a garantizar sus derechos, cosa que no aparecía en el texto inicial de la ley como condición para facilitar su acceso a la administración de justicia (artículo 37 de la ley). Con esta garantía, las víctimas podrán participar en los procesos penales desde un comienzo y, en consecuencia, tendrán la posibilidad de solicitar las pruebas que consideren pertinentes y de intervenir en las distintas instancias procesales para reclamar la aplicación de las medidas de reparación, satisfacción, reestablecimiento y garantías de no repetición previstas en la ley. Así, las víctimas dejarán de tener un rol tan marginal en el proceso como el que tenían en virtud de la Ley 975, y su voz podrá ser escuchada en alguna medida, lo que sin duda contribuirá a que su derecho a la reparación no se vea vulnerado.

Ahora bien, lo anterior no resuelve todos los problemas de la ley en lo referente a la participación de las víctimas en los procesos que se adelanten contra sus victimarios. Al parecer, la Corte no dispuso nada acerca de la importancia de establecer mecanismos de representación de las víctimas,

susceptibles de lograr un equilibrio de fuerzas entre éstas y los victimarios en la ley. Además, la Corte declaró la constitucionalidad de la disposición legal que exige la interposición de un incidente de reparación y la realización de una audiencia de conciliación como condiciones para que las víctimas accedan a la reparación de sus daños (artículo 23 de la ley). Estas condiciones podrían desincentivar a muchas víctimas a reclamar reparaciones, salvo que se adelanten políticas destinadas a garantizar su adecuada representación y participación.

Como quiera que sea, es evidente que con las exigencias hechas por la Corte en materia de la consideración más amplia de la condición de víctimas y de su participación en el proceso penal, más víctimas de crímenes atroces podrán reclamar la protección de sus derechos. Y este resultado, junto con la importante ampliación de la protección del contenido y alcance del derecho a la reparación permitirán no sólo que las víctimas puedan comenzar a recuperar su dignidad a través de los procesos penales en contra de sus victimarios, sino también que existan bases para avanzar en el desmonte del paramilitarismo y en la garantía de no repetición.

V. Los nuevos retos de la implementación de la ley: ¿hacia la garantía de no repetición de las atrocidades?

Es evidente que el fallo de la Corte Constitucional cambia en mucho la perspectiva futura de la implementación de la Ley 975 de 2005. Gracias a él surgen nuevas posibilidades tanto para garantizar los derechos de las víctimas como para impulsar políticas destinadas al desmonte del paramilitarismo, lo que sin duda abre el camino para garantizar la no repetición de las atrocidades y para consolidar bases para una reconciliación nacional futura, camino que hasta el momento parecía estar del todo cerrado. Sin embargo, estas nuevas posibilidades enfrentan a las autoridades encargadas de la implementación de la ley de justicia y paz a retos significativos, de cuya superación dependerá que ésta cumpla con los objetivos antes mencionados. Por lo demás, existen aún límites importantes para que estos objetivos puedan ser completamente satisfechos y, en buena parte, la superación de tales límites depende de elementos distintos y fuera del alcance de la ley de justicia y paz.

Así, de una parte, no cabe duda de que, tras el fallo de la Corte, una aplicación adecuada y comprometida de la ley de justicia y paz puede generar condiciones propicias para el desmonte de las estructuras de poder paramilitar, condición fundamental para la garantía de no repetición y para una eventual reconciliación nacional. En efecto, con una implementación rigurosa de la ley, que tenga como propósito fundamental la garantía de estos fines y la protección activa de los derechos de las víctimas, es posible augurar que el proceso de negociación de paz entre el Gobierno y los paramilitares no se limitará a la desmovilización de éstos, sino que podrá implicar también el desmonte de sus estructuras de poder. Para que ello suceda, es menester que los órganos encargados de aplicar la ley de justicia y paz ejerzan sus funciones teniendo siempre dichos objetivos en mente. En particular, es indispensable que estos órganos interpreten las disposiciones de la ley siempre en búsqueda de la mayor protección de los derechos de las víctimas, así como de la mejor forma de materializar la garantía de no repetición.

El desmonte de las estructuras de poder paramilitar depende en buena medida de que la verdad sobre los crímenes que estos actores armados cometieron sea conocida en la versión más completa posible, de forma tal que no sólo se conozcan la autoría de los victimarios y las condiciones de tiempo, modo y lugar de la perpetración de esos crímenes, sino que se logren elucidar las lógicas de operación y las redes delictivas en las que se apoyaron hasta el momento para cometer esos crímenes. La actuación de la Fiscalía General de la Nación —y en especial su Unidad de Justicia y Paz—, con el apoyo de la Policía Judicial y de los demás órganos de investigación e inteligencia del Estado, es fundamental para alcanzar esos resultados. En efecto, como se mencionó en los capítulos 4 y 5, con miras a lograrlos, la Fiscalía debería concebir los procesos penales adelantados contra los desmovilizados como un gran macroproceso, y procurar establecer vínculos y conexiones entre los crímenes investigados y los victimarios, que puedan dar luz sobre las lógicas de operación y las estructuras mafiosas del paramilitarismo. Sin duda, la obligación de la confesión plena y fidedigna y el incentivo para confesar que genera el hecho de que los desmovilizados puedan perder los beneficios penales contenidos en la ley de justicia y paz serán herramientas fundamentales para que la Fiscalía pueda cumplir con

esos cometidos, pero su logro dependerá en buena medida de que ésta emplee dichas herramientas adecuada y proactivamente, y de que no limite su actividad investigativa a los crímenes confesados.

