

Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica

EDITORA ACADÉMICA:
Liliana Estupiñán Achury

PROLOGUISTA:
Fernando Harto de Vera

AUTORES:

Julián Darío Bonilla Montenegro
Kenneth Burbano Villamarín
Liliana Estupiñán Achury
María Cristina Gómez Isaza
Andrés Mauricio Guzmán Rincón
Kimberly Guzmán Gómez
Jorge Ricardo Palomares García
Ana Polack
Mateo Romo Ordóñez



Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica

EDITORIA ACADÉMICA:
Liliana Estupiñán Achury

PROLOGUISTA:
Fernando Harto de Vera

AUTORES:
Julián Darío Bonilla Montenegro
Kenneth Burbano Villamarín
Liliana Estupiñán Achury
María Cristina Gómez Isaza
Andrés Mauricio Guzmán Rincón
Kimberly Guzmán Gómez
Jorge Ricardo Palomares García
Ana Polack
Mateo Romo Ordóñez



UNIVERSIDAD LIBRE®
Doctorado en Derecho



OPT-IN



Red por el Constitucionalismo
Democrático

2018

Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica / Julián Darío Bonilla Montenegro ... [et al.]; editora académica, Liliana Estupiñán Achury; prologuista, Fernando Harto de Vera. – Bogotá: Universidad Libre, 2018.

295 p. ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5466-66-1

Derecho constitucional – Colombia 2. Acuerdos de paz – Colombia 3. Paz – Colombia I. Bonilla Montenegro, Julián Darío II. Estupiñán Achury, Liliana, ed. III. Harto de Vera, Fernando, pro.

342.861.

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias:

Correo-e: direccion.doctorado@unilibrebog.edu.co

Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica
2018

© Universidad Libre Sede Principal, 2018

ISBN IMPRESO: 978-958-5466-66-1

ISBN DIGITAL: 978-958-5466-67-8

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 N° 5-80, Tel. 3821000, Bogotá, D.C.

Impreso en Colombia en los talleres gráficos de
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Cra. 69H No. 77-40
PBX: +57(1) 602 0808
Bogotá D.C., Colombia 2018

Printed in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®

DIRECTIVOS

Presidente	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector nacional	Fernando Enrique Dejanón Rodríguez
Censor nacional	Ricardo Zopó Méndez
Secretario general	Floro Hermes Gómez Pineda
Directora nacional de Investigaciones	Elizabeth Villarreal Correcha
Presidente seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano de la Facultad de Derecho	Fernando Arturo Salinas Suárez
Directora (E) de Posgrados	Nohora Elena Pardo Posada
Director del Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez Vargas
Directora del Doctorado en Derecho	Liliana Estupiñán Achury

Publicación resultado del proyecto internacional:

Proyecto ERASMUS – Nuevo programa de posgrado
para la formación de operadores transnacionales
e interculturales para la defensa de la naturaleza
y la construcción de la paz en la Comunidad Andina.
Erasmus+capacity building in higher education

Impulsada por:

Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho
de la Universidad Libre – Sede Principal
Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales
y de la Paz (Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre)
Red por el Constitucionalismo Democrático

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO

<i>Fernando Harto de Vera</i>	9
-------------------------------------	---

PRIMERA PARTE

LOS MODELOS JURÍDICOS PARA LA TRANSICIÓN

CAPÍTULO I

La construcción de la justicia transicional de cierre
de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur
y pluralismo

<i>Liliana Estupiñán Achury / Mateo Romo</i>	21
--	----

CAPÍTULO II

El uso de *the rule of reason* en la jurisdicción especial
para la paz en Colombia

<i>Jorge Ricardo Palomares García / Kimberly Guzmán Gómez</i>	67
---	----

CAPÍTULO III

Las negociaciones entre el gobierno colombiano y las
FARC: consideraciones constitutivas de reforma
constitucional de carácter transicional

<i>Ana Polack / Julián Darío Bonilla Montenegro</i>	117
---	-----

SEGUNDA PARTE

LA TRANSICIÓN VISTA DESDE DIFERENTES TÓPICOS Y ENFOQUES

CAPÍTULO IV

Construcción del Estado en los territorios del abandono.

