

Rodrigo Uprimny Yepes
Nelson Camilo Sánchez
Laura Marcela Lozano

**INTRODUCCION AL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL
Y AL MODELO DE TRANSICION COLOMBIANO**
Módulo de formación dirigida

Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Escuela Judicial

BREVE SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LOS AUTORES

Rodrigo Uprimny Yepes

Abogado, Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie, con un DSU (magíster) en “Sociología Jurídica” de la Universidad de Paris II y un DEA (magíster) en “Socioeconomía del desarrollo” de la Universidad de Paris I (IEDES). Actualmente se desempeña como Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia- y profesor de la Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

Nelson Camilo Sánchez

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Harvard. Actualmente se desempeña como investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia- y profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

Laura Marcela Lozano

Abogada de la Universidad de Los Andes, en Bogotá, con estudios de maestría en derecho de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, en donde trabaja principalmente en temas de justicia transicional y reparación de víctimas de violencia armada.

Dedicatoria

Los autores queremos dedicar este trabajo a la memoria de nuestro querido amigo y compañero **Juan Fernando Jaramillo Pérez**, quien lamentablemente nos abandonó mientras desarrollábamos este proyecto. Con este homenaje intentamos resaltar algunas de las muchas virtudes de Juan. Una de ellas, su espíritu académico y su compromiso con una pedagogía sencilla y directa pero conceptualmente elaborada. Algo que ha sido un esfuerzo constante en el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

En segundo lugar, Juan inspiró en buena parte nuestro interés por rescatar para el análisis jurídico un tema tristemente relegado por años en la academia colombiana: la cuestión de la tierra y la propiedad rural campesina. En buena hora, el país ha retomado este tema y esperamos que este módulo sirva como un punto de partida para análisis jurisprudenciales y jurídicos sobre la restitución de las tierras de las que han sido despojados el campesinado colombiano y los grupos étnicos.

Finalmente, este módulo se fundamenta en reflexiones sobre el quehacer judicial y los difíciles dilemas que enfrentan quienes imparten justicia en nuestro país. Juan, un dedicado juez constitucional, nos transmitió con su grandioso ejemplo y su incomparable modestia, su ponderación, humanismo, prudencia, equidad y su anhelo y compromiso infatigable por la justicia.

Esperamos que estas virtudes puedan ser, a su vez, guía de interpretación para quienes se comprometen hoy como juezas y jueces transicionales de restitución de tierras.

Agradecimientos

La investigación contenida en este libro se realizó dentro del marco de un Proyecto más amplio suscrito por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, bajo el apoyo técnico y financiero de la Organización Internacional para las Migraciones –OIM-, a la que expresamos nuestro agradecimiento, y que ha sido representada por Eduardo Medina y Helene Devaux, quienes nos acompañado y aportado en el proceso de diseño y discusión de la investigación.

Asimismo, queremos agradecer al equipo de trabajo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, por su participación en la discusión y análisis de los contenidos de este módulo. Sus aportes y apertura para la discusión han sido centrales para comprender las potencialidades de estos mecanismos de restitución.

Agradecemos también a nuestros colegas de Dejusticia, especialmente a César Rodríguez, Vivian Newman, Aura Bolívar, Sergio Chaparro, María Jennifer Novoa y Javier Revelo, por sus comentarios y sugerencias a los textos. Así como al profesor Camilo Borrero, por su acompañamiento pedagógico en el proyecto.

Finalmente, agradecemos a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla por las orientaciones metodológicas y pedagógicas al módulo; así como a las juezas, jueces y magistrados que participaron de los talleres y capacitaciones a partir de las cuales se generaron los tópicos que se desarrollan en el texto.

Tabla de contenido

<i>Unidad 1: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL.....</i>	14
1.1 Los objetivos que se pretenden alcanzar con la justicia transicional.....	17
1.2 Principales procesos asociados a los objetivos de la justicia transicional.....	26
1.2.1 <i>Desmovilización, Desarme y Reincisión (DDR) y mantenimiento de la paz</i>	26
1.2.2 <i>Satisfacción de los derechos de las víctimas.....</i>	26
1.2.3 <i>Reforma Institucional.....</i>	27
1.3 Principios de aplicación de los mecanismos de la justicia transicional.....	28
1.3.1 <i>Planificación y visión global.....</i>	28
1.3.2 <i>Flexibilidad</i>	29
1.3.3 <i>Selección y priorización.....</i>	32
1.3.4 <i>Progresividad en la cobertura de medidas</i>	33
1.3.5 <i>Manejo de las expectativas</i>	34
1.3.6 <i>Fomento a la capacidad institucional</i>	34
1.3.7 <i>Participación de comunidades y víctimas</i>	35
1.3.8 <i>Enfoque de derechos.....</i>	35
1.4 Los mecanismos asociados a la justicia transicional	36
1.4.1 <i>Investigaciones y procesos judiciales.....</i>	37
1.4.2 <i>Comisiones de la Verdad y Reconciliación</i>	39
1.4.3 <i>Investigación de antecedentes en la administración pública</i>	40
1.4.4 <i>Programas administrativos de reparaciones.....</i>	41
1.4.5 <i>Esquemas de amnistías e indulto</i>	41
1.4.6 <i>Mecanismos de recuperación y preservación de la memoria histórica</i>	42
1.4.7 <i>Mecanismos asociados con la reforma legal y la reconstrucción institucional</i>	43
1.5 El ámbito de implementación y el alcance de las medidas de justicia transicional	43

<i>Unidad 2:</i>	<i>DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y LECCIONES DERIVADAS DE SU APLICACIÓN COMPARADA.....</i>	54
2.1	 Un intento de explicación genealógica de la justicia transicional	57
2.2	 Tipología de transiciones según las fórmulas adoptadas.....	60
2.3	 Tipología de las transiciones según los procesos de elaboración	67
<i>Unidad 3:</i>	<i>LOS ESTÁNDARES NORMATIVOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.....</i>	76
3.1	 El Concepto de víctima.....	78
3.1.1	<i>En el derecho internacional de los Derechos Humanos.....</i>	78
3.1.2	<i>En la jurisprudencia y legislación colombiana.....</i>	80
3.1.3	<i>El concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011</i>	83
3.2.	 Derecho a la verdad.....	89
3.3.	 Derecho a la justicia	91
3.4.	 Derecho a la Reparación.....	97
<i>Unidad 4</i>	<i>LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN.....</i>	109
4.1.	 La justicia transicional como concepto holístico: hacia una forma de enfrentar los dilemas de su aplicación práctica.....	111
4.2.	 La justicia transicional y la justicia restaurativa	118
4.3.	 La “justicia intergeneracional” (o el deber de reparar injusticias históricas) frente a los objetivos de la justicia transicional	124
4.4.	 La vocación transformadora de las reparaciones: un intento de articular las necesidades de justicia correctiva y justicia distributiva en tiempos de transición... 	130
<i>Unidad 5</i>	<i>LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA</i>	142
5.1	 Bases constitucionales para la aplicación de la justicia transicional.....	144
5.1.1	<i>Sobre el concepto de justicia transicional</i>	145
5.1.2	<i>El sustento constitucional de la aplicación de la justicia transicional</i>	146
5.1.3	<i>Los dilemas propios de la justicia transicional y los límites establecidos por la Constitución Política.....</i>	147
5.2	 La introducción del paradigma transicional en Colombia: la Ley 975 de 2005	149
5.2.1	<i>Ley de justicia y paz: objetivos y procedimiento.....</i>	149
5.2.2	<i>El incidente de reparación de la Ley 975</i>	152

5.2.3	<i>Medidas cautelares</i>	157
5.2.4	<i>Cancelación de títulos: garantía de la restitución</i>	164
5.3	Los acuerdos de Verdad Histórica y su relación con la Acción de Restitución	166
5.4	La Ley 1448 y la prioridad de las víctimas en el modelo de transición colombiano	171
5.5	La introducción del enfoque étnico en la política de víctimas: Los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011	175

Introducción

La restitución de las tierras que han sido abandonadas y despojadas en virtud del conflicto armado puede convertirse en una de las contribuciones más importantes para romper el ciclo de violencia endémica que ha azotado al país, y para saldar parte de las deudas que la sociedad tiene con su población rural. La importancia de esta tarea, no obstante, va de la mano con una serie de retos y dificultades que deberán ser sobrepasados si el país quiere brindar una solución integral que siente las bases para una sociedad más justa y democrática.

Una de las principales dificultades de la restitución es la magnitud y masividad del problema. Esta magnitud desborda las capacidades ordinarias de respuesta del Estado y requiere modelos de intervención específicos y excepcionales. Al mismo tiempo, otra de las dificultades es la complejidad del asunto, derivada no solo de las intrincadas argucias legales que se han desplegado para esconder la ruta de despojo, sino por el propio hecho de que el despojo se produjo en un marco violento y multidimensional de violaciones graves a derechos humanos. Es por ello que la restitución de tierras no puede abordarse como un hecho independiente o separado de su contexto.

Para enfrentar estos desafíos, la Ley 1448 de 2011 establece que la acción de restitución de tierras se enmarca dentro de los estándares de la justicia transicional. A partir de la interpretación de este marco se busca dotar a las autoridades públicas – incluyendo las judiciales – de una serie de herramientas que les permitan dar una respuesta que seguramente no podrían otorgar si tuvieran únicamente acceso a las normas sustantivas y procesales ordinarias, las cuales están diseñadas para ser aplicadas en contextos de paz y no de conflicto masivo.

La noción de justicia transicional puede convertirse en un marco de interpretación fundamental y funcional para el éxito de los procesos de restitución. Pero ello sólo se logrará si las personas encargadas de implementar las medidas que se han establecido para tal fin conocen y respetan la filosofía sobre la cual se edifica este concepto. No aprovechar las potencialidades de la noción de justicia transicional podría entonces llevar al fracaso la política de restitución, bien sea porque por su desconocimiento se termine interpretando el marco legal especializado bajo las reglas y presupuestos del sistema de justicia ordinario, o porque a falta de una comprensión del contenido y alcance de este concepto se tergiverse el verdadero propósito y alcance de sus mecanismos.

En este escenario, el propósito central de este módulo es apoyar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras a adentrarse en el concepto de justicia transicional, sus dilemas, sus potencialidades, sus limitaciones y sus restricciones. Desde el punto de vista de actitud, la comprensión del concepto de justicia transicional deberá entonces permitir entender en toda su dimensión la acción de restitución en su característica esencial, es decir, como una acción judicial especial y atípica diseñada para ser aplicada frente a unas circunstancias históricas específicas. Asimismo, permitirá a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras comprender la especial dimensión y requerimientos de su función judicial tanto desde el punto de vista de su especialidad, como desde su función de participantes de un esquema más amplio de justicia pensada para la transición. Es decir, central el rol específico de la jurisdicción de tierras como una jurisdicción especializada y excepcional, pero que a su vez hace parte de un sistema más amplio que tiene distintos operadores que, a partir de otros mecanismos – judiciales y administrativos – buscan contribuir con su esfuerzo a los mismos objetivos que se pretenden con la restitución de tierras.

En tanto el concepto de justicia transicional es relativamente novedoso, desde el punto de vista conceptual, el presente módulo de autoformación pretende introducirla noción de justicia transicional desde sus características más básicas, partiendo de los mecanismos a partir de los cuales se desarrolla y de los objetivos que pretende. Esta disertación será pedagógicamente estructurada pensando en acercar este contenido con la labor específica de las personas encargadas de conocer de los procesos de restitución de tierras, y de dar una guía general de interpretación de los mecanismos establecidos por la Ley 1448 de 2011, y otras normas que se asocian en Colombia con el paradigma de la justicia transicional, como es la Ley 975 de 2005, conocida como la Ley de Justicia y Paz.

Desde el punto de vista técnico jurídico, el módulo busca que las funcionarias y funcionarios judiciales dominen los procedimientos asociados con la reparación de las víctimas y la restitución de tierras que se ven regulados por distintos mecanismos, como son la acción de restitución de tierras prevista en la Ley 1448 de 2011, en los incidentes de reparación resultantes de los procedimientos penales transicionales establecidos en la Ley 975 de 2005, y de los bienes mencionados en los acuerdos de contribución a la verdad histórica planteados en la Ley 1424 de 2010.

Concepto de justicia transicional y modelo de transición colombiano

Para lograr esos objetivos, pedagógicamente el módulo se divide en cinco unidades.

En la primera unidad se busca centrar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en el debate sobre qué es la justicia transicional y qué la distingue de la implementación de justicia en situaciones ordinarias de paz y estabilidad. Para ello, se presentan los mecanismos que usualmente se asocian al concepto de justicia transicional, y se discuten los objetivos que se pretenden alcanzar con la implementación de este paradigma, así como los dilemas a los que se enfrenta. Estas nociones, en principio teóricas, tienen consecuencias importantes en el diseño de mecanismos concretos, y por ello esta unidad contribuye a entender los principales rasgos del sistema de transición implementado en Colombia y de la propia acción de restitución de tierras.

En la segunda unidad se presenta a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras una propuesta de sistematización de experiencias en materia de justicia transicional que les permitirá poner en contexto su trabajo y la misión que cumplen al conocer de los procesos de restitución. Las experiencias comparadas de justicia transicional marcan en buena medida lo que ha sido el desarrollo teórico del concepto de justicia de transición, pues es un concepto que se ha construido principalmente a partir de la práctica.

En la unidad número tres se desarrollan los estándares normativos de la justicia transicional, que fundamentalmente se basan en las normas del derecho internacional de los derechos humanos relacionadas con los derechos de las víctimas. Este módulo defiende la idea de que la justicia transicional tiene como una de sus características fundamentales la protección de un mínimo de justicia que se relaciona directamente con los derechos de las víctimas y, por ello, esta unidad desarrolla de manera breve el contenido y alcance de cada uno de estos derechos.

El objetivo de la cuarta unidad es enfrentar preguntas recurrentes sobre cuál es la relación entre la justicia transicional y otros conceptos de justicia, como son el concepto de justicia restaurativa, de justicia intergeneracional y de la justicia histórica. Este capítulo explica las distintas exigencias de justicia que se articulan desde los distintos mecanismos de justicia que se despliegan en procesos transicionales, e identifica cuáles de estos pueden ser encontrados en los mecanismos colombianos y, particularmente, en la acción de restitución de tierras y en las acciones de restitución de derechos territoriales a minorías étnicas.

Finalmente, la última unidad introduce el tema de la justicia transicional en Colombia. Para ello, en un primer momento, se aborda la pregunta de cuáles serían las bases constitucionales para la implementación de un modelo de justicia para la transición en Colombia, a partir de la rica jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En un segundo momento, la unidad aborda el mecanismo de transición establecido en la Ley 975 para concentrar su mirada en los procesos de restitución que de éste se derivan, especialmente en lo relacionado con bienes inmuebles y reparación de víctimas. En tercer lugar, se aborda de manera rápida el mecanismo establecido en la Ley 1424 de 2010 y su posible relación con la acción judicial de restitución de tierras. Finalmente se hace un repaso sucinto de las principales características de la Ley 1448 en su conjunto y de los decretos Ley sobre reparación a pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y Rom, y su relación con la restitución de tierras.

Desde el punto de vista metodológico, este módulo adopta el esquema pedagógico de la escuela judicial, que se caracteriza por tomar en consideración que la formación en los distintos temas no está dirigida a la población en general sino a un grupo profesional específico, ya que se trata de adultos, que trabajan en una organización específica (la rama judicial) y que cumplen una función particular (administrar justicia). El módulo toma en cuenta esas particularidades del aprendizaje de jueces y juezas. No es pues cualquier formación, sino una formación destinada a jueces y juezas. Por ello adoptamos un enfoque constructivista en el campo educativo, perspectiva según la cual los trabajos prácticos y la reflexión sobre la propia experiencia, le permiten a los funcionarios y funcionarias judiciales avanzar en mejor en su formación. Por esa razón, el módulo utiliza las siguientes estrategias metodológicas:

- (i) propone estudios de casos,
- (ii) desarrolla análisis de jurisprudencias y normas,
- (iii) plantea discusiones, preguntas y problemas,
- (iv) propone trabajos investigativos o formas de reflexión individual o colectiva sobre el tema, y
- (v) sugiere una bibliografía complementaria para quienes quieran profundizar en el tema.

Estas decisiones metodológicas explican la estructura de las distintas unidades, que comienzan con una presentación de los objetivos de la unidad y combinan presentaciones conceptuales con la propuesta de actividades pedagógicas. Es importante que quien utilice el módulo como material de autoaprendizaje realice las actividades pedagógicas pues de esa manera podrá aprovechar mejor el texto.

Og

Objetivo general

El módulo tiene como propósito dar a los jueces y juezas transicionales de restitución las herramientas necesarias para comprender el concepto de justicia transicional a través del reconocimiento de los dilemas que este concepto implica, así como de sus potencialidades, limitaciones y restricciones. Asimismo, con esta comprensión amplia de la justicia transicional se busca que los jueces y juezas puedan ver la esencia de la acción de restitución prevista en la Ley 1448, y aplicarla teniendo en cuenta que se trata de una acción judicial especial y atípica diseñada para ser aplicada frente a unas circunstancias históricas determinadas.

De esta forma se busca que los jueces y juezas puedan reconocer y apropiarse de la labor especializada y excepcional que cumplen en la restitución de tierras la cual, a su vez, se enmarca en un sistema más amplio conformado y complementado por distintos actores judiciales y administrativos que tienen un objetivo en común: lograr la restitución de tierras a las víctimas el conflicto colombiano.

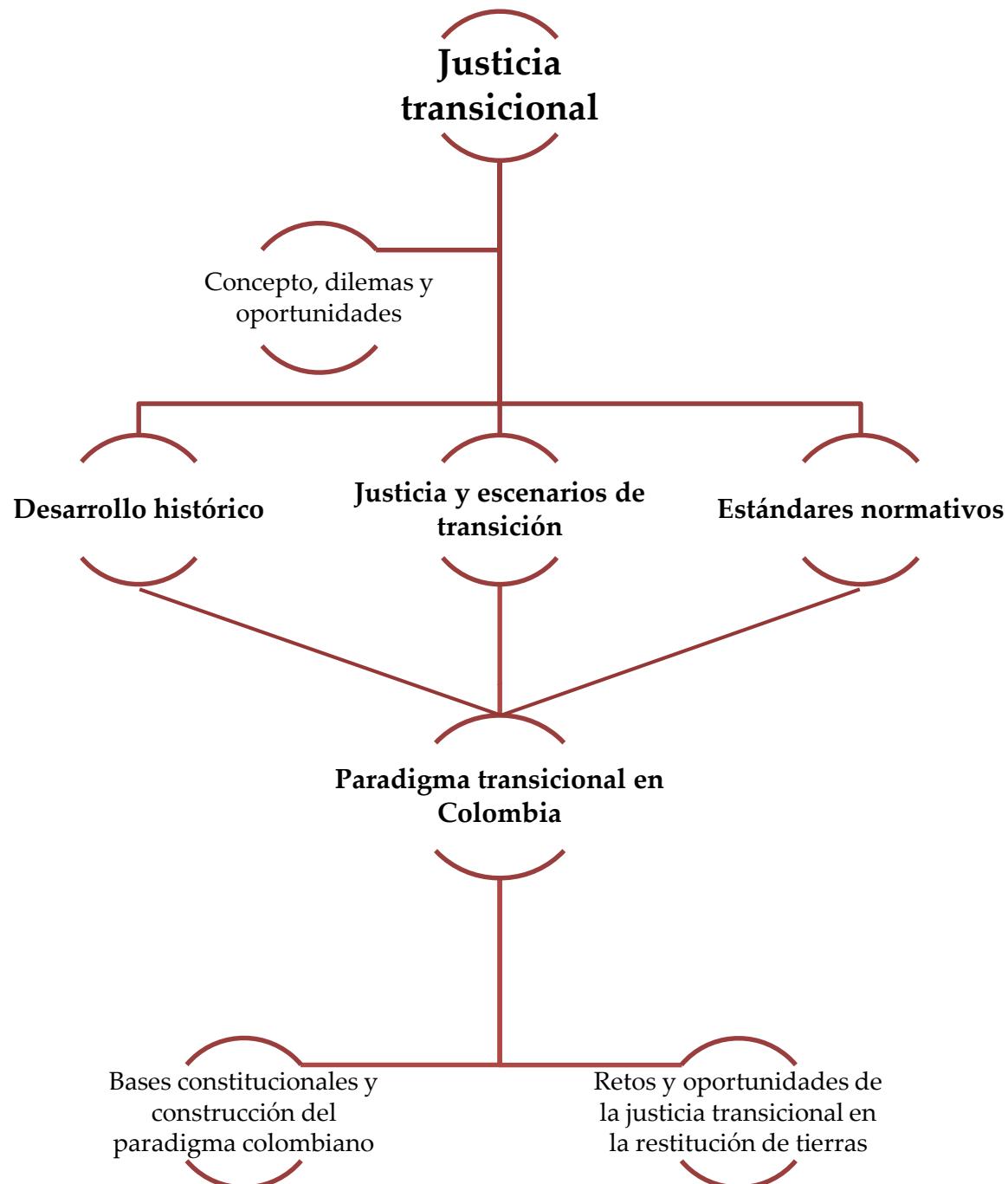
Objetivos específicos

O

1. Contextualizar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en el tema general de la justicia transicional
2. Presentar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras una metodología que permita la comprensión sistemática de las experiencias internacionales de transición, con el objeto de que puedan identificar las lecciones del derecho comparado en cuanto a la aplicación de justicia en tiempos de transición.
3. Presenta los estándares normativos que fungen como mínimos de justicia aplicables a cualquier política de transición. Se espera que los jueces y juezas tengan las herramientas para conocer y comprender los estándares de derecho internacional de los derechos humanos que están relacionados con los derechos de

	<p>las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.</p> <p>4. Ofrecer una guía conceptual para las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en cuanto a los diversos significados y usos que se otorgan al concepto de justicia en la implementación de medidas de justicia transicional. Con ello se busca que las juezas y jueces comprendan los objetivos de justicia que se cumplen con su labor específica y los analicen en el contexto de otras necesidades de justicia que se pretenden alcanzar en la transición, bien sea por otros funcionarios y funcionarias judiciales u otros estamentos del Estado.</p> <p>5. Introducir a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en el estudio de los diferentes mecanismos de justicia transicional que se han establecido en Colombia durante los años recientes a partir de la jurisprudencia constitucional y de normas tales como la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010, la Ley 1448 de 2011, y los Decretos Ley 4633, 4633 y 4634 de 2011.</p>
--	--

Mapa del Módulo Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano



Unidad

1

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

O

Objetivo general

El objetivo general de esta primera unidad es contextualizar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en el tema general de la justicia transicional, que enmarca y guía los mecanismos judiciales y administrativos de la restitución. Para ello se presentan de manera breve las principales características de este concepto, con el fin de que las y los disidentes estén en capacidad de comprender de manera crítica el contenido y alcance del concepto de justicia transicional, y cuáles son los dilemas políticos y jurídicos de su implementación.

O

Objetivos específicos

- Reflexionar sobre el concepto de justicia transicional, sus características y alcance, para dilucidar el objetivo global que persigue la restitución masiva de tierras en el contexto colombiano
- Analizar los objetivos que se pretenden alcanzar con la justicia transicional, sus complementariedades y sus tensiones, como las que existen entre justicia y paz, verdad y reconciliación, entre otras.
- Entender las limitaciones políticas y fácticas de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en situaciones de conflicto y postconflicto

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Conocer los mecanismos y procesos asociados a la justicia transicional, como las comisiones de la verdad, los programas administrativos de reparaciones, los procesos de desarme, desmovilización, y reintegración, entre otros.</i>
--	---

La expresión “Justicia Transicional” es usualmente evocada para hacer referencia al conjunto de mecanismos implementados por algunas sociedades que han enfrentado los legados de violaciones masivas a derechos humanos ocurridas con ocasión de conflictos armados o regímenes dictatoriales. Estos elementos provienen de una de las definiciones actualmente más citadas, adoptada por el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas en 2004, y que se ha convertido en la definición oficial de la organización. Concretamente, según las Naciones Unidas, la justicia transicional

“[...] abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”.¹

Por más genérica que parezca, alcanzar esta definición no ha sido una tarea sencilla². Durante casi tres décadas, académicos de varias disciplinas, políticos, activistas y otros profesionales que han estado involucrados con el tema en todas las regiones del mundo, han discutido -y siguen discutiendo- sobre este concepto. Su naturaleza

¹ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. Párrafo 8
<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

² Incluso, como se desarrolla en la Introducción de los *Principios de Chicago sobre Justicia del Post-Conflict*, el concepto “Justicia Transicional” se relaciona con un campo que a pesar de que delimita unas características comunes, en la práctica internacional aún no ha alcanzado una terminología uniforme. Algunos términos que desarrollan la misma idea, o escenarios similares, incluyen: “Justicia del Post-Conflict”, “justicia de transición”, “estrategias para combatir la impunidad”, “estrategias de construcción de paz”, “reconstrucción de post-conflicto”, entre otras. En términos generales, estos conceptos adhieren a las características que en este texto se mencionarán como asociadas a la “justicia transicional” o “justicia de transición”. Cfr. Bassiouni & Rothenberg. *The Chicago principles on Post-Conflict Justice*. A project of: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal. 2007. Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf

abierta y maleable ha promovido discusiones académicas y políticas sobre lo que en la práctica sería o no la justicia transicional. Estas discusiones abarcan temas sensibles y difíciles como cuáles son los presupuestos básicos de la aplicación de este paradigma; si la “justicia transicional” es una forma distinta de administrar justicia o un tipo de justicia que responde a un contexto particular; si la justicia transicional es un fenómeno nuevo o más bien corresponde a un término nuevo para ser aplicado a prácticas históricas; etc.

El concepto “justicia transicional” es complejo de entender porque las palabras que lo componen tienen diversas implicaciones e interpretaciones. En primer lugar, el carácter “transicional” sugiere un requisito de cambio o de transformación, el cual usualmente ocurre entre una situación de conflicto o represión a una de paz y democracia. Bajo esta interpretación, los mecanismos asociados con este paradigma serán exclusivamente aquellos que se implementen en un momento histórico intermedio en el cual ya no existe un conflicto, pero aún no se ha alcanzado una institucionalidad democrática que responda a las necesidades sociales y a los postulados propios del Estado de derecho. Sin embargo, esta concepción limitada de la justicia transicional se confronta con una realidad creciente que denota que cada vez más en el mundo se usan mecanismos asociados con el término justicia transicional para ser aplicados en contextos y situaciones en las cuales difícilmente se puede hablar de cesación de las hostilidades, la violencia o el conflicto.

Por su parte, el término “justicia” presenta también complicaciones pues, de hecho, es uno de los conceptos que más disputas filosóficas, éticas y políticas ha propiciado desde los propios orígenes del pensamiento humano. Algunos lo usan, por ejemplo, para hacer referencia a la institucionalidad encargada en una sociedad de resolver ciertas disputas, con lo cual esta acepción de justicia se asemeja a sistema judicial. Otros, por el contrario, usan el término para calificar distintas reivindicaciones sobre el balance adecuado respecto de una situación concreta en la cual se contraponen distintos intereses, como podrían ser el aseguramiento de un castigo frente a una acción criminal (justicia retributiva), la asignación equitativa de recursos y cargas sociales (justicia distributiva), la corrección de un perjuicio ocasionado en contravención de una norma (justicia correctiva), o la restauración de relaciones sociales rotas y la reconstrucción de tejido social en una comunidad (justicia restaurativa).

Es por ello que la noción de “justicia transicional” ha sido usada tanto para designar la concepción filosófica o valorativa de lo que se entendería como justo en una sociedad y en un momento determinado, como para referirse a las instituciones a partir de las cuales tales valores u objetivos van a ser alcanzados.

Por ahora es preciso destacar que cuatro elementos básicos de la noción de justicia transicional serán defendidos y explicados a lo largo de este texto. Así, a pesar de los debates, la concepción de justicia transicional tiene como puntos de partida: 1) que las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia, que, 2) están definidos por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas, 3) que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la flexibilidad de estos estándares; y 4) que para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política.

Ahora bien, para entender entonces las implicaciones de este concepto, pero sin obviar que existen álgidos e interesantes debates sobre el mismo, es necesario entonces empezar con una explicación sucinta del término a partir de los elementos que lo distinguen. Para ello, en lo que resta de la unidad se presentan los mecanismos que usualmente se asocian al paradigma de la justicia transicional, los objetivos que justifican su implementación, los dilemas que enfrenta su aplicación concreta, y los contextos sociales y políticos en los que éste concepto ha sido identificado.

1.1 Los objetivos que se pretenden alcanzar con la justicia transicional

	<i>Actividad pedagógica</i>
<i>ap</i>	<p>Antes de leer el primer ensayo de esta Unidad, analice el siguiente texto y desarrolle las actividades propuestas. Al finalizar el estudio de la Unidad, regrese a la lectura de apoyo de esta actividad y confronte las respuestas iniciales frente a lo aprendido.</p> <p>Consecuencias dramáticas: el despojo y el desplazamiento³</p> <p><i>El conflicto rural tiene dos consecuencias nefastas para el desarrollo humano: el despojo y el desplazamiento forzado.</i></p> <p>1. El Despojo y abandono de tierras</p>

³ Extracto tomado del Resumen Ejecutivo del Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011, titulado “Colombia rural: razones para la esperanza”. PNUD. 2011. Págs. 72 y 73.

El despojo de tierras se hizo visible como un problema nacional por los reclamos de las víctimas y la atención prestada por la Corte Constitucional, antes que por la juiciosa atención de las entidades estatales o por la preocupación de la sociedad colombiana.

Con el despojo no solo se pierde la tierra como bien material, también la pertenencia a un lugar y los lazos sociales; se erosionan las redes sociales, se deterioran los medios de subsistencia e ingresos de las familias, se fragmenta la unidad familiar, se acaban proyectos de vida, se configura un destierro, se genera un desplazamiento forzado y las víctimas bajan en la escala social y en calidad de vida. El despojo significa el desconocimiento de derechos de propiedad, así como del uso y disfrute de un bien.

El país no dispone de una estadística sistemática sobre el despojo y abandono de tierras. Hasta ahora la encuesta que más se acerca a estos criterios es la de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzoso (sic), que ha realizado tres.

La III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada (ENV) concluye que

El 83% de la población desplazada inscrita en el registro único de población desplazada (RUPD) perdió algún bien (sin contar los muebles del hogar): el 72% animales, el 50% maquinaria y equipo, el 42% tierras, el 32% cultivos, el 24% infraestructura productiva y el 19% bienes raíces no rurales (III ENV, 2010:3).

Pérdidas muy parecidas tuvo la población no inscrita en el RUPD. Según dicha encuesta, las hectáreas despojadas y forzadas a dejar en abandono por causa del desplazamiento entre 1980-2010 ascendieron a cerca de 6,6 millones (sin contar los territorios de comunidades étnicas), cifra que equivale al 12,9% de la superficie agropecuaria del país.

Existe una similitud en el agregado, de las tierras abandonas y despojadas según los cálculos del PPTP (Acción Social, 2010a). Este estima en 6.556.978 las hectáreas abandonadas y despojadas en 270.680 predios. El despojo se centró en el micro-fundío y la pequeña propiedad hasta 20 hectáreas (el 73% de los predios), y en las medianas entre 20 y 500 hectáreas (26,6% de los predios). Es evidente que las principales víctimas fueron los campesinos. Además, los departamentos de mayor despojo han sido en su orden Antioquia, Putumayo, Caquetá, Bolívar, Nariño, Meta, Tolima, Cauca, Córdoba, Cesar, Sucre y Chocó, los que cubren el 74,4% del área abandonada y el 77,9% de los predios”.

Preguntas y ejercicios

	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Hasta dónde la administración de justicia tiene capacidad para resolver todos los conflictos y afectaciones derivadas de esta situación? 2. ¿Cuáles otras instancias estatales, sociales y comunitarias deberían o podrían intervenir para enfrentar parcialmente las consecuencias de estos hechos? 3. ¿Hasta dónde las normas del derecho civil, diseñadas para ser aplicadas en contextos ordinarios, tendrían la capacidad de revertir las consecuencias de estos hechos? 4. ¿Cuáles podrían ser los “procesos y mecanismos” (como sugiere el Secretario General de la ONU) que podrían implementarse en una sociedad que busca revertir el despojo masivo?
--	--

Desde mediados del siglo XX a la fecha, el mundo ha vivido múltiples situaciones de conflicto (internos e internacionales); así como múltiples acciones represivas a cargo de gobiernos autoritarios y dictatoriales. Unos y otros han ocasionado no solo un gran sufrimiento a millones de víctimas directas e indirectas, sino además el debilitamiento del principio de Estado de derecho en las sociedades que los han padecido. Al enfrentar situaciones masivas como estas, las sociedades y los Estados deben, en líneas generales, desmantelar los aparatos reproductores de violencia – o prevenir que éstos se renueven en aquellos casos en donde se han ya desmantelado – y, al mismo tiempo, satisfacer las necesidades de miles o millones de víctimas. Para hacer las cosas más difíciles, en los países que salen de un conflicto – o pretenden salir de él –, el Estado de derecho suele ser débil o inexistente, apenas hay capacidad para la aplicación de la ley y la administración de justicia, y se presentan generalmente muchos casos de violaciones de los derechos humanos. Esa situación a menudo se ve agudizada por la falta de confianza de la población en los poderes públicos y por la escasez de recursos.⁴

Así las cosas, en la finalización del conflicto o la represión masiva los Estados se enfrenta a exigencias difíciles y a veces contradictorias, entre las que se encuentran: impartir justicia penal, así como determinar otro tipo de responsabilidades a quienes cometieron actos contrarios a derecho para evitar la impunidad; atender a las víctimas; promover la reconciliación en distintos sectores de la sociedad y reconstruir el tejido social; proveer reparaciones; prevenir la ocurrencia de conflictos

⁴ ONU (2006). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salidos de un conflicto: Comisiones de la verdad. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionssp.pdf>

posteriores; aclarar lo sucedido y evitar que las atrocidades sean olvidadas; y, en últimas, asegurar una paz duradera y estable y avanzar en una institucionalidad democrática⁵.

En estas circunstancias, las opciones políticas y normativas al alcance de un Estado para cumplir con estos objetivos parecen innumerables. Estas decisiones, a su vez, usualmente han llevado a que en vista de las necesidades se privilegie la consecución de alguno o de algunos de estos objetivos, aun por encima de otros. A esto es lo que comúnmente se le denomina como los dilemas o las tensiones implícitas de la justicia transicional. Por ejemplo, un debate recurrente en la materia es aquel relativo al enfrentamiento entre *justicia y paz*⁶. Quienes han propuesto este debate asumen que el modelo de justicia transicional deberá elegir entre (a) una amnistía generalizada que permita la impunidad total de los crímenes cometidos con ocasión del conflicto, para así alcanzar la paz y la desmovilización – por ejemplo en situaciones de negociaciones y acuerdos de paz –; o (b) la persecución penal de aquellos que cometieron dichas atrocidades, aun cuando esto pueda perturbar una paz reciente y frágil o impedir que ésta sea lograda. De hecho, bajo este presupuesto, en el pasado muchas sociedades prefirieron la impunidad de los crímenes bajo el temor de no alcanzar una paz duradera.

Un debate similar se presenta en relación con los objetivos de *reconciliación y persecución penal*. Al respecto se argumenta que la persecución y la sanción penal no es una medida adecuada en situaciones de transición pues exaspera los rencores y las heridas del conflicto pero, al concentrarse excesivamente en el perpetrador, impide la construcción de un ambiente de reconciliación y reconstrucción del tejido social que podría darse a partir de mecanismos orientados a reconocer el daño y las víctimas.

Un tercer punto en donde se advierten posibles contradicciones está en el enfrentamiento entre las necesidades *pasadas, presentes y futuras*. Ello pues, en la medida en que la justicia transicional busca no solo enfrentar el pasado, sino también

⁵ En palabras del Secretario General de la ONU: “[l]os problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho”. ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>. Párr. 25.

⁶ Es preciso anotar que la ambigüedad que rodea los términos que componen la idea de “justicia transicional” también se traslada a los términos que definen algunos de los objetivos de este tipo de justicia. Enfrentamientos conceptuales y políticos sobre el significado de términos tales como paz, reconciliación, castigo, reparación, entre otros, generan o aumentan las tensiones a las cuales haremos referencia.

reformar las instituciones sociales y estatales para propiciar un futuro de paz, democracia y reconciliación; si se le da mucho peso a las amnistías, que impiden en general saldar la deuda pasada, se dedicará muy pocos esfuerzos a arar el camino para un mejor futuro. Un ejemplo que usualmente se cita para hacer este argumento es la satisfacción del derecho de las víctimas a las reparaciones: si un Estado en el medio de una transición implementa un programa de reparaciones muy comprensivo y, por ello costoso, lo tendrá que hacer a costa de desatender otras necesidades básicas que también requieren atención y recursos.

En la teoría y en la práctica actuales, estas contradicciones – que como se verá más adelante marcaron el camino de varias transiciones alrededor del mundo – no se asumen como intereses absolutamente contrapuestos, sino más bien como objetivos interrelacionados y complementarios. Es decir, aun cuando se reconocen las tensiones que estos objetivos generan, se entiende hoy en día que una de las características y objetivos primordiales de cualquier modelo de justicia transicional es precisamente alcanzar un adecuado balance entre paz, justicia y reconciliación. Así lo anotan, por ejemplo, Cherif Bassiouni y Daniel Rothenberg en la *Introducción a los Principios de Chicago* cuando señalan

"[a] pesar de las tensiones inherentes al balance entre objetivos enfrentados, no es apropiado o acertado asumir que los Estados deben elegir entre una supuesta seguridad política carente de investigación del pasado, o una inestabilidad acompañada de sanción o reconciliación. Uno de los objetivos del movimiento de Justicia Post-conflicto es demostrar que la paz y la justicia son complementarias"

Vale la pena resaltar las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas sobre esta materia:

"Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo".⁷

En este sentido, la justicia transicional puede entenderse como un campo en el cual se generan distintos tipos de mecanismos para buscar el balance y minimizar las tensiones entre las necesidades políticas de proteger una democracia o una paz

⁷ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616.<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

frágil, con los clamores de alcanzar la verdad y la justicia. Si bien estas dos metas no son inherentemente opuestas, son de hecho complementarias, no se puede negar que existen tensiones entre ellas. Y es que, 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, es también cierto que la imposición de sanciones de ese tipo en todos los casos puede obstaculizar e incluso llevar al fracaso a un acuerdo de paz (Uprimny, 2006).

La búsqueda de “balance” es entonces una preocupación central de cualquier modelo de justicia transicional, una cuestión para la cual las sociedades y Estados cuentan con múltiples opciones, pero no con posibilidades ilimitadas – tal y como se argumentaba en el pasado. Esta es, precisamente, otra de las características fundamentales del concepto actual de la justicia transicional pues, en gran medida, separa la idea de una “simple transición” de aquella de una “transición con justicia”. Si bien las sociedades y estados involucrados en un proceso de justicia transicional tienen una gran libertad para implementar distintos mecanismos que les permitan enfrentar su pasado dependiendo de su contexto, sus recursos y sus necesidades; estas estrategias deben ajustarse a las normas y obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Así las cosas, aunque no existe un modelo único de transición, en la actualidad existen restricciones jurídicas que se traducen en el cumplimiento de unos estándares mínimos universales de garantía de los derechos de las víctimas.