Así mismo, el desmonte del paramilitarismo depende de manera significativa de que las fuentes de financiación y riqueza de estos actores armados sean cortadas drásticamente, de modo que, a partir de su desmovilización, actúen como ciudadanos sin ventajas ni poderes excepcionales frente al resto de la población, y no puedan utilizar su poderío económico como fundamento para amedrentar y controlar a la población en sus zonas de influencia. Para lograr este propósito, los órganos estatales con competencias para garantizar el derecho a la reparación —la Fiscalía, los jueces designados para resolver las acusaciones proferidas por ésta, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes— habrán de encaminar todas sus actuaciones a su consecución. De nuevo, el aliciente generado por la obligación de entregar todos los bienes para reparar integralmente a las víctimas y por el riesgo de perder los beneficios penales en caso de no hacerlo, será un instrumento de gran utilidad para lograrlo. Pero el éxito de esta estrategia dependerá en gran parte de la adecuación con la que este instrumento sea utilizado, por ejemplo, en los interrogatorios realizados por la Fiscalía al momento de rendición de la versión libre, en la determinación de la posibilidad de acceder a los beneficios de la ley y en la imposición de medidas cautelares por los jueces, en las recomendaciones realizadas por la Comisión Nacional en materia de reparación, entre muchas otras cosas.

En los casos antes señalados, la labor de control y vigilancia de organismos como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las Personerías Municipales será de fundamental importancia para garantizar no sólo que la implementación de la ley de justicia y paz proteja los derechos de las víctimas, sino que además contribuya al desmonte de las estructuras de poder paramilitar y a la garantía de no repetición.

Además de tener presentes los grandes retos que, después de su revisión por la Corte, deja la ley de justicia y paz en cabeza de los órganos encargados de aplicarla y de vigilar su implementación, es fundamental tener en cuenta que dicha implementación no garantizará, por sí sola, el desmon-

te de las estructuras de poder paramilitar y la no repetición de las atrocidades cometidas por éstos. El fortalecimiento de las demás instituciones estatales, y especialmente de aquellas instituciones regionales ubicadas allí donde la influencia paramilitar ha sido la regla hasta el momento, resulta vital para que pueda hablarse de una transición—aunque fragmentaria, dada la permanencia del conflicto armado en el país— del paramilitarismo a la desmovilización, el desmonte y la reinserción a la vida civil de sus miembros.

Es innegable que los paramilitares han ejercido y en buena medida continúan ejerciendo un inmenso poder en las zonas que controlan. Dicho poder dista mucho de desaparecer con el simple hecho de que los miembros individuales del paramilitarismo entreguen sus armas. Para evitar que su desmovilización lleve sólo a prácticas más sutiles de control y amedrentamiento de la población en sus regiones de influencia y, como tal, a la legalización de su poder, es fundamental que las instituciones encargadas de aplicar la ley y de administrar justicia en esas regiones tengan la fuerza suficiente para resistir los remanentes de poder paramilitar dejados tras la desmovilización y para garantizar la presencia del Estado de derecho en esos territorios. Para lograr tal fin, no basta con garantizar la presencia de la fuerza pública en esas zonas; es menester centrar la atención en el buen funcionamiento de los jueces, los organismos de control y las instancias encargadas de atender psicosocialmente a víctimas y victimarios, entre otros.

En cuanto a estas últimas instancias, es fundamental comprender que una transición duradera depende de forma muy importante de la posibilidad de que víctimas y victimarios superen las heridas y traumas dejados por la guerra, por lo que las terapias y los procesos de acompañamiento que éstos reciban deben convertirse en un componente esencial de la política de transición. En este marco, es fundamental atender los procesos de reinserción de los desmovilizados con la inclusión de estrategias amplias de atención psicosocial y de reintegración a la vida social de los ex combatientes. De lo contrario, los esfuerzos realizados en las demás áreas pueden verse opacados por un reintegro de estos sujetos a los grupos armados, o por un recrudescimiento de la violencia producto de la falta de oportunidades.

Como se ha reiterado a lo largo de este libro, el ojo crítico y atento de la sociedad civil y de la comunidad internacional a la implementación

de la ley de justicia y paz y a los procesos de fortalecimiento institucional que han de complementarla es de fundamental importancia para garantizar que este proceso transicional proteja los derechos de las víctimas y sienta el camino para garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas en su contra y, con ello, la construcción de la reconciliación nacional a largo plazo.

Referencias bibliográficas

- Corte Constitucional, Presidencia (2006). *Comunicado de prensa sobre demanda contra la ley de justicia y paz, Ley 975 de 2005*. 18 de mayo de 2006. Expediente D-6032, sentencia C-370/06.
- _____ (2006a). *Comunicado de la Corte Constitucional sobre la sentencia que declaró ajustada a la Constitución la ley 975 de 2005*. 19 de mayo de 2006.
- ElTiempo* (2006, 19 de mayo). Como “golpe mortal” para proceso de paz calificaron voceros paramilitares el fallo de la corte.
- _____ (2006, 22 de mayo). Cuatro días cumplió ayer la reunión de “paras” que siguen inquietos por fallo de la Corte.
- Human Rights Watch (2006). Cor te corrige defectos en la ley de desmovilización. *Fallo Constitucional exige la confesión veraz de los paramilitares*. Washington, 19 de mayo de 2006. Disponible en: <http://hrw.org/spanish/docs/2006/05/19/colomb13433.htm>.
- ILSA, Observatorio a la legislación sobre alternatividad penal y los derechos de las víctimas en el marco del conflicto armado en Colombia (2006). *Comunicados de prensa Corte Constitucional sobre la demanda contra la ley 975 de 2005. Sentencia C370 de 2006*. Disponible en: <http://www.ilsa.org.co>.
- Pardo, R. (2006, 29 de mayo). La corte y la ley de justicia y paz. Con el pecado y sin el género. *ElTiempo*.