Aportes a partir del Acuerdo de Paz

Liliana Estupiñán Achury 147

CAPÍTULO V

Privación de la libertad de miembros de la fuerza pública
en combate y el acuerdo final de paz

Kenneth Burbano Villamarín 190

CAPÍTULO VI

Justicia constitucional, derecho a la igualdad y
transiciones democráticas. Análisis del caso que reconoce
los derechos de los segundos ocupantes en la acción de
restitución de tierras en Colombia

Andrés Mauricio Guzmán Rincón 225

CAPÍTULO VII

El reto de la interpretación del derecho en Colombia:
de la hermenéutica del dolor a la hermenéutica de paz

María Cristina Gómez Isaza | 261

PRÓLOGO

Algunas señas de identidad del proceso de paz en Colombia

Fernando Harto de Vera
(Universidad Complutense de Madrid)

Aunque sea un lugar común, no está de más recordar que los acuerdos de paz firmados en el Teatro Colón entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las FARC pusieron fin, el 24 de noviembre de 2016, al conflicto bélico más antiguo de América Latina y que batió el record de longevidad que hasta ese momento ostentaba Guatemala. En efecto, entre agosto de 1987 (Acuerdo de Esquipulas) y diciembre de 1996 (Acuerdo de Paz en Guatemala), se asistió en Centroamérica al proceso de poner fin a la violencia a través del diálogo y la negociación en tres países del istmo: Nicaragua (1990), El Salvador (1992) y Guatemala (1996). En las casi tres décadas que han transcurrido desde entonces, el mundo ha cambiado profundamente y, por tanto, el contenido de los acuerdos

del Teatro Colón aporta novedades significativas en cuanto a lo que podríamos denominar la “ingeniería política de la paz”. Hasta tal punto que bien podríamos considerar que los acuerdos en Centroamérica son de primera generación, mientras que el Acuerdo colombiano puede ser considerado de segunda generación.

Ahora bien, antes de pasar a analizar algunas de las señas de identidad en las que justifico el referirme al acuerdo colombiano como de segunda generación, conviene resaltar que el punto de partida que hizo posible, entre otros factores, la firma de acuerdos de paz en uno y otro caso es compartido. En efecto, en el caso centroamericano, el contexto que se vivía a finales de la década de los ochenta y primeros años de los noventa del siglo pasado consistía en el fin de la Guerra Fría. Muchas fueron las consecuencias y derivaciones del fin de la lógica bipolar de enfrentamiento Este-Oeste que había presidido desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta ese momento la dinámica histórica del mundo. Pero a los efectos que queremos subrayar para Centroamérica se abrió una etapa en la que el interés geoestratégico de la región disminuyó ostensiblemente. Desde el punto de vista geopolítico, la importancia del istmo en la postguerra fría de los noventa perdió posiciones frente a otros escenarios como la antigua Yugoslavia o los países miembros del antiguo bloque soviético.

Por lo que se refiere a Colombia, el proceso de diálogo y negociación del Acuerdo de Paz coincide con una situación de crisis económica mundial que se había iniciado en el año 2008, a

partir del episodio de las hipotecas subprime en los Estados Unidos. Este escenario de caída en la tasa de crecimiento de la economía mundial se completaba con un desplome de los precios de las materias primas y del petróleo. En cuanto a la dimensión política del entorno, el contexto que enmarcó al proceso de paz fueron hechos como el estallido de la “Primavera Árabe” y la guerra civil en Siria en 2011, la crisis de Ucrania en 2013 y el acuerdo nuclear entre Irán y los Estados Unidos en 2015. Todos estos hechos apuntan en una misma dirección: la pérdida de peso específico de América Latina en el escenario y la agenda internacional, a favor de otros espacios como el mundo árabe.