<i>Actividad pedagógica</i>	
<i>ap</i>	<p>Analice el siguiente debate sobre el uso de un instrumento ordinario de justicia penal y su aplicación como un mecanismo de transición.</p> <p>Lea primero las posiciones en debate y luego conteste las preguntas. Solamente cuando haya desarrollado estos pasos haga la lectura del extracto jurisprudencial.</p> <p>El uso del principio de oportunidad como mecanismo transicional</p> <p>Problema jurídico a resolver: ¿En un contexto de graves, masivas y sistemáticas violaciones a derechos humanos, puede un estado aplicar el principio de oportunidad sobre el delito de pertenencia a un grupo armado y otros delitos menores conexos a combatientes que, sin estar previamente siendo investigados por</p>

la comisión de delitos graves, se desmovilicen y se comprometan con la reconciliación del país y la no recurrencia en los delitos? O por el contrario, ¿configura este mecanismo una suerte de "amnistía encubierta" en la medida en que el Estado deliberadamente renuncia a la persecución penal y a la adjudicación de justicia?

Posición 1:

No es un mecanismo aceptado de transición. Dicho mecanismo desconoce los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y a obtener una reparación integral, pues la única obligación de los desmovilizados es declarar que no han cometido violaciones de derechos humanos, sin que las víctimas tengan acceso al procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas; tampoco prevé medida alguna para su reparación. Ello pues el principio de oportunidad no se ejerce tras haber hecho una exhaustiva investigación del caso, sino a partir de la decisión discrecional de considerar pertinente la persecución penal desde el propio inicio del proceso.

Posición 2:

Sí, puede ser un mecanismo aceptable para balancear las necesidades de una sociedad en transición. En la medida en que no se aplique a delitos considerados como no amnistiables por parte de la comunidad internacional, como sería el caso de los crímenes de guerra o los delitos de lesa humanidad, la aplicación del principio de oportunidad puede ser una manera en la que el Estado brinde un beneficio en materia de justicia a combatientes que se comprometan con la paz y la no repetición de los delitos. Ello pues en realidades masivas, en las que decenas de miles de personas deberían ser investigadas por delitos tales como la pertenencia a un grupo armado, sería imposible para un sistema de justicia de cualquier país entrar a judicializar simplemente por este hecho a un número tan grande de personas.

Preguntas y ejercicios

1. ¿Por cuál de estas dos posiciones se siente más persuadido?
2. Evalúe las razones favor y en contra de la aplicación de dicho mecanismo e identifique cuáles de estas tendrían un peso específico mayor en su ejercicio de ponderación.

	<p>3. Una vez desarrollado este ejercicio lea la continuación de la actividad</p> <p>La constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”</p> <p>El problema jurídico estudiado es similar - aunque no idéntico – a la forma en la cual la Corte Constitucional abordó una demanda presentada en contra de la siguiente norma:</p> <p><i>“Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:</i></p> <p><i>17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.</i></p> <p><i>Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.</i></p> <p><i>Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.</i></p> <p><i>Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal”.</i></p> <p>Los argumentos usados en el ejercicio resumen de hecho algunas posiciones presentadas por los demandantes y por algunas intervenciones y conceptos.</p> <p>Sin embargo, el caso concreto se diferencia del problema jurídico del ejemplo por cuanto la Corte estrictamente no analizó el</p>
--	---

	<p>principio de oportunidad como un mecanismo de transición, a pesar de que así se lo habían pedido los demandantes y lo habían sugerido algunas de las intervenciones. Ello pues la Corte estudió el tránsito del proyecto de Ley y su exposición de motivos y no encontró una referencia expresa a que el legislador quisiera introducir un mecanismo de justicia transicional. Por eso, afirmó la Corte la norma debía estudiarse como “una estrategia normativa que se inserta dentro de la política criminal del Estado “y no entrar en la ponderación que ameritaría un mecanismos de justicia transicional.</p> <p>Así las cosas, una lección inicial de las limitaciones del legislador a la hora de crear mecanismos transicionales, es que su intención debe ser clara y precisa desde el inicio de la discusión legislativa.</p> <p>Con base en ese marco de discusión, en el caso concreto la Corte sostuvo que:</p> <p><i>“El imperativo ético y normativo en el sentido que los Estados enfrenten con seriedad la lucha contra la impunidad en relación con las atrocidades del pasado, para satisfacer las necesidades de justicia de las víctimas y de la sociedad, requiere de investigaciones “rápidas, minuciosas, independientes e imparciales” de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Estos requerimientos no se satisfacen con la estrategia que plantea el numeral 17 del artículo 324 del C.P., a través del cual se renuncia a la investigación, no como una consecuencia de la acreditación de que el desmovilizado no incurrió en alguno de los delitos excluidos del beneficio (graves infracciones del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o conductas dolosas contra menor de edad), sino como producto de la decisión legislativa de sustituir la investigación por la propia manifestación del presunto implicado”.</i></p> <p>Así, con base en esta línea argumentativa, la norma en comento fue declarada inexequible por la sentencia C-936 de 2010.</p>
--	--

De una manera esquemática es posible decir que los objetivos generales asociados con la implementación de la justicia transicional pueden ser agrupados en tres procesos interrelacionados, a cada uno de los cuales se le asocia una serie de herramientas y mecanismos concretos para su adelantamiento. A grandes rasgos, estos procesos son: (i) el mantenimiento o la consecución de la paz, para lo cual

usualmente se realizan procesos de desmovilización, desarme y reinserción (DDR); (ii) la realización de los derechos de las víctimas, lo cual se concreta en la satisfacción de los derechos básicos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición; y (iii) la reforma institucional, que se adelanta a partir de diversos mecanismos de reforma legal y de construcción de capacidad institucional.

1.2 Principales procesos asociados a los objetivos de la justicia transicional

1.2.1 Desmovilización, Desarme y Reinserción (DDR) y mantenimiento de la paz

Los Estados en transición - o aquellos que buscan llegar a un estado de transición - suelen carecer de legitimidad porque a causa del conflicto y de una utilización excesiva de la fuerza se han convertido en instrumentos de represión. Tales situaciones se caracterizan invariablemente por la abundancia de armas, una violencia generalizada por razones de género, la explotación de niños, la persecución de minorías y grupos vulnerables, la delincuencia organizada, el contrabando, la trata de seres humanos y otras actividades delictivas. En tales circunstancias, la delincuencia organizada suele poseer mejores recursos que el gobierno y mejores armas que los agentes del orden. Por ello es necesario concentrar parte de los esfuerzos al restablecimiento de la capacidad y la legitimidad de las instituciones nacionales. La adopción de medidas urgentes para restablecer la seguridad humana, los derechos humanos y el imperio de la ley es evidentemente una tarea de largo plazo, pero que no puede ser aplazada.

En este sentido, en situaciones como estas los Estados tienen que promover el desmantelamiento de ejércitos y grupos armados, así como fortalecer la legitimidad y capacidad de acción de las fuerzas estatales de seguridad para evitar mayores vulneraciones a derechos humanos y situaciones de violencia. Por esta razón, los programas para el desarme, la desmovilización y reintegración (DDR) de antiguos combatientes se han vuelto una parte integral de las operaciones para el mantenimiento de la paz y de los planes de reconstrucción posconflicto alrededor del mundo.⁸

1.2.2 Satisfacción de los derechos de las víctimas

Como mencionamos anteriormente, una de las características propias de la justicia transicional es su adherencia a principios básicos de derechos internacionales de los

⁸Gleichmann, Colin; Michael Odenwald; Kees Steenken, & Adrian Wilkinson. *Desarme, Desmovilización y Reintegración: Guía teórica y práctica*. Fráncfort, Alemania: GTZ, FSS, PPC, FHS. 2004

derechos humanos que, en cierta medida, limitan las opciones locales de transición política. A juicio de algunos autores, el reconocimiento de los derechos de las víctimas es lo que realmente permite que se pueda hablar de un paradigma de justicia. Como lo lúcidamente lo expone la Profesora Tatiana Rincón: el derecho internacional de los derechos humanos constituyen la “justicia de la justicia transicional”.⁹

Esta posición es igualmente asumida por los Principios de Chicago sobre Justicia de Posconflicto cuando expresamente adhieren una concepción centrada en la víctima, y no centrada en los conflictos como un mecanismo para mejorar el diseño y la implementación de las políticas dirigidas a minimizar el sufrimiento humano ocasionado con el conflicto. De esta manera, el respeto por los derechos de las víctimas se convierte tanto en un objetivo como en un requisito procedural que limita y guía los mecanismos a implementar y excluye mecanismos utilitaristas que contraríen el principio de dignidad humana.

Si en el pasado se llegó a considerar que el aseguramiento de estos derechos podría conllevar al entorpecimiento de la paz, hoy se considera que impulsar el imperio de la ley y profundizar el respeto por los derechos humanos no sólo es la manera correcta de proceder en las transiciones, sino que además es un elemento indispensable para conseguir una paz y una seguridad internacionales duraderas.¹⁰

1.2.3 *Reforma Institucional*

Las instituciones públicas que perpetuaron un conflicto o sirvieron a un régimen autoritario deben ser transformadas en instituciones que apoyen la transición, sostengan la paz y preserven el imperio de la ley. Las instituciones que vulneraron los derechos humanos y defendieron los intereses partidistas de unos pocos deben convertirse en instituciones que protejan los derechos humanos, prevengan los abusos y sirvan a los ciudadanos de forma imparcial. Las instituciones disfuncionales y discriminatorias, temidas por los ciudadanos, deben transformarse en instituciones eficientes y justas que gocen de la confianza de la población.¹¹

⁹Rincón, Tatiana. *La justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.

¹⁰ONU (2006b) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Cartografía del sector de la justicia. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawMappingsp.pdf>

¹¹ONU (2006c) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingsp.pdf>

Este ideario puede envolver un número extenso de medidas tales como la reforma a la función legislativa, la prevención del delito, el desarrollo del poder judicial, la formación jurídica, la reforma penitenciaria, la capacitación de los fiscales, la protección y el apoyo de las víctimas, el apoyo de la sociedad civil e, incluso, reformas a las normas sobre identificación y solución de controversias relacionadas con la propiedad.

Es por ello que una reforma institucional efectiva y sostenible es una tarea compleja y difícil. Medidas concretas de reforma institucional pueden además incluir: la elaboración de procedimientos de supervisión, denuncia y disciplina; la reforma o el establecimiento de marcos jurídicos; la elaboración o la revisión de directrices éticas y códigos de conducta; el cambio de símbolos asociados a prácticas abusivas, y la dotación de sueldos, equipo e infraestructura apropiados. Dependiendo de las necesidades específicas del país, también puede ser necesario incluso examinar el funcionamiento del sector público en su conjunto y estudiar la posibilidad de fusionar, desmantelar o crear nuevas instituciones públicas.¹²

1.3 Principios de aplicación de los mecanismos de la justicia transicional

La cuestión de cómo balancear y articular estas tareas para que correspondan a los objetivos y principios ya mencionados requiere de un delicado proceso que tenga en cuenta tanto el contexto propio en el que se encuentra la sociedad al momento de aplicación (conflicto, democratización post-dictadura, post-conflicto con fragilidad institucional, etc.), como la forma a partir de la cual ha llegado a esta posición (acuerdos de paz, imposición de una fuerza ganadora, ruptura del régimen, victoria de la insurgencia, escisión del Estado, etc.). En la medida en que estas relaciones contextuales son tan importantes, así como lo son las características históricas, sociales y culturales de cada una de las sociedades que puede atravesar la necesidad de un marco de justicia transicional, no puede decirse que existe una fórmula o un modelo único sobre cómo combinar estos factores. Sin embargo, la experiencia comparada y algunas normas básicas de derecho internacional – que veremos con detalle en un capítulo posterior de este texto – señalan algunos principios orientadores de los procesos de transición. Aun cuando estas guías o directrices no están escritas de manera literal en normas internacionales, la experiencia muestra que plantearse estas cuestiones resulta de especial interés cuando se diseña e implementa una política de transición comprensiva.

1.3.1 Planificación y visión global

¹² Ibíd.

En la medida en que un modelo de transición requerirá de la implementación de mecanismos diversos e interrelacionados, operados por distintas ramas del poder público y en momentos distintos, la planeación global para asegurar coherencia, consistencia y oportunidad es fundamental. En este sentido, como lo anota el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, esta planeación estratégica debe tener en cuenta, desde el primer momento, “la necesidad de establecer fases sucesivas y de obtener apoyo internacional en estos ámbitos con posterioridad a la misión, incluida la asistencia para el desarrollo a largo plazo”.¹³ Igualmente, como parte de la planeación debe establecerse quiénes son los responsables del diseño, implementación y seguimiento de cada uno de los mecanismos, lo cual debe incluir un sistema transparente de rendición de cuentas.

1.3.2 *Flexibilidad*

Tanto la flexibilidad de normas y procedimientos internos como la incorporación democrática de normas internacionales sean aplicables y que se adapten a los contextos locales, son dos elementos claves para que los procesos de justicia en transición puedan ser operativos. Así lo ha sugerido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas al referirse, por ejemplo, al diseño de programas de reparaciones:

“[a]unque, con arreglo al derecho internacional, las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional dan lugar a un derecho de reparación de las víctimas, lo que implica la obligación del Estado de dar esa reparación (...). A este respecto, los gobiernos nacionales poseen un alto grado de discrecionalidad y flexibilidad. Una vez más, los Principios y directrices básicos deben servir de fuente de inspiración, como incentivo y como instrumento para políticas y prácticas orientadas a la práctica”.¹⁴

¹³ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

¹⁴ONU (2008) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>

j

Jurisprudencia

En caso de dificultad probatoria se debe acudir a criterios de ponderación y flexibilización de las reglas de apreciación probatoria. Hechos notorios, juramento estimatorio, modelos baremo o diferenciados, presunciones y reglas de la experiencia¹⁵.

Extracto no. 33

M.P. DRA MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Radicado No. 34547 – 27 de abril de 2011

“Entonces, en el referido ejercicio de flexibilización en la apreciación probatoria, resulta útil acudir, por ejemplo:

(a) A los **hechos notorios** que no requieren prueba, reglados en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (aplicable en el proceso penal en virtud de la norma rectora de remisión establecida en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, así como en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la complementariedad establecida en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005), el cual señala que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”* (subrayas fuera de texto).

[...]

Así pues, en el caso objeto de estudio puede tenerse como hecho notorio, la ocurrencia de la masacre durante los días 10 y 11 de marzo de 2000 en la vereda Las Brisas, corregimiento de Mampuján.

(b) También es importante acudir al instituto del **juramento estimatorio** reglado en la normativa procesal civil, en aplicación del principio de integración establecido en el estatuto procesal, en concordancia con la norma que sobre complementariedad contiene el artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

¹⁵ Extracto tomado y adaptado del texto: El Proceso Penal de Justicia y paz: compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Tomo III. Bogotá. Corte Suprema de Justicia y Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ.

[...]

En suma, advierte la Sala que si bien el juramento estimatorio depende en buena medida de cuanto exprese el demandante y de la oposición que sobre el particular formule el postulado, lo cierto es que en estos casos los funcionarios y funcionarias judiciales en su papel proactivo no pueden atenerse simple y llanamente a cuanto dijo aquél, pues les corresponde constatar que hay medios de prueba cuya apreciación permite dar fundamento material a dichas afirmaciones, garantizando con ello que la forma no predomine, sin más, sobre la materialidad y sustancialidad, según lo dispone el artículo 228 de la Carta Política.

(c) Considera la Sala que tratándose de violaciones masivas de derechos humanos como ocurre en los casos abordados en el marco de la Ley de Justicia y Paz, será de especial utilidad, en punto de la cuantificación de las reparaciones, adoptar *modelos baremo o diferenciados*, esto es, a partir de la demostración del daño acaecido a ciertas personas, podrá deducirse también y hacerse extensiva tal cuantificación a quienes se encuentren en situaciones similares pero no hubieren orientado adecuadamente su labor a acreditar el quantum de los perjuicios sufridos. V.g. identidad de oficios, edades, situación socioeconómica o familiar, etc.

[...]

(d) Igualmente será pertinente acudir a las **presunciones**, las cuales comportarán la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas, de modo que será del resorte de los postulados y sus defensores desvirtuar lo que con ellas se da por acreditado. Por ejemplo, cuando desconociendo el ingreso percibido por un trabajador se *presume* que devenga el salario mínimo.

[...]

(e) Otro instrumento valioso en la apreciación de las pruebas serán las **reglas de la experiencia**, las cuales se configuran a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto tempo – espacial determinado. Por ello, tienen pretensiones de universalidad, que sólo se exceptúan frente a condiciones

	<p>especiales que introduzcan cambios en sus variables con virtud para desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles.</p> <p>[...]</p> <p>Es evidente que con la flexibilización en la apreciación de las pruebas en pro de los intereses las víctimas aquí señalada, se hacen en parte efectivos los derroteros dispuestos por la Corte Constitucional¹⁶ respecto de la población desplazada [...]".</p>
--	---

1.3.3 Selección y priorización

Establecer un programa de transición que enfrente una situación caracterizada por patrones de violación sistemáticos y generalizados que se mantienen por año, o incluso décadas, es una labor muy exigente. En muchos casos será imposible alcanzar una decisión individual que responda a cada uno de los casos cuando estos llegan a miles, a millones, o han ocurrido varias décadas atrás. Evidentemente, el hecho de que un Estado no tenga capacidad para responder en cada uno de los casos presenta un serio desafío para la vigencia del Estado de derecho. Sin embargo, no puede ser desconocido que las restricciones que producen la magnitud de las violencias son abrumadoras en muchos contextos transicionales. En consecuencia, las autoridades se verán avocadas a tomar decisiones difíciles para poder adelantar un proceso que de manera global cumpla con las expectativas sociales y los objetivos del proceso, sin desconocer las restricciones propias de cada contexto¹⁷.

Un caso concreto de aplicación de este principio es el de las investigaciones adelantadas a través de un mecanismo institucionalizado para develar la verdad, pues las comisiones de la verdad pocas veces disponen del tiempo o los recursos necesarios para investigar todos los casos particulares, aun cuando existen pruebas claras y testigos. En estos casos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha señalado:

¹⁶ Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.

¹⁷ En la Introducción de los Principios de Chicago se advierte esta situación y, en consecuencia, se señala: "[I]as estrategias de la Justicia del Post-Conflict deben siempre buscar maximizar la rendición de cuentas y minimizar la impunidad. Una estrategia apropiada de justicia en el post-conflicto entonces debe revelar toda la verdad que sea posible, proveer la mayor cantidad de reparaciones que se puedan pagar; y asegurar el grado de reconciliación más alto alcanzable". Bassiouni& Rothenberg. *The Chicago principles on Post-Conflict Justice*. A project of: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, IstitutoSuperioreInternazionale di ScienzeCriminali, Association Internationale de DroitPénal. 2007. P. 13 Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf

"La comisión de la verdad no tendrá tiempo de investigar cada caso en profundidad, por lo que normalmente seleccionará un número de casos representativos para estudiarlos a fondo. Puede tratarse de casos de violencia contra personas concretas o de sucesos de mayor alcance, como matanzas. Mientras tanto, la comisión quizá desee realizar un estudio temático de las causas y las consecuencias de la violencia o la represión, por ejemplo hasta qué punto ciertas comunidades se vieron particularmente afectadas o cuáles son los grupos que se considera que tienen la mayor responsabilidad. Algunas comisiones de la verdad han seleccionado varias localidades o comunidades concretas para estudiar con mayor profundidad la historia de la represión en un lugar determinado".¹⁸

En este escenario, los procesos de selección y priorización que se establezcan, deberán ser consensuados y deberán responder a las expectativas de la sociedad y deben ser producto de consultas lo más inclusivas posibles.¹⁹ De esta manera, la determinación y el establecimiento de prioridades podrán mejorar la implementación de las medidas de transición y alcanzar algunos objetivos. Según las ONU, el proceso de selección de prioridades puede ayudar a: (i) agrupar las causas con el fin de comparar, identificar y presentar informes sobre cuestiones sistémicas y pautas o tendencias en las violaciones de los derechos humanos; (ii) establecer prioridades en cuanto a las causas puede ayudar a que los implementadores de las políticas mejoren su labor (de otro modo podrían verse abrumados por el número de causas y las cuestiones particulares de derechos humanos que han de abordar); y (iii) la determinación de prioridades claras para la asignación de su tiempo y sus recursos permite a los implementadores conseguir una información más amplia y fidedigna, con lo que mejoran la integridad y el valor de sus conclusiones.²⁰

1.3.4 Progresividad en la cobertura de medidas

Como se ha reseñado, los retos que plantea el inicio de una política de medidas de transición pueden ser abrumadores, particularmente después de un conflicto

¹⁸ONU (2006a). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionssp.pdf>

¹⁹ONU (2009a) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Consultas nacionales sobre la justicia de transición. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NationalConsultationsTJ_sp.pdf

²⁰ONU (2006d) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del régimen de derecho en estados que han sufrido un conflicto. Supervisión del sistema de justicia. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawMonitoringsp.pdf>

porque se presenta una situación de falta total de recursos, infraestructura destruida, baja capacidad estatal, falta de unificación del sistema de justicia y numerosos problemas con la legislación aplicable. Ello lleva a que sea común la pregunta sobre dónde empezar. En materia de administración de justicia, por ejemplo, generalmente es imposible iniciar al mismo tiempo procesos judiciales en todas las regiones de un país, o recibir y adelantar de manera simultánea todos los procesos (incluso cuando se ha partido de un proceso previo de priorización). En situaciones como estas, raras veces están disponibles los recursos financieros y de personal que se necesitan para un programa amplio de judicialización de casos. En esas condiciones, señala la Oficina del Alto Comisionado, es importante no intentar iniciar un gran volumen de causas o de cuestiones simultáneamente porque el resultado será un análisis superficial y menos creíble de los problemas y las cuestiones de derechos humanos".²¹ Lo que se debería privilegiar es una política responsable que garantice una cobertura específica a través del tiempo dependiendo de las capacidades locales y los recursos disponibles.

1.3.5 Manejo de las expectativas

Sobre todo en situaciones de post-conflicto y de advenimiento de nuevas democracias, las expectativas en relación con las transiciones - y respecto de algunos de sus mecanismos en particular (como sería el caso de los juicios o las comisiones de la verdad) - suelen ser exageradas en el ideario colectivo de los ciudadanos. Por ello, es importante es importante, para quienes administran un programa político de transición, manejar debidamente esas expectativas y mantenerlas dentro de lo razonable, así como describir con franqueza desde el principio lo que puede ofrecer un determinado mecanismo transicional.²²

1.3.6 Fomento a la capacidad institucional

Un programa político de transición con justicia depende primordialmente del desarrollo institucional de lo que antes eran organismos disfuncionales, corruptos, muchas veces excesivamente grandes y claramente hostiles con los ciudadanos, sometidos a injerencias de poderes particulares, y en donde brillaban por su ausencia la obligación de rendir cuentas y la transparencia. Es por ello que un Estado en esta situación deberá dedicar atención y recursos a cuestiones como el desarrollo profesional, la transparencia en la administración, la preparación de presupuestos,

²¹ Ibíd.

²²ONU (2006). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsp.pdf>

la supervisión fiscal, la planificación, la logística y las adquisiciones, es decir, el desarrollo de la capacidad institucional en general.²³ Gran parte de la transformación que pretende un programa político de transición es trasladar y generar conocimientos, competencias e instrumentos de modo que las instituciones locales sean más fuertes que antes.

1.3.7 Participación de comunidades y víctimas

Es necesario que las medidas adoptadas para una justicia transicional se basen en consensos y se legitimen a través de consultas que incluyan no solo una amplia participación social, sino además, la participación activa y cualificada de quienes en mayor medida fueron victimizados por el conflicto o el régimen que se pretende superar. Las consultas sobre la justicia de transición deben llevarse a cabo de forma que respeten la dignidad de las víctimas y demás afectados por las violaciones de los derechos humanos.

Los beneficios globales de la participación son muy importantes y diversos. Por ejemplo, la experiencia comparada muestra que cuando se establecen mecanismos como Comisiones de la Verdad, que permiten la participación de las víctimas y les ofrecen la oportunidad de relatar su experiencia de forma pública, -especialmente cuando las audiencias se emiten por televisión o radio-, se genera un reconocimiento oficial y público a injusticias pasadas, se ofrece a las víctimas la ocasión de ser escuchadas, y se reduce la probabilidad de que siga negándose la verdad y se refuerza la transparencia.²⁴ Asimismo, las audiencias públicas facilitan la participación ciudadana, alentando la cobertura de la prensa en las cuestiones durante un período más largo y estimulando un debate nacional acerca del pasado.

1.3.8 Enfoque de derechos

Actualmente el derecho internacional de los derechos humanos y las normas de derecho internacional humanitario trazan los estándares básicos y las obligaciones fundamentales que dan sustento a los esfuerzos de combatir la impunidad y enfrentar los abusos masivos. Es por ello que los principios básicos de estas normas deben ser aplicados como un derrotero que guía todo el proceso de transición. Como

²³ ONU (2006b) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Cartografía del sector de la justicia. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawMapping.pdf>

²⁴ Ibíd.

lo afirman los Principios de Chicago²⁵, las transiciones contemporáneas se basan en el reconocimiento de que las violaciones a derechos humanos y las infracciones a derecho internacional humanitario producen daños complejos y graves, así como sufrimiento y pérdidas, las cuales deben ser enfrentadas por los Estados (Principios de Chicago, Elementos fundantes de la Justicia del Post-Conflicto). Además, reconocen que las medidas de justicia en escenarios de transición y post-conflicto deben centrarse en las víctimas y que cualquier medida que se diseñe debe respetar su dignidad y derechos.

En respeto de estos principios, el desarrollo de un modelo comprensivo de estrategias de justicia transicional debe reconocer que los impactos del conflicto armado son diferenciales, especialmente sobre algunos grupos con mayores grados de vulnerabilidad, y que dichos grupos deben recibir, en consecuencia, especiales protecciones. La formulación y la aplicación de los procesos de justicia de transición deben respetar y promover la dignidad fundamental de todos los seres humanos, basada en los principios de igualdad y no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.²⁶

Además, todas las medidas deberán tener en cuenta el principio de intervención sin daño, el cual deberá ser transversal en la planeación, diseño, ejecución y seguimiento de la política de transición.

1.4 Los mecanismos asociados a la justicia transicional

Como se menciona en la Introducción a los Principios de Chicago, los procesos de justicia transicional son complejos y multifacéticos, lo cual implica una aproximación interdisciplinaria y creativa que vaya más allá de la visión

²⁵ Los Principios de Chicago son las directrices básicas para el diseño y la implementación de políticas dirigidas a enfrentar las atrocidades que han sido cometidas en el pasado a través de la justicia transicional. Representan un compromiso con la paz, la verdad, la reconciliación, los derechos de las víctimas y el carácter inherente del ser humano; y surgen como el resultado de una serie de reuniones efectuadas entre académicos, juristas, líderes religiosos y otros representantes de sectores influyentes que tuvieron lugar durante siete años. Estos principios hacen parte de un creciente reconocimiento internacional de que para combatir las atrocidades se requiere la construcción de una sociedad democrática que tenga un compromiso con los pilares de la justicia transicional, que a diferencia de las políticas internacionales que se han dado como solución a los conflictos –concentradas en la seguridad y la reconstrucción nacional–, busca la justicia, la verdad, la paz y la reconciliación, dando un pleno reconocimiento a los derechos humanos fundamentales.

²⁶ ONU (2009a) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Consultas nacionales sobre la justicia de transición. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NationalConsultationsTJ_sp.pdf

estRICTAMENTE legalista o judicialista.²⁷En consecuencia, el rango de mecanismos y procesos que generalmente se relacionan con el paradigma de la justicia transicional incluye tanto mecanismos judiciales como no judiciales, como las investigaciones y procesamientos penales, las comisiones de la verdad y reconciliación, los esquemas de amnistía, los programas de reparación, entre otros.²⁸ En este sentido, no existe ni una lista cerrada de mecanismos “transicionales”, ni una serie de mecanismos que solo aplican en situaciones de transición. En esta sección, mencionaremos entonces algunos de los mecanismos que han sido más comunes en experiencias comparadas sin querer indicar con ello que son los únicos posibles o existentes.

Ahora bien, otra gran duda que genera la implementación de los mecanismos de justicia transicional es si éstos son de carácter local o internacional. Ello pues usualmente cuando se habla de instituciones como la Corte Penal Internacional, principios de Naciones Unidas u otros, se tiende a creer que las transiciones y sus mecanismos son una suerte de procesos de intervención internacional cuando los estados han fallado en su tarea de protección de derechos y del Estado de derecho. Esta presunción es, sin embargo, incorrecta. Si bien todas las experiencias de transición han tenido en mayor o menor medida una intervención o acompañamiento internacional, la tarea de la transición está fundamentalmente reservada a los constituyentes de la sociedad que ha sido afectada por las atrocidades. En caso de que éstas no estén en capacidad de cumplir con los objetivos descritos, pueden entrar a operar ciertos grados de apoyo internacional, bien sea asumiendo algunas tareas o colaborando con el Estado interesado en su adelantamiento. Así, algunos de los mecanismos son locales (como de hecho han sido la mayoría), otros internacionales y otros mixtos (como es el caso de las cortes híbridas²⁹).

1.4.1 *Investigaciones y procesos judiciales*

“El enjuiciamiento es uno de los elementos centrales de una estrategia integrada de justicia de transición, y tiene como finalidad permitir que una sociedad deje atrás la

²⁷Bassiouni& Rothenberg. *The Chicago principles on Post-Conflict Justice*. A project of: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, IstitutoSuperioreInternazionale di ScienzeCriminali, Association Internationale de DroitPénal. 2007. P.8 Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf

²⁸ONU (2008) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>

²⁹ Las Cortes híbridas son generalmente cortes independientes y autónomas con respecto al sistema interno y al sistema internacional, que sin embargo están facultadas para aplicar ambas legislaciones y están conformadas por jueces nacionales e internacionales.

impunidad y un legado de abusos de los derechos humanos".³⁰ Las investigaciones y el procesamiento de dirigentes poderosos y de los "más responsables" ayudan a consolidar el Estado de derecho y suponen una importante advertencia: las sociedades que respetan los derechos humanos no toleran esos crímenes. Además, los juicios son una de las principales reivindicaciones de las víctimas, porque cuando éstos se realizan reflejando sus necesidades y expectativas pueden ser vitales para la restitución de su dignidad y la provisión de justicia.

Los juicios no deben verse exclusivamente como expresiones de un deseo social de retribución. Los juicios pueden desempeñar una función clave para la construcción del Estado de derecho en el sentido en que reafirman públicamente normas y valores sociales cuya violación implica sanciones. Con ello, los juicios ayudan a restablecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado demostrándole a quienes han sufrido la vulneración de sus derechos que las instituciones estatales buscan proteger y no violar los derechos³¹.

Estas estrategias de enjuiciamiento deben no solo respetar los principios básicos de debido proceso, también deben contener unos requisitos mínimos pensados como un mecanismo que aporta a una estrategia específica que hace parte de un plan más global. En ese sentido, una política criminal en tiempos de transición debe tener muy clara su relación con la política de rendición de cuentas; debe tener una estrategia clara; debe velar por que las iniciativas cuenten con la capacidad y las competencias técnicas requeridas para investigar y enjuiciar esos crímenes; y debe prestar particular atención a las víctimas.³²

Ahora bien, el reconocimiento de la incapacidad estructural de los sistemas de justicia penal para enfrentar las atrocidades masivas no debe interpretarse como una deslegitimación del papel del enjuiciamiento o del castigo de crímenes. La

³⁰ ONU (2006) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionss.pdf>

³¹ Existen incluso estudios que intentan demostrar estadísticamente estos efectos. Así, con base en un trabajo de investigación que ha desarrollado por varios años y que ha involucrado el análisis más de 100 casos de países que han adelantado juicios por violaciones graves a derechos humanos, la Profesora Kathryn Sikkink afirma que los juicios por violaciones a los derechos humanos realizados después de iniciadas las transiciones a la democracia han conducido a mejoras en la protección de los derechos humanos, y que los procesos realizados en países de una región tienen un efecto disuasivo que se extiende más allá incluso a sus países vecinos. Sikkink. "El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de derechos humanos. Universidad de Chile. Santiago. Tomado y traducidodelLibro: *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. Nueva York: W.W. Norton. 2010

³² ONU (2006) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento

importancia de juicios como los de Núremberg o del establecimiento de la Corte Penal Internacional demuestra la alta importancia que tienen los juicios como una medida contra la impunidad. Además, generan obligaciones jurídicas - como se verán más adelante – que hacen que los Estados no se puedan rehusar a investigar y procesar ciertos crímenes considerados como especialmente graves por la comunidad internacional.

1.4.2 *Comisiones de la Verdad y Reconciliación*

Estas comisiones son órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Esas comisiones, que son órganos de investigación oficialmente autorizados, de carácter temporal y no judicial, disponen de un plazo relativamente corto para tomar declaraciones, realizar investigaciones y estudios y celebrar audiencias públicas, antes de ultimar su labor con la publicación de un informe³³. Aunque las comisiones de la verdad no son un sustituto de la acción judicial, “sí ofrecen cierta posibilidad de explicar el pasado, por lo que han sido particularmente útiles en aquellas situaciones en las que emprender el enjuiciamiento por crímenes masivos era imposible o poco probable, fuera por falta de capacidad del sistema judicial o por una amnistía de hecho o de derecho”.³⁴

En el mundo ya se han creado más de 30 comisiones de esta índole, entre ellas las de la Argentina, Chile, Sudáfrica, el Perú, Ghana, Marruecos, El Salvador, Guatemala, Timor-Leste y Sierra Leona. Las comisiones de El Salvador, Guatemala, Timor-Leste y Sierra Leona han contado en gran medida con la participación y el apoyo de las Naciones Unidas, y en Liberia y la República Democrática del Congo hay actualmente misiones de la Organización dedicadas a apoyar procesos consultivos previos al establecimiento de comisiones de la verdad en esos países.

³³ Según la experta Priscilla B. Hayner, el término “Comisiones de la verdad” se usa para designar aquellos órganos que comparten las siguientes características: i) las comisiones de la verdad se centran en el pasado; ii) investigan un patrón de abusos en un período de tiempo, en vez de un acontecimiento concreto; iii) una comisión de la verdad es un órgano temporal que usualmente funciona de seis meses a dos años y termina su trabajo con la entrega de un informe; y iv) estas comisiones son aprobadas, autorizadas o facultadas oficialmente por el Estado Hayner, Priscilla (2011) *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Routledge. Second Edition. New York.

³⁴ ONU (2006). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salidos de un conflicto: Comisiones de la verdad. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionssp.pdf>

Las comisiones de la verdad prestan una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al constatar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También sirven de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y facilitan el debate público sobre cómo aceptar el pasado.³⁵

1.4.3 *Investigación de antecedentes en la administración pública*

Países en los que un régimen autoritario ha estado a cargo del poder usualmente deben enfrentar el hecho de que muchos funcionarios y funcionarias adeptas a ese régimen estuvieron involucrados en la comisión de los abusos. Por esta razón, en muchos lugares se han desarrollado programas de depuración institucional, orientados a remover del Estado a funcionarias y funcionarios involucrados (usualmente referido como *lustration*) o a impedir que quienes estuvieron involucrados asuman cargos públicos o de autoridad (usualmente se les denomina como *vetting* o *banning*). La exclusión de los cargos públicos no solo se realiza como una sanción moral, sino además como una forma de prevenir que nuevamente se abuse del poder y se cometan nuevas violaciones.³⁶

Estas prácticas tuvieron origen en depuraciones masivas realizadas en los antiguos países de Europa del Este, y luego el mecanismo se extendió a otras latitudes, como es el caso de Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Timor-Leste, Liberia y Haití. Si bien, inicialmente estos procesos se realizaron a través de purgas masivas que entrañaban numerosos despidos e inhabilitaciones que no se basaban en la trayectoria personal, sino en la afiliación a un partido, la ideología política o la vinculación a una antigua institución del Estado, hoy en día estos procesos se orientan a formular normas profesionales, crear mecanismos de supervisión y establecer criterios imparciales y legítimos. Las investigaciones suelen consistir en un proceso oficial de identificación y remoción de los responsables de los abusos, especialmente de la policía, los servicios de prisiones, el ejército y la judicatura. Se notifican los cargos a las partes investigadas y se les da la oportunidad de responder ante el órgano que se encargue del proceso de investigación. Normalmente, los acusados tienen derecho a que la

³⁵ Ibíd.

³⁶Rieckh, Alexander Mayer & de Greiff, Pablo (Eds). *Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies*. Chicago: Social ScienceResearch Council. 2007

causa les sea notificada en un plazo razonable, así como a defenderse y apelar un fallo adverso ante un tribunal u otro órgano independiente.³⁷

1.4.4 Programas administrativos de reparaciones

Los programas masivos de reparación por vía administrativa son generalmente iniciativas diseñadas como conjunto de medidas de reparación sistemáticamente vinculadas entre sí. Su propósito esencial es restituir los derechos de las víctimas, reconocer su condición de ciudadanos con plenos derechos -lo que implica necesariamente una transformación de su situación de vulneración- y recuperar el tejido social. Por estas razones, los programas de reparación suelen poner mayor énfasis en los componentes de restitución, compensación y rehabilitación.

Estos programas de reparaciones pueden ir desde los muy básicos, es decir, la simple entrega de dinero en efectivo, hasta los sumamente complejos, es decir, distribuir dinero pero también atención de salud, apoyo educacional y de vivienda, etc., además de medidas simbólicas, tanto individuales como colectivas.³⁸ Estos programas buscan llegar a la mayor cantidad posible de víctimas y para ello, en comparación con los procedimientos judiciales que buscan la reparación, suelen ser más rápidos, económicos y exigen una menor carga probatoria a las víctimas. Sin embargo, y debido a su carácter masivo, estos programas establecen tarifas considerablemente menores a las concedidas en sede judicial y no suelen ir acompañados de medidas de amplio alcance, que eviten la repetición de los hechos de violencia. Por esta razón, se considera deseable diseñar estos programas de manera paralela al establecimiento de reformas institucionales y medidas de no repetición, tal y como ha sucedido en algunas experiencias, en las cuales tuvo lugar el adelantamiento de reformas constitucionales, reformas al sistema judicial, de policía, a las fuerzas militares, entre otras.

1.4.5 Esquemas de amnistías e indulto

Tras situaciones de violencia masiva, como aquellas asociadas a conflictos internos e internacionales, quienes hacen o hicieron parte de grupos armados y por tal condición se habrán involucrado en actos propios de los combates generalmente

³⁷ ONU (2006c) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingsp.pdf>

³⁸ ONU (2008) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>

deberán responder por sus acciones ante los tribunales nacionales, especialmente cuando se trata de insurgencias o grupos armados internos. Es por ello común que en las negociaciones de paz con grupos armados se pacten modelos de amnistías o indultos para garantizar desarmes y reinserciones masivas de combatientes.

Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas, “una amnistía cuidadosamente formulada puede apoyar el regreso y la reinserción de ambos grupos”.³⁹ No obstante, esta figura tiene unos límites importantes: “no debe permitirse en ninguna circunstancia que sirva de excusa para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de los derechos humanos”.⁴⁰ Así, concluye la ONU: “[a]ll contribuir a la desmovilización y desbande de grupos paramilitares, las amnistías coherentes con estos principios pueden ayudar a impedir mayor violencia”.⁴¹

En este sentido, las amnistías se rigen actualmente por un conjunto sustancial de normas de derecho internacional que delimitan el ámbito de lo permisible. De manera central, las amnistías que impiden el enjuiciamiento de las personas que pueden resultar jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional, así como con la política de las Naciones Unidas. Además, las amnistías no pueden limitar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra a un recurso efectivo y reparación, ni pueden obstaculizar el derecho de las víctimas o de las sociedades a conocer la verdad acerca de esas violaciones.⁴²

1.4.6 *Mecanismos de recuperación y preservación de la memoria histórica*

La recuperación y preservación de la memoria sobre lo ocurrido honra la dignidad, el sufrimiento y la humanidad de las víctimas, tanto de las sobrevivientes como de las fallecidas, y también conmemora las luchas y el sufrimiento de los individuos,

³⁹ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

⁴⁰ Ibíd.