Es decir, el punto de partida de ambos procesos de paz, el de la región centroamericana y el colombiano, se produce en una coyuntura de pérdida de interés para los Estados Unidos. Esta característica compartida en los dos casos apunta a un rasgo común: un incremento de la “autonomía relativa”. Este alivio de la presión norteamericana conlleva la posibilidad de que los actores nacionales puedan interactuar en una situación de mayores cotas de libertad frente a las presiones e injerencias de actores foráneos. Y es este aumento de la capacidad para actuar autónomamente el que favorece la posibilidad de que los procesos de diálogo y negociación fructifiquen en acuerdos que pongan fin mediante una solución política consensuada a la guerra. A falta de comprobación empírica con otros casos, mi hipótesis, corroborada en Centroamérica y Colombia, es que a mayores cotas de autonomía relativa de los actores nacionales protagonistas del enfrentamiento militar, mayores

posibilidades de que se abra paso exitosamente un final negociado de la violencia.

Pero si el punto de partida es común con el caso centroamericano, el desarrollo y concreción del Acuerdo de Paz en Colombia aporta novedades sustanciales respecto a otros acuerdos de paz, no solo en el escenario latinoamericano sino en términos globales. En este sentido, la primera seña de identidad que hay que destacar es el tratamiento que se le da a la cuestión de la justicia restaurativa, el papel de las víctimas y la memoria histórica. A lo largo de las páginas de este libro, en varias de sus aportaciones se analiza exhaustivamente la singularidad de la “Jurisdicción Especial para la Paz” y su aportación decisiva como mecanismo para asegurar el derecho a la verdad de las víctimas y de toda la sociedad colombiana. Pero, ¿cómo construir “LA VERDAD” (en singular y con mayúsculas) en una sociedad plural con multitud de clivajes y narrativas en la que se parte de la existencia de “múltiples verdades” (en plural y con minúsculas)? Porque la verdad, como todos los hechos sociales y políticos, no viene dada sino que se construye. Se trata de un proceso complejo, de un ejercicio de democracia deliberativa en los términos de Habermas. Es a través del contraste y el debate público entre las distintas narrativas (las verdades), como será posible una contraposición que aísle a las narrativas extremas y manifiestamente insostenibles por no corresponderse con la realidad. Pero una vez pasada esta primera fase de depuración, de sedimentación de los discursos que haya logrado establecer qué sucedió (quién hizo qué y a quién), seguirán persistiendo diversas posiciones y relatos

acerca de las causas del por qué sucedió. Y aquí entra en juego la multicausalidad que preside inevitablemente todos los fenómenos políticos y sociales. La realidad es poliédrica, y no todos los discursos atribuyen las cadenas de causalidad a los mismos hechos y, aun considerando la coincidencia en algunos factores causales, no necesariamente les atribuyen el mismo grado de responsabilidad. Es el momento, entonces, de entrar a una segunda fase o momento de ver cuáles son los puntos en común que en cuanto a las causas (el por qué sucedió lo que pasó) permita establecer la posibilidad de elaborar un relato en el que haya acuerdo. Pero este relato no agota ni elimina la posibilidad y el derecho del matiz, la discrepancia y la diferencia de criterio. Es decir, se llega así a una fase final en la que después de culminar este ejercicio deliberativo se delimita una “VERDAD” oficial, que es el mínimo común denominador que galvaniza a una sociedad como memoria compartida y que debe ser compatible con otros relatos no oficiales, expresiones de identidades particulares, que coexisten con la identidad común pactada y consensuada. Como bien decía Ernest Renan: “la esencia de una nación consiste en que todos los individuos tengan muchas cosas en común, y también en que todos hayan olvidado muchas cosas”. Pero para poder olvidar, es necesario primero poder recordar; solo aquello que se hace alguna vez presente, puede ser olvidado. Para que haya ausencia, primero tiene que haber presencia. Para poder pasar página, primero es necesario leerla.

Son imprescindibles varias condiciones para que un proceso deliberativo, como el que se está describiendo, pueda realizarse.