⁴¹ONU (2005). Consejo Económico y Social. Promoción y protección de los derechos humanos. Adición: Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 37 <http://www.idhc.org/esp/documents/PpiosImpunidad.pdf>

⁴² ONU (2009b) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

las comunidades y la sociedad en general⁴³. Los ejercicios de memoria pueden incluir distintas actividades apoyadas por el Estado que pueden variar en alcance, impacto y visibilidad, así como acciones que reflejan esfuerzos individuales, grupales o comunitarios específicos. Algunos de los ejercicios de memoria más comunes se relacionan con procesos para la construcción de monumentos, estatuas, museos, sitios de memoria establecidos en antiguas prisiones, campos de concentración o de tortura, etc., actos y fechas conmemorativas de sucesos de impacto, nombres de calles, parques, varias formas artísticas de socialización, entre otras.

Igualmente, los Estados tienen la obligación de asegurar que la información relativa a los períodos de opresión o violencia será preservada, para evitar que la historia se olvidad o re-escrita. Para cumplir con esta tarea, es común que se desplieguen actividades de conservación de archivos oficiales, se diseminen los resultados y conclusiones de los ejercicios de verdad, se incluyan en los programas de educación formal y no formal currículos específicos sobre la materia, etc.

1.4.7 Mecanismos asociados con la reforma legal y la reconstrucción institucional

Los mecanismos comúnmente usados por los Estados para mejorar la gobernabilidad democrática y para asistir a las instituciones en su tarea de hacer frente al legado de violaciones masivas incluyen las reformas institucionales, la restructuración de los sectores de seguridad, la reforma a la justicia y la especialización y fortalecimiento de los sistemas de investigación, así como otras actividades de apoyo a la democratización y la defensa de los derechos humanos.

La reforma al sector de seguridad generalmente incluye temas asociados con el control de las fuerzas militares al poder civil, esquemas de limitación de las labores de inteligencia tanto militares como civiles, el entrenamiento en derechos humanos y derecho internacional humanitario, entre otras. En cuanto a la reforma legal, es común que se desplieguen acciones para la restructuración y reforma de los sistemas de justicia para asegurar un mayor apego al ideario del estado de derecho, como la ratificación de convenciones de derechos humanos, el aseguramiento de la independencia judicial, la derogatoria de normas contrarias a los derechos humanos, etc.

1.5 El ámbito de implementación y el alcance de las medidas de justicia transicional

⁴³ Ver: Principios de Chicago; Goals of Memorialization.

	<i>Actividad pedagógica</i>
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mapa conceptual: Analice los principios contenidos en el capítulo II del título I de la Ley 1448 de 2011. Realice un mapa conceptual de los principios establecidos en dicha normatividad con los principios, objetivos, mecanismos y procesos estudiados en esta Unidad. 2. Investigación: Haga una lectura transversal de la Ley 1448 de 2011 e identifique cuáles de los mecanismos estudiados se ven reflejados en dicha normatividad.

La delimitación de aquellos contextos que ameritan la aplicación de estos mecanismos ha sido un campo en el que también se han presentado intensos debates. En cierto sentido, esta discusión es similar a la que genera la aplicación del derecho internacional humanitario: si el umbral es excesivamente bajo se corre el riesgo de legitimar la aplicación flexible de los derechos de las víctimas a situaciones en las cuales los estados deberían aplicar las normas del Estado de derecho en todo su rigor⁴⁴. Por el contrario, si el umbral es demasiado alto se pueden generar situaciones de desprotección que llevarían a que los mecanismos de la justicia transicional no pudieran ser aplicados a grupos de víctimas o que sociedades que pasen por situaciones extraordinarias no puedan beneficiarse de marcos de política transicional que ayuden a la consolidación del Estado de derecho.

Basados en características históricas y contextuales – a las cuales se hace referencia en la siguiente unidad de este módulo – algunos autores consideran que el ámbito de aplicación de la justicia transicional debe reservarse a las situaciones de post-dictadura.⁴⁵Según esta línea, al haberse iniciado el paradigma transicional a propósito de las transiciones a la democracia surgidas en el cono sur de las Américas hacia finales de la década de los 1980s, es claro que las herramientas siguen una lógica de democratización tras un gobierno autoritario⁴⁶. Otras voces, sin embargo,

⁴⁴ Sobre el dilema de la aplicación de las normas del DIH ver: Tomuschat, Christian. *Human Rights Between Idealism and Realism*. Oxford Academy of European Law of the European University Institute.Oxford: Oxford UniversityPress. 2003

⁴⁵ Orozco Abad, Iván. Dealing with Symmetrical Barbarism:A Challenge for the Human Rights Movement. (The Colombian Case)”. (Paper presented at the Conference on Curbing Human Rights Violations by Non-State Armed Groups, University of British Columbia, November 13-15, 2003).

⁴⁶ El profesor Iván Orozco argumenta que no son iguales las lógicas y las posibilidades de perdón en la transición de una dictadura estable a una democracia, que en el caso de una transición de una guerra civil a la paz. Es por ello necesario distinguir dos tipos de situaciones de violación masiva de los derechos humanos: de un lado, los casos de dictaduras o regímenes totalitarios, como el nazismo o las dictaduras del Cono Sur, caracterizados por

asumen que a pesar de las diferencias de tratamiento con las que se debe encarar cada tipo de transición, dependiendo del contexto, los mecanismos de la justicia transicional pueden ser válidamente aplicados a situaciones en las cuales una sociedad enfrenta los legados de un conflicto armado a gran escala, bien sea internacional (guerra internacional o una situación de ocupación extranjera), de escisión de un estado (como sería el caso de lo ocurrido en Bosnia& Herzegovina y Kosovo tras la desmembración de la Antigua Yugoslavia), o interno (como sería la situación de conflictos armados como los de Sudán, Colombia, Perú, entre muchos otros); así como a situaciones post-régimen que buscan democratizaciones sociales y políticas (como los países del Cono Sur de las Américas o los países de Europa del Este).

Con base en esta segunda posición, es ampliamente entendido tanto en la teoría como en la práctica internacional que la justicia transicional tiene herramientas que pueden ayudar a superar legados de violaciones derivadas de conflictos armados o de gobiernos autocráticos. No obstante, este acuerdo no cierra del todo la cuestión pues en épocas más recientes ha sido común que se abogue por la aplicación de medidas de este tipo para situaciones que no parecen referir directamente al paradigma de “legados del pasado” o del reciente “post-conflicto” o “post-dictadura”. Dentro de los primeros puede citarse el creciente uso de mecanismos de transición a situaciones en las cuales el conflicto es todavía parte de la realidad, como es el caso colombiano. De allí la pregunta constante de si es pertinente la aplicación de estas medidas a sociedades que todavía no han iniciado un significativo proceso político de transformación (o como se ha expuesto en el contexto colombiano: ¿Es posible hablar de justicia transicional sin transición?).⁴⁷

una victimización o barbarie vertical o asimétrica, en donde la distinción entre victimarios y víctimas es bastante clara, pues unos ejercen la violencia y otros la padecen. De otro lado, las guerras civiles y los conflictos armados, en donde la barbarie 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). Por esta razón, el profesor Orozco propone una distinción entre el concepto de “Justicia Transicional” y el de “Justicia del Post-Conflicto”. Ver: Orozco Abad, Iván. “La Postguerra Colombiana: Divagaciones sobre la Venganza, la Justicia y la Reconciliación” en Análisis Político No.46, IEPRI, 2002.

Orozco Abad, Iván. Dealing with Symmetrical Barbarism:A Challenge for the Human Rights Movement. (The Colombian Case).(Paper presented at the Conference on Curbing Human Rights Violations by Non-State Armed Groups, University of British Columbia, November 13-15, 2003).

Orozco Abad, Iván. Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá. Editorial Temis. 2009

⁴⁷Uprimny Yepes, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon. ¿Justicia transicional sin transición?Verdad, justicia y reparación para Colombia. Dejusticia. 2006. Ver también Sánchez, Nelson Camilo, Uprimny, Rodrigo. “¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición” en BERISTAIN C (Ed) Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina. IIDH, San José de Costa Rica. 2011

Por otro lado, se discute la oportunidad de aplicación de los mecanismos a sociedades que enfrentaron violaciones en el pasado, pero en un pasado menos cercano. El ejemplo típico en este caso son los esfuerzos por implementar algunos mecanismos de justicia transicional en España para enfrentar lo sucedido durante la época del Franquismo. Aquí las preguntas usuales son: ¿Cuánto tiempo después de superada la violencia o pasada la represión es pertinente la aplicación de éstas medidas? ¿Es pertinente seguir insistiendo con la aplicación de medidas sobre el pasado cuando en circunstancias en las que ya existe una democracia más o menos consolidada?

Un tercer interrogante es la extensión del propio período de transición. En la medida en que varios de los objetivos que pretende la implementación de los mecanismos de justicia transicional distan de ser aquellos que pueden ser alcanzados a corto plazo, la cuestión que subyace es cuándo se puede decir que una sociedad ha superado la transición y goza ya de un sistema democrático restablecido. Algunas de experiencias clásicas como las de Chile y Argentina, que incluso dieron lugar a que el modelo se desarrollara, todavía tienen algunos mecanismos en funcionamiento (como los juicios penales a algunos responsables, o las prestaciones del sistema de reparaciones del Programa PRAIS en Chile), a pesar de que ya han pasado más de tres décadas del advenimiento de las primeras elecciones post-dictadura.

Como se ha repetido a lo largo de este texto: no existe una fórmula única de transición ni una norma jurídica que de manera categórica señale una respuesta correcta a cada uno de estos interrogantes. Las sociedades tienen a su alcance las herramientas y de allí deberán considerar en su caso concreto cuál es el modelo que se adapta a sus necesidades, siguiendo obviamente los mínimos jurídicos básicos impuestos por el derecho internacional. Ello explica el hecho de que en el pasado se hayan implementado mecanismos de justicia transicional en áreas grises, por así decirlo, y que más mecanismos estén siendo implementados en épocas de conflicto no como una herramienta de post-conflicto sino como una vía para generar con ellas la terminación de la confrontación armada. Un ejemplo concreto puede ser, por ejemplo, el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el cual fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en plena confrontación armada, con el objetivo de que las partes bajaran los niveles de intensidad de las hostilidades persuadidas por una posible persecución penal internacional.⁴⁸

⁴⁸Teitel, Rudi. "Bringing the Messiah Through the Law", en *Human rights in political transitions*. New York: Hesse& Post eds. P. 177-179. 1999

Una aproximación similar se predica del debate sobre el alcance de las medidas de la justicia de transición. Mientras que un sector de la doctrina aboga por un uso moderado de las medidas que se ajuste a unas tareas concretas que se concentren en enfrentar las violaciones más graves a derechos civiles y políticos, y a temas de reconstrucción institucional básica del Estado de derecho; otros autores y activistas abogan por que las medidas de transición adopten un enfoque más amplio que permita hacer frente a otras causas y efectos relacionados con la violencia y la violación de estos derechos, como sería la desigualdad estructural, la grave afectación a derechos económicos, sociales y culturales, etc.

En uno de los extremos de la discusión, el experto internacional Pablo de Greiff presenta un argumento muy persuasivo: las medidas de justicia transicional son, en sí mismas, medidas precarias de justicia que se refuerzan las unas a las otras para cumplir con fines específicos; por ello, se debe evitar sobrecargar estas medidas con tareas que no podrán alcanzar y que más bien generarán expectativas sociales exageradas que al final evitarán que cumplan cualquier tipo de papel social importante. En contraposición, otros autores defienden la idea de que sin un estudio exhaustivo de los factores asociados a las violaciones y sin enfrentar de manera adecuada las causas, los factores determinantes y las consecuencias específicas en aspectos que van más allá de las violaciones más graves como el asesinato o la desaparición forzada; las posibilidades reales de transición serán o muy limitadas o muy frágiles.⁴⁹

La decisión de cuál será el alcance de cada proceso y de cada mecanismo se deja entonces a la sociedad que enfrenta la situación concreta, la cual deberá evaluar las oportunidades y desafíos de cada uno de estos extremos, de acuerdo con una evaluación de su contexto y sus capacidades. En todo caso, vale la pena resaltar que los organismos internacionales han animado a los Estados a que implementen medidas de transición examinando exhaustivamente las causas profundas de los conflictos y violaciones conexas de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos. Como ha señalado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

"[I]a justicia de transición debe aspirar a ayudar a transformar las sociedades oprimidas en sociedades libres enfrentando las injusticias del pasado a través de

⁴⁹Millar, Zenaida. "Effects on invisibility: In search of the "Economic" in Transitional Justice." En: *International Journal of Transitional Justice* 2(3), 266-291. 2008. Cavallaro, James L. & S. Albuja. "The Lost Agenda: Economic Crisis and Truth Commissions in Latin America and Beyond" En: *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*. K. McEvoy & L. McGregor eds., Hart Publishing. 2008

medidas que procuren asegurar un futuro equitativo. Debe incluir los delitos y abusos cometidos durante el conflicto que desembocó en la transición, así como las violaciones de los derechos humanos cometidas antes del conflicto y que fueron su causa o contribuyeron a su desencadenamiento".⁵⁰

ae	Autoevaluación Lea la siguiente situación hipotética y responda las preguntas y ejercicios. Contexto: <i>Un país que ha sufrido por varias décadas un cruento conflicto armado que ha afectado desproporcionadamente a comunidades campesinas pobres, las cuales se han visto masivamente obligadas a desplazarse. La población desplazada vive en condiciones de pobreza o miseria, entre otras necesidades y derechos que no les son satisfechos. Encuestas recientes a esta población han indicado que la población desplazada considera que el retorno a sus lugares de origen proporcionaría una situación de vida más digna a la que actualmente enfrentan.</i> <i>Durante los últimos años el control territorial y militar del estado ha disminuido la incidencia del conflicto armado en la población, aun cuando no la ha eliminado. En distintas zonas del país todavía se presentan victimizaciones asociadas al conflicto, entre ellas, el desplazamiento.</i> Escenario político: <i>La coalición de gobierno considera que existe una ventana política importante para la implementación de ciertas medidas de satisfacción de derechos de las víctimas del conflicto. Particularmente, se ha considerado implementar una política de retornos asistidos, la indemnización por vía administrativa de las comunidades y otras medidas de satisfacción y rehabilitación. A pesar de la voluntad política, existen algunas dificultades prácticas para la implementación de estas medidas, limitaciones que se devienen del hecho de que el conflicto armado siga vigente.</i> <i>Para tomar una decisión informada, los gobernantes han establecido una comisión consejera, la cual se ha dividido en dos posiciones principales:</i>
----	--

⁵⁰Arbour, Louise. "Economic and social justice for societies in transition", Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center for Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice (New York, 25 October 2006).

	<p>Posición 1:</p> <p><i>Los consejeros que soportan esta posición opinan que los mecanismos que sugiere el gobierno son mecanismos de justicia transicional propios de una etapa del pos conflicto y, por tanto, es inconveniente su aplicación en las circunstancias actuales del país. Sostienen que para hacer un ejercicio serio de reparaciones es necesario saber el número y la identidad de las víctimas lo cual solamente puede hacerse después de hacer un ejercicio masivo de verdad. Sin embargo, en contextos de conflicto armado latente, dicho ejercicio es imposible de adelantar. Además sostienen que la implementación de mecanismos de transición sería equívoca pues daría a entender que el conflicto ha terminado, lo cual no se ha dado en el país. También exponen que es muy pronto para estos mecanismos, pues como el conflicto continúa en el futuro se presentarán probablemente más víctimas, por lo cual es sensato esperar a que el universo de víctimas esté definido para saber qué medidas de reparación en concreto puede brindar el estado. Por otro lado, otros sostienen que es mejor destinar los recursos actuales a fortalecer la lucha contra las violaciones, es decir, a reforzar el esfuerzo militar del Estado para evitar que nuevas víctimas se presenten.</i></p> <p>Posición 2:</p> <p><i>Los consejeros que defienden esta posición argumentan que es no solo políticamente conveniente la implementación de las medidas, sino que además es jurídica y éticamente obligatorio adoptarlas. Sostienen que el estado no puede esperar acabar con el conflicto (algo que puede tardar años) para empezar a aliviar la situación de las víctimas actuales. Argumentan que una política de reparaciones podría iniciarse hoy, sin perjuicio de una política posterior para las víctimas futuras. Además, consideran que la mejor manera de promover el final del conflicto y la reconciliación es a partir del reconocimiento de las víctimas actuales. Finalmente, sostienen que las normas internacionales generan una obligación de inmediato cumplimiento al estado, la cual debe ser cumplida.</i></p> <p>Ejercicios</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Analice las dos posiciones, con base en los conocimientos hasta ahora adquiridos sobre el concepto, mecanismos y procesos asociados con la justicia transicional. 2. En un escrito corto establezca cuáles son los fundamentos de las dos posiciones y argumento, con base en lo analizado en esta unidad, cuál es la posición que usted considera más
--	--

	deseable y qué alcance deben tener las medidas de justicia transicional que se adoptan en la Ley de víctimas
--	--

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<ul style="list-style-type: none"> - Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 - Corte Constitucional, Sentencia C- 936 de 2010 - Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004 - Corte Suprema de Justicia, Radicado No. 34547 – 27 de abril de 2011. M.P. Dra. María del Rosario González De Lemos.

<i>b</i>	<i>Bibliografía seleccionada</i>
	<p>Arbour, Louise. "Economic and social justice for societies in transition", Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center for Human Rights and Global Justice and by the International Center for Transitional Justice. New York. October 2006.</p> <p>Bassiouni& Rothenberg. The Chicago principles on Post-Conflict Justice. A project of: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, IstitutoSuperioreInternazionale di ScienzeCriminali, Association Internationale de DroitPénal. 2007. Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf</p> <p>deGreiff, Pablo. "Una concepción normativa de la Justicia transicional "Usos y abusos de la justicia transicional". En: Rangel, A (Ed) Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar? Bogotá: Intermedio. 2009</p> <p>Cavallaro, James L. & S. Albuja. "The Lost Agenda: Economic Crisis and Truth Commissions in Latin America and Beyond" En: <i>Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change</i>. K. McEvoy& L. McGregor eds., Hart Publishing. 2008</p>

	<p>De Greiff, Pablo."Hacia una concepción normativa de la Justicia transicional", en Rangel, A. (Ed) <i>Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?</i>, Bogotá, Intermedio. 2006</p> <p>De Greiff, Pablo."Justicia y Reparaciones". En: Díaz, Catalina, (Ed.) Reparaciones para las víctimas de la violencia política, Bogotá, ICTJ-Canadá. 2008</p> <p>Gleichmann, Colin; Michael Odenwald; KeesSteenken, &AdrianWilkinson (2004) <i>Desarme, Desmovilización y Reintegración: Guía teórica y práctica</i>.Fráncfort, Alemania: GTZ, FSS, PPC, FHS.</p> <p>Millar, Zenaida. "Effects on invisibility: In search of the "Economic" in Transitional Justice." En: <i>International Journal of Transitional Justice</i> 2(3), 266-291. 2008</p> <p>Ministerio del Interior y la Justicia.<i>Justicia Transicional: Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia</i>. Bogotá: Imprenta Nacional. 2011</p> <p>ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616.</p> <p>ONU (2005). Consejo Económico y Social. Promoción y protección de los derechos humanos. Adición: Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 37 http://www.idhc.org/esp/documents/PpiosImpunidad.pdf</p> <p>ONU (2006a). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salidos de un conflicto: Comisiones de la verdad. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsp.pdf</p> <p>ONU (2006b) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto.</p>
--	---

	<p>Cartografía del sector de la justicia. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawMapping.pdf</p> <p>ONU (2006c) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVetting.pdf</p> <p>ONU (2006d) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del régimen de derecho en estados que han sufrido un conflicto. Supervisión del sistema de justicia. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawMonitoring.pdf</p> <p>ONU (2006e) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecution.pdf</p> <p>ONU (2008) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf</p> <p>Orozco Abad, Iván. Dealing with Symmetrical Barbarism: A Challenge for the Human Rights Movement. (The Colombian Case)". (Paper presented at the Conference on Curbing Human Rights Violations by Non-State Armed Groups, University of British Columbia, November 13-15, 2003).</p> <p>Orozco Abad, Iván. Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá. Editorial Temis. 2009</p>
--	--

Rieckh, Alexander Mayer & de Greiff, Pablo (Eds). *Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies.* Chicago: Social ScienceResearch Council. 2007

Romero, Mauricio, ed. *Verdad, memoria y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado.* Bogotá: ICTJ. 2008

Uprimny Yepes, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.* Dejusticia. 2006.

Unidad 2

DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y LECCIONES DERIVADAS DE SU APLICACIÓN COMPARADA

O	<p><i>Objetivo general</i></p> <p><i>El propósito de esta unidad es presentar a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras una metodología que permita la comprensión sistemática de las experiencias internacionales de transición, con el objeto de que puedan identificar las lecciones del derecho comparado en cuanto a la aplicación de justicia en tiempos de transición. Este conocimiento permitirá, a su vez, entender las características especiales que se establecen en la Ley 1448, y en especial, a qué responde el carácter excepcional y atípico de la acción de restitución de tierras.</i></p>
---	---

O	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Identificar los mecanismos de derecho comparado que usualmente se implementan en tiempos de transición para alcanzar la garantía de los derechos de las víctimas, y cuáles son los objetivos que pretende alcanzar una sociedad que hace uso de estas herramientas.</i>• <i>Identificar cuáles lecciones de la experiencia comparada han alimentado los mecanismos de transición implementados en Colombia a partir de leyes como la 418, 975, 1424, y 1448 de 2011.</i>• <i>Entender la racionalidad de los mecanismos de transición en</i>
---	---

	<i>contextos diversos y las soluciones a problemas difíciles que han sido dados en el contexto internacional para relacionarlos con la práctica judicial y la realidad concreta a la que se enfrentarán las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras.</i>
--	---

Cuando se habla de justicia transicional, usualmente se escucha acerca de experiencias internacionales sobre sociedades concretas que han implementado mecanismos asociados a la transición. Estas experiencias son tan variadas, que hacer una reconstrucción o sistematización de la aplicación de los mecanismos que se relacionan con el concepto de justicia transicional puede parecer muy complicado, debido a la larga historia de transiciones que ha experimentado la historia del mundo. De hecho, si nos atenemos a lo expuesto por uno de los académicos internacionales más reconocidos en el este campo, el politólogo Jon Elster, en su emblemático libro *“ClosingtheBooks: TransitionalJustice in HistoricalPerspective”*, tendremos que irnos más de 2,000 años atrás a los levantamientos de la Antigua Atenas.⁵¹

Esta tarea incluso sigue arrojando complejidades si tomamos una estrategia más restrictiva y nos concentrarmos no en todas las transiciones políticas, sino en aquellos procesos que se han llevado a cabo desde los tiempos en los que se empezó a hablar de la justicia del post-conflicto (es decir, en el período inmediatamente posterior a la terminación de la segunda Guerra Mundial) o, incluso si nos limitamos a estudiar los procesos ocurridos desde que se acuñó el término “justicia transicional” (es decir, hace aproximadamente unos 30 años).

<i>ap</i>	<i>Actividad pedagógica</i> Lea el siguiente texto y luego realice el ejercicio que se propone al final de la actividad. Como fue mencionado en la primera unidad de este módulo, es posible identificar que más de 30 países han establecido comisiones de la verdad. ⁵² Por otra parte, si el ejercicio se realiza sobre aquellos países que han implementado estrategias de
-----------	--

⁵¹ Elster, Jon. *“Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective”*. New York, NY: Cambridge University Press. 2004

⁵² ONU (2006a). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salidos de un conflicto: Comisiones de la verdad. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionssp.pdf>

judicialización la cifra es aún más grande. La explicación metodológica de un estudio reciente realizado por la Profesora Kathryn Sikkink muestra la magnitud del asunto:

"En este trabajo, incluimos todos los Estados que vivieron procesos de transición entre 1974 y 2004, así como también los países que han pasado por lo que Huntington denominó la "tercera ola" de democratización. Esto parece adecuado, considerando que los primeros juicios nacionales por violación de derechos humanos iniciados después de las causas relacionadas con la Segunda Guerra Mundial comenzaron en países que iniciaron la tercera ola: Grecia y Portugal. Se consideraron todos los países que atravesaron tres tipos de transición: transición democrática, transición después de una guerra civil y transición por creación de un nuevo Estado. La transición democrática se produce cuando un país cambia de un régimen represivo cerrado a un gobierno abierto y descentralizado. La transición posterior a la guerra civil es la que ocurre cuando un Estado se recupera de la inestabilidad y disturbios de un conflicto armado interno. La transición correspondiente a la creación de un nuevo Estado sucede cuando nuevos países (como los que surgieron tras la desintegración de la Unión Soviética) pasan de regímenes represivos y cerrados a un gobierno más abierto y democrático. Se encontraron 100 países en estado de transición entre 1980 y 2004".⁵³

Ejercicios

1. Reflexione sobre la primera vez que escuchó sobre el concepto de justicia transicional y sobre las experiencias internacionales que conoce en las que se ha hablado de este tema.
2. En una hora realice un mapa conceptual en donde ligue las experiencias que ha escuchado y las características que se resaltan en cada una de estas experiencias. Por ejemplo, puede haber escuchado de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Suráfrica, u otros aspectos. Identifique entonces los países y las características que le permitirán comparar las distintas experiencias.
3. Una vez tenga su mapa diseñado, discuta con colegas para auscultar su conocimiento de otras experiencias o de otras características de las experiencias que usted habría señalado.

⁵³Sikkink. "El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de derechos humanos. Universidad de Chile. Santiago. Tomado y traducido del Libro: *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. Nueva York: W.W. Norton. 2010

	4. Reflexiones sobre cuáles de estas experiencias tienen similitudes al caso colombiano, y con base en ello revise su mapa conceptual.
--	--

El reto de esta unidad es entonces utilizar esta extensa experiencia comparada para de allí sacar algunas lecciones que permitan a comprender mejor los dilemas que puede enfrentar una sociedad en transición o en vías de transición. Así, para presentar de manera resumida y esquemática esta vasta experiencia, esta sección se divide en tres partes. En la primera se presenta una breve reconstrucción histórica de los acontecimientos políticos e institucionales que han marcado la evolución y desarrollo de la disciplina de la justicia transicional. En la segunda y tercera se presenta una propuesta de caracterización de algunos procesos transicionales a partir de unas características comunes. Para ello en la segunda sección se clasifica, con base en “tipos ideales”, las transiciones según las fórmulas adoptadas, y en la tercera sección se clasifican según el tipo de proceso mediante el cual se llegó a cada transición.

2.1 Un intento de explicación genealógica de la justicia transicional

Si bien la historia de transiciones políticas en el mundo es muy amplia, el término de “justicia transicional” empezó a ser usado como tal a partir de unas reuniones de activistas y académicos que se llevaron a cabo hacia finales de la década de los 1980s. A partir de entonces también se empezó a gestar lo que hoy en día se conoce como el campo o la disciplina de la justicia transicional. Este campo, desde sus inicios, ha gozado de una gran interdisciplinariedad, pues parte de la interacción de activistas de derechos humanos, abogados y profesores de derecho, formuladores de políticas públicas, periodistas, donantes y expertos en política comparada interesados en la dinámica de los derechos humanos en situaciones de transición.⁵⁴

Así, con ocasión de seminarios y la publicación de textos académicos, algunas importantes figuras de la época empezaron a discutir sobre el tema y a dar algunas orientaciones de política, alentados por lo que ocurría en ese entonces en la experiencia de los países del Cono Sur de las Américas.⁵⁵ Sin embargo, en estas discusiones se empezó a generar un consenso sobre la importancia fundamental de

⁵⁴ Paige Arthur define el campo de la justicia transicional como “una red internacional de individuos e instituciones cuya coherencia interna está dada a partir de conceptos comunes, metas compartidas, y demandas similares sobre legitimidad, el cual emergió como una respuesta a nuevos dilemas prácticos y que se caracteriza por un intento de sistematizar conocimiento comparado que se estima útil para resolver tales dilemas”. Arthur, Page. *How Transitions Reshaped Human Rights*. Human Rights Quarterly, vol. 31, no 2.P 324. 2009

⁵⁵ Teitel, R. *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal, 16, 69-94. 2003

los Tribunales de Núremberg y Tokio, lo que implicó un giro de la comunidad internacional hacia la satisfacción de ciertas demandas de justicia derivadas de las atrocidades cometidas en tiempos de conflicto. Esta situación es paradójica, pues indica que en Núremberg y en Tokio se habrían implementado fórmulas transicionales de justicia aun cuando nadie supiera que las estaba aplicando. Una explicación rápida de esta paradoja sugiere que si bien estos juicios sentaron unas bases importantes para el futuro desarrollo de la práctica y de las normas de derecho internacional, el ímpetu inicial de esta justicia se vio apocado por la dinámica de la “Guerra Fría”. Solamente con la finalización de este período histórico el tema volvió a ser abordado teórica y normativamente hacia principios de los 1990s.⁵⁶

Teniendo en cuenta estos desarrollos políticos, así como los avances normativos que se han ido acumulando en las últimas décadas, algunos autores reconocidos señalan que el proceso de evolución y desarrollo del campo de la justicia transicional se puede explicar en períodos. Éste es el caso de la profesora RuitiTeitel, quien realizó una juiciosa genealogía de la justicia transicional y planteó la existencia de tres períodos históricos: el período de la segunda posguerra, caracterizado por reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones; el período posterior a la Guerra Fría, que confrontó 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.⁵⁷

Según esta autora, la fase I, o de la posguerra, comenzó en 1945 a través de su símbolo más reconocido: los juicios de Nuremberg. Estos generalmente se asocian a un triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del derecho internacional. La principal característica de esta etapa fue la cooperación entre los Estados con procesos por crímenes de guerra y con sanciones. Sin embargo, el triunfo fue efímero dado que estaba asociado con las condiciones políticas excepcionales del período de la posguerra. Por ello, afirma la autora, las condiciones políticas de ese caso fueron únicas y no perduraron y tampoco volvieron a ocurrir de la misma forma en que tuvieron lugar. Comenzando en los años 1950s, la Guerra Fría y el estable equilibrio bipolar de poder condujeron a un status quo político general y a un estancamiento de la búsqueda de justicia en las transiciones. A pesar de esto, concluye Teitel, el legado de los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado como

⁵⁶ Arthur, Page. *How Transitions Reshaped Human Rights*. Human Rights Quarterly, vol. 31, no 2. 2009. Vertambién: Bassiouni& Rothenberg; 2007

⁵⁷Teitel, R. *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal, 16, 69-94. 2003

parte de un esquema de derechos universales, sentó un precedente histórico que se constituyó en la base del derecho moderno de los derechos humanos.

La fase II se desarrolló, de acuerdo con Teitel, en un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizado por autores como Huntington como la “tercera ola” de las transiciones. A lo largo del último cuarto del siglo XX, el colapso y desintegración de la Unión Soviética llevó a procesos simultáneos de democratización en distintos lugares del mundo. Así, por ejemplo, la retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años 70 contribuyó al término de los regímenes militares en Sudamérica. Estas transiciones fueron inmediatamente seguidas por transiciones post-1989 en Europa del Este, África y Centroamérica.

A diferencia del abordaje eminentemente punitivista de la primera fase, la gran mayoría de las transiciones ocurridas en los últimos años del siglo XX y en los inicios del siglo XXI se caracterizaron por la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales. Si bien a partir de la segunda posguerra, el derecho internacional público ha demostrado una tendencia hacia la universalización de la obligación de sancionar los crímenes atroces, los contextos en los que se desarrollaron los procesos transicionales en esta época impusieron serios obstáculos prácticos a la realización efectiva de dicha obligación. Ello pues estos procesos se caracterizaron por fórmulas que para ser aceptadas y vistas como satisfactorias por quienes cometieron las violaciones de derechos humanos, se establecieron algunas restricciones al juzgamiento, como las amnistías generales. 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 post Apartheid, o el de la transición de la guerra civil a la paz llevada a cabo en Irlanda del Norte.

Teitel finaliza su argumento apuntando que hacia finales del siglo XX emerge la tercera fase de la justicia transicional. Esta tercera fase se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional *defin de siècle*, asociado con la globalización y tipificado por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política. La justicia transicional pasa entonces de ser la excepción de la norma, convirtiéndose así en un paradigma del estado de derecho. En esta fase contemporánea, la jurisprudencia transicional, de acuerdo con la autora, normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria, construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo.

A pesar de los aportes que hace Teitel en esta materia, algunos de sus planteamientos son, sin embargo, discutibles. Por una parte, 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. 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, 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 tan sólo el segundo período de justicia transicional identificado por Teitel coincide con lo que en este módulo se defiende 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 otorga especificidad a la novedosa categoría de justicia transicional.

Por estas razones, en la siguiente sección se presentará una tipología de los diferentes procesos transicionales de los que da cuenta la historia. Esta tipología - que se basa en una tipología que recoge aspectos desarrollados en otros textos⁵⁸- se dividirá en dos criterios: según la fórmula adoptada para hacer la transición; y según la forma en la que se llegó a dicha transición.

2.2 Tipología de transiciones según las fórmulas adoptadas

Los distintos ejemplos de justicia transicional que ofrece la historia reciente han surgido como mecanismos particulares para enfrentar las tensiones descritas en la primera unidad de este módulo. 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.

⁵⁸ Ver: Uprimny, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Dejusticia. 2006; y Uprimny, R. y Lasso, L.M. *Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones*. En VV .AA. Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas (pp. 101-188). Bogotá: Fundación Social, Fescol, Embajada de Alemania. 2005.

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 la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquéllos y el olvido de los hechos ocurridos⁵⁹. El cuadro 1, que se asemeja a la tipología propuesta por otros autores⁶⁰, permite establecer cuatro tipos básicos de procesos transicionales:

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

⁵⁹ En esta tipología usamos 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, desde ese punto de vista, todas implican una forma de perdón.

⁶⁰ Para tipologías semejantes, aunque no iguales, ver 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; y Simon, J.-M. 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. 2003

Es preciso tener en cuenta que el cuadro 1 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 del que se puede describir en una tipología como ésta.

El ejemplo de Argentina es también ilustrativo de esta situación, y se pueden vislumbrar al menos tres momentos en el proceso de transición. 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 indicar que muchos otros oficiales involucrados en crímenes atroces iban a ser juzgados. Sin embargo, en un segundo momento, el país se encaminó hacia el modelo de perdones “responsabilizantes” con los retrocesos de los gobiernos civiles y con la expedición de las leyes de punto final y obediencia debida producto de las presiones de los militares al gobierno de Alfonsín. 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”. Sin embargo, 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.

La posible implementación en la actualidad de estos dos modelos es, de hecho, muy problemática y casi imposible. 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 contemporáneo.

A esa limitación jurídica se suman los cuestionamientos políticos y éticos que surgen frente a una transición fundada en perdones “amnésicos”, consistentes en las presiones nacionales e internacionales en contra de la impunidad de crímenes atroces, por un lado, y en el indeseable sacrificio de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas de dichos crímenes, por otro. 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.

Por su parte, la aplicación del modelo de transiciones punitivas (IV) requiere la existencia de condiciones políticas y jurídicas que son poco comunes en los conflictos armados internos (como lo muestra la experiencia colombiana). 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. Segundo, dado que generalmente en los conflictos armados las partes contendientes perpetran 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 ha sido la constante más reciente⁶¹. 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. Aun así, este paradigma implica, de todas maneras, sacrificar la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes atroces, a cambio de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

En la actualidad, un sacrificio como este parte del problemático supuesto de que los derechos de las víctimas pueden ser intercambiados entre sí, supuesto que se opone a las exigencias jurídicas nacionales e internacionales que le otorgan cierta autonomía a cada uno de esos derechos, y que imponen la obligación de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad. Adicionalmente, el sacrificio del imperativo de castigo en pro de la verdad y la reparación es criticable desde un punto de vista tanto político como ético, en el entendido de que dicho castigo es fundamental para el éxito durable de un proceso de paz, ya que impide el surgimiento de un sentimiento de impunidad en la sociedad, revaloriza y empodera a víctimas y familiares, y condena políticamente la comisión de crímenes atroces.

Por esta razón, el modelo de justicia transicional fundado en perdones “responsabilizantes” (III) parece ser el que más respeta los principios democráticos y los derechos de las víctimas y, así mismo, el que mejor se adapta al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Este modelo se basa en formas de

⁶¹ 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 per zonas 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 ‘inadmisible e indeseable.’ Uprimny, R. y Lasso, L.M. *Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones*. En VV .AA. *Conflictos y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas* (pp. 101-188). Bogotá: Fundación Social, Fescol, Embajada de Alemania. 2005

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, la democracia y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los actos cometidos por el inculpado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia. Estos criterios de proporcionalidad se concretan en algunas máximas básicas: (i) a mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón; (ii) a mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón; (iii) a mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón.

No existe entonces objeción a 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 – preferentemente 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 anterior 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.

Ahora bien, en contextos de violencia masiva en donde la investigación exhaustiva de cada uno de los combatientes y de cada uno de los hechos cometidos durante el conflicto puede llegar a ser abrumadora, esta idea se debería ser articulada con los principios de flexibilidad propios de la justicia transicional. Por ejemplo, mediante la aplicación de criterios públicos, claros y democráticos de priorización y selección de aquellos casos que serán investigados y sancionados – incluyendo los crímenes atroces – en la sociedad en transición. Con esta política de investigación judicial se pretende entonces enfrentar un riesgo posible del ideal de investigación total de crímenes en el que el afán de investigar todos los crímenes lleva al colapso de las investigaciones por falta de capacidad estatal y se terminan adelantando los casos

más fáciles en materia de investigación, en lugar de priorizar los más simbólicos y de mayor impacto social, que usualmente son los más difíciles de adelantar.

En todo caso, desde esa perspectiva, el Estado tiene 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, éstas 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 paz⁶².

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 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, si había realmente confesado todos los hechos relevantes del crimen, y si existía una cierta proporcionalidad entre el hecho de violencia y el propósito político perseguido. Obviamente, el perdón sólo cubría el delito confesado.

⁶² Así, parecería razonable que a estos casos no se les aplicara la excepción al non bis in idem prevista en el Estatuto de Roma (arts. 17-1-c y 20-3). Además, en el evento en que dicha excepción fuera admisible, 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.

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 perdonos. 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 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, pero ésta fue concedida en unos 1.200 casos.⁶³ La transición sudafricana genera todavía muchas polémicas⁶⁴. 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 perdonos responsabilizantes.

2.3 Tipología de las transiciones según los procesos de elaboración

⁶³Hamber, B.. Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. Fordham International Law Journal 26, 2003. P. 1074.

⁶⁴ Para una defensa interesante de la transición sudafricana, ver Minow, Martha. Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence. Boston: BeaconPress. 1998. Una visión más crítica es la de Hamber, quien considera que en ese proceso hubo perdonos inaceptables por crímenes atroces, lo cual sugiere que no se trataría exactamente de un perdón responsabilizante. Hamber, B. Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. Fordham International Law Journal 26, 1074. 2003

La forma como se llega al proceso de transición y la ruta que se usa para desarrollarla también son fundamentales a la hora de entender la forma como han operado estos procesos. 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.

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, Núremberg	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

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 Brasil, 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 conducido a fórmulas de perdones responsabilizantes, como sucedió, según ciertos enfoques, en Sudáfrica, pero también han desembocado en amnistías amnésicas, como sucedió inicialmente 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 así se aprobó dicha amnistía.

Con base en la experiencia internacional y los desarrollos normativos en materia de derechos humanos que existen hoy en día, el modelo que parece adaptarse mejor a las exigencias jurídicas, políticas y éticas contemporáneas es el de las transiciones democráticamente legitimadas (IV), pues garantiza 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.⁶⁵

⁶⁵Minow, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: BeaconPress. 1998

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 fortalecen políticamente el proceso transicional y que, adicionalmente, pueden brindar asesoría en ciertos aspectos de índole técnica.⁶⁶ 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 entorno 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.

⁶⁶Springer, N. *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. P. 138 y ss. 2002

	<i>Actividad pedagógica</i>
	<ol style="list-style-type: none"> 1. A partir de los dilemas propios de la justicia transicional y de la evolución histórica de consolidación de los estándares normativos de los derechos humanos examinados en la primera unidad de este Módulo haga una crítica a las distintas fórmulas de transición agrupadas en la clasificación de los procesos transicionales según el contenido de la fórmula de transición adoptada. 2. De acuerdo con la clasificación de transiciones según el procedimiento de la fórmula de transición adoptada ¿Cuál se asemeja mejor a las medidas adoptadas hasta el momento en Colombia? Y ¿Cuál de estos tiene una mayor potencialidad para cumplir con los estándares normativos a los que se hizo referencia en la pregunta anterior?

En parte, la selección de estos mecanismos dependerá en gran medida del estado de cosas que se pretenda superar, y en este punto resulta importante hacer una diferencia entre las transiciones de dictadura a democracia y las transiciones de guerra a paz.⁶⁷ Aunque en ambos escenarios se presentan violaciones masivas de derechos humanos, las diferencias contextuales determinan cuáles son las medidas y los objetivos a los que éstas deben ir dirigidas.

Resuelta entonces necesario diferenciar las situaciones de violaciones masivas de derechos humanos como producto de dictaduras o regímenes totalitarios –como el nazismo y las dictaduras del Cono Sur-, que se han caracterizado por una victimización vertical y asimétrica que hace bastante clara la distinción entre víctimas y victimarios; y las violaciones que se dan en las guerras civiles y los conflictos armados, donde la barbarie tiende a ser más simétrica u horizontal. En este último contexto la distinción entre víctimas y victimarios es mucho más difusa, “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). Hay pues una suerte de victimización recíproca.”⁶⁸

⁶⁷ Inicialmente presentada en: Orozco, Iván (2002) La postguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación. En: AnálisisPolítico (9). Pp. 34-63; y Orozco Iván (2003) Dealing with Symmetrical Barbarism: A Challenge for the Human Rights Movement (The Colombian Case). Ponencia presentada en: Conferencia sobre la reducción de violaciones de derechos humanos por grupos armados no estatales. University of British Columbia.

⁶⁸Sánchez, Nelson Camilo, Uprimny Rodrigo. “¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición” en BERISTAIN C (Ed) Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina. IIDH, San José de Costa Rica. 2011

Así, autores como Iván Orozco⁶⁹ sugieren que los perdones son más legítimos, y tienden a ser políticamente más viables y adecuados, en transiciones donde la violencia es horizontal que cuando se trata de un contexto donde la violencia es vertical. Sin embargo, la evidencia no es concluyente sobre este hecho, y aunque no se puede asegurar que en uno u otro contexto hay mayor probabilidad de éxito, la observancia de las diferencias contextuales resulta esencial para determinar las medidas que se adoptan.

En este sentido, en 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.

	<h3 style="text-align: center;"><i>Autoevaluación</i></h3> <p>Lea el siguiente debate hipotético y luego realice el ejercicio que se propone al final de la actividad.</p> <p>El modelo de transición colombiano.-</p> <p>Cuatro funcionarias judiciales discuten sobre el modelo de transición en Colombia.</p> <p><i>El juez Bassiouni argumenta que definitivamente el caso colombiano debería ser catalogado como una transición punitiva. Asegura que si se revisa el modelo de Justicia y Paz (Ley 975) , complementado con la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de las reformas al principio de oportunidad (Sentencia C-936 de 2010), es claro que el modelo nacional está directamente dirigido a la punición total de los casos y autores que participaron del conflicto.</i></p>
--	---

⁶⁹Orozco Iván (2003) Dealing with Symmetrical Barbarism: A Challenge for the Human Rights Movement (The Colombian Case). Ponencia presentada en: Conferencia sobre la reducción de violaciones de derechos humanos por grupos armados no estatales. University of British Columbia.

La jueza Minow, por su parte, señala que en su opinión, el modelo colombiano se acerca más a la idea de un perdón amnésico. Sostiene que si se comparan las sanciones efectivas que se han cumplido en el país con las violaciones ocurridas y con el número de personas combatientes (tanto desmovilizadas, como las que todavía combaten), es evidente que lo que opera es la idea de impunidad. Además, sostiene que el modelo de la Ley de Justicia y Paz (ley 975) y el de los Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica (Ley 1424 de 2010) son leyes de impunidad, pues la primera admite rebajas de la pena desproporcionadas y la segunda admite incluso la excarcelación de los condenados.

El juez De Greiff, está en acuerdo parcial con la Jueza Minow, pero se separa de ella en algunos aspectos y por ello considera que, en realidad, el modelo colombiano se acerca más a la idea de perdones compensadores. Según este juez, no puede desconocerse que otros mecanismos buscan compensar la falta de sanción penal con otras medidas como las reparaciones establecidas en la Ley 1448 de 2011. A su juicio, la restitución de tierras, por ejemplo, es una muestra de que se le apuesta fuertemente a la reparación para llenar falencias en persecución y sanción penal.

La jueza Teitel, por el contrario, encuentra que el modelo se asemeja más con el denominado perdones responsabilizantes. Asegura que ni la ley 975 ni la 1424 son leyes que prevén amnistías generales, sino que son mecanismos a partir de los cuales se otorgan beneficios, pero tras la contribución a los derechos de las víctimas. Además, estas leyes han sido complementadas con otras medidas para promover la verdad y la reparación, como las dispuestas por la Ley 1448. Por tanto, considera esta jueza que el modelo busca un balance entre derechos de las víctimas y las restricciones políticas y fácticas del juzgamiento de los crímenes del conflicto.

Ejercicios y preguntas

1. Analice las posiciones en el debate y deconstruya las debilidades y fortalezas de cada uno de los argumentos. Si lo requiere acuda a las piezas normativas y jurisprudenciales mencionadas y a la unidad 5 de este Módulo.
2. Realice un ensayo de máximo tres hojas en las que ubique el papel de las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras dentro del modelo de transición y cuál es su

	contribución para la caracterización del modelo de transición colombiano, de acuerdo con los debates presentados.
--	---

<i>j</i>	Jurisprudencia <ul style="list-style-type: none"> - Corte Constitucional, Sentencia C- 936 de 2010 - Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 - Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154 - Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221 - Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219.
----------	---

<i>b</i>	Bibliografía seleccionada <p>Arthur, Page. <i>How Transitions Reshaped Human Rights</i>. Human Rights Quarterly, vol. 31, no 2. Mayo 2009.</p> <p>Elster, Jon. "Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective". New York, NY: Cambridge University Press. 2004</p> <p>Minow, Martha. Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence. Boston: BeaconPress. 1998</p> <p>ONU (2006a). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salidos de un conflicto: Comisiones de la verdad. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsp.pdf</p>
----------	--

	<p>Simon, J-M. 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. 2003</p> <p>Sikkink. "El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de derechos humanos. Universidad de Chile. Santiago. Tomado y traducido del Libro: <i>The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics</i>. Nueva York: W.W. Norton, 2011.</p> <p>Slye, R.C. (). The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? <i>Virginia Journal of International Law</i>, 43(173). 2002</p> <p>Springer, N. <i>Sobre la verdad en los tiempos del miedo. Del establecimiento de una Comisión de Verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa</i>. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002</p> <p>Teitel, R. <i>Transitional Justice Genealogy</i>. Harvard Human Rights Journal, 16. 2003</p> <p>Uprimny Yepes, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon. <i>¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia</i>. Dejusticia. 2006.</p> <p>Uprimny, R. y Lasso, L.M. <i>Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones</i>. En VV .AA. <i>Conflictos y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas</i> (pp. 101-188). Bogotá: Fundación Social, Fescol, Embajada de Alemania. 2005</p>
--	--

Unidad 3

LOS ESTÁNDARES NORMATIVOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

O

Objetivo general

Esta unidad presenta los estándares normativos que fungen como mínimos de justicia aplicables a cualquier política de transición. Con esta unidad se espera que los jueces y juezas tengan las herramientas para conocer y comprender los estándares de derecho internacional de los derechos humanos que están relacionados con los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.

O

Objetivos específicos

- *Presentar de manera crítica el concepto de víctima de graves violaciones a derechos humanos desde el contenido normativo del derecho internacional y su aplicación en el derecho colombiano.*
- *Discutir el contenido y alcance de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, conforme a lo establecido por los instrumentos internacionales de derecho duro (HardLaw) y derecho blando (SoftLaw).*
- *Presentar de manera sucinta los principales avances de la jurisprudencia y doctrina internacional relacionada con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.*

Una herramienta fundamental para la interpretación del alcance y contenido de las medidas de transición es el conocimiento básico de aquellos estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), principalmente de aquellos derechos que materializan los derechos de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. La importancia de estas normas tiene una doble dimensión para el caso colombiano. Por un lado, como señalamos en el primer capítulo de este módulo, la comunidad internacional ha determinado que las normas básicas del DIDH pueden ser entendidas como la “justicia” de la justicia transicional, es decir, corresponden a los imperativos que limitan las negociaciones políticas. Por otro lado, en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad, estas normas constituyen el límite que nuestra constitución le ha establecido a las políticas de consecución de la paz.

Aun cuando los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación; éstos sí hacen relación (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) a la obligación de los estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humano.

Así, a partir de la obligación general de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos estructura tres obligaciones inderogables para los Estados, 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 la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. Estos derechos se han visto recientemente precisados por dos instrumentos jurídicos de gran importancia, a los cuales nos referiremos constantemente a lo largo de este capítulo: el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”⁷⁰ (en adelante, Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad); y los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho

⁷⁰ ONU, Asamblea General, Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁷¹ (en adelante, *Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones*).

Para explicar el contenido y alcance de estos derechos, este capítulo se divide en dos secciones. En la primera se presenta la definición de “victima” desarrollada tanto por las normas de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad, como a partir de la jurisprudencia constitucional y la legislación colombiana. En la segunda parte se estudian los contenidos generales de cada uno de estos derechos, con base en las normas del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional aplicable.

3.1 El Concepto de víctima⁷²

3.1.1 En el derecho internacional de los Derechos Humanos

El derecho internacional de los derechos humanos no es posible encontrar una definición unívoca del concepto de víctima. Esto se debe a que el concepto ha sufrido una constante evolución. De hecho, los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas rara vez utilizan la palabra víctima y en ningún caso la definen. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solamente menciona la palabra víctima en el artículo 9 (derecho a la libertad y seguridad personales); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial menciona la palabra víctima solamente en el artículo 14; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención de derechos del niño no la mencionan; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes la menciona en los artículos 5, 14, 21 y 22.

El primer intento por definir el concepto de víctima fue hecho en la Declaración de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder, la cual define a las víctimas como

[I]as personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

⁷¹ ONU, Asamblea General, AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

⁷² Esta sección actualiza y resume argumentos presentados en: Nelson Camilo Sánchez (2012) “El Derecho y las víctimas de crímenes Atroces”. En: AAVV. Las Víctimas en Colombia. Bogotá. Universidad Distrital. IPAZUD.

Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización⁷³.

Esta definición fue refrendada y ampliada, en diciembre de 2005, por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de los ya citados *Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones*, los cuales definen a la víctima como

"[T]oda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima".

Así, el concepto internacional de víctima considera no sólo a las "víctimas directas", sino a otros individuos como los familiares inmediatos y los dependientes. En todo caso, se deja al derecho nacional la definición concreta de estos lazos familiares mediante la regulación nacional de "familia inmediata" y "dependientes", los cuales varían de país a país.

Este reconocimiento fue recientemente consolidado en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en la cual se define como

⁷³ UN General Assembly, *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, res 40/34, 29 November 1985. Available at: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp49.htm

víctimas tanto a la persona desaparecida como a “*toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición*” (Art. 24).

<i>ap</i>	<i>Actividad pedagógica</i>
	<p>Identifique coincidencias y diferencias entre las definiciones dadas en las siguientes leyes y en la definición internacional estudiada en esta Unidad.</p> <ul style="list-style-type: none">- Artículo 1 de la Ley 387 de 1998- Artículo 5 de la Ley 975 de 2005- Artículo 15 de la Ley 418 de 1997 (prorrogado por la Ley 1421 de 2010)- Artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 <p>Luego confronte sus observaciones con las siguientes sentencias:</p> <p>Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009 Corte Constitucional, Sentencia C-914 de 2010 Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 2012</p>

3.1.2 *En la jurisprudencia y legislación colombiana*

Hasta principios de este siglo, la jurisprudencia y la legislación colombiana le otorgaba un papel muy limitado a las víctimas, pues se les daba cabida en los procesos judiciales solamente cuando tuvieran el interés de acceder a una indemnización económica derivada de la comisión de un delito⁷⁴. Posteriormente, la Corte Constitucional sentenció que debía permitirse la participación de las víctimas en los procesos penales más allá de los objetivos patrimoniales, pues su interés principal es la obtención de justicia y verdad. La Corte estableció entonces que aun cuando la víctima ya hubiere sido indemnizada, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte.

Esta posición fue posteriormente reforzada por la Corte al momento en el que en Colombia se cambió el sistema de justicia penal, de uno de tipo inquisitivo a otro de tipo acusatorio. La cuestión que debía la Corte decidir era si debía o no garantizarse

⁷⁴Así, la persona afectada debía demostrar su calidad de víctima en el proceso, es decir que había sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera fuera la naturaleza de éste. Con ello quedaba legitimada para constituirse en “parte civil”, y podía orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia.

la participación de las víctimas en los nuevos procesos penales, pues en el nuevo sistema no existe la figura de “parte civil” a través de la cual se garantizaba su participación en el antiguo sistema de enjuiciamiento. La Corte aprovechó entonces para desarrollar su doctrina sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación – en los términos que han sido hasta ahora mencionados; hizo hincapié en el derecho de la víctima a un recurso efectivo para intervenir en la investigación desde sus inicios; y definió cual es la “posición” de la víctima en el nuevo procedimiento. Esta sentencia resulta fundamental pues da un giro al reducido papel de la víctima en el proceso penal acusatorio⁷⁵.

En cuestión específica sobre las víctimas del conflicto armado, el antecedente legislativo más cercano se encuentra en la promulgación de la Ley 418 de 1997, cuyo fin era dotar al Gobierno nacional de instrumentos para incentivar el abandono de armas y la entrega voluntaria de grupos guerrilleros y milicias urbanas con carácter político⁷⁶. El artículo 15 de la Ley 418 de 1997 contiene una definición general de víctimas de la violencia política entendiendo por tales *“aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno”*. Igualmente se califica como víctimas a los desplazados⁷⁷ y a los niños, niñas y adolescentes que tomen parte en las hostilidades.

A partir de la interpretación de esta norma y de la Ley 387 – promulgada el mismo año - que estableció algunas medidas de asistencia para las personas desplazadas internamente, la Corte Constitucional ha establecido que

“[L]as disposiciones legales relacionadas con las víctimas de la violencia en el marco del conflicto armado interno, deben interpretarse tomando en cuenta el

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 454 de 2006.

⁷⁶ Esta Ley ha sido sucesivamente prorrogada mediante las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2010 y la ley 1421 de 2010, por lo cual se encuentra vigente hasta el año 2014.

⁷⁷ De acuerdo con la Ley 387 de 1997, desplazada es “[t]oda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público” (artículo 1º). Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que una persona sea víctima de desplazamiento forzado no necesita aportar plena prueba de que existen amenazas directas en su contra. Basta con que existan indicios serios o un temor fundado y razonable sobre el riesgo potencial. Adicionalmente, está en condición de desplazamiento no sólo quien debe abandonar su lugar de residencia para irse a otro municipio, sino aquella persona que no puede regresar a su lugar de trabajo o residencia por causa de la violencia o quien incluso se ha desplazado dentro de un mismo municipio.

principio de favorabilidad; el principio de buena fe y el derecho a la confianza legítima, así como el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho. Es decir que “la condición de víctima es una situación fáctica soportada en el padecimiento, no en la certificación que lo indique, tampoco en el censo que revela la magnitud del problema. Sin perjuicio de la utilidad que las certificaciones y censos pudieren prestar en función de la agilidad y eficacia de los procedimientos”⁷⁸.

Esta jurisprudencia ha sido además reiterada a partir del estudio de constitucional ejercido por la Corte respecto de la Ley 975 de 2002, conocida como Ley de Justicia y Paz. En la sentencia respectiva la Corte indicó que debían ser consideradas víctimas tanto las personas directamente afectadas por los delitos, como sus herederos y todas aquellas personas que logren demostrar un daño indirecto pero concreto y específico a raíz del crimen cometido.

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<p>Pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto del cargo de presunta inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 975 en el aparte que establece: “<i>También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida</i>”. Según la demanda, esta definición es restrictiva pues excluye a otros familiares. Al respecto, la Corte señaló:</p> <p>“6.2.4.2.14. En suma, según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo si se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas</p>

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-914 de 2010.

	<p>de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación.</p> <p>6.2.4.2.15. Por las razones expuestas, la Corte considera que viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido. Tales exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, lo cual no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la ley acusada”⁷⁹.</p>
--	--

3.1.3 *El concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011*

La ley 1448 de 2011 marca un giro importante en cuanto al concepto de víctima, pues aumenta el universo, que en leyes anteriores había estado restringido únicamente a aquellas personas que sufrieran una afectación imputable a grupos armados ilegales al margen de la Ley. Así, el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 define quiénes serán consideradas como víctimas para efectos de la aplicación de esta ley. Establece como criterio general el haber sufrido un daño por "infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno". Esta definición de víctima guarda correspondencia con el objeto de la Ley, es decir

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. Es de anotar que recientemente una disposición similar, establecida en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 fue demandada bajo cargos similares. La Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-052 de 2012. En su sentencia, la Corte determinó que ante la posibilidad de que el inciso segundo del artículo 3º pudiera ser entendido como una exclusión de la posibilidad de que otras personas distintas a las allí contempladas pudieran acceder a los beneficios establecidos en la Ley 1448 de 2011, situación que vulneraría el derecho a la igualdad (art. 13 C. P.), era necesario declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones normativas acusadas, contenidas en el inciso segundo, de manera que se entienda que también son víctimas aquellas personas que hubiera sufrido un daño en los términos del inciso primero de dicho artículo.

establecer medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

El criterio general que fue establecido por el legislador para determinar quién puede considerarse víctima del conflicto armado para la implementación de las políticas previstas en la Ley 1448, ha sido reforzado por la Corte Constitucional, que se ha pronunciado sobre aspectos puntuales de la definición de víctima establecida en la Ley.

En primer lugar, la sentencia C-052 de 2012 refuerza el criterio de daño⁸⁰ como rasero para establecer quiénes pueden considerarse víctimas, y por lo tanto acceder a la atención, asistencia y reparación integral que establece la Ley 1448. En este contexto la Corte aclaró que el concepto de daño debe ser entendido de manera amplia y comprehensiva:

“aborda todos los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral en sus diversas formas, el daño en la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona principalmente afectada, así como todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia, ahora o en el futuro.”

Por esta razón, deben ser consideradas víctimas todas las personas que resulten personalmente afectadas por hechos u omisiones que recaigan sobre un familiar cuando por causa de la agresión sufran una situación jurídica desfavorable. Esta consideración lleva a la Corte a concluir que el legislador fue demasiado restrictivo al reconocer como víctimas únicamente a quienes sufrieron directamente el daño y a sus familiares en primer grado de consanguinidad y primero civil. Por esta razón la Corte establece que este no puede ser el criterio determinante de la condición de víctima, pues siempre debe primar el criterio del daño contenido en el inciso primero del artículo, lo que permite ampliar esta noción más allá del primer grado de consanguinidad o primer grado civil.

⁸⁰En la sentencia la Corte aclara lo que en este contexto debe ser entendido por daño: “(...) el concepto de daño es amplio y comprehensivo, pues aborda todos los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad, entre ellos el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral en sus diversas formas, el daño en la vida de relación, el desamparo derivado de la dependencia económica que hubiere existido frente a la persona principalmente afectada, así como todas las demás modalidades de daño, reconocidas tanto por las leyes como por la jurisprudencia, ahora o en el futuro.”

Además de este criterio general, la ley establece una fecha para delimitar el universo de las víctimas a las cuales esta se dirige. De conformidad con el mismo artículo, se considerarán víctimas “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985”. En virtud de este límite temporal, quienes hayan sufrido daños por hechos acaecidos a partir de esta fecha tienen acceso a las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación establecidas en la ley. Por su parte, a las víctimas de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos ocurridas antes del 1 de enero de 1985 únicamente se les reconocen los derecho a la verdad, a acceder a medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la ley, pero solo “como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas” (Art. 3, par. 4).

En la sentencia C-250 de 2012, la Corte declaró la exequibilidad de estas fechas establecidas por el legislador como límites temporales razonables para el reconocimiento de la condición de víctima. También confirmó que serán acreedoras del derecho a la restitución jurídica y material de las tierras despojadas y abandonadas forzosamente las víctimas de hechos y violaciones posteriores al 1º de enero de 1991.⁸¹

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 3 de la Ley 1448 establece que “no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común”. Es decir, este párrafo reafirma que la victimización tuvo que haberse producido con ocasión del conflicto armado interno, en tanto el objetivo de la ley es enfrentar las consecuencias del conflicto dentro de un marco transicional. Esta disposición también fue avalada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-253 de 2012, en la que consideró que de esta forma no se eximía al Estado de la obligación de investigar y sancionar los crímenes y violaciones de derechos cometidos contra víctimas de hechos perpetrados por otros actores.

Así, uno de los aspectos que la Corte Constitucional ha confirmado y reforzado a través de sus pronunciamientos es que la noción de víctima contenida en la Ley 1448 sólo es aplicable a quienes cumplan con las características y requisitos establecidos en su articulado. Esto, en consideración de la Corte, resulta razonable si se tiene en cuenta que sólo estas víctimas tendrán acceso a los programas y medidas de asistencia y reparación integral que la Ley prevé, pero de ninguna manera excluye

⁸¹ Artículo 75, Ley 1448 de 2011.

la investigación y sanción de los crímenes y violaciones de derechos que se ejerzan contra las demás víctimas, por ejemplo, de delincuencia común.

<i>ap</i>	<i>Actividad pedagógica</i>
	<p><i>En un párrafo establezca, a su juicio y conforme al conocimiento previo que tenga sobre la materia, los criterios que usaría para distinguir una violación ocurrida “con ocasión del conflicto” y una ocasionada por “actos de delincuencia común.</i></p> <p><i>Una vez terminado su ejercicio. Confróntelo con los párrafos que siguen.</i></p>

En un marco de violencia común y política tan generalizado y mezclado como el que vive Colombia, puede llegar a ser difícil distinguir entre violencia producto del conflicto y la denominada violencia común. En adelante se presentarán algunos criterios que pueden servir para aclarar estos dilemas.

Un primer criterio fundamental es que la determinación de la existencia de un conflicto armado no depende de un reconocimiento oficial, sino de la confluencia de ciertos factores objetivos. Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C- 291 de 2007, al señalar:

“Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados”⁸².

Un segundo criterio, que es tan solo un corolario del anterior, es que la caracterización de un grupo armado como actor del conflicto no depende tampoco de que el Estado o el gobierno lo califiquen como tal, sino, nuevamente, de que tenga ciertas características que puedan ser verificadas a partir de un análisis objetivo. En este sentido, la posición del gobierno que califica un grupo como de delincuencia común –tal como sucede, por ejemplo, en el caso de las bandas emergentes- no se debe imponer para negar de tajo que las violaciones perpetradas por este no ocurrieron en el marco del conflicto armado. La determinación debe realizarse en cada caso, atendiendo a elementos objetivos.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

El tercer criterio se refiere precisamente a tales elementos. En primer lugar, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, en su artículo 1º dispone:

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrolle en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

De conformidad con el Protocolo, puede calificarse como actor del conflicto al grupo armado organizado que tenga un mando responsable y que ejerza un control territorial suficiente para llevar a cabo operaciones militares y para aplicar las normas del DIH. Estos criterios también se pueden encontrar en la jurisprudencia nacional. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario tipificadas en el Título II del Código Penal, cuyo elemento común es precisamente el de ser cometidas “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, ha dispuesto:

“De lo expuesto se colige que aunque la conceptualización de conflicto no internacional es compleja y los gobiernos tienden a no aceptar su existencia; se está ante uno de esa naturaleza cuando los rasgos de un conflicto internacional se presentan en el territorio de un Estado al verificarse elementos tales como: (i) enfrentamiento entre partes, ya sea fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados; (ii) un mando responsable, sin que implique una organización ‘tradicional’ militar sino una suficiente para llevar a cabo operaciones militares calificadas, y con la posibilidad de imponer una disciplina; (iii) un control del territorio, sin que sea relevante la porción o permanencia, solo un control ‘tal’ que le permita servir el Protocolo y realizar las operaciones; (iv) el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares está lejos de coincidir con lo permanente –duración- o esporádico pero, eso sí, unido a la forma de ser organizado, ordenado y preparado; y (v) capacidad de aplicar el Protocolo, lo que no indica que en efecto ello sea constante, sino que se tenga la capacidad, ya que se posee la estructura para hacerlo”⁸³.

⁸³Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 35099 23 de marzo de 2011, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

Los anteriores elementos proporcionan un criterio objetivo para determinar en qué casos un grupo puede ser considerado como actor del conflicto armado, con independencia de que exista un reconocimiento oficial por parte del gobierno. Sin embargo, aunque la naturaleza del grupo que comete la violación constituye un indicador importante para determinar cuándo un acto ha sido cometido en el marco del conflicto armado, el factor determinante en este punto es el grado de conexión entre el acto y el conflicto, con independencia incluso de que aquel haya sido cometido por un grupo que pueda ser catalogado como parte de este.

j	<i>Jurisprudencia</i> La Corte Constitucional ha recogido criterios de tribunales internacionales que resultan de utilidad para identificar cuándo un acto ha ocurrido en el marco del conflicto: <i>"La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe "en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–". Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que "el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado", y que "el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió"</i> ⁸⁴ .
---	--

⁸⁴Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3.2.Derecho a la verdad

El derecho a la verdad tiene una doble dimensión. De un lado, en su dimensión individual, es el derecho de las víctimas a conocer las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que acaecieron los crímenes atroces. Por otro lado, en su dimensión colectiva, es el derecho de la sociedad a acceder a un relato histórico sobre las razones por las cuales sucedieron tales crímenes atroces. Adicionalmente, la verdad es una condición básica para que los demás derechos de las víctimas puedan ser garantizados, pues sólo si se conoce la verdad podrán garantizarse los derechos a la justicia y a la reparación, en la medida en que se sabrá quiénes fueron los responsables de las atrocidades y a quiénes deben ser reparados por ellas. Finalmente, la verdad también resulta ser un presupuesto básico para garantizar la no repetición de los crímenes atroces, pues sólo conociendo el pasado es que una sociedad puede iniciar mecanismos que impidan la repetición de hechos violentos⁸⁵.

En este sentido, los *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad* establecen tres derechos relacionados: “derecho inalienable a la verdad”, el “deber de recordar” y el “derecho de las víctimas a saber”. El primero de estos derechos reconoce que “[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 2).

En cuanto al deber de recordar, los principios subrayan que “[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 3). Finalmente, el derecho de las víctimas a saber está ligado al hecho de 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 4).

Respecto de la dimensión individual del derecho a la verdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de las víctimas de

⁸⁵Uprimny Rodrigo y Saffon, María Paula. “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”. En: Hoyos V. Guillermo (Ed). *Las víctimas en la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Goethe Institut e Instituto Pensar de la Universidad Javeriana. Bogotá. 2007. PP. 151-152.

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 oficiales⁸⁶. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha establecido que, en su dimensión individual, el derecho a la verdad tiene, en esencia, una dimensión reparadora, 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 mismas⁸⁷.

En cuanto a la dimensión colectiva de este derecho, el derecho internacional establece que el derecho a la verdad está dirigido a “preservar del olvido la memoria colectiva”, tal como lo establece el principio 3 de los *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad*. Con esta dimensión colectiva se 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”⁸⁸.

Así las cosas, en virtud de la satisfacción de este derecho los Estados están obligados 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”⁸⁹.

<i>Actividad pedagógica</i>	
<i>ap</i>	<ol style="list-style-type: none">Realice un mapa conceptual de los contenidos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en donde diseeccione los elementos de cada uno de los derechos y su relación con los mecanismos de justicia transicional.

⁸⁶ Véase, entre otras sentencias: Corte IDH. Caso Cantoral Benavides. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88. Párr. 69; Corte IDH. Caso Paniagua Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 25 de 2001. Serie C No. 76. Párr. 200; Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 26 de 2001. Serie C No. 77. Párr. 100.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C No. 70. Párr. 201.

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120. Párr. 32.

⁸⁹ Corte IDH. Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de febrero 27 de 2002. Serie C No. 92. Párr. 77.

	Un posible modelo (aunque se prefiere que desarrolle la metodología gráfica que más facilite su propia comprensión de los conceptos) podría ser la siguiente:		
Derecho	Contenido específico	Mecanismo que lo podría promover	
Verdad	Individual, Conocer los hechos	Juicio penal Acción de restitución Comisión de verdad Informe de memoria	

Haga una evaluación de la Ley 1448 de 2011 frente a los componentes de la reparación estudiados en esta unidad y haga una lista de los mecanismos específicos de la ley que responden a dicho estándar.

3.3.Derecho a la justicia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y por esta vía, combatir la impunidad y garantizar la realización efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación⁹⁰. En ese sentido, si un Estado actúa permitiendo que la violación quede impune y que no se restablezca la plenitud de los derechos de las víctimas, incumple con el deber de garantizar los derechos consagrados en la Convención.

Para efectos analíticos, los autores Catalina Botero y Esteban Restrepo⁹¹ desglosan las obligaciones estatales contenidas en el principio antes transrito en cinco grandes temas: (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

⁹⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 110.

⁹¹ Botero Catalina y Restrepo Esteban (2006) “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: Uprimny Yepes, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Dejusticia. 2006.

judicial efectivo y (e) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

Así, en primer lugar, los Estados deben sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, lo cual les impone límites en materia de concesión de amnistías e indultos en procesos de paz. En este sentido, en períodos de transición no se pueden simplemente anular las obligaciones internacionales del Estado. En estos casos, 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”⁹². Al respecto, los *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad* señalan claramente que de las amnistías y demás medidas de clemencia no podrán ser beneficiarios los autores de delitos graves conforme al derecho internacional. Tampoco se pueden otorgar amnistías e indultos que afecten los derechos a la verdad o a la reparación de las víctimas [Principio 24. *Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía*].

j	<i>Jurisprudencia</i> En el ejercicio de control de constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el estatuto de la Corte Penal Internacional, la Corte Constitucional señaló: <i>“[E]l derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.</i> <i>Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus</i>
---	---

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.120. Párr. 25.

	<i>derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”⁹³.</i>
--	--

En segundo lugar, los Estados tienen la obligación de imponer a los responsables penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de sus conductas. Aun cuando no existe una definición definitiva sobre el concepto de pena adecuada, el derecho penal internacional da algunas claves al respecto. Así, 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.

En tercer lugar, los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario de manera pronta, imparcial y exhaustiva. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado estándares sobre el tipo de investigación que los Estados deben emprender cuando ocurran violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Así, ha dicho la Corte que dicha investigación debe ser “seria”, no debe constituir una “mera formalidad” y debe ser asumida por las autoridades públicas “como un deber jurídico propio”.

Esta obligación de los estados de investigar y sancionar proporcionalmente las violaciones de derechos humanos genera algunas discusiones. Por un lado, se discute cuáles su objeto y cuáles son las conductas que están cobijadas por esta obligación, y por otro lado se discute cuál es su alcance, es decir, cuál es el contenido y cuál es su estructura normativa.

Con respecto al objeto o las medidas que se encuentran cobijadas se pueden distinguir tres posiciones. Una restrictiva, que considera que solo están cobijados los

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

crímenes nucleares o *corecrimes* del derecho penal internacional, es decir, aquellos sobre los que recae la competencia de la Corte Penal Internacional como son los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La segunda posición es más general y considera que también están incluidos en esta obligación todos los crímenes internacionales, como la tortura y la desaparición forzada, incluso cuando no constituyen crímenes de guerra por presentarse en escenarios de paz y/o de manera aislada. La tercera posición es más amplia y está plasmada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Dispone que el deber de investigación y sanción opera sobre todas las violaciones graves de derechos humanos, incluso si no constituyen un crimen internacional, como son las ejecuciones extrajudiciales o los actos de violencia sexual que no hacen parte de un ataque sistemático contra la población civil o no son constitutivos de genocidio.

Las discusiones que se relacionan con el alcance de la obligación se dividen en lo relacionado con su contenido y lo relacionado con su estructura normativa. Sobre su contenido también se pueden evidenciar tres corrientes. La más severa afirma que la obligación de investigación y sanción siempre debe derivar en la imposición de una pena privativa de libertad al victimario que sea proporcional a la gravedad del hecho. La segunda corriente defiende una severidad condicionada, lo que implica que el Estado cumple con la obligación al imponer una pena privativa de la libertad, pero también cumple cuando por razones importantes excusa el cumplimiento de la pena. Finalmente, la visión más flexible admite también la imposición de penas alternativas a la privación de la libertad.

Por último, en las discusiones sobre la estructura normativa de la obligación de investigación y sanción la distinción se refiere a quienes la ven como un principio y quienes la ven como regla. Estos últimos tienen la posición más estricta, pues de la estructura de regla se deriva que en todos los casos las autoridades deben intentar sancionar a todos los victimarios de todas las violaciones graves de derechos humanos. Por su parte, quienes ven esta obligación como un principio defienden que los estados deben esforzarse por cumplir este deber, pero que es ponderable frente a otros principios como la paz o el debido proceso, y que es posible modularlo tomando en cuenta las limitaciones que imponen los contextos particulares.

En cuarto lugar, los Estados tienen la obligación de permitir que las víctimas de violaciones 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. En este sentido, los *Principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad* 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.

Finalmente, los Estados tienen el deber de respetar, en todos los procesos judiciales, las reglas del debido proceso. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH), los derechos derivados del debido proceso incluyen: a) el derecho a ser representado legalmente y a ser interrogado en presencia de un abogado, a guardar silencio, y a contar con documentos traducidos; b) el derecho a ser adecuadamente informado de los cargos imputados; c) la legalidad en las condiciones de detención; e) el derecho a ser juzgado por magistrados o jueces imparciales; f) el derecho a la igualdad de armas; g) el derecho a un juicio expedito y a ser juzgado sin demoras; h) el derecho a estar presente durante el juicio; i) el derecho al juicio público; j) el derecho a interrogar, contrainterrogar a los testigos que declaren en su contra; k) el derecho a la presunción de inocencia; l) el derecho a la consistencia en el establecimiento de la pena; m) el derecho a apelar; y n) el derecho a tener recursos frente a las violaciones al debido proceso⁹⁴.

<i>Actividad pedagógica</i>	
<i>ap</i>	<p>Con base en los contenidos estudiados, analice las siguientes preguntas, antes de leer los extractos jurisprudenciales que a continuación se relacionan.</p> <p>Algunas de las medidas originalmente adoptadas por el Congreso en cuanto al procedimiento judicial de la Ley 975 (ley de Justicia y Paz) fueron muy controversiales. Entre ellas las siguientes⁹⁵:</p>

⁹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH), Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006.

⁹⁵ El resumen de los argumentos que presenta este ejercicio se realiza a partir de extractos del texto: ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional, escrito con la colega María Paula Saffon, publicado en el libro: *Justicia transicional sin transición*. (2006) Dejusticia. Bogotá.

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

Preguntas y ejercicios

1. ¿Considera usted que estos argumentos demuestran que la ley en estos aspectos vulneran la Constitución por no cumplir con los estándares internacionales analizados en esta Unidad?
2. Si fuera el caso ¿Podría condicionarse la norma para que su interpretación no permitiera la vulneración de derecho a la justicia de las víctimas? ¿Cómo se podría realizar dicho condicionamiento?

La decisión de la Corte

“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 terminaran cumpliendo la pena alternativa. Los beneficiarios de la ley de justicia y

	<p><i>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”.</i></p>
--	---

3.4.Derecho a la Reparación

La noción clásica del derecho a la reparación, desarrollada esencialmente en el derecho internacional, entiende que ésta tiene lugar con el objeto de restituir a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de ocurrida la violación de sus derechos. A partir de esta noción, en la actualidad existe un amplio consenso en que el derecho de las víctimas a la reparación integral que comprende una doble dimensión: sustantiva y procesal. La dimensión sustantiva se orienta a proveer una reparación integral del daño causado, tanto material como moral. La dimensión procesal prevé el medio para garantizar ese resarcimiento sustantivo, y se subsume en la obligación de proporcionar “recursos internos efectivos”, la cual se encuentra explícita en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que la obligación de los Estados de otorgar reparaciones a aquellas personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto han sido vulnerados es un componente de los recursos internos efectivos. De acuerdo con el Comité: “Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo [...] no se cumple”⁹⁶.

Adicionalmente, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las decisiones y jurisprudencia de distintos órganos internacionales de protección han entendido que la satisfacción plena y adecuada del derecho a la reparación integral debe garantizar que la reparación sea proporcional a la violación sufrida, a su gravedad y a los daños padecidos. En este sentido, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las decisiones de distintos órganos

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos. Observación General n.^o 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.

internacionales de protección hacen referencia a la obligación de garantizar una reparación proporcional, adecuada y justa⁹⁷.

La restitución de la víctima a la situación en la que se encontraba antes de ocurrida la violación de sus derechos, o *restitutio in integrum*, como le ha denominado la Corte Interamericana, puede comprender las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. En la actualidad, existe un consenso internacional que establece, para efectos metodológicos, que las distintas medidas de reparación a las que podrían acceder las víctimas violaciones pueden ordenarse a partir de cinco componentes específicos: la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación, y las garantías de no repetición.

Las medidas de restitución implican el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La Corte Interamericana ha establecido que esta restitución puede contemplar medidas tales como: a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal⁹⁸.

Las medidas de compensación buscan reparar a las víctimas por los daños y perjuicios físicos y morales sufridos, así como por la pérdida de ingresos y oportunidades, los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), los ataques a la reputación, los gastos incurridos y los costos de asistencia jurídica y servicios médicos. La indemnización puede ser monetaria o en especie. La compensación en especie requiere la entrega de un bien material de las mismas características y en las mismas condiciones que aquel del cual fueron privadas las víctimas. La compensación monetaria, o indemnización, ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por

⁹⁷ Por ejemplo, los “Principios y Directrices Básicos de la ONU de 2006” establecen que la reparación debe ser proporcional a la gravedad de la violación y al daño sufrido (principio 15), que las víctimas deben recibir una reparación plena y efectiva (principio 18) y otorgan una prioridad a la restitución, pues señalan que ésta debe, cuando sea posible, restaurar a la víctima a la situación original antes de que ocurriera la violación grave al derecho internacional de los derechos humanos (principio 19). ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones*. Consejo Económico y Social, A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006. Principio 20.