La primera es que haya un consenso entre las élites políticas y culturales favorable a emprenderlo. Y, lamentablemente, esta es una carencia en Colombia. Como se evidenció con ocasión del referéndum de octubre de 2016, y se continúa poniendo de manifiesto con las actuaciones de la administración del presidente Duque o los enfrentamientos entre la Fiscalía y la JEP, la división de las élites hegemónicas, expresada en la ruptura y enfrentamiento entre el expresidente Santos y el “presidente eterno” Uribe, es profunda. Mientras esta brecha no se solucione, la posibilidad para el ejercicio deliberativo será inexistente.

Una segunda condición para que de la pluralidad de relatos emerja una construcción narrativa que exprese ese mínimo común denominador es la existencia de “isegoría”. Esto es, que todos los discursos que representan a los distintos actores tengan la misma posibilidad de ser escuchados y, por tanto, tengan idéntica presencia y visibilidad en la arena pública. Y de nuevo, lamentablemente, esta condición es otra falencia de la democracia colombiana. Ya en el texto de los acuerdos de paz se recogía esta necesidad, puesto que distintas disposiciones establecían medidas para que los medios de comunicación abrieran sus puertas y se hiciera eco de los discursos no hegemónicos sobre el conflicto. Pero como tantas otras medidas, a fecha de hoy, no pasa de ser una promesa fallida y, por tanto, incumplida. La comunicación en la Colombia del posacuerdo sigue mostrando mayoritariamente un panorama de escaso pluralismo y de reproducción del discurso hegemónico con honrosas y marginales excepciones. No todos los discursos

tienen el mismo eco ni la misma capacidad de generar opinión pública. En estas condiciones, la deliberación en el sentido habermasiano es difícilmente posible.

Otra seña de identidad, verdadera idea-fuerza, contenida en el texto del Acuerdo del Teatro Colón es el denominado “enfoque territorial”. Este concepto trata de poner de manifiesto la ineludible necesidad de tener en cuenta el escenario en el que se van a llevar a cabo las acciones, actuaciones y políticas públicas de paz. Colombia es una realidad conformada por una rica diversidad de realidades socioespaciales, y por ello, cualquier estrategia de paz que no tenga en cuenta esta pluralidad, está condenada al fracaso. Ahora bien, el uso con el que este concepto se emplea está definido por un marcado carácter de puesta en valor del mundo rural frente al urbano. La imagen que trasluce este enfoque territorial es la de que el conflicto se inició en el campo y es en el campo donde debe solucionarse. Que la mayor parte de las víctimas se concentran en las áreas rurales y que, por lo tanto, es en la periferia rural en donde los recursos deben concentrarse. El significante “territorial” se utiliza como sinónimo de “ruralidad”. Y, a nuestro juicio, esto conlleva restringir el significado de “territorial” a solo una parte del territorio nacional, puesto que dentro de este territorio se encuentran tanto las zonas rurales como las urbanas, tanto el centro como la periferia. Un “enfoque territorial” correctamente utilizado debería haber contemplado una perspectiva global, si se quiere “nacional”, que contemplara la totalidad del espacio (lo rural y lo urbano). Y lo que es más importante, las relaciones que ligan y conforman la interacción entre

centro(s) y periferia(s). Un enfoque así planteado, permitiría establecer una actuación en términos de políticas públicas que abordara el conjunto de la problemática de los distintos niveles territoriales que conforman la realidad socioespacial de Colombia. Por el contrario, la definición parcial contenida en los acuerdos, más allá de sus buenas intenciones, tiende a perpetuar las relaciones tradicionales entre lo rural y lo urbano, entre centro(s) y periferia(s). Y ello, porque no se contempla una dimensión fundamental para equilibrar y democratizar la interacción entre los distintos territorios: la descentralización.