⁹⁸ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 10 y 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf

todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones⁹⁹. Asimismo, la Corte ha desarrollado el concepto de daño material¹⁰⁰ e inmaterial¹⁰¹ y los supuestos en que corresponde indemnizarlos.

Las medidas de rehabilitación tienen por objeto reducir los padecimientos físicos y psicológicos de las víctimas, por medio de medidas dirigidas a brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica, que permitan el restablecimiento de la dignidad y la reputación de las víctimas, así como los servicios jurídicos y sociales que requieran. Para cumplir con estos objetivos, las medidas de atención deberán ser brindadas a las víctimas de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos¹⁰².

Las medidas de satisfacción se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprenden asimismo actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos¹⁰³.

Adicionalmente, en las medidas de satisfacción, en tanto su objeto es reconocer públicamente el daño sufrido por las víctimas a fin de dignificarlas, se incluyen las medidas de investigación y enjuiciamiento de los autores de graves violaciones de derechos humanos, el conocimiento y la difusión de la verdad, la búsqueda de los

⁹⁹ ONU. "Principios y directrices básicos". Principio 20.

¹⁰⁰ La Corte ha establecido que el daño material supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso". Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C no. 91, párr. 43; *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 275, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 360.

¹⁰¹ Para la Corte, el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia". Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84; *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 275, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 371.

¹⁰² Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf

¹⁰³ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf

desaparecidos, la localización y entrega de los restos de los familiares muertos, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, así como la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, la realización de homenajes y conmemoraciones a las víctimas, la instalación de placas y/o monumentos y los actos de desagravio a la memoria de las víctimas.

Por último, están las garantías de no repetición, con medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a superar las condiciones que permitieron que las víctimas fueran afectadas. Estas medidas tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso, sino otros miembros y grupos de la sociedad¹⁰⁴. En ese sentido, las garantías de no repetición se pueden dividir a su vez en 3 grupos, según su naturaleza y finalidad: a) capacitación a funcionarias y funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos; b) adopción de medidas de derecho interno; c) adopción de medidas para garantizar la no repetición de violaciones.

<i>Actividad pedagógica</i>	
	<p>¿Es constitucionalmente válido que la prestación de determinados servicios sociales por parte del Gobierno sea considerada como parte de la reparación debida a las víctimas de violaciones de los derechos humanos dentro de un contexto de justicia transicional?</p> <p>Durante los últimos años, en Colombia se ha discutido la posibilidad de otorgar beneficios sociales a título de medidas de reparación, especialmente a víctimas que debido a su pobreza y exclusión han solicitado como reparación medidas de salud, educación y otras medidas de desarrollo como la infraestructura pública en carreteras, hospitales y otros.</p> <p>Una primera medida que incluyó este tipo de interrelación entre reparaciones y política social fue la Ley 975 de 2005 que estableció, en su artículo 47, que “los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación”.</p>

¹⁰⁴ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf

	<p>Dicha norma fue demanda ante la Corte Constitucional, la cual declaró, en la sentencia C-1199 de 2008, la inexequibilidad de la norma con base en los siguiente argumentos:</p> <p><i>[E]l vínculo creado por la norma atacada tiene por efecto la posibilidad de que la reparación debida a las víctimas se vea reducida por efecto de los servicios sociales de los que ellas hubieren sido beneficiarias, al punto que en casos concretos algunas víctimas podrían no recibir suma o prestación alguna por concepto de reparación, e incluso, que algunas de ellas vinieran a ser, paradójicamente, deudoras del Gobierno que hubiere provisto los referidos servicios. Cualquiera de estas situaciones lesionaría el derecho de las víctimas a la reparación integral, dentro de un contexto de justicia transicional".</i></p> <p>Preguntas y ejercicios</p> <p>A la luz de la jurisprudencia citada examine los párrafos 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, y responda las siguientes preguntas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Existe diferencia entre la mención del "carácter reparador" de las medidas de asistencia o de política social y la situación declarada por la Corte como contraria a la Constitución? Analice cuidadosamente las descripciones y señale los elementos que le permiten llegar a su conclusión. Para ello, desarrolle su respuesta en un ensayo de no más de dos páginas. 2. Piense en ejemplos concretos en los cuales podría argumentarse que los elementos específicos que establecen los mencionados párrafos no vulnerarían el estándar de reparación establecido por la jurisprudencia de la Corte.
--	--

Ahora bien, dentro de las distintas formas que integran el concepto de reparación integral, el ideario de la restitución de bienes ha adquirido una importancia reforzada cuando se trata del diseño de políticas de reparación masiva a víctimas del desplazamiento forzado. De hecho, en los últimos años el derecho internacional de los derechos humanos ha adoptado estándares específicos en donde se reconoce la prevalencia de este principio. En virtud de dichos estándares, las víctimas de abandono y despojo de bienes tienen el derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre

disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia.

Los tres instrumentos más relevantes en este tema (pues buscan sistematizar las distintas reglas y directrices sobre la materia) son: (i) los principios sobre reparaciones de las Naciones Unidas; (ii) los Principios internacionales relativos a la restitución de viviendas y patrimonio de los refugiados y la población desplazada (conocidos como los “Principios Pinheiro”)¹⁰⁵; y (iii) los Principios Rectores de los desplazamientos internos (mejor conocidos como los “Principios Deng”)¹⁰⁶.

En primera medida, estos principios concretizan la protección del derecho a la propiedad, el cual ha sido reconocido de larga data por el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, múltiples instrumentos que hacen parte del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido expresamente este derecho¹⁰⁷.

En segundo término, estos estándares, (principalmente los Principios Pinheiro) reconocen específicamente que los derechos de propiedad, posesiones y reparación para las víctimas del desplazamiento como elemento esencial para la solución de conflictos, la consolidación de la paz, el regreso seguro y sostenible y el establecimiento del Estado de Derecho, así como elemento fundamental de la justicia restitutiva que contribuya a impedir la repetición de las situaciones que generaron el desplazamiento.

Así, en los Principios rectores del desplazamiento forzado –Principios Deng– se identifican derechos y garantías claves para la protección de las personas contra los desplazamientos forzados, así como para protegerlas y asistirlas tanto durante los desplazamientos como durante su regreso, reasentamiento y reintegración¹⁰⁸. Los

¹⁰⁵ ONU, Consejo Económico y Social. *Principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos* Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Relator Especial Paulo Sergio Pinheiro. 57º periodo de sesiones. ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17. 28 de junio de 2005.

¹⁰⁶ ONU. Informe del Representante del Secretario general, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. 1998.

¹⁰⁷ Ver, entre otros: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 17; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, artículo 5, lit. d) num. v); *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*”, artículos 14, núm. 2. lit. g) y 16; Convenio 169 de la OIT, artículo 14; *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, artículo XXIII; y *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 21.

¹⁰⁸ De conformidad con estos principios, son personas desplazadas: “las personas o grupos de personas que se ven obligados a huir o son forzados a abandonar el respectivo hogar o lugar de residencia habitual, en particular como resultado de –o para evitar– las consecuencias de los conflictos armados, las situaciones de violencia

principios Deng además prohíben la privación arbitraria de la propiedad y posesiones de la población en situación de desplazamiento, y señalan la obligación de proteger la propiedad respecto de los siguientes actos: a) pillaje; b) ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia; c) utilización como escudos de operaciones u objetos militares; d) actos de represalia; y e) destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo¹⁰⁹. Igualmente, establecen la protección de la propiedad y las posesiones que hayan sido abandonadas por los desplazados internos, frente a actos de destrucción y apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales. Ahora bien, pese a que los Principios Deng no son muy específicos en materia de restitución, sí son claros en cuanto al derecho al retorno y, en consecuencia, establecen la obligación de los estados en apoyar a los desplazados en el retorno y en el ejercicio de acciones que les permitan obtener restitución o compensación.

Por su parte, los Principios Pinheiro establecen un marco mucho más robusto para la protección del derecho a la restitución.¹¹⁰ En primer lugar, los Principios Pinheiro aplican no solamente a desplazados internos sino también a refugiados. Establece este instrumento, en su artículo 1.2, que estos principios: “se aplican por igual a todos los refugiados, desplazados internos y demás personas desplazadas que se encuentren en situaciones similares y hayan huido de su país pero que tal vez no estén encuadradas en la definición jurídica de refugiado, a quienes se haya privado de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron”.

generalizada, las violaciones de derechos humanos o los desastres naturales o los provocados por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” [Introducción, párr. 2].

¹⁰⁹ Principios Rectores del Desplazamiento Forzado. Anexo del Documento E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998. Principio 21.

¹¹⁰La reparación es una obligación estatal y es un derecho consuetudinario reconocido por el derecho internacional. Las cláusulas que prevén este y otros derechos de las víctimas, en principio, se encuentran establecidas en tratados internacionales de manera muy genérica, sin embargo, con el tiempo han adquirido concreción y desarrollo, y se han hecho más operativas. Uno de los mecanismos que ha logrado este objetivo es el esfuerzo de la comunidad internacional por recoger estos desarrollos en documentos que constituyen soft law, como son los Principios Pinheiro, los Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación y los Principios de Chicago, entre otros. Estos esfuerzos están dirigidos a sistematizar las obligaciones de los estados frente a las víctimas, y han sido utilizados en diferentes escenarios para el diseño de planes nacionales de atención, reparación, verdad y reconciliación; así como por tribunales internacionales como criterios hermenéuticos para aplicar normas internacionales y nacionales que tienen relación con los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Castro Novoa, Luis Manuel. “SoftLaw y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales.” En Uprimny, Rodrigo (Dir.) *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2009.

Adicionalmente, los Principios Pinheiro establecen el derecho a la restitución de toda propiedad de la que haya sido despojada. Es decir, establecen la obligación estatal de restituir la propiedad a toda aquella persona que haya sido despojada, a menos de que la restitución sea fácticamente imposible, cuando ello ocurra el Estado deberá proveer una compensación justa. Los principios además establecen derechos no sólo para propietarios legales sino además para todas aquellas personas que tengan una relación jurídica con los bienes como los poseedores, ocupantes y tenedores.

Sintetizando los distintos cuerpos normativos mencionados, es posible decir que de ellos se desprenden, al menos, los siguientes principios que orientan tanto la política pública en materia de restitución, como sirven de guía para la protección judicial de los derechos a la reparación y a la restitución:

1. La restitución debe establecerse como el medio preferente para la reparación en los casos de desplazamiento al ser un elemento esencial de la justicia restitutiva.
2. La restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el retorno.
3. El Estado debe garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuere materialmente imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optare por ella.
4. Nadie podrá ser obligado a retornar en contra de su voluntad; los regresos voluntarios en condiciones de seguridad y dignidad deben fundarse en la elección libre, informada e individual.
5. Las autoridades deben prestar asistencia para el retorno y el reasentamiento efectivo de quienes sean restituídos en sus propiedades.
6. Las medidas de restitución deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe quienes, de ser necesario, podrán acceder a medidas compensatorias.
7. Las medidas de restitución deberán velar proveer la protección y asistencia requerida a aquellos con necesidades especiales o se encuentren en condiciones particulares de desprotección o exclusión; en especial los programas deberán velar por reconocer igualdad de derechos y condiciones a mujeres y hombres, así como reconocer los derechos colectivos de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a los territorios tradicionales.



Autoevaluación

Lea el siguiente caso y luego conteste las preguntas que a continuación se formulan.

Casos de apropiación de niños y sustitución de identidad en Argentina

Una de las violaciones más graves que se presentaron durante la dictadura militar que vivió Argentina entre 1976 y 1983 fue el tratamiento de los hijos pequeños de las personas desaparecidas: niños secuestrados junto con sus padres o nacidos durante el cautiverio de sus madres en los centros clandestinos de detención. Se estima que al menos 500 niñas y niños fueron separados de ese modo de sus familias y entregados a centros de adopción como niños de identidad desconocida o directamente a familias que los adoptaron irregularmente. Así vivieron y crecieron como miembros de otras familias, ignorando su verdadero origen y su identidad.

Desde hace algo más de una década, la organización de las Abuelas de la Plaza de Mayo ha desplegado una intensa campaña por recuperar la identidad de estos niños. A partir de ella, varios casos se han resuelto judicialmente y se ha establecido un banco de muestras genéticas para confrontar el ADN de los posibles niños que sufrieron esta práctica y sus familias biológicas, es decir, familias de personas detenidas desaparecidas.

Hace un par de años, gracias a la investigación se tuvo noticia de que dos jóvenes – para la época de descubrimiento ya mayores de edad - podrían haber sido víctimas de esta práctica. Con base en esta información se inició un proceso penal por los delitos de supresión y suposición de la identidad, y sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años.

Con el objeto de adelantar el proceso, los jóvenes fueron convocados por el juzgado para que se realizaran una prueba de ADN que pudiera ser contrastada con los bancos genéticos de desaparecidos existentes.

Frente a la posibilidad de que dicha prueba pudiera servir para condenar a sus padres adoptivos, los jóvenes adujeron que como víctimas directas del crimen no tenían interés en iniciar un proceso penal, que renunciaban a su derecho a la verdad de los hechos, y por tanto, que se negaban a practicarse las pruebas de ADN.

La organización de Abuelas, por su parte, consideraron que estos argumentos no podían ser aceptados por la justicia por cuanto: i) los hijos no eran las únicas víctimas del delito; ii) la investigación de este delito podría llevar a la eventual aclaración de otros delitos – como sería las desapariciones de los posibles padres; y iii) que el valor del derecho colectivo a la verdad debería primar en este caso concreto sobre la dimensión individual.

Preguntas y ejercicios

1. Si usted fuera del juez de este caso ¿Qué herramientas usaría para ponderar los intereses en disputa?
2. ¿Cuáles argumentos considerar que son valores fundamentales que deben ser ponderados?
3. ¿Acudiendo al test de razonabilidad qué posible solución podría tener el caso?
4. ¿Cuál es el significado de verdad que se defiende en este caso?

La respuesta judicial argentina

De acuerdo con el Profesor Marcelo Ferrante, “La suerte de la pretensión de no colaboración ha sido dispar. Algunos tribunales la han rechazado y han ordenado la extracción compulsiva del material genético necesario para llevar adelante la prueba de identidad, mientras que otros la han acogido o han declarado inválidas las decisiones que ordenaban la extracción forzada de muestras corporales. La Corte Suprema se expidió dos veces al respecto – una vez en el 2003, en el caso “Vázquez Ferrá”, y otra en 2009, en el caso “Prieto”- y en ambas ocasiones lo hizo con mayorías complejas, que resultaron de votos que concurrieron en las decisiones sobre la base de distintos argumentos. En los dos casos, la Corte decidió que la resolución judicial evaluada violaba un derecho constitucionalmente protegido del hijo y, por ello, era inválida”¹¹¹.

¹¹¹Ferrante, Marcelo. “La prueba de identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad”. En: AAVV. *Hacer Justicia*. CELS/ICTJ, Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2012

	<p style="text-align: center;"><i>Jurisprudencia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 - Corte Constitucional, Sentencia C- 454 de 2006 - Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009 - Corte Constitucional, Sentencia C-914 de 2010 - Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 2012 - Corte IDH. Caso Cantoral Benavides. Reparaciones. Sentencia de diciembre 3 de 2001. Serie C No. 88. - Corte IDH. Caso Paniagua Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 25 de 2001. Serie C No. 76. - Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones. Sentencia de mayo 26 de 2001. Serie C No. 77.
---	--

	<p style="text-align: center;"><i>Bibliografía seleccionada</i></p> <p>Botero Catalina y Restrepo Esteban. "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia". En: Uprimny Yepes, Rodrigo; Catalina Botero Marino; Esteban Restrepo; María Paula Saffon, <i>¿Justicia transicional sin transición?.Verdad, justicia y reparación para Colombia</i>. Dejusticia. 2006.</p> <p>Hamber, B. Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. Fordham International Law Journal 26, 1074. 2003</p> <p>Minow, Martha. Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence. Boston: BeaconPress. 1998</p> <p>Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH), Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento. Doc. ONU HR/PUB/06/4, Ginebra, 2006.</p> <p>ONU, Asamblea General, Resolución sobre impunidad, número 2005/81 (por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los</p>
--	---

	<p>Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81</p> <p>ONU, Consejo Económico y Social. <i>Principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.</i> Relator Especial Paulo Sergio Pinheiro. 57º periodo de sesiones. ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17. 28 de junio de 2005.</p> <p>ONU. Informe del Representante del Secretario general, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. 1998.</p> <p>ONU. <i>Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones.</i> Consejo Económico y Social, A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006.</p> <p>Rincón Tatiana (2009) <i>La justicia de la justicia transicional.</i> Universidad del Rosario. Bogotá.</p> <p>Sánchez, Nelson Camilo. "El Derecho y las víctimas de crímenes Atroces". En: AAVV. <i>Las Víctimas en Colombia.</i> Bogotá. Universidad Distrital. IPAZUD. 2012</p> <p>Uprimny Rodrigo y Saffon, María Paula. "Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica". En: Hoyos V. Guillermo (Ed). <i>Las víctimas en la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia.</i> Goethe Institut e Instituto Pensar de la Universidad Javeriana. Bogotá. 2007.</p>
--	---

Unidad 4

LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

O

Objetivo general

El propósito de esta unidad es servir como guía conceptual para las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en cuanto a los diversos significados y usos que se otorgan al concepto de justicia en la implementación de medidas de justicia transicional. Con ello se busca que las juezas y jueces comprendan los objetivos de justicia que se cumplen con su labor específica y los analicen en el contexto de otras necesidades de justicia que se pretenden alcanzar en la transición, bien sea por otros funcionarios y funcionarias judiciales u otros estamentos del Estado.

O

Objetivos específicos

- *Analizar la interrelación de las medidas asociadas con la transición a la luz de sus objetivos finales y cómo el aseguramiento de los derechos de las víctimas juegan un papel fundamental para ello.*
- *Distinguir, conceptualmente y en la práctica, el concepto de justicia transicional de otros conceptos como los de justicia restaurativa,*

	<p><i>justicia intergeneracional y justicia histórica.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Analizar el concepto de reparación transformadora que establece la Ley 1448 y que guía la acción de restitución, a partir de la discusión entre necesidades de justicia correctiva y justicia distributiva propios de una transición en un contexto de pobreza y exclusión.</i>
--	---

La búsqueda de la justicia en tiempos de transición usualmente involucra reivindicaciones diversas que se basan en concepciones distintas de lo que significa la justicia. Como fue presentado en la primera unidad de este módulo, en escenarios transicionales es común encontrar exigencias relacionadas con la sanción de los crímenes cometidos durante el conflicto (justicia retributiva), así como la reparación de los daños ocasionados (justicia correctiva). Al mismo tiempo, en contextos transicionales es usual que existan situaciones de pobreza extendida y de inequidad en las cuales es necesario tomar medidas para la construcción de ciudadanía política a partir de la satisfacción de unos mínimos básicos de derechos sociales (justicia distributiva) y de reconstrucción de lazos sociales y de tratamiento del daño colectivo propio de la violencia extendida (justicia restaurativa). También es posible encontrar reivindicaciones de justicia de reconocimiento que se enfrentan a las anteriores¹¹².

Estos distintos conceptos de justicia, en muchos casos, involucran acciones de índole diversa y mecanismos precisos para su consecución. Al mismo tiempo, en la medida en que estas necesidades de justicia pueden llegar a confluir en las reivindicaciones de las víctimas es fácil confundirlas o suplantarlas por otras. Además, algunas de los contenidos de estos conceptos pueden entrar en tensión con la consecución de los objetivos de otro escenario de justicia, frente a lo cual debe existir claridad sobre unos y otros.

Es por ello que en esta unidad se hará una presentación breve de cada uno de estos conceptos, haciendo énfasis en su implementación en contextos de transición y, específicamente, en las posibles implicaciones de estas concepciones de justicia en la restitución de tierras por vía judicial. Para ello, esta unidad empieza por exponer un

112 Un ejemplo pertinente aquí es la concepción de la restitución de tierras como una medida de reconocimiento del campesinado. La idea central es que en Colombia ha habido una falla de reconocimiento estatal del campesino despojado como un actor social determinante en la sociedad colombiana. La restitución se entiende entonces como un acto estatal a través del cual se reconoce y reivindica el papel de la cultura campesina y de la economía de la pequeña propiedad rural en Colombia. Así, después de décadas en las cuales se ha privilegiado la urbanización acelerada de la sociedad y la producción agro industrial del campo, en detrimento de la cultura y economía campesina, quienes desde estas visiones defienden la restitución lo hacen como una reivindicación simbólica y material del campesinado frente al desdén estatal.

concepto amplio de justicia en tiempos de transición a partir de la visión holística de sus mecanismos. Una vez se explique este concepto amplio, la unidad aborda los conceptos de justicia que usualmente se reivindican en tiempos de transición como son la relación entre justicia restaurativa y justicia transicional, (conceptos que usualmente son entendidos como sinónimos, pero que a pesar de que guardan ciertas similitudes son distintos); la relación entre justicia histórica y justicia transicional; y la articulación entre las necesidades de justicia correctiva y justicia distributiva en un país como Colombia, a partir del concepto de la vocación transformadora de las reparaciones en la que se basa la Ley 1448 de 2011 y los Decretos Ley 4633 y 4635 del mismo año.

4.1.La justicia transicional como concepto holístico: hacia una forma de enfrentar los dilemas de su aplicación práctica

ap	<i>Actividad pedagógica</i> Analice el siguiente dilema, luego realice el ejercicio pedagógico antes de leer las líneas de respuesta y el ensayo de la Unidad. ¿Qué tan justa y efectiva es la justicia transicional? La experiencia comparada estudiada en la unidad anterior confirma la importancia de la idea de balance o ponderación innata al concepto de justicia transicional. Todas las experiencias estudiadas muestran cómo los amplios objetivos de la justicia transicional se enfrentan a las restricciones propias del contexto de cada caso para, de esta manera, generar unos mecanismos concretos que han tenido distintos grados de éxito y eficacia. En cualquier caso, como lo expone Pablo de Greiff, las medidas de transición operan siempre en un “mundo imperfecto”, lo cual debe reconocerse y no esconderse. De allí, siguiendo al mismo autor, que no exista ningún país transicional que muestre haber logrado una transición en la cual se haya: <i>“[E]njuiciado a todos y cada uno de los perpetradores de violaciones de derechos humanos (por no mencionar que los haya castigado de manera proporcional a la gravedad de los daños que han causado); que haya puesto en marcha una estrategia de búsqueda de la verdad capaz de determinar el paradero o el destino de todas y cada una de las víctimas o esclarecer, de manera absoluta, el funcionamiento de las estructuras que hicieron posibles</i>
----	---

esas violaciones; que haya establecido un programa de reparaciones capaz de compensar completamente a todas y cada una de las víctimas (otorgándoles beneficios proporcionales al daño que han sufrido; o que haya reformado todas y cada una de las instituciones estatales que estuvieron involucradas en las violaciones o las hicieron posibles)".

Ejercicios y preguntas

Con base en la afirmación del experto de Greiff, consulte con colegas posibles respuestas a los siguientes interrogantes:

1. ¿Es posible denominar justicia a un modelo de resolución de conflictos que asume desde su lógica básica su incapacidad para resolver judicialmente todos los conflictos sociales?
2. Desde el punto de vista de la función judicial ordinaria ¿Es posible admitir como válida la situación propuesta por de Greiff?

Reflexión

La constatación realizada por de Greiff no debe llevar a descartar los mecanismos de justicia transicional como un modelo razonable de justicia. Por el contrario, reafirma sus objetivos seminales que no son otros que proveer medidas de justicia imperfectas en tiempos en los que la debilidad institucional de un Estado hace imposible la obtención de formas más tradicionales de administración de justicia.

Es por ello, por ejemplo, que en los ya citados Principios de Chicago se menciona que la búsqueda de justicia en los períodos de post-conflicto son complejos, multifacéticos e interdisciplinarios, lo cual sugiere adoptar una posición que vaya más allá de una visión meramente legalista o judicialista de resolución.

La orientación propuesta para resolver el dilema planteado en la actividad pedagógica es consistente con lo que promueve la Oficina del Alto Comisionado de

las Naciones Unidas¹¹³ cuando sostiene que la comprensión y aplicación de las medidas de justicia transicional ha cambiado, y que actualmente hay “una conciencia aguda de la necesidad de vincular las diferentes iniciativas de justicia y diseñarlas y aplicarlas con la participación de aquellos a quienes se destinan, incluidas las propias víctimas”. En consecuencia, hoy resulta más evidente que nunca que no existe un solo método que dé resultados en todas partes. En el mismo sentido, el Secretario General de la ONU, en el citado informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, señala:

“[C]uando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores”. Además, señala que “debemos aprender a no recurrir a fórmulas únicas, iguales para todos, y a no importar modelos extranjeros”.

La cuestión entonces es entonces cómo articular los distintos mecanismos asociados con la justicia transicional para alcanzar esa implementación holística de la que habla el Secretario General de las Naciones Unidas. Una lúcida solución teórica para enfrentar estos desafíos ha sido propuesta por el experto internacional Pablo de Greiff, quien en varios de sus textos ha intentado explicar cómo se puede pensar en la implementación de una política de transición que, pese a sus limitaciones, cumpla una tarea de transformación social efectiva.¹¹⁴ Por encontrar esta propuesta valiosa para este texto, será explicada de manera breve.

La primera ventaja de una aproximación holística de las medidas de justicia transicional está en reconocer que la debilidad intrínseca de cada una de las medidas se puede compensar con la implementación conjunta de las mismas. La experiencia internacional muestra que la implementación aislada de las medidas y mecanismos de la justicia transicional lleva a una menor probabilidad de que éstas sean socialmente interpretadas como ejemplos de justicia. Por ejemplo: medidas de reparación que no van acompañadas de intentos de esclarecimiento de la verdad

¹¹³ ONU (2008) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>

¹¹⁴ Al respecto ver: De Greiff, Pablo. “Hacia una concepción normativa de la Justicia transicional” 2006. En Rangel, A. (Ed) *Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Intermedio; de Greiff, Pablo. “Justicia y Reparaciones”. En: Díaz, Catalina, (Ed.) Reparaciones para las víctimas de la violencia política, Bogotá, ICTJ-Canadá. 2008. Y de Greiff. A normative conception of Transitional Justice, In: Dealing with the Past. Politorbis No. 50. 3/2010.

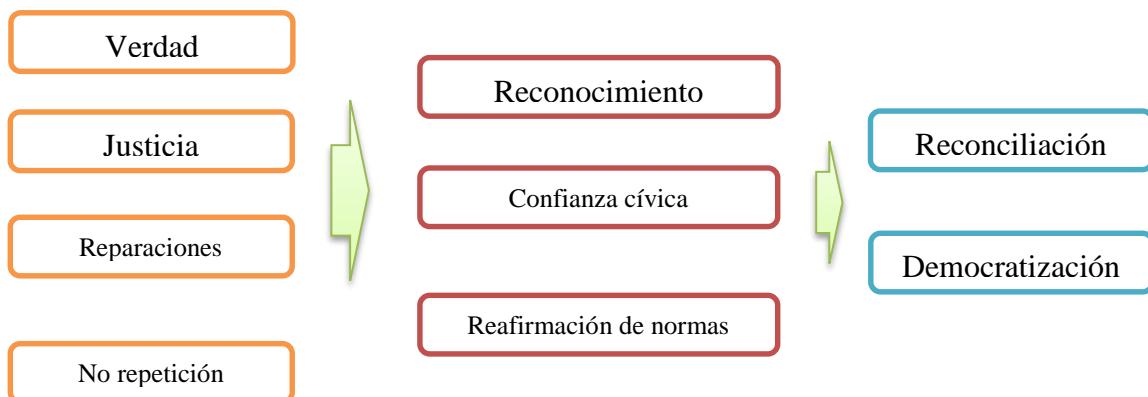
suelen ser interpretadas por las víctimas como un intento por comprar su silencio. Por el contrario, la implementación interrelacionada de las medidas aumenta la posibilidad de que las medidas se potencien: así como las reparaciones necesitan el esclarecimiento de la verdad para que los beneficios de los programas puedan ser concebidos por las víctimas como medidas de justicia, la búsqueda de la verdad necesita igualmente “más que palabras” para que produzca un efecto reconfortante en las víctimas. Algo similar ocurre en la relación entre enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad y las reparaciones.

De este postulado se desprenden además dos consecuencias prácticas. Por un lado, para que esta interrelación positiva se genere, quienes diseñan e implementan las medidas deben buscar que éstas sean coherentes entre sí (coherencia externa). Esto obliga a pensar en conjunto los juicios, las iniciativas de verdad, la reforma de las instituciones y las reparaciones como fichas de un todo. Por otro lado, para que esta interrelación y coherencia pueda generarse es importante reconocer que el balance entre objetivos no puede llevar a que uno se priorice totalmente sobre otro u otros hasta el punto de que prevalezca sobre los demás. Es decir, por ejemplo, que una decisión que establezca que la política se concentrará exclusivamente en reparar, pero sin esclarecer la verdad o dejando en la completa impunidad a los responsables - como sugiere el modelo de “perdones compensadores” que analizamos en la sección anterior –no permitirá el balance y, por tanto, no potencia el ideal de la implementación holística.

En segundo lugar, una aproximación holística de las medidas de transición permite articular de mejor manera cada una de las medidas para que persigan los objetivos comunes entre ellas y evitar así la dispersión de esfuerzos. Es decir, en el diseño e implementación de toda y cada una de las medidas se debe tener como telón de fondo los objetivos finales que se pretenden alcanzar con la política, así como los objetivos más mediatos e inmediatos. Esta idea se opone a la práctica común en muchos gobiernos que han enfrentado transiciones, que ha consistido en planear de manera aislada e inmediatista cada uno de los mecanismos, entendiendo que su labor se agota con la simple entrega de un cheque (en el caso de las reparaciones) o de una sentencia judicial. Por el contrario, una visión holística promueve entender cada una de estas acciones -importantes en sí mismas – como una contribución a objetivos más grandes y poderosos.

Las medidas de justicia transicional no han sido agrupadas entonces simplemente al azar, sino que se distinguen como tales porque de hecho comparten objetivos comunes. Dichos objetivos pueden verse en tres niveles. El primer nivel es el objetivo inmediato, es decir, que la medida cumpla, así sea modestamente, con el fin más

evidente para el que ha sido propuesta (por ejemplo: que las investigaciones y enjuiciamientos sirvan para garantizar justicia retributiva de manera concreta; que las comisiones de la verdad logren el esclarecimiento de casos y patrones; que las reparaciones produzcan una mejoría en el proyecto de vida de las víctimas que se ha truncado por la violencia, etc.). El segundo nivel es intermedio y es allí en donde se empieza a notar más claramente la interrelación de objetivos. Lo que tienen en común los mecanismos de la justicia transicional es que buscan tres cosas: proporcionar reconocimiento a las víctimas¹¹⁵, generar apego a la ley o reafirmar las normas, y promover la confianza cívica¹¹⁶. Finalmente, a lo que una sociedad quiere llegar con la implementación de una política global de transición no es a otra cosa que a la reconciliación y la democratización. Estos son los objetivos finales y constituyen el tercer nivel. La gráfica número 1 resume este argumento:



Pensarlo de manera concreta puede ayudar a deshilvanar este argumento teórico. Para ello nos servirá ilustrarlo con un ejemplo. Un programa de reparaciones contribuye al reconocimiento de las víctimas en tanto las medidas materiales e inmateriales que se brindan a través de los distintos tipos de reparación (restitución, compensaciones, satisfacción, rehabilitación) son en sí mismas el reconocimiento de la sociedad a las víctimas. Además, las reparaciones hacen que otras medidas del Estado hacia las víctimas no sean gestos vacíos, sino que se traduzcan en ventajas reales y concretas para ellas. Lo mismo puede decirse de las medidas entre sí

¹¹⁵ Una de las demandas más comunes de las víctimas es que se les reconozca como tales; que se reconozca que han sufrido un daño y que ese daño ha sido intencional. Ese reconocimiento no solo busca aliviar el sufrimiento sino restablecer los derechos que han sido violados. Es por ello que no solo se busca el reconocimiento como víctimas, sino en últimas, como ciudadanos y sujetos de derechos.

¹¹⁶ En sociedades en donde hasta las normas más básicas se han roto de manera masiva es muy común que las víctimas no confíen ni en el Estado ni en otros estamentos de la sociedad. Esto repercute, a su vez, en el ideario transformador de la transición: sin promover una cohesión social que parta de la confianza mutua será muy difícil, si no imposible, producir una transformación social y política como la que una transición ambiciona.

(coherencia interna). Una solicitud de perdón a las víctimas si no viene acompañada de otras medidas materiales puede verse como un gesto vacío; pero, al mismo tiempo, la entrega de indemnizaciones sin reconocimiento, aceptación, solicitud de perdón y esclarecimiento puede ser tomado por las víctimas como “dinero sucio”. En segundo lugar, las reparaciones contribuyen a potenciar la confianza cívica en la medida en que constituyen una manifestación de la seriedad del Estado y de sus conciudadanos en los esfuerzos por restablecer las relaciones de igualdad y respeto entre miembros de la sociedad. Sin reparaciones las víctimas tendrán siempre la desconfianza de que “el nuevo orden social” se construye a expensas de su sufrimiento, lo cual les hará desconfiar del Estado. De la misma manera, las reparaciones sirven, así sea *ex post facto*, para exemplificar el compromiso con la idea de que las normas legales importan.

Estos efectos a su vez contribuyen (aunque por sí solos no sean decisivos) para alcanzar los objetivos finales de la transición. La reconciliación se opone al concepto de resentimiento. Para que una sociedad pueda superar este resentimiento requiere alcanzar un estado de relaciones sociales que se caractericen por un tipo de confianza cívica basada en el respeto de unas normas básicas. En la medida en que las víctimas acceden a medidas de reparación brindadas por un estado que las reconoce como tales y que se distingue del régimen de violaciones, incrementan su confianza tanto en el Estado, como en la sociedad que de manera solidaria invierte en estas medidas de reparación. Con ello, se puede llegar a enfrentar el resentimiento y la división. Al mismo tiempo, las reparaciones contribuyen con la tarea de robustecer un Estado de derecho basado en la toma democrática de decisiones, en contra posición con el autoritarismo y la violencia del régimen anterior. Los procesos de decisión de prioridades y de medidas puede de hecho contribuir en mucho a generar esta apertura política y social, y de esta manera contrarrestar la cultura política autoritaria y clientelista que se pretende dejar atrás. El cuadro No. 3 resume de manera esquemática estos efectos.

Cuadro 3
El rol de las reparaciones dentro del esquema general de la justicia transicional

Medida: Programa de reparaciones por vía administrativa					
Objetivos inmediatos		Objetivos mediados		Objetivos finales	
Medidas materiales (indemnizaciones)	Las víctimas acceden a medios materiales que les permiten efectivamente reconstruir	Reconocimiento	El Estado a través de una erogación monetaria reconoce que algo sucedió a alguien particular	Reconciliación	La reafirmación de unas normas básicas de conducta y la sensación de que la sociedad es

	en parte su proyecto de vida				solidaria con las víctimas a partir de la contribución a un programa de reparaciones disminuye el sentimiento de resentimiento de las víctimas
Medidas Simbólicas (disculpas públicas)	Las víctimas reciben una disculpa pública concreta sobre lo sucedido	Confianza cívica	Las víctimas que reciben una indemnización o disculpas públicas ven un cambio entre el antiguo régimen y las nuevas autoridades	Democratización	La toma colectiva de decisiones, sumada a la inclusión social que pretenden las reparaciones contribuyen al fortalecimiento del Estado de derecho y a combatir la cultura política del autoritarismo y el clientelismo
		Reconocimiento de normas	La reparación reafirma que cuando un daño se comete éste debe ser enfrentado		

En conclusión, las medidas de la justicia transicional tienen un potencial importante para contribuir a los objetivos de la transición y superar sus limitaciones intrínsecas, solo en la medida en que su diseño e implementación se coordine y articule dentro de un programa político global de transición. En este sentido, la política de reparaciones y, más concretamente, la acción judicial de restitución, hace parte de una política más integral que contribuye de manera directa a indirecta con estos objetivos. Por tanto, es necesario dimensionar las interrelaciones entre esta medida y de las demás medidas diseñadas en el marco político y jurídico colombiano de transición, así como identificar y definir la contribución concreta que esta medida hará a ese programa más amplio.

ap	Actividad pedagógica
	Realice un mapa conceptual en el cual desarrolle cuáles objetivos de la justicia transicional pueden ser promovidos a partir de la restitución de tierras por vía judicial. Puede tomar como base el Cuadro número 3 de esta Unidad.

4.2.La justicia transicional y la justicia restaurativa¹¹⁷

La justicia restaurativa se enmarca en un movimiento - relativamente reciente - de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal. 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 porque 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. 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

¹¹⁷ Esta sección sintetiza argumentos presentados en Uprimny y Saffon en "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades". En: Uprimny et al. Justicia transicional sin transición. Dejusticia. Bogotá. 2006

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-offendermediation*), 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 (*communityreparationboards*), los diálogos de grupos familiares (*familygroupconferences*) o los programas de restitución (*restitutionprogrammes*). 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.

Si bien la justicia restaurativa fue ideada y ha sido normalmente utilizada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que suceden en una comunidad. 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 recibido¹¹⁸, son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la justicia restaurativa como paradigma básico de la justicia transicional¹¹⁹. 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 víctimas 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

118Ver: Crocker, D. 2002. "Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation," Buffalo Criminal Law Review, No.5, pp. 509-49; Hamber, B. 2003. "Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland", Fordham International Law Journal, No.26, pp.1074-94.

119Ver: Minow, Martha. Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence. Boston: BeaconPress. 1998.

la sociedad, lo que implica que a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con anterioridad se les debe aplicar, en lo posible, el perdón, pues sólo con base en éste es factible reconstituir los lazos sociales destruidos por la guerra o la dictadura.

Refuerza esta idea, el hecho de que la justicia restaurativa puede complementar positivamente a la justicia transicional de varias maneras. 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 delante; en este caso, para refundar el futuro de una sociedad entera sobre la base de unos lazos comunitarios fuertes.

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, la democracia 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 ineeficacia del sistema de justicia.

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, 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 precariedad de la justicia, no puedan ser enfrentadas por el sistema tradicional de justicia.

Sin embargo, a pesar de estas complementariedades, en el plano conceptual la justicia restaurativa evidencia serios límites para poder servir de paradigma de

justicia en un proceso de justicia transicional cualquiera. Además, en razón de la naturaleza específica del conflicto colombiano, el enfoque restaurador resulta verdaderamente inconveniente para afrontar la transición por la que atraviesa el país. Finalmente, existen restricciones jurídicas que limitan la posibilidad de convertir en dominantes los enfoques restauradores en los procesos transicionales.

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. 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, esta forma de comprender la reconciliación resulta muy exigente y bastante problemática cuando se la aplica a procesos de justicia transicional.

En segundo lugar, existe 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. Ello en parte porque 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.

La noción de castigo que defiende el paradigma de la justicia transicional sugiere que, en vez de contraponerse a la reconciliación, la sanción es un elemento apropiado (incluso necesario) para alcanzarla. 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.

A las anteriores consideraciones se aúna el hecho de que el castigo de los responsables de crímenes masivos impide que en el nuevo régimen creado por la transición surja una cultura de impunidad. El mensaje enviado con el castigo es, justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones. Además de propugnar por el respeto de estos derechos, un mensaje como ése busca, sobre todo, asegurar la garantía de no repetición, crucial para el verdadero éxito de un proceso transicional.

En ese sentido, el castigo de los crímenes de lesa humanidad y la amenaza futura del mismo pueden tener un efecto de carácter preventivo en contra de las violaciones de derechos humanos, en el sentido tanto de desincentivar la repetición de esas conductas por parte de los victimarios –en razón de su temor al castigo–, como de reforzar la adhesión ciudadana a los valores democráticos e impedir que el sentimiento de rabia e injusticia producido por la impunidad cause en las víctimas deseos de vengarse a través de actos de esa naturaleza.

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.

De esta manera, sin desconocer las inmensas cualidades y potencialidades de la justicia restaurativa, ésta puede perfectamente complementar a la justicia transicional, pero nunca debería sustituirla. 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 remplazar 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 las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que ésta ha de enfrentar.

ap	Actividad pedagógica Las críticas a una visión de la justicia estrictamente punitivista y concentrada en el ofensor más que en el daño, desarrollada por los defensores de la justicia restaurativa ha dado lugar también ha interesantes desarrollos sobre el potencial comunitario en contextos de transición, sobre todo en cuanto a la construcción de paz. Lea el siguiente extracto de una entrevista realizada al Profesor Harry Mika ¹²⁰ , experto en estos temas: <i>¿Cuál debería ser nuestro punto de partida a la hora de determinar en dónde debemos intervenir para que el conflicto cese?</i> <i>“De hecho, lo que buscamos es el cambio; queremos ir del conflicto a la paz. En mi opinión, la justicia transicional asume que ese cambio debe provenir desde arriba. Existe un gran consenso en que el cambio debe provenir desde el gobierno o desde las organizaciones internacionales. El protagonismo de estas organizaciones se roba siempre toda la atención. Así, existen múltiples ejemplos de esos momentos diplomáticos en los que se firman acuerdos de paz, compromisos políticos, etc. La atención del público siempre se dirige allí. Ese es uno de los prejuicios de la tendencia tradicional de la justicia transicional, se cree que si el cambio ha de producirse éste, para ser efectivo, debe provenir de las grandes burocracias. Esta visión me convence muy poco.</i> <i>De nuevo, en mi opinión, si lo que queremos alcanzar es una paz duradera y sostenible el cambio debe venir de abajo hacia arriba. Es por esto que creo que lo que demos hacer es estudiar la paz de manera empírica para determinar dónde exactamente comienza y termina el cambio. Si hacemos eso de manera cuidadosa, como lo hemos hecho en otras experiencias, estoy convencido que encontraremos que mucho antes y mucho después de la firma de esos pomposos acuerdos de paz, a nivel local se han realizado</i>
----	--

¹²⁰ Extracto de la entrevista publicada en el libro: Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. ICTJ y Dejusticia. 2009. Pág. 229.

	<p><i>muchos esfuerzos para preparar esos momentos y para mantener el frenesí de esos momentos. La razón es sencilla: la paz no es un momento, es un proceso de largo aliento”.</i></p> <p>Preguntas</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A su juicio ¿Cuál podría ser la respuesta de un modelo de justicia transicional adecuado que busque enfrentar los problemas que señala el Profesor Mika en su crítica?
--	---

4.3.La “justicia intergeneracional” (o el deber de reparar injusticias históricas) frente a los objetivos de la justicia transicional

En la actualidad es ampliamente aceptado que existe un deber de reparar crímenes atroces relativamente recientes, en donde todavía hay víctimas, o familiares directos o victimarios vivos. El problema es qué hacer en aquellos casos en los cuales se trata de las llamadas “injusticias históricas”, esto es, de hechos ocurridos hace un tiempo considerable (varias décadas e incluso varios siglos) y en donde por consiguiente las víctimas y los victimarios directos de esos crímenes ya han fallecido. Se trata de discusiones difíciles de “justicia intergeneracional”, que tienen diferencias importantes con las discusiones de la justicia transicional¹²¹.

Como lo demuestra la experiencia sudafricana, y se ve reflejado en el caso colombiano, los dilemas de la satisfacción de necesidades de justicia se acrecientan en países en los que la represión o el conflicto han durado varias décadas, así como en aquellos en los que antes de la violencia afectara a la población ya existían grandes déficits de justicia respecto de poblaciones discriminadas o excluidas.

Algunos autores han criticado la idea de que exista algún deber de reparar esas injusticias históricas, con base en distintos argumentos, pero que en esencia pueden ser resumidos en estos tres puntos¹²²: i) que es muy difícil hacerlo porque el paso del tiempo borra las consecuencias de los crímenes, con lo cual la documentación de esos crímenes y de sus víctimas es poco factible; ii) que esas reparaciones, para tener

¹²¹ Para una discusión de esos conceptos, ver Steinberg, Jonathan. “Reflections on Intergenerational Justice”. En *The Legacy of Abuse: Confronting the Past, Facing the Future*. The Aspen Institute. 2002.

¹²² La literatura sobre el tema ha crecido enormemente. Algunos textos recientes y significativos sobre el debate son las tres siguientes colecciones de estudios sobre el tema: Brooks, Roy. 1991. *When Sorry isn’t Enough: The Controversies over Apologies and Reparations for Human Injustice*. Nueva Cork: New Cork University Press. Du Plessis, Max y Pete, Stephen. 2006. *Repairing the Past? International Perspectives on Reparation for Gross Human Rights Abuses*. Antwerpen: Intersentia. Gibney Mark et al. (eds.). 2008. *The Age of Apology*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

algún sentido, tendrían que ser colectivas, pero que la idea de reparaciones colectivas es contraria a los derechos humanos y a los derechos fundamentales, que son esencialmente individuales; iii) y que a veces los esfuerzos por reparar esas injusticias históricas resultan a su vez injustos, pues implican que el Estado abandone otras obligaciones más importantes de justicia distributiva o que por rectificar el pasado se desconozcan derechos de terceros de buena fe o que se desconozca el hecho de que las injusticias históricas puedan haber sido en cierta forma “superadas” con el paso del tiempo, en la medida en que los herederos de las víctimas pueden haber mejorado su situación, mientras que los herederos del victimario pueden haber empeorado notablemente la de ellos.

Estas objeciones son importantes y explican la objetiva dificultad del tema y la amplia literatura jurídica y filosófica que ha generado. Pero dichas objeciones pueden ser claramente respondidas. De hecho, algunas objeciones pueden ser fácilmente respondidas desde el propio constitucionalismo colombiano. Nuestra Carta reconoce titularidades colectivas de derechos, y contemporáneamente se ha admitido en la doctrina internacional de derechos humanos que existe la posibilidad de otorgar reparaciones colectivas. La objeción a este tipo de reparaciones colectivas se funda entonces en un entendimiento estrictamente liberal e individualista de los derechos humanos, que no es compatible con las visiones contemporáneas de los derechos constitucionales y especialmente con la adopción de titularidades colectivas de derechos por nuestra Constitución. Luego no hay una objeción de principio a la existencia de reparaciones colectivas.

De otro lado, el tema del impacto del paso del tiempo en la posibilidad de efectivamente documentar las atrocidades es obviamente relevante¹²³. Es claro que a veces existen injusticias demasiado lejanas o poco documentadas que tornan imposible cualquier reparación, por cuanto es imposible establecer con rigor qué sucedió o resulta igualmente imposible determinar con claridad el universo de las víctimas o de los descendientes que ameritan ser reparados. Pero este es un problema práctico, que debe ser tomado en consideración y analizado según las circunstancias de cada caso específico. No es un obstáculo normativo o absoluto al deber de reparar esas injusticias. La conclusión que surge es que si el paso del tiempo no ha hecho perder los rastros del crimen o de sus víctimas, entonces en principio el deber de reparar subsiste. La objeción del impacto del paso del tiempo en los rastros del crimen no elimina entonces el deber de reparar injusticias históricas pero implica unas condiciones probatorias rigurosas y es que i) el crimen debe estar claramente

¹²³ Du Plessis, Max y Pete, Stephen. “Reparations for gross human rights violations in context”. En Du Plessis, Max y Pete, Stephen (eds.). *Repairing the Past? International Perspectives of Reparation for Gross Human Rights Abuses*. Antwerpen: Intersentia. Pg. 20 a 27. 2006.

documentado y que ii) sea posible razonablemente establecer el universo de víctimas y de beneficiarios de la reparación.

En tercer término, en cuanto a los victimarios o la parte responsable, se encuentra el argumento acerca de por qué una persona (o la generación presente) debe responder por los crímenes cometidos por sus antepasados. Este argumento es importante porque en principio, conforme a los derechos humanos, las responsabilidades tienden a ser individuales y por culpas propias. Sin embargo, esa individualidad de la responsabilidad es estricta únicamente en materia penal y sancionatoria, y no opera en la misma forma frente al deber de reparar violaciones graves a los derechos humanos. En estos casos, se admite que existen grupos o colectividades que tienen deber de reparar violaciones a los derechos humanos, aunque en sentido estricto no hayan sido ellas las responsables del crimen, siempre y cuando pueda imputárseles ese deber con base en algún título jurídico. Por ejemplo, uno de los títulos más obvio de imputación es la continuidad de la identidad de una colectividad en tanto que persona jurídica –como un Estado o una empresa- puesto que esa identidad hace que los actuales dirigentes de esa colectividad tengan el deber de reparar una injusticia pasada, incluso si ésta fue cometida cuando ellos no sólo no tenían ningún control sobre esa colectividad sino que se oponían a los anteriores dirigentes. Así, frente al derecho internacional de derechos humanos, el actual gobierno de Chile, dirigido por la Presidenta Bachelet, tiene el deber de reparar ciertos crímenes cometidos por la dictadura de Pinochet, a pesar de que Bachelet no sólo no gobernaba en esa época sino que incluso fue opositora a la dictadura y fue víctima de ella. La razón es que quien tiene el deber de responder es esa persona jurídica que es el Estado chileno, la cual mantiene su continuidad e identidad en el derecho internacional, a pesar del cambio de gobiernos y regímenes políticos.

Esta consideración conduce a la última objeción y es que la reparación de injusticias históricas puede ocasionar nuevas injusticias. Tal afirmación no elimina en absoluto ese deber de reparar sino que lo matiza en el siguiente sentido: el deber estatal de reparar esas injusticias debe ser concebido, de conformidad con algunos desarrollos contemporáneos de la teoría jurídica sobre la estructura de las normas¹²⁴, como principios o mandatos *prima facie*, y no como reglas estrictas o mandatos definitivos. En ese sentido, el derecho de reparar esas injusticias históricas existe y los Estados deben hacer todos los esfuerzos para satisfacerlo; pero esa obligación debe ser

¹²⁴ Para desarrollos de esta perspectiva, ver Alexy, Robert. "Sistema jurídico, principios y razón práctica". En *Derecho y razón práctica*. Fontanamara. Pg. 9 a 22. 1993.

ponderada en el sentido de cumplirse en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas y en atención a los mandatos de la justicia étnica colectiva¹²⁵.

Precisamente, estas posibilidades fácticas y jurídicas juegan un papel importante en tiempos de transición política. Por un lado, la transición puede dar lugar a un espacio único para revisitar injusticias pasadas. Por otro lado, en contextos en los que se pretende hacer frente a violaciones masivas, la intención de ir muy atrás en el tiempo para remediar injusticias puede resultar abrumadora o contraproducente.

Por estas razones es que resulta apropiado no confundir conceptualmente los objetivos de uno y otro paradigma de justicia. Esta distinción conceptual, no obstante, no quiere decir que no existan importantes elementos de intersección entre una y otra. Por el contrario, teniendo en cuenta sus diferencias, los escenarios de transición pueden ser propicios para avanzar en deudas históricas, desde que se reconozcan sus diferencias, y las especiales circunstancias en que la interacción de las dos exigencias de justicia pueden ser enfrentadas.

Para esto, un primer paso consiste en precisar el alcance de la reparación de injusticias históricas. Así, ciertas condiciones o requisitos deben reunirse para que pueda hablarse del surgimiento de esa obligación de reparar esas injusticias históricas¹²⁶. Al menos cuatro requisitos son importantes: i) que la injusticia esté claramente establecida y documentada, ii) que las víctimas puedan ser claramente identificadas, iii) que haya víctimas que serán los beneficiarios de la reparación sigan sufriendo las consecuencias de la injusticia, en el sentido de que su situación sea menos buena que el resto de la población, y en especial de la de aquellos de sectores que no fueron victimizados, y iv) que se pueda establecer razonablemente un vínculo causal entre el crimen o la injusticia histórica ocurrida y la situación actual de las víctimas a ser beneficiadas por la reparación.

¹²⁵ César Rodríguez y Yukyan Lam explican que este tipo de justicia “busca resarcir los daños causados por violaciones históricas y masivas de derechos que dieron lugar a las relaciones desiguales entre grupos étnicos (p. ej. La esclavización de la población afrodescendiente y el genocidio contra los pueblos indígenas en tiempos de colonización). Esta justicia histórica intergeneracional subyace, en Colombia y otras partes del mundo, a reclamos de restitución de territorios ancestrales usurpados a los pueblos indígenas durante la colonización y las exigencias de reparaciones a la población afrodescendiente por el legado de la esclavitud”. César Rodríguez Gavarito y Yukyan Lam. Etno-reparaciones. Documentos Dejusticia. Bogotá.Pg. 17. 2011

¹²⁶Ver, al respecto, Freeman, Michael. “Back to the Future: The Historical Dimension of Liberal Justice”. En Du Plessis, Max y Pete, Stephen (eds.). *Repairing the Past? International Perspectives on Reparation for Gross Human Rights Abuses*.Antwerpen: Intersentia. 2006. De estemismoautor: Freeman, Michael. “Historical Injustice and Liberal Political Theory”. En Gibney Mark et al. (eds.). *The Age of Apology*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2008. Ver igualmente Brooks, Roy. “The Age of Apologies”.En Brooks, Roy. *When Sorry isn’t Enough: The Controversies over Apologies and Reparations for Human Injustice*. Nueva Cork: New Cork UniversityPress. Pg. 7 y ss. 1999.

Bajo el entendido de que esa obligación debe ser considerada no como una regla absoluta sino como un mandato *prima facie*, que ha de ser ponderado con otros principios y derechos constitucionales, en especial los catalogados económicos sociales y culturales, se hace necesario agregar un quinto y es que v) la reparación de esa injusticia histórica no acarree injusticias mayores en términos de justicia distributiva o no afecte gravemente otros principios constitucionales, particularmente las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales frente a poblaciones vulnerables. Lo anterior, en vista de que el deber de reparar el daño ocasionado por tales injusticias históricas encuentra asidero esencial en el propósito de asegurar el goce, por parte de las víctimas, de iguales posibilidades para su realización como seres humanos, lo que ya se ha constatado no sería posible sin el acceso pleno a los beneficios derivados de los derechos económicos, sociales y culturales¹²⁷.

Las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras encontrará en su práctica habitual que el modelo de transición colombiano, de hecho, tiene una fuerte reivindicación de justicia étnica colectiva que se traduce en medidas específicas de restitución. Así, si bien las medidas de reparación dictadas en instrumentos legales como la Ley 975 y la Ley 1448 de 2011 se sustentan y dirigen a la restitución de derechos asociados con fenómenos de violencia relativamente recientes (ocurridos a partir de 1985 y de 1991), la vocación de varias medidas y, especialmente las medidas específicas para comunidades étnicas, tienen un fundamento de justicia que va más allá de estas fechas.

Así, por ejemplo, el Decreto Ley 4633 de 2011 sobre “Medidas de asistencia, atención reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”, parte por reconocer la distinción entre uno y otro tipo de medidas. Así se desprende del artículo 2 de dicho instrumento, el cual reconoce que las disposiciones del decreto parten del reconocimiento de la “condición de víctimas de los pueblos indígenas en tanto víctimas individuales y colectivas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario, comprendidas y reconstruidas desde la memoria histórica y ancestral de los pueblos indígenas”, con lo cual sugiere que su fundamento se basa en medidas de justicia transicional. Esto es, a su vez, confirmado en el párrafo de este mismo artículo,

¹²⁷ Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

mediante el cual se advierte que “[l]o regulado en el presente decreto no sustituye ni excluye el derecho a la reparación histórica de los pueblos indígenas”.

Ahora bien, a pesar de que el enfoque principal es la reparación de las consecuencias de una violencia reciente¹²⁸, el Decreto Ley se basa en el reconocimiento constante de las injusticia históricas, y crea mecanismos para integrar medidas de resarcimiento de las mismas, al proceso de reparación transicional. Referencias a ello pueden encontrarse a lo largo del articulado. Por ejemplo, en el artículo 3 en donde se establece que los pueblos y comunidades indígenas serán sujetos de medidas de reparación que promuevan la reparación histórica, en el artículo 5 en donde se trata del restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos vulnerados históricamente, en el artículo 11 que reconoce la obligación del Estado de proteger los territorios de ocupación histórica o ancestral de los pueblos y las comunidades, y el artículo 57 que ordena medidas de protección específica a los territorios étnicos históricamente ocupados, entre muchos otros.

Por su parte, el Decreto Ley 4635 de 2011 “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”, es de hecho más directo en cuanto a la interrelación entre las medidas de justicia transicional y su compromiso con la promoción de medidas que enfrenten las injusticias históricas.

ap	Actividad pedagógica <i>Compare el texto del artículo 8 de la Ley 1448 de 2011, con el artículo 5 del Decreto ley 4635, que se transcribe a continuación.</i> <i>ARTÍCULO 5o. JUSTICIA TRANSICIONAL CON ENFOQUE ÉTNICO, COLECTIVO Y CULTURAL. Entiéndase por justicia transicional con enfoque étnico, colectivo y cultural, todos aquellos procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones cometidas en contra de las comunidades y de sus miembros, rindan cuentas de sus actos, para satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas señaladas en el artículo 3o del presente decreto, y se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.</i>
----	--

¹²⁸ Ocurridas a partir del 1 de enero de 1985, como establece el artículo 3 del Decreto Ley 4633.

En virtud de las disposiciones de estos Decretos Ley, el enfoque de justicia étnica tiene además una connotación especial en el tema de restitución. En primer lugar, la restitución no se predica de las tierras, sino de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas, lo cual establece un enfoque más amplio. En segundo lugar, la restitución no solo se predica de aquellos territorios que legalmente se habían considerado como resguardos o territorios colectivos antes del despojo, sino aquellos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la legislación internacional deben ser reconocidos como territorios ancestrales¹²⁹. En tercer lugar, existen restricciones jurídicas que aplican por la naturaleza especial de los territorios étnicos ancestrales, como la prohibición de la compensación económica ante la imposibilidad de restituir el territorio. En cuarto lugar, la restitución de derechos territoriales incluye no solo la restitución jurídica y material del suelo, sino además el resarcimiento ecológico y espiritual de los territorios. En quinto lugar, la ruta de restitución sufre modificaciones importantes para garantizar la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa.

4.4. La vocación transformadora de las reparaciones: un intento de articular las necesidades de justicia correctiva y justicia distributiva en tiempos de transición

El principio general de reparación integral puede llegar a generar paradojas y dilemas difíciles en sociedades – como la colombiana - que intentan saldar cuentas frente a violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Estas sociedades enfrentan también usualmente profundas desigualdades sociales y económicas y una pobreza extrema muy extendida. El ideal de reparación integral se torna problemático en ese contexto pues implica, al menos en ciertos casos, conflictos difíciles entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. En términos filosóficos es entonces la tensión entre el deber de los Estados de realizar todos los esfuerzos para rectificar un daño injusto perpetrado contra una víctima (justicia correctiva) y su deber de realizar igualmente todos los esfuerzos por alcanzar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre todos los miembros de la sociedad (justicia distributiva)¹³⁰.

¹²⁹ Tanto el artículo 141 del Decreto Ley 4633, como el 107 del Decreto Ley 4635 enumeran los 7 tipos de tierras susceptibles de restitución para pueblos y comunidades.

¹³⁰ En un sentido semejante, Michael Freeman afirma: "Puede existir una tensión entre la justicia correctiva y la justicia distributiva pues las políticas que miran al pasado pueden debilitar la capacidad de la sociedad de construir un futuro más justo. Dado que los recursos son limitados, las demandas de justicia distributiva pueden implicar restricciones a las reparaciones. Sin embargo, la justicia correctiva puede ser justa en sí misma y puede contribuir a un futuro más justo y estable" Freeman, Michael. 2006. "Back to the Future: The Historical Dimension of Liberal Justice". En Du Plessis, Max y Pete, Stephen (eds.). *Repairing the Past? International*



Actividad pedagógica

Analice la tensión entre el deber del Estado de reparar a las víctimas de violaciones graves a los derechos civiles y político, debido a crímenes atroces, y el deber del Estado de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente de poblaciones pobres y vulnerables, a partir del siguiente ejemplo:

Imagine una sociedad que está saliendo de un cruento conflicto armado, y que a su vez padece de una pobreza extendida que ha llevado a la extrema pobreza de algunas poblaciones. Debido al conflicto armado y a su situación de desarrollo este país tiene además muchas limitaciones económicas. En este contexto, reflexione sobre el siguiente dilema: ¿Debe un Estado que está saliendo de un conflicto armado, y con recursos limitados, usar los únicos fondos disponibles para compensar a una persona de clase media que fue torturada? ¿O debe ese Estado usar esos fondos para construir diez casas para diez familias pobres, que no han sido víctimas de crímenes atroces pero que requieren desesperadamente una vivienda?

En contextos de transición y en sociedades desiguales, el ideal de reparación integral de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos conduce a un dilema difícil. Las víctimas tienen derecho a la restitución plena, o al menos a una reparación proporcional al daño sufrido; pero este ideal parece difficilmente alcanzable en tales contextos, no sólo debido a las restricciones económicas e institucionales, sino también por cuanto una implementación estricta de dicho principio puede contradecir ideales de justicia distributiva y vulnerar los deberes estatales frente a la población de escasos recursos, si se trata de sociedades con alta desigualdad y pobreza extendida.

El principio de reparación integral es una expresión clásica de justicia correctiva puesto que el propósito principal de la reparación, conforme a las doctrinas jurídicas dominantes en este campo, es rectificar o borrar un daño injusto perpetrado contra una víctima específica. Este principio parece incontrovertible frente a casos aislados de violaciones graves a los derechos humanos en una “sociedad bien ordenada”, por

Perspectives on Reparation for Gross Human Rights Abuses. Antwerpen: Intersentia. Pág. 51. Ver de este autor también: Freeman, Michael. 2008. "HistoricalInjustice and Liberal PoliticalTheory". En Gibney Mark et al. (eds.). *The Age of Apology.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press. Ver igualmente Brooks, Roy. 1999. "The Age of Apologies". En Brooks, Roy. *When Sorry isn't Enough: The Controversies over Apologies and Reparations for Human Injustice.* Nueva Cork: New Cork UniversityPress. Pg. 7 y ss.

usar la conocida expresión de John Rawls, pues los Estados deben esforzarse por restaurar la dignidad y rectificar el daño ocasionado a víctimas de crímenes atroces.

Sin embargo, este principio se torna enigmático en contextos transicionales, luego de violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Estas sociedades suelen enfrentar también profundas desigualdades y una amplia pobreza. Son en cierto sentido “sociedades bien desorganizadas”. En ese tipo de contextos, el principio de reparación integral entra en una tensión aguda con otros deberes del Estado, en especial con su obligación de proveer servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si no han sido víctimas de crímenes atroces. Esta paradoja o enigma de la reparación en contextos transicionales proviene entonces de la combinación de la situación fáctica que esas sociedades enfrentan y de las normas éticas y jurídicas que se supone deben respetar.

En primer lugar, sociedades transicionales presentan miles, o incluso millones de víctimas, así como miles de victimarios. Un segundo punto importante es que esas sociedades enfrentaban desigualdades sociales y económicas profundas y muchas personas estaban sumidas en la pobreza extrema antes de que el conflicto armado o la dictadura ocurrieran; usualmente, el conflicto armado y el régimen autoritario tienen a agravar la pobreza y la desigualdad. En tercer lugar, en ese tipo de “sociedades bien desorganizadas”, como Colombia, Perú, Guatemala o El Salvador, muchas víctimas eran pobres y discriminadas antes de ser victimizadas y en muchos casos su pobreza se vio acentuada debido precisamente al proceso de victimización. Las víctimas en ese tipo de sociedades son entonces usualmente las personas más pobres, discriminadas y en situación de vulnerabilidad, y normalmente la victimización acentúa su pobreza y su vulnerabilidad. Pero es importante enfatizar que no todas las víctimas son pobres y no todos los grupos de bajos ingresos son obligatoriamente victimizados. No es inusual que personas de clase media o incluso muy pudientes sean también víctimas durante un conflicto armado o una dictadura; no es tampoco inusual que una porción importante de la población pobre no sufra una victimización directa. En ciertos casos incluso el objetivo principal de los procesos de victimización han sido miembros de sindicatos o de grupos de oposición; esas personas no eran ricas pero tampoco eran las más pobres de esas sociedades. En contextos transicionales, existe entonces una relación compleja entre pobreza, discriminación y los procesos de victimización, y entre los grupos de víctimas y los grupos de personas pobres y discriminadas.

Por último, los Estados en contextos transicionales son usualmente Estados débiles institucionalmente y que enfrentan además restricciones económicas severas. Esto es especialmente cierto en las situaciones de post-conflicto pues las guerras suelen

acabar la infraestructura material y afectar severamente la capacidad de control territorial de los Estados.

Por otro lado, en situaciones transicionales, los Estados tienen que reparar a las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos porque tal es su obligación, conforme a principios de justicia correctiva, que son vinculantes en el derecho internacional. Como ese deber no depende de las condiciones económicas de las víctimas, los Estados tienen que reparar a todas las personas que sufrieron victimización, sin importar su situación económica actual. Pero al mismo tiempo, el Estado que está saliendo de un conflicto armado tiene el deber de otorgar servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si éstas no han sido víctimas de crímenes atroces, de conformidad con principios de justicia distributiva y en desarrollo de sus obligaciones frente a los derechos económicos, sociales y culturales, que son también parte del conjunto de los derechos humanos.

En este complejo contexto, surgen entonces preguntas obvias, pero que son al mismo tiempo muy difíciles de responder: ¿qué debe hacerse en ese tipo de situación? ¿Deben los Estados concentrar sus esfuerzos en lograr la reparación integral de las víctimas, conforme a los principios de justicia correctiva? Esto no es para nada obvio, por cuanto esos esfuerzos de reparación tienen en ciertas circunstancias consecuencias negativas en términos de justicia distributiva. Por ejemplo, las reparaciones pueden emplear recursos para reparar víctimas en buena posición económica, mientras que esos recursos son requeridos urgentemente para financiar políticas sociales para reducir la pobreza y satisfacer necesidades actuales de personas pobres, pero que no fueron victimizadas.

Además, en ciertos casos, el principio mismo de reparación integral conduce a paradojas difíciles pues el ideal que orienta dicho principio es que se deben hacer todos los esfuerzos para borrar los efectos del crimen y deshacer el daño ocasionado, con el propósito de restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de que el crimen ocurriera. Pero este mandato genera perplejidades: si la víctima era antes del crimen una persona pobre en una sociedad muy desigual, entonces el propósito de restitución plena parece un ideal de justicia muy débil porque implicaría retornar a la persona a una situación previa de privaciones materiales y discriminación. En ese caso, la restitución integral “es casi cruel” porque conduce a la violación de los derechos sociales de la persona y a la consolidación de una estructura social que desconoce principios de justicia distributiva.

Por el contrario, si la víctima era una persona muy pudiente en una sociedad desigual, parece también injusto intentar a toda costa restablecerla en la situación en

que se encontraba antes del conflicto porque se estarían usando recursos escasos para reconstituir fortunas, cuando esos mismos recursos son requeridos urgentemente para financiar servicios sociales para población pobre no victimizada. Este resultado también parece contradecir principios de justicia distributiva y en todo caso implica la violación de los deberes del Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales.

En la medida en que los Estados están generalmente obligados por tratados internacionales a adoptar medidas para cumplir estas dos expectativas de justicia (correctiva y distributiva), no es posible optar por satisfacer una de ellas en perjuicio de la otra. Es necesario presentar entonces una propuesta que busque enfrentar los dilemas, ponderando las necesidades de cada escenario, pero teniendo en cuenta las limitaciones fácticas estudiadas.

La propuesta de vocación transformadora de las reparaciones es un intento por armonizar los dos escenarios a través de una forma de puente o vínculo entre ambos tipos de políticas y como una estrategia para reducir las tensiones entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en esos contextos. Este concepto está basado en dos ideas principales, la primera vinculada al propósito que debería darse a las reparaciones en esas situaciones y la segunda con el alcance que deberían tener tales programas.

El primer fundamento de la idea de reparaciones transformadoras es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación sino “transformar” esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que en todo caso son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no sólo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro. Deberían verse como una oportunidad, modesta pero no despreciable, de avanzar a una sociedad más justa y de superar situaciones de exclusión y desigualdad que resultan contrarias a principios básicos de justicia distributiva. Por eso se habla de reparaciones transformadoras.

Las reparaciones, en este enfoque transformador, son entonces parte de un esfuerzo global de construcción democrática; en ese sentido, los programas de reparación deben ser concebidos como un proyecto político incluyente, especialmente dirigido a integrar a las víctimas en el nuevo orden social, por medio del reconocimiento de

su sufrimiento y el esfuerzo por aliviarlo, y ofreciéndoles posibilidades de una vida decente.

El segundo fundamento de las reparaciones transformadoras es que el alcance de los programas de reparación tiene que obviamente estar fundado en criterios de justicia correctiva, puesto que se trata de enfrentar el sufrimiento de las víctimas, pero que debe también responder a consideraciones de justicia distributiva. Esto significa que el deber estatal de reparar integralmente a las víctimas debe ser concebido, de conformidad con algunos desarrollos contemporáneos de la teoría jurídica sobre la estructura de las normas, como principios o mandatos *prima facie*, y no como reglas estrictas o mandatos definitivos. En ese sentido, el derecho de las víctimas a obtener reparación integral está reconocido y los Estados deben hacer todos los esfuerzos para satisfacerlo; pero esa obligación debe ser ponderada frente a consideraciones de justicia distributiva y debe, en ciertos casos, ceder ante dichas consideraciones.

La justicia distributiva y la justicia correctiva tienen fundamentos distintos y es posible que no sean compatibles en ciertos casos. En forma esquemática, es posible pensar que hay tres relaciones posibles entre los mandatos de justicia distributiva y aquellos de justicia correctiva, frente a la ocurrencia de un daño. En la primera hipótesis, la reparación integral del daño resulta injusta distributivamente; en la segunda hipótesis, la reparación es exigida incluso por criterios de justicia distributiva; en la tercera hipótesis, el deber de reparar el daño resulta neutro en términos de justicia distributiva. Así pues, si uno asume que el mandato de reparación integral es una obligación *prima facie*, y no una regla, entonces es posible articular la siguiente tesis: el deber de reparar integralmente subsiste cuando no violenta en forma profunda los imperativos derivados de principios de justicia distributiva. Conforme a esa tesis, las hipótesis dos y tres no resultan problemáticas, pues en ambas subsiste el deber de reparación integral por ser neutro o incluso exigido por los principios de justicia distributiva; por el contrario, en la primera hipótesis, podría limitarse o incluso eliminarse el deber de reparar ese daño, si la afectación de los principios de justicia distributiva resulta muy intensa.

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. Radicado No. 34547. Justicia y Paz. Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez. 27 de abril de 2011.

Verificado entonces que esta aseveración del impugnante no refleja el contenido del fallo, se entrará a analizar el aspecto concerniente a si las medidas ordenadas no cumplen con el fin de reparación transformadora, como forma de compensar el daño sufrido por las víctimas.

Pues bien, durante las intervenciones del recurrente y de la comisionada de la CNRR en el incidente de reparación integral, se llamó la atención sobre la necesidad de acoger este concepto como componente del daño colectivo causado, en el entendido de que su reconocimiento no debía limitarse a restituir a las comunidades victimizadas al estado y condiciones de pobreza, olvido y desamparo en que se encontraban antes de la perpetración de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que padecieron, sino a unas mejores que rescataran plenamente su dignidad lacerada y su estatus democrático en la sociedad.

[...]

El tema de la reparación con vocación transformadora sobre el cual el recurrente focaliza la mayor parte de su crítica al fallo, como en general lo es el de las medidas de reparación colectiva, hasta hace muy poco se ha incorporado al debate en torno a la reparación integral del daño. Ello, ante la insuficiencia que han mostrado los mecanismos de reparación exclusivamente restitutivos orientados a dejar a las víctimas en el estado original previo a su victimización, situación que se torna de suma gravedad en contextos de sociedades inequitativas y comprometidas en procesos de justicia transicional, como así lo destaca el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)

[...]

A partir de ese marco conceptual no se puede desconocer que muchas de las medidas de reparación ordenadas por el Tribunal tienen esa connotación y que constituyen un enorme avance en la materia. En efecto, así se puede predicar de las medidas de reparación colectiva contenidas en el acápite VIII.16 del fallo, las cuales, entre otras cosas, germinaron de los ejercicios y trabajos realizados por el Procurador en representación del daño colectivo y la CNRR en articulación con las víctimas, desplazándose, como ya se dijo, hasta sus actuales lugares de asentamiento y a aquellos donde fueron perpetradas las conductas.

Así, por ejemplo, es viable concluir de las múltiples medidas encaminadas a la reconstrucción de los corregimientos de San Cayetano y

Mampuján¹³¹, consistentes en el levantamiento o reparación de escuelas, escenarios deportivos, vías de acceso, provisión de servicios públicos esenciales (agua, luz, alcantarillado y comunicaciones), instalaciones para la promoción de eventos culturales y lúdicos, capacitación en áreas técnicas vinculadas con la actividad agrícola y de seguridad alimentaria, entre otras, que se corresponden, a no dudarlo, con una visión transformadora de dichas colectividades si en cuenta se tienen las carencias que en ese orden padecían las comunidades afectadas antes de ser victimizadas por el grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecían los postulados y por razón de los hechos a los cuales se contrae esta actuación y, además, porque están orientadas a rescatar su dignidad personal y colectiva a través de la reconstrucción de su tejido social, pero, sobre todo, a propiciar su retorno.

Es más, con esa misma visión transformadora, la Corte opta en esta oportunidad, como ya se explicó in extenso, por establecer las medidas de indemnización o de compensación económica conforme a derecho y no bajo el criterio de equidad acogido por el Tribunal, sistema éste que crea un mayor desequilibrio por no atender específicamente al daño individual ocasionado con las afectaciones, agravando con ello el problema precedente de desigualdad y pobreza de las comunidades.

No obstante, en este punto la Sala comparte la preocupación manifestada por el Director de la CNRR ante el Tribunal¹³², cuando señala que las medidas de reparación del daño colectivo y más aún cuando tienen el componente transformador aludido, tienden a confundirse con las políticas de desarrollo que debe implementar el Estado para combatir los graves problemas socio-económicos que agobian tanto al país en general como a sus regiones en particular (desigualdad, pobreza, etc.), por lo que el mejor escenario para su discusión y corrección no es, definitivamente, el proceso de justicia y paz, sino que ello ha de formar parte de una estrategia macro impulsada por el Gobierno, como así lo ilustran los autores Uprimny y Saffón en el documento reseñado, contentivo de una propuesta para adoptar un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado.

[...]

En ese orden de ideas, para la Corte es claro que la reparación por vía judicial dentro del contexto transicional debe tener una visión

¹³¹ Apartados 387 a 402 de la sentencia.

¹³² Comunicación del 28 de mayo de 2010, fol. 507.

	<p><i>transformadora respecto de daños originados o causalmente vinculados con las graves violaciones de derechos humanos a que fueron sometidas la víctimas, pero también lo es que el juez penal no debe apersonarse de las políticas sociales de desarrollo cuya competencia es gubernamental, como así se infiere de lo previsto en el artículo 49 de la Ley 975 de 2005, según el cual los programas de reparación colectiva en general competen al Gobierno Nacional, a partir de las recomendaciones que en tal sentido formule la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.</i></p> <p>[...]</p> <p><i>Desde ese punto de vista, encuentra la Sala que en la sentencia impugnada se ordenan, como ya se precisó, medidas de reparación con evidente proyección transformadora, cuyo nexo con las conductas vulneradoras aparece suficientemente demostrado, por lo que el planteamiento del recurrente carece de fundamento.</i></p>
--	--

<i>ae</i>	Autoevaluación
	<p>Lea el siguiente fragmento que resume el dilema de la sociedad sudafricana al enfrentar los dilemas de la restitución frente a los desafíos transicionales e intergeneracionales del despojo de tierras ocurrido en dicho país¹³³:</p> <p><i>“La confiscación de tierras en Sudáfrica se dio a una escala casi sin precedentes durante dos siglos de gobierno blanco minoritario, teniendo como resultado un desplazamiento y dispersión masivos [...]</i></p> <p><i>Con el fin de consolidar el control blanco de la tierra y de los mercados agrícolas, el gobierno sudafricano respondió con la Ley de Tierras Nativas de 1913, la cual restringía el uso de la tierra por parte de los negros a resguardos designados, llamados más tarde “homelands,” que constituían apenas el siete por ciento del territorio del país [...]</i></p> <p><i>La política de desplazar a los negros de las tierras deseables y concentrarlos en los homelands designados se aceleró después de la</i></p>

¹³³Este fragmento fue tomado y adaptado del texto de: Williams, Rhodri. “El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”. En: Díaz, Catalina (ed.) Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Bogotá. ICTJ. 2008

Segunda Guerra Mundial. Durante las décadas anteriores al final del apartheid, más de 3.5 millones de sudafricanos negros fueron desplazados de sus hogares y tierras, contribuyendo a un incremento en la población de los homelands de 4.5 a 11 millones. La aprobación de la Ley de Zonas Grupales de 1950 confrontó a las personas no blancas de las zonas tanto urbanas como rurales, con la perspectiva de un desalojo forzado sin proceso previo o compensación. Para la década de 1990, estas políticas habían tenido como consecuencia un patrón de tenencia profundamente sesgado, según el cual la minoría blanca detentaba el 87% de la tierra, y la mayoría negra el 13%. Aun cuando Sudáfrica alcanzó el nivel más alto de urbanización en la región durante la década de 1990, el legado de las políticas de reasentamiento implementadas durante la época del apartheid fue una gran pobreza rural[...]

[Tras la caída del Apartheid se dictaron una serie de normas para la restitución, entre ellas] la Ley de Restitución de Derechos a la Tierra. La Ley de Restitución tenía un amplio alcance; permitía demandas interpuestas por personas o grupos despojados de sus derechos a la tierra “como resultado de leyes o prácticas discriminatorias pasadas” [...]

Se dio una limitación importante a la restitución en la forma de una fecha de corte—las confiscaciones que hubieran ocurrido antes del 19 de junio de 1913 no serían compensadas. Aun cuando la adopción de una fecha de corte codificó efectivamente anteriores apropiaciones de tierras, la decisión de remontarse ocho décadas atrás hizo de la restitución sudafricana un proyecto a la vez intergeneracional y transicional, que exigía el reconocimiento de demandas de parte de los descendientes directos de las personas y comunidades desposeídas, así como de parte de las víctimas supervivientes. El caso de las demandas comunitarias ha tenido como resultado la necesidad, dispendiosa en términos de tiempo y trabajo, de elaborar extensos árboles genealógicos para establecer la pertenencia al grupo, así como dirimir múltiples demandas rivales presentadas por comunidades o sub-comunidades distanciadas [...].”

Preguntas y ejercicios:

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Con base en la experiencia Sudafricana reflexione sobre las ventajas y desafíos que implican para una sociedad la decisión de reversar despojos que han sucedido varias décadas atrás. 2. Compare la decisión adoptada con Sudáfrica con la decisión adoptada por el Congreso colombiano en el artículo 75 de la Ley 1448, el artículo 142 del Decreto Ley 4633, y del artículo 108 del Decreto Ley 4635. 3. A partir de su análisis, realice un cuadro comparativo de las posibles ventajas y desventajas de las dos experiencias en términos amplios de justicia como lo que pretende la justicia transicional. 4. En un ensayo de máximo dos páginas explique las consecuencias del enfoque transformador de las reparaciones aplicado a la acción judicial de restitución de tierras. 5. Explique en máximo dos párrafos, las concepciones de justicia que se enmarcan en los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011.
--	--

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<ul style="list-style-type: none"> - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. Radicado No. 34547. Justicia y Paz. Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez. 27 de abril de 2011.

<i>b</i>	<i>Bibliografía seleccionada</i>
	<p>Bell, Christine; Colm Campbell; and Fionnuala N Aolpín. <i>Transitional justice: (re)conceptualising the field</i>. International Journal of Law in Context, 3, 2 pp. 81–88. Cambridge University Press. 2007</p> <p>César Rodríguez Gavarito y Yukyan Lam. Etnorreparaciones. Documentos Dejusticia. Bogotá. 2011</p>

	<p>deGreiff, Pablo. "Hacia una concepción normativa de la Justicia transicional", en Rangel, A. (Ed) <i>Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?</i>, Bogotá, Intermedio. 2006</p> <p>deGreiff, Pablo. "Justicia y Reparaciones". En: Díaz, Catalina, (Ed.) Reparaciones para las víctimas de la violencia política, Bogotá, ICTJ-Canadá. 2008</p> <p>deGreiff, Pablo. "Una concepción normativa de la Justicia transicional "Usos y abusos de la justicia transicional". En: Rangel, A (Ed) <i>Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?</i> Bogotá: Intermedio. 2009</p> <p>deGreiff, Pablo. A normative conception of Transitional Justice, In: Dealing with the Past. Politorbis No. 50. 3/2010.</p> <p>Uprimny Rodrigo y SaffonMaria Paula. "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades". En: Uprimny et al. <i>Justicia transicional sin transición</i>. Dejusticia. Bogotá. 2006</p> <p>Uprimny Rodrigo. "Reparaciones transformadoras de violaciones masivas de derechos humanos: entre justicia distributiva y justicia correctiva". Netherlands, National Comission for UNESCO.Utrecht University, Faculty of Law, Economics and Governance, School of Law. 2009. Consultado en: http://www.uu.nl/university/research/EN/international_collaboration/latinamerica/Documents/OratieRodrigoUprimny.pdf</p> <p>Williams, Rodhri- "El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional". En: Díaz, Catalina (ed.) Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Bogotá. ICTJ. 2008</p>
--	---

Unidad

5

LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

O

Objetivo general

En esta unidad se busca introducir a las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras en el estudio de los diferentes mecanismos de justicia transicional que se han establecido en Colombia durante los años recientes a partir de la jurisprudencia constitucional y de normas tales como la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010, la Ley 1448 de 2011, y los Decretos Ley 4633, 4633 y 4634 de 2011.

O

Objetivos específicos

- *Identificar las bases constitucionales para la aplicación de la justicia transicional en Colombia y las restricciones que la Constitución y la jurisprudencia establecen a los mecanismos de transición*
- *Comprender el mecanismo de reparación que establece el proceso penal transicional de la Ley 975 y su interrelación con las medidas de restitución de tierras establecidas en la Ley 1448.*
- *Estudiar la interrelación entre los acuerdos de contribución a la verdad histórica y el posible uso de la información proveniente de éstos para la sustanciación de los procesos de restitución de tierras*

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Conocer los mecanismos de reparación adicionales a la acción de restitución que se establecieron mediante la ley 1448 y que complementan la restitución de tierras</i> • <i>Comprender la lógica subyacente a los decretos ley de reparación a comunidades étnicas, y entenderlos en su verdadero alcance, es decir, como normas jurídicas con jerarquía de ley, y no como simples decretos reglamentarios de la Ley 1448.</i>
--	--

La implementación de mecanismos propios de la justicia transicional es reciente, pues las discusiones nacionales sobre el tema no sobrepasan una década. Si bien en el pasado hubo esquemas de amnistía e indulto, así como alguna legislación que establecía algunas medidas en beneficio de víctimas, especialmente medidas de ayuda humanitaria, los procesos de desmovilización o negociaciones de paz de aquella época no se beneficiaron del discurso de la justicia transicional, particularmente de su énfasis en los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

Esta situación empezó a cambiar en el país hacia mediados de la década anterior, a partir de la discusión de la propuesta legislativa que se consolidaría como la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz. A partir de este instrumento, un número importante de medidas legislativas y de decretos administrativos han sido expedidos guiados por la filosofía de la justicia transicional. En esta unidad se presentará un panorama general de éstos, profundizando en su relación específica y puntos de encuentro con la acción de restitución de tierras.

Para ello, la unidad inicia presentando la adscripción del concepto de justicia transicional al marco constitucional colombiano. En un segundo momento se explica de manera breve el modelo adoptado por la Ley 975, concentrándose especialmente en los asuntos de reparación y aquellos instrumentos que tienen que ver con bienes inmuebles. En tercer lugar, se hace referencia al procedimiento no judicial de contribución a la verdad establecido en la Ley 1424 y la posible relación entre la información obtenida por esta vía y los procesos de restitución de tierras. En cuarto lugar y quinto lugar se presenta el esquema general adoptado para la atención y reparación a víctimas contemplados en la Ley 1448 y los decretos ley 4633, 4634 y 4635, y su relación de complementariedad con la acción de restitución.

5.1 Bases constitucionales para la aplicación de la justicia transicional

	<p>Actividad pedagógica</p> <p><i>La constitucionalidad del paradigma de la justicia transicional</i></p> <p>Lea el siguiente enunciado y luego realice la actividad propuesta. Solamente cuando haya realizado la actividad pase a la lectura del primer ensayo de esta Unidad.</p> <p><i>Un estudiante de derecho que leyó las cuatro primeras Unidades de este módulo argumenta que le parece una construcción teórica muy valiosa, pero sin ningún sustento en el constitucionalismo colombiano. Dice que buscó con cuidado en la Constitución Política de 1991 y no encontró en ningún lugar una norma que autorice aplicar un modelo de justicia transicional, y menos una en donde se pueden establecer "flexibilizaciones" de los derechos de las víctimas.</i></p> <p>Preguntas y actividades</p> <ol style="list-style-type: none">1. ¿Está usted de acuerdo con el argumento del estudiante? Redacte un párrafo en el que controveja o apoye el argumento.2. Analice la Constitución y señale cuáles normas podrían ser sustento de la aplicación de los principios estudiados hasta este punto del Módulo.
---	---

En las Unidades anteriores se presentó la consolidación reciente de la noción de justicia transicional a nivel conceptual, internacional y comparado. A partir de su desarrollo histórico, se abordó cómo la idea de la justicia transicional es hoy en día ampliamente aceptada como la fórmula moderna para tramitar necesidades particulares que puede enfrentar una sociedad determinada cuando intenta dar respuesta a imperativos tan importantes como aquellos derivados de la necesidad de paz y justicia. Ahora bien, la pregunta subyacente es entonces si esa noción de justicia transicional es compatible con los principios de derecho constitucional que rigen las relaciones jurídicas en nuestro país. Como ha sido expresado por la Corte Constitucional, la implantación excepcional en un Estado de medidas de justicia transicional en determinadas circunstancias históricas,

*“[D]ebe ser compatible con su marco constitucional, pues lo contrario implicaría una disminución de los estándares de justicia y de protección de los derechos de las víctimas que la sociedad tiene derecho a asegurar, como consecuencia y realización de los preceptos, valores y principios consagrados en el texto superior y de las reglas contempladas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad”.*¹³⁴

El texto constitucional no se refiere expresamente al concepto de justicia transicional o justicia de transición. No obstante, dicho concepto ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional, sustentándolo en disposiciones normativas específicas de la Carta Política. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha ahondado en su tratamiento en cuestiones tales como su definición, su aplicabilidad en situaciones concretas, y en el rol de las autoridades judiciales, legislativas y administrativas en tanto la resolución de sus tensiones inherentes.

5.1.1 Sobre el concepto de justicia transicional

La Corte Constitucional ha abordado directamente el tema del concepto de la justicia transicional y sus implicaciones en tres decisiones: la Sentencia C-370 de 2006, la sentencia 1199 de 2008 (ambas relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley 975, o Ley de Justicia y Paz), y la sentencia C-771 de 2011 (relacionada con una demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1424 de 2010, conocida como la “Ley de Verdad Histórica”). En estas decisiones, la Corte Constitucional ha adherido a la definición dominante en el contexto internacional en materia de justicia transicional. Así, para nuestra Corte Constitucional, la Justicia de transición se “trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social.”¹³⁵

La Corte reconoce además, la pertinencia de las medidas de transición dentro de un contexto amplio, pues reconoce que su existencia puede presentarse tanto en vigencia del conflicto, como del post-conflicto. En palabras de la Corte: “la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia”.¹³⁶ Además, la Corte ha reconocido que “el propósito fundamental”

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-760 de 2006

¹³⁶ Ibíd.

de la implementación de estas medidas es “impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir”. Por esta razón, una buena parte de las medidas se concentran en la búsqueda y conocimiento de la verdad y la reparación, a partir de la aplicación de “medidas de naturaleza judicial o no judicial”.¹³⁷

5.1.2 *El sustento constitucional de la aplicación de la justicia transicional*

La Corte Constitucional ha establecido que si bien en la Constitución Política de 1991 no existe una referencia específica a la justicia transicional, se encuentran al menos tres alusiones de las cuales puede admitirse la implantación excepcional de estas medidas. La primera de ellas – y las más notoria e importante, a juicio de la Corte – es “la frecuente mención a la paz (preámbulo, arts. 2, 22 y 95 C.P.), como uno de los objetivos principales del Estado colombiano y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como en el futuro, tan anhelada necesidad”.¹³⁸ Adicionalmente, la Corte destaca las “abundantes y reiteradas” referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en el preámbulo de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, como los que se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política.¹³⁹

El segundo elemento constitucional que sirve de fundamento constitucional de la justicia transicional – si bien, indirecto –, es la referencia constitucional a instituciones como la amnistía y el indulto para delitos políticos, los cuales, según la Corte, “pese a su larga tradición tanto en la antigüedad como dentro del derecho contemporáneo, podrían contarse hoy en día como posibles herramientas de justicia transicional, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social”.¹⁴⁰ Es decir, la propia Constitución reconoce algunos mecanismos posibles de ser aplicados en la transición.

En tercer lugar, la Corte encuentra que la noción de justicia transicional en Colombia se sustenta constitucionalmente a partir de la expresa mención que la Constitución hace al concepto de política criminal del Estado. De acuerdo con esta noción, aduce

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-760 de 2006

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011

¹³⁹ Ibíd.

¹⁴⁰ Ibíd.

la Corte, “siempre que se observen adecuados criterios de proporcionalidad y razonabilidad y no se contravenga ninguna expresa prohibición constitucional, la mayor parte del contenido específico de las normas penales tanto sustanciales como procesales, no dependerá directamente de aquellos preceptos, sino de los que en cada momento consideren adecuado y pertinente los distintos órganos que tienen a su cargo el diseño, seguimiento y eventual ajuste de tales políticas”.¹⁴¹

Con base en estas tres consideraciones, la Corte Constitucional concluyó que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional “es una alternativa válida dentro del marco constitucional, cuando concurran especiales circunstancias que justifican la adopción excepcional de este tipo de medidas”.¹⁴² Como consecuencia de esta doctrina, Corte Constitucional ha avalado medidas específicas de transición para el caso colombiano, tanto judiciales como administrativas, como los procesos transicionales penales establecidos por la Ley 975 de 2005 y los procesos de administrativos de “Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación”. Asimismo, la Corte encontró que era inconstitucional la aplicación de ciertas medidas de carácter ordinario, como el principio de oportunidad penal, dentro de una política de transición no podía vulnerar los derechos de las víctimas.¹⁴³

5.1.3 Los dilemas propios de la justicia transicional y los límites establecidos por la Constitución Política

Al aceptar la definición dominante del concepto de justicia transicional, la Corte reconoce que uno de sus elementos centrales es la tensión inherente de ciertos valores. Fundamentalmente, la tensión entre “el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia”, y la protección de “los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”.¹⁴⁴ La Corte ha señalado entonces que esta tensión debe ser resuelta con base en algunos principios fundamentales.

El primer principio resaltado por la Corte es el de la flexibilidad en la aplicación de ciertos estándares de implementación de justicia. En palabras de la Corte, “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías,

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011

¹⁴² Ibíd.

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C- 936 de 2010

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-760 de 2006

indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social” [Subraya fuera de texto].¹⁴⁵

El segundo principio, derivado del anterior, es el reconocimiento de una amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición. De acuerdo con la Corte, “compete al legislador identificar las dimensiones en que se expresa[n] [las] tensi[ones] de la justicia transicional] y definir las fórmulas para superarla[s]”. Así, opina la Corte, el legislador puede diseñar “los mecanismos que estime conducentes a lograr la paz, valorando las circunstancias específicas de cada contexto”.¹⁴⁶ Ello, sin embargo, no significa que esta amplia competencia del legislador carezca de límites constitucionales.

De esta limitación emana el tercer principio desarrollado por la Corte. La transición y la búsqueda de la paz no autoriza cualquier tipo de solución política o jurídica, y por ende, las resolución de las tensiones entre principios tienen unos límites básicos. Así, según la Corte, para la resolución de la tensión entre consecución de la paz, y la garantía de los derechos de las víctimas, debe tenerse como base el Derecho Internacional, especialmente los compromisos de los Estados en el respeto de aquellos Derechos Humanos que no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición. Particularmente, la Corte se ha referido a los estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.¹⁴⁷

El cuarto principio se refiere al rol de las autoridades judiciales en la implementación de los mecanismos de transición. Allí, la Corte ha opinado que cuando se presenten las tensiones inherentes a los principios que pretenden los procesos de transición los jueces y juezas transicionales de restitución de tierras están llamados a “aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”.¹⁴⁸ Esto involucra conocer los límites que establece el derecho internacional de los derechos humanos, como fuente importante de la normativa de la justicia transicional, pues a partir de ellos, según la Corte “[c]ompete al juez constitucional identificar tales límites y hacerlos respetar, sin

¹⁴⁵ Ibíd.

¹⁴⁶ Ibíd.

¹⁴⁷ Ibíd.

¹⁴⁸Ibíd.

sacrificar ninguno de los elementos constitucionales en tensión y sin sustituir al legislador en el ejercicio de las competencias que le son propias".¹⁴⁹

5.2 La introducción del paradigma transicional en Colombia: la Ley 975 de 2005

A partir del año 2003, el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe inició ante el Congreso el desarrollo de una nueva infraestructura legal para buscar el desarme de los grupos armados al margen de la ley. Inicialmente presentó un proyecto de ley de "alternatividad penal", el cual contemplaba la judicialización de guerrilleros y paramilitares por delitos diferentes al concierto para delinquir con el propósito de conformar grupos guerrilleros y paramilitares. Pero el proyecto no prosperó en el Congreso por contener demasiadas prerrogativas a favor de los desarmados olvidando elementos esenciales como la verdad y la justicia, pues fácilmente la pena privativa de la libertad era condonable por la contribución a la paz nacional. Es decir, el proyecto se adhería con un modelo de perdón y olvido, si se analiza conforme a las tipologías estudiadas en la segunda unidad de este Módulo.

Posteriormente se presentaron nuevos proyectos y, a partir de la discusión congresional, finalmente se adoptó el modelo establecido en la Ley 975 de 2005. Así, esta normatividad otorga importantes beneficios punitivos a aquellos combatientes pero bajo la condición de que se desmovilicen y cumplan con ciertas exigencias, como la confesión de sus delitos y la entrega de bienes para la reparación de las víctimas, puesto que establece que esas personas recibirán una pena alternativa de cinco a ocho años de prisión, aun cuando hayan cometido masivamente crímenes atroces, como torturas, asesinatos, masacres, desapariciones forzadas, secuestros o violencias sexuales, en vez de recibir las penas ordinarias de hasta 40 años previstas por la legislación penal.

5.2.1 *Ley de justicia y paz: objetivos y procedimiento*

La Ley de Justicia y Paz tiene el objetivo claro y expreso de desarticular y desarmar los grupos armados al margen de la ley, ya sean guerrillas o paramilitares. En principio, esta es la medida inicial para dar lugar a la transición en Colombia hacia la paz, y no sólo por el proceso de desarme que busca evitar la continuación y la repetición de los actos violentos. La Ley incorpora un componente de justicia mínima y también implementa mecanismos de verdad y reparación a las víctimas de los hechos perpetrados por los guerrilleros y paramilitares. Con esto se busca encontrar un lugar intermedio entre la justicia y la búsqueda de la estabilidad

¹⁴⁹ Ibíd.

política sostenible ligando el ejercicio de la jurisdicción penal con elementos de verdad, reconocimiento y reparación de las víctimas.

Así, a través de la Ley de Justicia y Paz se busca facilitar los procesos de paz, los acuerdos humanitarios y la reconciliación a través de beneficios como la pena alternativa -que va de los 5 a los 8 años- a cambio de la verdad y la reparación. Se busca que los guerrilleros y paramilitares encuentren vías para reincorporarse a la vida civil y que las víctimas del conflicto puedan acceder a la justicia, ser beneficiarios de las medidas de protección y puedan materializar sus derechos.

Para lograr estos objetivos la Ley dispone un procedimiento penal extraordinario que implementa la oralidad con miras a que el proceso sea célere y garantice la defensa y la verdad. Este procedimiento puede sintetizarse en 3 etapas: a) Versión libre e investigación; b) Imputación y formulación de cargos; y c) Sentencia.

Versión libre e investigación

La Ley planteó tres rutas de ingreso a desmovilizados. Por un lado se encuentran las desmovilizaciones colectivas, que tienen como requisito la desmovilización y desmantelamiento del grupo armado ilegal, así como la entrega de todos los bienes ilícitos y la entrega de los secuestrados y niños, niñas y adolescentes que hayan sido reclutados en sus filas. También se planteó la posibilidad de la desmovilización individual, la cual requería que el paramilitar o guerrillero diera información precisa y eficaz para el desmantelamiento del grupo armado al que pertenecía. Por último, podían acceder a estos beneficios los miembros de grupos ilegales con los que se hubiese llegado a un acuerdo humanitario.

Ahora bien, la elegibilidad de los beneficiarios depende de una serie de requisitos que son impuestos por la Ley. Por ejemplo el grupo o individuo que se desmovilice no pudo haber tenido como finalidad el tráfico de drogas o el enriquecimiento ilícito, debe entregar todos los bienes producto de la actividad ilegal para que sirvan a la reparación de las víctimas y debe firmar un acta de compromiso con el gobierno nacional, entre otros requisitos que impone la Ley¹⁵⁰. Teniendo esto en cuenta, y con base en la manifestación de voluntad expresa y por escrito al Alto Comisionado para la Paz o al Ministro de Defensa que hagan los paramilitares o guerrilleros bajo gravedad de juramento de acogerse a la Ley 975¹⁵¹, al gobierno nacional le corresponde hacer el listado de personas y la debe enviar a la Fiscalía.

¹⁵⁰ Al respecto ver el artículo 11 de la Ley 975 de 2005

¹⁵¹ Decreto 4760 de 2005, art. 3

Todas las personas que hagan parte de la lista de beneficiarios que envíe el gobierno a la Fiscalía deben rendir versión libre y confesión ante el fiscal delegado. La versión libre consiste en la declaración de las circunstancias en las que los hechos delictivos fueron cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo al margen de la ley¹⁵². En la versión libre cada miembro del grupo armado debe indicar los bienes que se entregan para la reparación de las víctimas. Después de la versión libre el miembro del grupo armado queda a disposición del magistrado que ejerza función de garantías y la información obtenida tiene plenos efectos probatorios y puede aportarse en la etapa de juzgamiento¹⁵³.

La Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, junto con la policía judicial, debe investigar la veracidad de los hechos relatados en la versión libre. También debe conocer de las investigaciones que se hayan adelantado y de las que se vayan a realizar al desmovilizado o a su grupo al margen de la ley -en caso de la desmovilización colectiva-, así como de los hechos delictivos cometidos durante la pertenencia al grupo de los que sean autores o partícipes (art. 16). Cuando los materiales probatorios indiquen razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos, el fiscal solicitará al magistrado de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación que deberá ser programada dentro de las 36 horas siguientes a la solicitud.

Imputación formulación de cargos

En la audiencia de formulación de imputación el fiscal plantea los cargos y solicita la detención preventiva del imputado, así como la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes que hayan sido entregados para reparación. A partir de este momento la fiscalía tiene 60 días para investigar y verificar los hechos admitidos por el imputado y todos los demás hechos que crea pertinentes. Finalizado este término, el fiscal debe solicitar la programación de una audiencia de formulación de cargos si hay lugar. En esta audiencia el imputado puede aceptar los cargos, y la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial debe corroborar que ésta haya sido libre y voluntaria. De ser así, tendrá 10 días para la audiencia de sentencia e individualización de la pena.

¹⁵² La versión libre podrá realizarse en uno o varias audiencias Durante la versión libre el miembro del grupo armado al margen de la ley no está obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo grado de afinidad. El derecho a la no autoincriminación es renunciable. Art: 5 del Decreto 4760 de 2005

¹⁵³ Ibid.

Si el imputado no acepta los cargos, entonces el proceso será enviado a la justicia ordinaria, para lo que se debe tener en cuenta que la prescripción de los delitos se entiende interrumpida desde la formulación de la imputación.¹⁵⁴ Si el imputado acepta parcialmente los cargos se rompe la unidad procesal y los cargos aceptados están sujetos a las beneficios de la Ley mientras los no aceptados deben ser procesados a través de ley ordinaria vigente al momento de su comisión.

Sentencia

Por último, la Sala del Tribunal debe expedir la sentencia condenatoria la cual debe contener la pena principal y las penas accesorias, así como la pena alternativa que se imponga de acuerdo con la Ley de Justicia y Paz. También es necesario que se haga explícita la reparación procedente y las medidas concretas a través de las cuales ésta se materializará a favor de la o de las víctimas y la extinción de dominio de los bienes destinados a la reparación. Para esto, es necesario que la Sala tenga en cuenta los criterios que fueron formulados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, así como las circunstancias del caso concreto, la capacidad económica del desmovilizado o del bloque en caso de ser una desmovilización colectiva, y los demás aspectos que resulten relevantes¹⁵⁵.

	<i>Actividad pedagógica</i>
<i>ap</i>	<i>Realice un mapa conceptual en el cual de manera gráfica represente la ruta del procedimiento penal transicional de la Ley 975 de 2005, e identifique los escenarios en los cuales podrían presentarse asuntos relacionados con bienes en este proceso.</i>

5.2.2 El incidente de reparación de la Ley 975

La Ley 975 no sólo establece un proceso penal para el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley, también propone un mecanismo de reparación y restablecimiento de los derechos de las víctimas como prerequisito para obtener

¹⁵⁴ Último inciso del artículo 18 de la Ley y parágrafo 1 del artículo 19

¹⁵⁵ Decreto 3391 de 2006.

la pena alternativa¹⁵⁶. Para ello, la Ley prevé un momento procesal en el que la víctima puede plantear sus pretensiones y allegar formalmente sus pruebas al proceso, y es el incidente de reparación integral. En este sentido, el incidente se desarrolla como un micro-proceso integrado que es necesario agotar siempre que sea solicitado por la víctima¹⁵⁷ –o el Ministerio Público o la Fiscalía a instancia de ésta. La resolución del incidente de reparación en los procesos transicionales de justicia y paz resulta ser entonces en una especie de requisito de procedibilidad para expedir la sentencia de fondo del proceso más amplio y comprehensivo. La importancia de este incidente radica en que concentra la participación de las víctimas, que a pesar de tratarse de un proceso transicional, no tienen muchas oportunidades procesales claras en las que puedan hacer intervenciones sustanciales significativas e influyentes en el resultado del proceso.

El incidente de reparación integral no es exclusivo de la Ley de Justicia y Paz. El Código de Procedimiento Penal también prevé ese incidente en su artículo 102 y siguientes. Aunque guardan algunas similitudes, también tienen diferencias sustantivas. A continuación se explicará el procedimiento del incidente de reparación propio de los procesos de justicia y paz.

Después de su solicitud, la audiencia del incidente se programa el día de la audiencia de formulación de cargos, y debe llevarse a cabo hasta 5 días después de ésta¹⁵⁸. La audiencia inicia con la exposición de las pretensiones y las pruebas que la víctima pretende hacer valer en el proceso. Aunque no se encuentra previsto en la Ley, jurisprudencialmente se han introducido elementos de flexibilidad a las exigencias probatorias que se imponen a la víctima. En el incidente de reparación las víctimas deben probar su calidad de víctimas y el cumplimiento de los requisitos que les imponen la Ley y los decretos reglamentarios¹⁵⁹ y, además, deben probar los daños sufridos que dan fundamento a sus pretensiones.

¹⁵⁶ Ver artículos 29 y 37.3 de la Ley 975 de 2005. Además ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 34634 de 19 de enero de 2011.

¹⁵⁷ Si la víctima no ejerce su derecho al incidente de reparación, al desmovilizado no se le podrá negar la concesión de la pena alternativa. Art. 23, parágrafo 2

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Rad 36125 31 agosto 2011. Sobre el momento procesal en el cual debe operar el incidente de reparación integral la Corte Suprema ha sido enfática en reafirmar que éste nunca llevarse a cabo después de expedida la sentencia. Los incidentes de reparación integral que operan en la Ley de Justicia y Paz son una muestra clara de que no este no es un proceso penal ordinario. Para la Corte el aspecto indemnizatorio no es accesorio al proceso, por el contrario, es transversal a éste. Sin embargo, esto nunca puede implicar que el incidente se tramite con posterioridad a la sentencia condenatoria, pues la falta de definición de este derecho al momento de la sentencia obliga a que el juez conceda el mecanismo sin verificar su procedencia o se abstenga de pronunciarse al respecto. Cualquiera de las dos opciones, para la Corte, es errada.

¹⁵⁹ El artículo 5 de la Ley 975 expone la definición de víctima. Así mismo, el Decreto 1290 de 2008 dispone, en sus artículos 23 y 24 cómo se hace la acreditación de la condición de víctima y cuáles son algunos criterios enunciativos para reconocer esta condición.

A pesar de esto, los casos concretos han mostrado una serie de dificultades probatorias que tienen las víctimas, lo que reafirma su posición de desventaja frente a los victimarios. Para resolver esta situación la Corte Suprema ha acudido a las reglas de la experiencia y la sana crítica para conceder las reparaciones a daños que aunque no fueron plenamente probados durante el incidente, se pueden inferir y conocer a través de las demás pruebas del proceso, tanto las aportadas por la víctima como las aportadas por la Fiscalía en los demás momentos procesales¹⁶⁰.

<i>j</i>	Jurisprudencia
	<p><u>Corte Suprema de Justicia: Caso Mampuján¹⁶¹</u></p> <p>Ante la solicitud de indemnización por daños morales ocasionados a una víctima con ocasión de un aborto espontáneo sufrido con ocasión a los hechos de violencia que estudia la Sala, ésta considera:</p> <p><i>“Si bien no se allegó al incidente copia de la historia clínica de la cual se pueda extractar información sobre el embarazo y la causa de su interrupción, sí se aportó declaración extra proceso rendida ante la Notaría Única de María La Baja por la señora Deibys María Ramos Portillo¹⁶², por cuyo medio se corrobora el estado de gravidez de Zulys del Carmen Manotas Fonseca y su pérdida el día 12 de marzo de 2000 a raíz de un sangrado que presentó.”</i></p> <p><i>“Las reglas de la experiencia indican que sucesos imprevistos y aterradores, como la masacre perpetrada entre el 10 y 11 de marzo en la zona de Mampuján y San Cayetano por el bloque Montes de María de las AUC, generan angustia, miedo y terror, sentimientos que impactan y transforman la salud emocional y física de quien los padece, comportando, incluso, consecuencias tan severas como la referida por la señora Manotas Fonseca.”</i></p> <p><i>“Por ello, la Corte considera procedente otorgar a la señora Zulys del Carmen Manotas Fonseca una indemnización adicional equivalente a 20 S.M.M.L.V. por la interrupción de su embarazo, en consideración, además, al principio de flexibilización probatoria para los eventos de</i></p>

¹⁶⁰Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 34547 de abril 27 de 2011. M.P: María del Rosario González de Lemos.

¹⁶¹Ibíd.

¹⁶² Folio 39 carpeta abogado Fernando Aza.

	<i>vulneraciones sistemáticas, masivas y habituales de los derechos humanos, como el que se juzga, subsanando en ese sentido la omisión del juzgador de primera instancia."</i>
--	---

La Sala puede rechazar la pretensión si quien aduce ser víctima no cumple con los requisitos previstos en la Ley y en los decretos reglamentarios, o si fue acreditado el pago de los perjuicios. En cualquier caso, la decisión está sujeta a impugnación.

En caso de que la pretensión sea procedente, la decisión se pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y habrá lugar a una conciliación. Si hay acuerdo, el contenido se incorporará en la decisión, si no, el magistrado debe proceder a la práctica de pruebas, procedimiento que se realiza con las formalidades propias de las demás audiencias que componen el proceso. Finalmente, el magistrado debe oír los fundamentos de las pretensiones de cada parte y debe tomar una decisión que quedará incorporada en la sentencia condenatoria.

De esta forma, el incidente de reparación tiene en cuenta que las víctimas no sólo tienen intereses pecuniarios en los procesos. También buscan alcanzar la justicia – valor orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad- y la verdad –referida a la necesidad de que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos¹⁶³. Es por esta razón que se habla de la integralidad de la reparación, pues ésta debe constar tanto de elementos materiales como de elementos simbólicos que les permitan transformar las desigualdades sociales con miras a evitar la repetición de los crímenes y delitos cometidos contra las víctimas. La idea de las reparaciones transformadoras que deben adjudicar los jueces y juezas ha sido principalmente desarrollada en la jurisprudencia¹⁶⁴.

El procedimiento además impone a quien juzga la necesidad de hacer análisis detallado de las necesidades y las pretensiones que expongan las víctimas. En los fallos de justicia y paz se han marcado precedentes interesantes, y un ejemplo claro se puede consultar en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 2 de diciembre de 2010¹⁶⁵. En esa oportunidad, el Tribunal determinó que el incidente de reparación integral puede llevar sin mayores obstáculos a la restitución de bienes a favor de las víctimas. Ello siempre que los victimarios

¹⁶³ Al respecto véase la sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2002 y la sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 34547 del 27 de abril de 2011.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 34547 de abril 27 de 2011. M.P: María del Rosario González de Lemos

¹⁶⁵ Sala Justicia y Paz, 2 de diciembre de 010. Radicado: 110016000253200680281. Esta decisión fue ratificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, Ibíd.

entreguen los bienes en el proceso con objeto de reparación, pues se entiende que no se requiere esperar a la condena, pues no le pertenecen y en ese sentido no se efectúa un traslado de propiedad sino una devolución.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, el patrimonio que es entendido como lícito le pertenece al desmovilizado hasta tanto no exista una sentencia condenatoria, pero esto no se constituye como un impedimento para que opere el decreto de medidas cautelares tendientes a garantizar la reparación de las víctimas, como se verá a continuación.

<i>Actividad Pedagógica</i>		
	Proceso penal ordinario -CPP artículo 102 y ss.-	Proceso transicional de justicia y paz -Ley 975 de 2005 artículo23-
<i>a</i>	De acuerdo a lo expuesto anteriormente y con base en la Ley 975, analice y compare el procedimiento del incidente de reparación integral del proceso de justicia y paz con el previsto en el Código de Procedimiento Civil. Utilice como guía el cuadro que se pone a continuación y por favor completar:	
<i>p</i>		
¿Cuándo procede?	Previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella	Previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella
Término para la audiencia:	Hasta 8 días después de que esté en firme la sentencia condenatoria ¹⁶⁶	Hasta 5 días después de la audiencia de formulación de cargos
Procedimiento		

¹⁶⁶ Sentencia C-250 de 2011. M.P: Mauricio González Cuervo. "En suma, en el actual sistema acusatorio se discute exclusivamente la responsabilidad penal del imputado, tanto durante la etapa de investigación como en la de juicio. El debate jurídico acerca de la responsabilidad civil del mismo y de los terceros fue desplazado hacia una etapa procesal posterior que tiene lugar después de proferida y ejecutoriada sentencia condenatoria: el incidente de reparación integral."

	Requisitos probatorios y valoración de pruebas		
	Implicaciones y objetivos de la reparación		

5.2.3 *Medidas cautelares*

La Ley 975 de 2005 prevé la imposición de medidas cautelares como el embargo, el secuestro y la suspensión del poder dispositivo.¹⁶⁷ Sin embargo, las medidas mencionadas tienen un carácter puramente enunciativo y las magistradas y magistrados, a través de su jurisprudencia, han acudido a otras medidas que les permitan lograr de manera efectiva y eficaz los objetivos que tienen al interior del proceso. Esto se debe a que las medidas cautelares se constituyen como herramientas para alcanzar el amparo efectivo del derecho a la reparación de las víctimas.

En los procesos de justicia y paz, las medidas cautelares buscan prevenir un daño inminente sobre un inmueble que pueda servir para la restitución a una víctima, para la reparación colectivo o para hacer cesar un daño que se estuviere causando sobre éste. Las medidas cautelares cumplen dos tipos de funciones: la primera es cautelar, en el sentido de que sirven para preservar una situación jurídica frente al ejercicio de jurisdicción por parte del tribunal transicional, y la segunda es tutelar, porque preservan el ejercicio de los derechos humanos fundamentales evitando daños irreparables a las víctimas¹⁶⁸.

<i>j</i>	Jurisprudencia
----------	-----------------------

¹⁶⁷ Art 18 Ley 975

¹⁶⁸Ibid. p. 93

	<p>Respecto del carácter de las medidas cautelares la Corte Suprema¹⁶⁹ha destacado:</p> <p><i>“[L]a imposición de medidas cautelares que cobijen a los bienes ofrecidos para la reparación de las víctimas,...) está en estrecha vinculación con los derechos de las víctimas a obtener una reparación integral, especialmente en lo que toca con la restitución, a fin de que las cosas regresen a su estado original previo al de la violación, y al de recibir una indemnización que compense económicamente el daño causado (...) porque sólo a través de la imposición de tales medidas sobre los bienes ofrecidos se logra el cometido de garantizar que salgan de la esfera de disponibilidad del desmovilizado”.</i></p>
--	---

Así, las medidas cautelares operan tanto sobre los bienes que fueron declarados como ilícitos por el desmovilizado, como sobre aquellos que se reputan lícitos. Como lo dispone el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006, el Fondo para la Reparación de Víctimas está conformado por los bienes que entreguen los desmovilizados porque son producto de una actividad ilegal, los bienes sobre los que haya una investigación penal o sobre los que opere la extinción de dominio, y los bienes o recursos lícitos sobre los que operen medidas cautelares.

La razón por la que se permite la imposición de medidas cautelares sobre bienes lícitos radica en que frecuentemente las reparaciones exceden en términos económicos el valor de los bienes declarados como ilícitos por los desmovilizados. En esas situaciones se debe proceder a pagar con los bienes o recursos lícitos sobre los que se hayan dispuesto medidas cautelares¹⁷⁰.

Uno de los asuntos inicialmente más controvertidos en la implementación de las medidas cautelares se suscitó antela posibilidad de imponer medidas cautelares a bienes que no fueron ofrecidos por los desmovilizados se hace necesario aclarar cuál es el procedimiento y desde cuándo se pueden adoptar estas medidas. Sobre este asunto la jurisprudencia también ha dado una respuesta consistente.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, 23 de agosto de 2007, radicación 28040 y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Rad: 30360

¹⁷⁰ Decreto 3391 de 2006, artículo 18

j	Jurisprudencia
	<p>¿Pueden ordenarse medidas cautelares ante de que el versionado termine su declaración? Según la Corte Suprema de Justicia¹⁷¹:</p> <p><i>“Constituye un error mayúsculo aceptar que las medidas cautelares sólo se pueden imponer cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte del fiscal para iniciar la investigación, porque con ello se abriría la posibilidad para que los bienes afectables sean objeto de actos de disposición o de enajenación posteriores que complicarían la reparación”.</i></p>

Esta posición es coherente con el objetivo que se persigue a través de las medidas cautelares: proteger los bienes para la reparación de las víctimas con el fin de amparar sus derechos -especialmente el derecho a la restitución-, pues sólo de esta forma se garantiza que salgan del dominio del desmovilizado.

Así, para solicitar estas medidas se requiere que, en cualquier momento del proceso, la Fiscalía solicite al magistrado de control de garantías una audiencia preliminar para la imposición de medidas cautelares. En esta audiencia la Fiscalía tiene la carga de manifestar los fundamentos jurídicos, la proporcionalidad y la necesidad de su solicitud, así como la carga probatoria de demostrar el nexo existente entre el desmovilizado y el bien.

En ocasiones los magistrados de control de garantías han dudado sobre su competencia para ordenar medidas cautelares sobre bienes que se encuentran por fuera de su distrito judicial. La Corte Suprema ha sostenido que la decisión sobre la imposición de las medidas cautelares solicitadas por la Fiscalía no puede adoptarse con independencia de la actuación principal, pues ello implicaría vulneración de la estructura propia del proceso penal¹⁷². En otras palabras, es el magistrado de control de garantías que conoce del caso el competente para ordenar las medidas cautelares, independientemente del distrito judicial en el que se encuentre ubicado el predio.

Teniendo en cuenta que el objetivo último de las medidas cautelares es garantizar la reparación de las víctimas, la labor de los magistrados de control de garantías no se

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 30360 de septiembre 8 de 2008 y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 28040 de agosto 23 de 2007

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 36853 de julio 7 de 2011. En este sentido ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 36653 de junio 13 de 2011.

agota al ordenarlas. También es competencia del juez adelantar la gestión necesaria para que estas sean efectivamente aplicadas. Así lo dispuso la Corte Suprema¹⁷³ en un caso en que las entidades estatales responsables de la ejecución de la orden dada por el magistrado de imponer medidas cautelares no fue acatada y la Corte se vio obligada a conminarlas advirtiendo que “no resulta admisible que servidores públicos de cualquier orden obstruyen el cumplimiento de los fines de la Ley 975 de 2005”.

Así, la experiencia ha demostrado que la providencia que ordena la aplicación de medidas cautelares no siempre es suficiente y se requiere que los jueces y juezas se responsabilicen porque el fin que se persigue con éstas sea alcanzado, incluso si eso implica asumir un rol más activo con posterioridad a la expedición de la sentencia.

<i>Jurisprudencia</i>	
<i>j</i>	<p>Sobre la actividad judicial frente a la imposición de medidas cautelares, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido¹⁷⁴:</p> <p><i>“Se hace evidente al constatar que la autoridad pública no ha proferido los actos administrativos que hacen parte del ámbito de sus competencias funcionales, y la autoridad judicial incurre en grave morosidad, el juez tiene el deber constitucional y legal de imponerle coactivamente a los morosos el cumplimiento de sus obligaciones, porque de lo contrario el mecanismo de pacificación diseñado por medio del proceso de Justicia y Paz no podrá alcanzar sus metas.”</i></p> <p><i>“Para el caso no es suficiente con insinuar o pedir el favor a los funcionarios del INCODER y al Fiscal Antiterrorismo, como lo dijo el a quo al negar la petición de la Fiscalía, sino que por el contrario se les conmina para que actúen, porque no resulta admisible que servidores públicos de cualquier orden obstruyan el cumplimiento de los fines de la Ley 975 de 2005.”</i></p> <p><i>“La Ley de Justicia y Paz fue expedida para alcanzar la paz nacional, entre otros motivos, postulado que involucra en primer lugar a los funcionarios y funcionarias judiciales de la jurisdicción</i></p>

¹⁷³ Sala Penal. Radicado: 34634 de enero 19 de 2011

¹⁷⁴ Sala Penal. Radicado: 34634 de enero 19 de 2011

	<p><i>especial, pero sus propósitos solamente se alcanzan en la medida en que se consiga una colaboración armónica de todas las instancias estatales, postulado que pasa por el cumplimiento estricto de las funciones que le han sido asignadas a las diferentes instituciones públicas y servidores estatales.”</i></p> <p><i>“De lo anterior se desprende la facultad que le asiste a la jurisdicción para buscar que toda entidad y servidor público acaten y cumplan las obligaciones constitucionales y legales que les corresponde, de modo que cuando la inactividad o inoperancia se convierte en el modelo de conducta que se ofrece por aquellos, resulta perentorio conminarlos para que actúen”.</i></p>
--	---

Una cuestión adicional es la referente a la relación entre las medidas cautelares y el Fondo de Reparación para Víctimas, especialmente en lo relacionado con la entrega provisional de los bienes a las víctimas. El Decreto 4760 de 2006 establece en su artículo 15 que los bienes sobre los que operen medidas cautelares podrán ser entregados en provisionalidad cuando así lo solicite la Fiscalía, el Ministerio Público o la víctima¹⁷⁵. Como se mencionó antes, la imposición de medidas cautelares lleva a que el Fondo para la Reparación de Víctimas se haga responsable de su administración hasta que la situación de estos bienes sea definida de manera definitiva en la sentencia judicial¹⁷⁶.

La dificultad surge con la capacidad y los alcances de disposición que tiene el Fondo sobre los bienes, lo que hace imperativo hacer la distinción entre la adopción de las medidas cautelares y el ingreso de los bienes al Fondo para la Reparación, así como las implicaciones prácticas que implican ambas herramientas. Para ello la jurisprudencia ha aclarado que las medidas cautelares que se imponen a los bienes entregados por los desmovilizados durante el proceso de justicia y paz difieren de su transferencia al Fondo para la Reparación.

Por un lado, las medidas cautelares operan de manera transitoria sobre los bienes, como fue explicado anteriormente, y la función del Fondo con respecto a estos es igualmente temporal. Ni siquiera en aquellas ocasiones en las que procede la entrega provisional del bien a favor de la víctima se puede hablar de que hay titularidad del

¹⁷⁵ Artículo 15, inciso 3: “Sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la restitución, el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, podrá entregar en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia.”

¹⁷⁶ Decreto 4760 de 2005, artículo 15.

Fondo sobre el bien, pues lo único que busca esta figura es procurar la adecuada preservación del inmueble y la garantía de los derechos de las víctimas.

Por otro lado, según lo ha establecido la jurisprudencia, la entrega de bienes por parte de los desmovilizados se entiende como una extensión de la diligencia de versión libre que constituye prueba sumaria de los actos de dominio y posición que ejerce sobre los bienes¹⁷⁷. Esto implica que sobre estos bienes opera inmediatamente la transferencia a favor del Fondo de Reparaciones –teniendo en cuenta que hay un reconocimiento expreso de la ilicitud de su titularidad- para que sea el Fondo el que disponga libremente de este bien. Cuando se trata de bienes sobre los que se presume la licitud de la titularidad, y que no fueron entregados voluntariamente por el desmovilizado, entonces no se podrá hacer la transferencia a favor del Fondo a menos de que la sentencia judicial ordene la extinción de dominio, y entonces se hará la transferencia de la titularidad a favor del Fondo de Reparaciones.

Ahora bien, la extinción de dominio está regulada en la Ley 793 de 2002, y se entiende como la pérdida de éste derecho a favor del Estado sin contraprestación alguna. La jurisprudencia ha establecido que, teniendo en cuenta que la Ley 975 no regula las causales en las que esta acción resulta procedente, se debe hacer remisión a las causales prevista en esta Ley especial¹⁷⁸. Sin embargo, la acción de extinción de dominio que se encuentra prevista en la Ley 793 presenta diferencias muy importantes con la extinción de dominio que prevé la Ley 975.

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<p>La Corte Suprema de Justicia ha señalado las siguientes diferencias existentes entre la figura de extinción de dominio prevista en la Ley 793 y aquella prevista en la Ley 975¹⁷⁹:</p> <p><i>"1. Por el trámite: la acción de extinción del derecho de dominio consagrada en la Ley 793 de 2002 es autónoma, mientras que la extinción del dominio prevista en la Ley 975 de 2005 depende del proceso de justicia transicional que es regido por ésta (artículo 24).</i></p>

¹⁷⁷Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Justicia y Paz. Radicado: 10016000253200680077 de junio 29 de 2010

¹⁷⁸ A pesar de que la Ley 975 de 2005 no hace una remisión expresa a la Ley de extinción de dominio, el Decreto4760 de 2005 sí la hace, lo que se constituye como fundamento suficiente para hacer la remisión. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 35370

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 35370

	<p><i>2. Por el objeto:</i> en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio procede principalmente contra bienes ilícitos (artículo 2º), salvo en aquellos casos donde la propiedad, a pesar de ser adquirida legítimamente, su uso atenta contra los recursos naturales y el medio ambiente. En la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio se dirige contra bienes ilícitos y lícitos (artículos 10.2 y 11.5 de la Ley 975 de 2005 y Sent. C-370 de 2006).</p> <p><i>3. Por la causa:</i> mientras que en la Ley 793 de 2002 se precisan las actividades ilícitas que dan lugar a la extinción del derecho de dominio, las cuales preferentemente tienen como común denominador la obtención de una utilidad económica ilegal; en la Ley 975 de 2005 no se hace mención taxativa a conductas punibles, pero es indiscutible que la extinción del dominio obedece a graves violaciones de los derechos humanos.</p> <p><i>4. Por el fin:</i> en la Ley 793 de 2002 la extinción del derecho de dominio persigue sustraerle el mismo a la persona en favor del Estado, en tanto que en la Ley 975 de 2005 la extinción del dominio tiene un propósito eminentemente reparador del daño causado a las víctimas.</p> <p><i>5. Por el destino de los bienes:</i> en la Ley 793 de 2002 se ordena en la sentencia su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, mientras que en la Ley 975 de 2005 se dispone que hagan parte del Fondo para la Reparación de las Víctimas, ya para reparar a las mismas o serles restituidos debido a su previo despojo.</p> <p><i>6. Por la competencia:</i> la acción de extinción del derecho de dominio a que alude la Ley 793 de 2002 corresponde conocerla inicialmente a la Fiscalía General de la Nación y luego a los Jueces Penales del Circuito Especializados (artículo 11), en tanto que la extinción del dominio es del resorte de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior correspondiente (artículo 24)".</p>
--	--

De hecho, la Corte Suprema ha establecido que las sentencias condenatorias que no ordenen la extinción de dominio de los inmuebles que con miras a la protección de los derechos de las víctimas se destinan a la reparación. Adicionalmente, es importante aclarar que los bienes sujetos a extinción de dominio y aquellos que se encuentren titulados a favor del Fondo de Reparaciones están sujeto a la imposición de medidas cautelares, pues debe recordarse que ambas instituciones persiguen fines distintos y por lo tanto no son excluyentes.

5.2.4 Cancelación de títulos: garantía de la restitución

Teniendo presente que las medidas cautelares operan de manera independiente a la transferencia del dominio del bien a favor del Fondo de Reparaciones, resulta necesario hacer referencia a la cancelación de títulos, otro aspecto de la reparación que ha causado debates jurisprudenciales. La importancia de este instituto procesal radica en que es un mecanismo que permite alcanzar de manera directa uno de los objetivos establecidos por la Ley, y es la restitución de bienes.

Así, la cancelación de títulos fraudulentos es una medida que suspende el poder dispositivo del titular de un bien cuando existan suficientes motivos para inferir que dicho título fue obtenido de manera ilegal. En este sentido es una medida que tiene un alto potencial de garantizar un aspecto importante de la reparación a las víctimas del despojo y del desplazamiento forzado.

En principio, la Ley 975 no prevé la posibilidad de que esta medida opere en los procesos de justicia y paz, aun cuando hace una remisión normativa explícita a la Ley 782 de 2002 y al Código de Procedimiento Penal. A partir de estas remisiones normativas, la práctica judicial y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado que las magistradas y magistrados de control de garantías, en su deber de reivindicar los derechos de las víctimas como prioridades en los procesos de justicia y paz, tienen la potestad de cancelar los títulos obtenidos fraudulentamente, pues de esta forma se respeta el deber de restitución de los deberes de la reparación previstos en la Ley 975.

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<p><i>Competencia de magistradas y magistrados de justicia y paz respecto de la cancelación de títulos¹⁸⁰:</i></p> <p><i>“Esto porque lo justo en estos casos es que desde el inicio del proceso, por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías, se ordene la restitución, en un trámite incidental en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acrede que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acrede la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados.”</i></p>

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 34415, 03/11 y Auto del 15 de septiembre de 2010. Rad. 34740.

	<p><i>“La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica.”</i></p> <p><i>“Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional”.</i></p>
--	--

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal dispone que en procesos ordinarios esta medida procede después de la sentencia judicial, cuando exista un convencimiento más allá de toda duda razonable de la obtención fraudulenta del título; y cuando el proceso termine de manera definitiva sin la necesidad de que exista un fallo condenatorio¹⁸¹. Así formulada, la regla para los procesos ordinarios resulta ser demasiado rígida y no contempla las diferencias procesales que existe en el proceso transicional de justicia y paz y el proceso frente a procesos ordinarios. Es por ello que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha adaptado esta figura para que obre acorde con los procesos transicionales.

<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
	<p>La Corte Suprema¹⁸² ha sostenido que, a la hora de proceder a la cancelación de títulos en los procesos transicionales de justicia y paz, es necesario tener en cuenta que</p> <p><i>“(…). Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a</i></p>

¹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-060 de 2008. M.P: Nilson Pinilla Pinilla

¹⁸²Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 34415 de marzo 30 de 2011

	<i>la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado."</i>
--	---

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado a través de su jurisprudencia la manera en que esta institución debe ser implementada. Así, en los procesos de justicia y las magistradas y magistrados de control de garantías pueden proceder a la cancelación de títulos fraudulentos¹⁸³. No obstante, teniendo en cuenta que esta medida puede llegar a vulnerar los derechos de terceros de buena fe, la Corte ha dispuesto que el procedimiento más garantista se materializa si la cancelación se ordena en un trámite incidental en el que se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y en el que se pruebe la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos¹⁸⁴. Con esto, la Corte Suprema ha dado una protección especial a la tierra de las personas desplazadas y despojadas violentamente.

5.3 Los acuerdos de Verdad Histórica y su relación con la Acción de Restitución

Las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras deben tener en cuenta el carácter residual, al menos en términos cuantitativos, de la Ley de Justicia y Paz, en el tratamiento jurídico de los desmovilizados y, por ende de las confesiones sobre bienes inmuebles que se obtienen de dicho proceso. La intención inicial del Gobierno era aplicarla para aquellos combatientes que tuvieran investigaciones por delitos atroces. Aquellos que no tuvieran abiertas investigaciones responderían entonces por el delito de conformación de grupos ilegales, el cual podía ser indultado ya que la Ley establecía un marco benigno al asimilarlo al delito político. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional encontraron que el delito político no era aplicable a los miembros de grupos paramilitares.

Así las cosas, de los 32 mil paramilitares desmovilizados colectivamente, un poco más de 4,000 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz sólo se han otorgado 10.749 resoluciones inhibitorias, quedando por fuera los 19 mil que actualmente no tienen definida su situación jurídica. La definición de qué hacer para resolver dicha situación suscitó entonces un álgido debate. Inicialmente se decidió modificar el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), y permitir la aplicación del “principio de oportunidad” bajo ciertas condiciones. Para esos efectos, la Ley autorizaba al fiscal suspender, interrumpir o renunciar a procesar a los paramilitares desmovilizados y solicitar la celebración de audiencias individuales o colectivas

¹⁸³ Ibíd. Ver también Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado: 34740 de septiembre 15 de 2010

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 34740 de septiembre 15 de 2010

para la aplicación del principio, siempre y cuando colaboraran con la justicia y no reincidieran.

Sin embargo, como se adelantó en la primera unidad de este módulo, la Corte Constitucional declaró que dicho mecanismo era inconstitucional pues permitía que el Estado se negara a investigar las conductas de estas personas, incluso en casos de crímenes de lesa humanidad.

Menos de un mes después del fallo de la Corte, el Gobierno logró que el Congreso aprobara un nuevo marco normativo: la Ley 1424 de 2010 (conocida como Ley para el acuerdo de contribución a la verdad histórica)¹⁸⁵. La ley aplica a desmovilizados no acusados de crímenes atroces quienes, para recibir los beneficios de la ley, deberán contribuir, a través de un mecanismo no judicial, a la reconstrucción de la memoria histórica, mediante el esclarecimiento del contexto en el que cada uno participó, la conformación del grupo organizado al margen de la ley al que perteneció y en general sobre todos los hechos o actuaciones que tenga conocimiento en relación con su participación en el grupo. Los paramilitares además deben pagar los daños causados y prestar un servicio social a las comunidades en donde se hayan reincorporado a la vida civil.

En el artículo primero la Ley establece su marco de aplicación, que se extiende únicamente a desmovilizados de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido una serie de delitos taxativamente listados: concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de transmisores y receptores, y porte ilegal de armas.

Los desmovilizados tendrán un año contado a partir de la expedición de la Ley para manifestar por escrito su compromiso con la reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos a los que pertenecían, el contexto de su participación y todos los hechos de los que tengan conocimiento en razón de su pertenencia. Una vez radicada la manifestación, la autoridad judicial competente, a solicitud del gobierno nacional, ordenará dentro de los 10 días siguientes la suspensión de las órdenes de captura que operen en su contra.

Contra el auto que se pronuncie en este sentido no procede ningún recurso. Sin embargo, la Alta Consejería Presidencial puede solicitar la revocatoria de este

¹⁸⁵Las disposiciones contenidas por esta Ley fueron declaradas constitucionales por la Corte Constitucional a través de la citada sentencia C-711 de 2011.

beneficio si se presenta alguna de las circunstancias previstas en el Decreto 2601 de 2011, artículo 13.

A la autoridad judicial le corresponde también determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley para decidir si opera la suspensión de la ejecución de la pena –principal y accesoria- y de las medidas de reparación. Algunos de estos requisitos son: i) no haber sido condenado por delitos dolosos después de la desmovilización, ii) observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración y, iii) reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo¹⁸⁶.

Cuando pase el periodo de suspensión de la pena con el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones del desmovilizado¹⁸⁷, la pena quedará extinguida. Este beneficio sólo podrá ser suspendido preventivamente por la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas cuando se presente registro de anotaciones por la investigación de delitos dolosos cometidos con posterioridad a la desmovilización o de delitos diferentes a los previstos en el artículo 1 de la Ley¹⁸⁸.

Ahora bien, la relevancia de tener en cuenta esta medida, con miras al proceso de restitución de tierras, parte de la siguiente pregunta: ¿Cómo puede usada la información no judicial que se obtiene a partir de los acuerdos de contribución a la verdad histórica en el marco de los procesos de la acción de restitución de tierras previstos en la Ley 1448?

	<i>Actividad pedagógica</i>
<i>ap</i>	Analice el siguiente debate sobre el uso de la información obtenida en los procesos de contribución a la verdad histórica en los procesos de restitución de tierras.

¹⁸⁶La autoridad judicial puede revocar la suspensión de la pena de oficio o a solicitud del Centro de Memoria Histórica si se encuentra que incumplimiento de cualquiera de los requisitos.

¹⁸⁷ artículo 8 de la Ley -Las obligaciones son: 1. Informar todo cambio de residencia. 2. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. 3. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. 4. Observar buena conducta.

¹⁸⁸ Artículo 15 Decreto 2601 de 2011.

	<p>Lea primero las posiciones en debate y luego conteste las preguntas. Solamente cuando haya desarrollado estos pasos concéntrese en la lectura del extracto jurisprudencial.</p> <p>Los acuerdos de contribución a la verdad histórica y la restitución de tierras</p> <p>Dos colegas debaten sobre la interpretación del siguiente artículo de la Ley 1424:</p> <p><i>ARTÍCULO 4o. MECANISMO NO JUDICIAL DE CONTRIBUCIÓN A LA VERDAD Y LA MEMORIA HISTÓRICA. Créase un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con el fin de recolectar, sistematizar, preservar la información que surja de los Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, y producir los informes a que haya lugar.</i></p> <p><i>La información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a lo Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros.</i></p> <p>Posición 1:</p> <p><i>La norma es clara en el sentido en que, para garantizar el sometimiento a la justicia de excombatientes, la información que otorguen no será usada en su contra. De lo contrario no habría incentivos para que los ex combatientes desmovilizados acudieran a la justicia después de haber transcurrido tanto tiempo de su desmovilización y cuando los delitos por los cuales pudieran ser juzgados no son aquellos como los que se consideran como no amnistiables. Así, en lugar de otorgar una amnistía general, lo que el sistema hace es requerir individualmente una contribución a la verdad que no vincula penalmente a quien confiesa. Por otro lado, aduce que se justifica excluir a los terceros del inicio de acciones penales, pues de lo contrario se crearía un código de silencio en el que ninguno de los participantes confesaría, lo cual afectaría la consecución de verdad y la construcción de memoria.</i></p> <p>Posición 2:</p> <p><i>Considera que es inaceptable pues si la contribución a la verdad la hace un desmovilizado, es a él y solo a él a quien podrían otorgársele beneficios. Por ello, si se obtiene información sobre predios que pertenezcan a</i></p>
--	--

terceros esta información debe integrarse como material probatorio dentro del proceso de restitución. Además, argumenta que según el derecho internacional que ha estudiado, las amnistías que se concedan puede llegar a ofrecer beneficios en materia de justicia, pero nunca pueden cubrir los derechos a la verdad y a la reparación y, por ende, incluso la información que afecte a quien confiesa puede ser usada para efectos de acción de restitución.

Preguntas y ejercicios

4. ¿Por cuál de estas dos posiciones se siente más persuadido?
5. Evalúe las razones favor y en contra del uso de la información en procesos de restitución e identifique cuáles de estas tendrían un peso específico mayor en su ejercicio de ponderación.
6. Una vez desarrollado este ejercicio lea la continuación de la actividad

La inconstitucionalidad parcial del artículo 4 de la Ley 1424

El problema jurídico estudiado es similar - aunque no idéntico, pues la Corte no se refirió específicamente a la acción de restitución de tierras – a la forma en la cual la Corte Constitucional abordó una demanda presentada en contra de la citada norma. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo:

"[P]ermitir en el ámbito de la justicia transicional que la información que un desmovilizado suministre en el marco de los Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, no genere consecuencias adversas en su contra, más aún con las particularidades previstas en la Ley 1424 de 2010, no contraviene la carta política y es, por el contrario, acorde a los fines del Estado, pues se procura la paz perdurable, la justicia, la verdad, la indemnización de las víctimas y la resocialización de ex combatientes".

No acontece lo mismo frente a la expresión "o en contra de terceros", contenida en la parte final de ese inciso segundo del artículo 4º de la Ley 1424 de 2010, como quiera que, al menos en algunas de las hipótesis contempladas por ese genérico supuesto, impedir que la información que surja de los Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación, sea utilizada contra otras personas, resultaría contrario al deber que tienen los asociados de colaborar con la administración de justicia y desconocería los derechos de la

	<i>víctima a la reparación, la verdad y la justicia, que también atañen a la colectividad". (negritas originales)</i>
--	---

Los párrafos transcritos orientan la interpretación, pero son insuficientes para resolver la pregunta concreta. Sin embargo, de la lectura completa de la mencionada decisión se pueden sacar algunas conclusiones, sin obviar el hecho de que la cuestión concreta podría ser objeto de un pronunciamiento jurisprudencial posterior. En primer lugar, la Corte sustentó tu decisión en el hecho de que el proceso que podría afectar los intereses de la persona declarante eran procesos penales. Eso denota, por ejemplo, con el hecho de que la Corte tuvo en consideración que una de las razones que fuertemente apoyaban la exclusión de la responsabilidad por lo confesado era el principio constitucional de no autoincriminación, el cual es un principio de los procesos penales. De igual manera, la Corte estableció que la regla general de que la información sobre terceros podía ser utilizada, salvo dos excepciones: cuando la información se refiera a personas contra las cuales una persona no está obligada a declarar (conforme a lo dispuesto por el Artículo 33 de la C.P.), y cuando se trata de información que involucra a desmovilizados que estén haciendo parte del mismo proceso.

Así las cosas, una interpretación acorde con el juicio de la Corte y los derechos de las víctimas permite llegar a que toda la información que surgiera de las declaraciones rendidas en virtud del mecanismo no judicial de la 1424 puede ser usada como medio de prueba en los procedimientos transicionales de restitución de tierras. Ello, a partir de dos vías. En primer lugar, porque la interpretación del parágrafo 2 del artículo 4 de la ley fue condicionada por la Corte, excluyendo solamente a familiares cubiertos por la protección del artículo 33 de la CP., o a miembros del mismo grupo armado que participen del mismo procedimiento. Ello quiere decir, que toda información que se conozca de terceros que no cumplan estas dos condiciones es susceptible de ser usada. Más allá, es posible argumentar, en segundo lugar, que incluso la información que involucre a personas incluidas en estas categorías o a los propios desmovilizados es susceptible de ser usada, en la medida en que la regla fijada por la Corte se refiere exclusivamente al uso de tal información para fines de procesos penales, lo cual no puede ser extrapolado a juicios de restitución de tierras pues se vulneraría de manera desproporcionada el derecho de las víctimas a la reparación.

5.4 La Ley 1448 y la prioridad de las víctimas en el modelo de transición colombiano

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras representa un cambio de paradigma de justicia transicional en Colombia, pues a diferencia de otras normativas como la Ley de Justicia y Paz o la Ley 1424, la Ley de víctimas propone un modelo de priorización a la reparación y la reconciliación que hasta el momento se había ponderado de manera diferente frente a las necesidades de justicia y de equilibrio político. Así, mientras la Ley 975 busca principalmente el desarme y desmantelamiento de grupos armados al margen de la ley, y la Ley 1448 la salida legal a la sanción de ex combatientes mediante un mecanismo no judicial de verdad; la Ley de víctimas busca establecer una serie de medidas administrativas, judiciales, sociales y económicas que, dentro de un marco de justicia transicional, permitan el reconocimiento de la condición de víctima y su dignificación a través de la materialización de sus derechos. Así mismo, la Ley busca que se adopten medidas de justicia, verdad, reparación, así como garantías de no repetición.

Las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras concentrarán sus análisis en el capítulo III del Título IV de la Ley 1448, y un estudio profundo de este procedimiento puede ser encontrado en otros materiales pedagógicos desarrollados por la Escuela Judicial¹⁸⁹. Sin embargo, para que la aplicación de las normas de dicho capítulo, que regulan la acción de restitución, sea consecuente tanto con el modelo general de transición implementado en Colombia, como por los principios generales de la propia Ley 1448, es necesario hacer un breve repaso de los aspectos que involucra esta normativa y de los cuales las juezas y jueces deberán ser garantes por extensión, por tratarse de derechos de las víctimas.

Así, una primera característica de la Ley 1448 es que busca reunir, en un mismo instrumento, diversas medidas y garantías para las víctimas, pero no codifica todas las normas existentes al respecto¹⁹⁰. No obstante, la ley se refiere a múltiples temas, lo cual la hace una ley tanto comprensiva como ambiciosa. La Ley se divide en nueve títulos, cada uno de los cuales intenta agrupar un tema específico. En consecuencia, las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras deben evitar caer en dos mitos muy comunes respecto de la ley: i) que la Ley de víctimas agota toda la normatividad en beneficio de las víctimas; y ii) que la Ley 1448 es únicamente una ley de reparaciones.

¹⁸⁹ Cfr. Bolívar, Aura, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny. *La restitución de tierras dentro del marco de la justicia transicional civil*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. OIM. MARD. Bogotá. Imprenta Nacional. 2012

¹⁹⁰ Esta aclaración es fundamental pues existen múltiples normas que establecen derechos y beneficios para distintos grupos de víctimas (como los desplazados internos, los desaparecidos, los secuestrados) que siguen vigentes y que generan diversas obligaciones en cabeza de las autoridades públicas. En este sentido, la Ley de Víctimas es una medida legislativa más que se suma a un marco normativo complejo sobre las víctimas en Colombia. Así, la Ley de víctimas es una norma importante en materia de víctimas, pero no es la única existente.

En primer término, la ley establece una serie de medidas dirigidas a garantizar el acceso a la justicia de las víctimas a los procesos judiciales, incluso aquellos no incluidos en la propia ley 1448. Para ello, el título II de la ley establece medidas orientadas a garantizar información, asesoría y apoyo a las víctimas; la garantía de comunicación; mecanismos para la audición y presentación de pruebas sin que éstas vulneren los derechos de las víctimas, incluidas las víctimas de violencia sexual, a partir de mecanismos como la declaración a puerta cerrada, la presencia de personal especializado y otras; y otras medidas para garantizar la asistencia judicial y cubrir los gastos de las víctimas en procesos judiciales (artículos 35 a 46). Los principios pro víctimas y de dignidad que guían estas normas deben ser conocidos por las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras, pues aplican en general a todos los procedimientos que involucren necesidades jurídicas de las víctimas, aun cuando algunos de los mecanismos parezcan haber sido pensados de manera más apropiada para procedimientos de carácter penal.

En segundo término, en la medida en que la Ley reconoce que las medidas de transición y de atención y reparación a víctimas serán implementadas en un escenario de conflicto. Por ello, establece dos medidas típicas de estos escenarios: las medidas de protección y la ayuda y asistencia humanitaria a víctimas.

En cuanto a la protección, las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras deben tener en cuenta que la Ley establece unas órdenes generales de protección a víctimas y unas específicas para reclamantes de tierras. En cuanto al modelo general de protección a víctimas, tras constatar a la existencia de múltiples programas de protección e identificar fallas en los mismos, la Ley ordena la unificación de los programas de protección incluyendo a la población objeto de la ley 1448 de 2011, con el objetivo de establecer criterios unificados en la realización de los estudios de nivel de riesgo y medidas de protección y cumpla con las particularidades de la protección individual y colectiva con un enfoque diferencial. Este esquema individual de protección es pues una medida que eventualmente pueden acceder los reclamantes de tierras que tengan uno de los riesgos identificados por este programa.

En cuanto a la protección necesaria a los reclamantes de tierras existe además otro escenario, a partir de una nueva instancia específica para la materia creada, por el Ministerio de Defensa, en todas las brigadas donde se focalizará la restitución, y se seleccionaron 12 distritos de restitución en los que se adoptará un programa especial de protección territorial a los reclamantes de restitución. Ese ajuste de estrategias de seguridad pone como objetivo prioritario de la fuerza pública la protección de los

territorios donde se hará la restitución de forma masiva y la defensa de los derechos de los restituidos y retornados.

Por su parte, en materia de ayuda y asistencia humanitaria de emergencia, el título III de la Ley establece una serie de normas que conforman todo un sistema de atención y asistencia¹⁹¹. Allí se establece una serie de medidas de asistencia y atención, entre las que se encuentran: medidas en materia de educación y salud; atención de emergencia y servicios de asistencia en salud; remisiones; pólizas de salud; evaluación y control; inspección y vigilancia artículos 49 a 59). Además, la ley establece unas medidas de atención especiales para las víctimas del desplazamiento forzado. Así, el título presenta una descripción de la normatividad aplicable y definición de la atención para desplazados; normas sobre la declaración sobre el desplazamiento; las medidas de atención humanitaria, inmediata, humanitaria de emergencia y de transición en caso de desplazamiento; las reglas sobre retornos y reubicaciones; y unos criterios y procedimientos para decretar “la cesación de la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta” de la población desplazada (artículos 60-68). Como se presentó en la unidad anterior en la sección de reparaciones, es fundamental no confundir las medidas de asistencia y atención humanitaria con medidas de reparación.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que la restitución de tierras no es la única medida de reparación a la que pueden acceder las víctimas. Dicho de otro modo, una persona o familia que reclame un derecho sobre la tierra tiene además, derecho a recibir otras medidas de reparación. De hecho, la Ley 1448 tiene un amplio catálogo de medidas que buscan cubrir los cinco componentes de la reparación integral estudiados en la unidad anterior. Así, complementan las medidas de restitución, normas relativas a vivienda que regulan las postulaciones al subsidio familiar de vivienda; la entidad encargada de tramitar dichas postulaciones y la normatividad aplicable (artículos 122 a 127); medidas en materia de crédito y la tasa de redescuento (artículos 128 a 129), y medidas relativas a capacitación y planes de empleo urbano y rural y al derecho preferencial de acceso a la carrera administrativa (artículos 130 a 131).

En cuanto a medidas de indemnización, la Ley establece un programa de indemnización masiva por vía administrativa, cuyo procedimiento, mecanismos,

¹⁹¹De acuerdo con la Ley, la ayuda humanitaria corresponde a aquellas medidas destinadas a proteger, socorrer, asistir y satisfacer las necesidades inmediatas de las víctimas que se ocasionan directamente con el hecho victimizante, e incluyendo las necesidades de alimentación aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio. Cfr. Art. 47.

mentos y demás lineamientos deberán ser reglamentados por el Gobierno nacional en un período no superior a seis meses. En cuanto a rehabilitación, la Ley ordena la creación de un Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas (artículos 135 a 138). Además se establece una serie de medidas de satisfacción, entre las que se encuentran: la exención en la prestación del servicio militar; la reparación simbólica; el Día Nacional de la Memoria y Solidaridad con las Víctimas; el deber de memoria del Estado; la creación de archivos sobre violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión del conflicto armado interno; las acciones en materia de memoria histórica y la creación de un Centro de Memoria Histórica (artículos 139 a 148). El título IV cierra con un inventario de garantías de no repetición orientadas al desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas (artículos 149 a 150); y de medidas de reparación colectiva y la determinación de los sujetos de dicha reparación (artículos 151 a 152).

5.5 La introducción del enfoque étnico en la política de víctimas: Los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011

La legislación de justicia transicional y víctimas en Colombia se compone además de unas normas específicas, autónomas y especiales que tratan de las medidas de atención y reparación a comunidades étnica, reguladas mediante los Decretos con fuerza de Ley para pueblos indígenas (Decreto Ley 4633 de 2011), comunidades afrocolombianas (Decreto Ley 4635 de 2011) y pueblo Rom (Decreto Ley 4634).

Al igual que en el tema específico de la Ley de víctimas, un material comprensivo y especializado ha sido realizado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara para trabajar de manera adecuada y a profundidad las particularidades de esta legislación.

Ello no obsta para que en esta sección se haga referencia a legislación, a título informativo, y se resalten tres características importantes para los efectos de la aplicación de esta normativa y para la comprensión del presente módulo.

La primera característica a resaltar es que la normatividad mencionada, es decir, los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 tienen una jerarquía normativa igual a la que tienen las normas que se han expuesto en esta Unidad. Es decir, conforme a las reglas de jerarquía legal que consagra la Constitución Política, son normas con rango de ley y no son, como se cree en varios sectores de opinión e incluso círculos jurídicos no informados, simplemente decretos reglamentarios de la Ley 1448 de 2011.

El reconocimiento de esta jerarquía normativa se complementa con la segunda característica importante de ser relievada aquí: como se anotó en la tercera unidad de este módulo, los decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011 se inspiraron en un marco conceptual más amplio que el de la justicia transicional. De hecho, en las discusiones de concertación en la Mesa Permanente de Concertación, esta discusión fue decisiva. Gobierno y representantes indígenas acordaron que, dado que el Decreto tiene la misma fuerza normativa de la Ley 1448 y por lo tanto no depende de ella, que las disposiciones del Decreto no se limitarían al modelo transicional establecido por la Ley 1448.

Cada decreto cuenta entonces con una base conceptual especial, plasmada en sus principios, que para el caso de los pueblos indígenas, por ejemplo, responde al carácter colectivo, transformador y cultural – entre otras características- de los derechos de estos pueblos. Al mismo tiempo, que responden a las situaciones que los pueblos identificaron como las que mayor vulnerabilidad generan al disfrute de sus derechos territoriales – que no se reducen al conflicto armado. Por lo anterior, es conveniente que las juezas y jueces transicionales de restitución de tierras se familiaricen con el marco conceptual propio de cada Decreto Ley.

	<i>Actividad pedagógica</i>
<i>ap</i>	<p>Los decretos ley son conceptualmente autónomos de la Ley 1448 y, a su vez, independientes y autónomos entre sí.</p> <p><i>Reflexione sobre el conocimiento que usted tiene sobre los siguientes conceptos:</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Derecho mayor• Derecho propio• Ley de origen <p><i>Luego haga una lectura del Decreto Ley 4633 en donde identifique en dónde se hace uso de los mismos. Luego compare el uso de estos conceptos en el Decreto Ley 4633 con el otorgado a los mismos en los Decretos 4634 y 4635. Una vez realizado este ejercicio, reflexione sobre las diferencias encontradas y las razones por las cuales existen diferencias.</i></p>

Otra dimensión importante que debe comprenderse desde su propio enfoque, es el hecho de que los Decretos Ley restituyen los derechos territoriales de los pueblos indígenas y las Comunidades afrodescendientes, y no solo las tierras y territorios.

Es por ello necesario tener claridad conceptual en cuanto a las diferencias entre tierras y territorios étnicos. En los Decretos Ley se tratan los temas de los derechos a la propiedad, a la posesión ancestral, al uso, así como los deberes estatales de formalizar los derechos, protegerlos contra terceros y contar con mecanismos de reclamación. Adicionalmente, es necesaria la comprensión de los derechos colectivos relacionados con los territoriales como la consulta previa y la autonomía.



Autoevaluación

Analice el siguiente caso y establezca la ruta procesal aplicable, conforme a lo explicado en esta sección de la Unidad y responda las preguntas que se plantean al final.

El ex paramilitar “Pedro Bonito” tiene el registro de libertad y tradición que lo acredita como titular de un predio ubicado en Antioquia compuesto por 3 fincas. El fiscal del caso solicitó trámite incidental para efectuar una audiencia de cancelación de títulos, pues encontró que la compraventa del inmueble a favor de “Pedro Bonito” fue firmada por Hernando Higuita cerca de un año después de haber sido asesinado por paramilitares.

El magistrado de control de garantías se rehúsa a conceder la cancelación de título aduciendo que no es competente hasta tanto no se expida el fallo.

La familia de Higuita es víctima en el proceso y espera que el predio les sea restituido lo antes posible para iniciar de nuevo en el predio que les fue despojado.

Además de elaborar la ruta, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles de los principios propios de la justicia transicional que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la legislación colombiana son aplicables en este caso?
2. Analice qué buenas prácticas de la implementación de Justicia y paz y de la Ley 1424 de 2010 son aplicables a este caso.
3. ¿Cuáles serían las diferencias fundamentales en la resolución de este caso, tanto procesales como

	sustanciales, si la familia Higuita perteneciera a una comunidad afrocolombiana?
--	--

	Jurisprudencia
	<ul style="list-style-type: none"> - Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 - Corte Constitucional, Sentencia C- 454 de 2006 - Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009 - Corte Constitucional, Sentencia C-914 de 2010 - Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 2012 - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Justicia y Paz-TSJP. <i>Jorge Iván Laverde.</i> Expediente 110016000253200680281. M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Bogotá, D.C., 2 de diciembre de 2010. - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Justicia y Paz-TSJP. <i>Edwar Cobos Téllez y UberEnriqueBanquez Martínez.</i> Expediente 11001600025320068007. M. P. Uldi Teresa Jiménez López, del Bogotá, D.C, 29 de junio de 2010. - Corte Suprema de Justicia. <i>Salvatore Mancuso – reconoce propiedad a Salvatore Mancuso D'Angioletta.</i> Rad. 37.384. M.P. María Del Rosario González de Lemos, Bogotá, D.C, 14 de diciembre de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Salvatore Mancuso - medidas cautelares y competencia TSDJ de Bucaramanga.</i> Rad. 36.853. M.P. María del Rosario González de Lemos, Bogotá, D.C, 7 de julio de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Henry Rodríguez Gómez - cancelación de títulos.</i> Rad. 35.185. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Bogotá, D.C., 8 de junio de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>José Ignacio Roldan Pérez - extinción de dominio.</i> Rad. 35.370. M-P. Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá, D.C., 25 de mayo de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Segunda Instancia. Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.</i> Rad. 34.547. M.P. María Del Rosario González De Lemos. Bogotá D.C., 27 de abril de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Raúl Emilio Hasbún Mendoza – cancelación títulos fraudulentos.</i> Rad. 34.415. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá, D.C., 30 de marzo de 2011.

	<ul style="list-style-type: none"> - Corte Suprema de Justicia. <i>Hernán Giraldo Serna, Norberto Quiroga Poveda y José Daniel Mora López – restitución directa.</i> Rad. 35.582. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, Bogotá, D.C., 2 de febrero de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Rodrigo Tovar Pupo – revocatoria títulos Incoder.</i> Rad. 34.634. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá, D.C., 19 de enero de 2011. - Corte Suprema de Justicia. <i>Freddy Rendón Herrera - cancelación de títulos.</i> Rad. 34.740. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Bogotá, D. C., 15 de septiembre de 2010. - Corte Suprema de Justicia. <i>Salvatore Mancuso – recurso de queja.</i> Rad. 33.358. M. P. Alfredo Gómez, Bogotá, D. C., 20 de febrero de 2010. - Corte Suprema de Justicia. <i>Ofrecimiento de bienes por postulados.</i> Rad. 30.360. Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 2008. - Corte Suprema de Justicia. <i>Salvatore Mancuso – medidas cautelares.</i> Rad. 28.040. M. P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá, D.C.23 de agosto de 2007.
--	---

Bibliografía seleccionada

b

AAVV. Manual de Procedimiento para Ley de Justicia y Paz. GTZ. Bogotá. Editorial Milla Ltda. 2009

Bolívar, Aura, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny. *La restitución de tierras dentro del marco de la justicia transicional civil.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. OIM. MARD. Bogotá. Imprenta Nacional. 2012

Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. (2011) El proceso penal de Justicia y Paz. Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Tres tomos. ICTJ. ASDI. Bogotá. Opciones Gráficas Editores.

Gallón, Gustavo. Reed, M. y Lleras, C. (Eds.). *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas,* Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá. 2007

Garzón, Baltazar- (Coord.) *Diagnóstico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia.* Bogotá, OEA, MAPP-OEA, Bogotá. 2011

Sánchez, Nelson Camilo, UPRIMNY R. “¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición” en BERISTAIN C (Ed) Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina. IIDH, San José de Costa Rica. 2011

Uprimny R. y Saffon María Paula. *Reparación integral, atención humanitaria y política social.* Caja de herramientas No. 124, 2007.

Uprimny Rodrigo. “Las leyes de Justicia y paz”. En: Restrepo Ma. Elvira y Bruce Bagley (Comp.) *La desmovilización de los paramilitares en Colombia: entre el escepticismo y la esperanza.* Bogotá. Uniandes. 2011