Resulta particularmente significativo que en un texto que comprende más de doscientas páginas (sin contar los anexos) el campo semántico “descentralización” solo aparezca en tres páginas. Y cuando aparece, únicamente es para plantear la necesidad de que la aplicación de determinadas políticas públicas se haga teniendo en cuenta la escala territorial en la que se implementan. Se trata de una referencia a todas luces insuficiente. Un tratamiento correcto de la cuestión de la descentralización hubiera requerido de una mayor profundidad y complejidad. Se debería haber definido con detalle cuáles son los mecanismos presupuestarios con los que se va a dotar a cada nivel de la Administración para la puesta en marcha de las medidas contempladas en los acuerdos. En vez de esto, se zanja la cuestión haciendo una alusión a que el Estado colombiano es descentralizado porque así lo establece la Constitución de 1991. Sin embargo, y como bien lo pone de manifiesto uno de los capítulos de este libro, la realidad de facto es que Colombia,

más allá de lo que proclame el ordenamiento jurídico vigente, se caracteriza por ser uno de los Estados más centralistas en toda América Latina.

La territorialización, tal y como es entendida en el Acuerdo, no es más que un sinónimo para referirse al mundo rural. Y la territorialización así entendida, sin que haya autonomía financiera, no es más que periferialización. Digámoslo claramente: la territorialización sin descentralización da como resultado la periferialización. Una periferialización en el sentido de marginalización por cuanto es la expulsión de la agenda de paz a los márgenes del sistema. Es hacer que la paz deje de ser un asunto de interés nacional para que sea una cuestión de interés periférico y marginal. En definitiva, es reforzar el imaginario del sentido común bogotano de que la guerra es cosa del campo: empezó allí y es allí donde debe terminar.

El riesgo que se corre con la periferialización de la paz es muy serio. Si el gobierno central cae en la tentación de utilizar el presupuesto como un arma política, podríamos vernos en la situación de que aquellos municipios rurales en los que la Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común lograra posiciones de poder fueran asfixiados económicamente. Un escenario así llevaría, indudablemente, a una frustración de las expectativas de la población que ha apoyado con su voto un proyecto de cambio. Y el potencial fracaso de esta gestión no solo sería un fracaso de los alcaldes y alcaldesas del cambio, sino que claramente sería un fracaso de Colombia como nación capaz de construirse con una paz inclusiva. A partir de

esta frustración, sería plausible pensar que se reforzarían las tendencias antipaz y proviolencia pudiendo darse un escenario de vuelta a la violencia por parte de algunos sectores. Pero, a diferencia del pasado, en este caso no se trataría de violencia política, sino de violencia delincuencial o común. No se contaría con la disciplina que una estructura política jerárquicamente organizada impone. Por el contrario, nos hallaríamos ante una violencia anómica de muy difícil resolución.

En términos comparados, el proceso de paz colombiano tiene dos experiencias en las que mirarse: El Salvador y Guatemala. Ambas constituyen la cara (El Salvador) y la cruz (Guatemala) de la implementación de un proceso de paz tras décadas de guerra. El episodio del referéndum de octubre de 2016 acercó dramáticamente la experiencia colombiana a lo sucedido en Guatemala. A partir de esa fecha, esta tendencia a la “guatemalización” se ha visto reforzada con las serias dificultades por las que ha venido atravesando la aplicación de los acuerdos de paz: ralentización legislativa de las reformas, asesinatos de líderes sociales, etc. Si se continúa con esta dinámica, la periferalización de la paz sería ya el golpe de gracia a la mayor ventana de oportunidad política que se ha abierto para Colombia en décadas.

PRIMERA PARTE

Los modelos jurídicos para la transición

CAPÍTULO I

LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE CIERRE DE GUERRA EN COLOMBIA: UNA LECTURA EN CLAVE DE SUR Y PLURALISMO*

*Liliana Estupiñán Achury***

*Mateo Romo****

* Artículo resultado del proyecto de investigación titulado “Programa de posgrado para la formación de operadores transnacionales e interculturales para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz en la Comunidad Andina. Erasmus+CapacityBuilding in HigherEducation”, adscrito al grupo de investigación en Estudios Constitucionales y de La Paz de la Universidad Libre.

** Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; magister en Derecho Procesal; especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo; abogada de la Universidad Libre de Colombia. Directora del Doctorado en Derecho, del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Investigadora “Senior Colciencias” (Desde el año 2015). Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Líder de la Red de Constitucionalistas Democráticos (capítulo Colombia). Miembro de la Red de Iniciativas para la Democracia, la Gobernabilidad y el Desarrollo Territorial –RINDE. Conferencista y docente de pregrado y posgrados (maestría y nivel doctoral) en diversas universidades nacionales e internacionales. Autora de diversas publicaciones académicas e indexadas. Correo electrónico: lilianaaea@hotmail.com – liliana.estupinan@unilibre.edu.co

*** Abogado y especialista en Filosofía del Derecho (Universidad Libre), con estudios en literatura (Universidad Central) y énfasis en edición y corrección de textos científicos. Joven investigador del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre y del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz, que lidera la Dra. Liliana Estupiñán Achury. Monitor del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre (2014-2018). Correo institucional: mateo.romo@unilibre.edu.co

Resumen

Colombia, a pesar de su ADN unitario y centralista, ha construido pluralismo jurídico en el mundo indígena, en lo ambiental, en la diversidad, y ahora lo hará en el mundo de la paz, al propender por un diálogo entre la arquitectura de una justicia especial, respetuosa de los estándares nacionales e internacionales, con la composición de una justicia local, territorial y comunitaria, en clave de víctimas y de reparación. Por eso, y dado que uno de los valores supremos que la Asamblea Nacional Constituyente pactó como imprescindible para una vida armónica en comunidad fue la paz, el Acuerdo suscrito entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Estado debe defenderse e implementarse desde una nueva epistemología que, en reemplazo del positivismo legalista y el formalismo jurídico tradicional, armonice la justicia restaurativa y el pluralismo jurídico a la luz de un paradigma integrador de sociedad y derecho: el constitucionalismo transicional.

Palabras clave: Acuerdo de Paz, pluralismo jurídico, justicia transicional, derecho a la paz

Abstract

Colombia, in spite of its unitary and centralist DNA, has built legal pluralism in the indigenous world, in the environment, in diversity, and now it will do so in the world of peace, by promoting a dialogue between the architecture of a special justice, respectful of national and international standards, with the composition of a local, territorial and community justice, in the terms of victims and reparation. For this reason, and given that one of the supreme values that the National Constituent Assembly agreed upon as being essential for a harmonious life in community was peace, the Agreement signed between the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) and the State must be defended and implemented from a new epistemology that, replacing legalist positivism and traditional legal formalism, harmonizes restorative justice and legal pluralism in the light of an integrating paradigm of society and law: transitional constitutionalism.

Keywords: Peace Agreement, juridical pluralism, transitional justice, right to peace

Introducción

Solamente en el marco de América Latina y sus innumerables conflictos y necesidades, se podrían construir nuevas corrientes jurídicas con olor a naturaleza, dignidad y paz. Cada texto con su contexto, cada propuesta jurídica tan propia y permeada por la caótica realidad, para el caso de América, tan proclive a la discriminación, injusticia, guerra y abandono. Únicamente en escenarios extraordinarios como “los del Sur”, que comprenden tantas visiones del mundo y, en consecuencia, múltiples nociones de justicia, se puede evidenciar con tanta claridad el surgimiento de diversos pluralismos jurídicos (indígenas, ambientales, sociales y de paz, entre otros), nacidos como respuesta al tradicional monopolio estatal y a sus discursos hegemónicos.

En estos contextos extraordinarios, sin duda, podemos entender y vislumbrar los retos de las nuevas construcciones jurídicas y de sus lógicas transicionales, por ejemplo, el de los escenarios de cierre de guerra, vistos en clave de paz y de víctimas, que han sido inspirados por las condiciones del no retorno o de la no repetición de las causas que generaron el conflicto. Una justicia que apenas inicia, y que ya ha sido mil veces cuestionada por aquellos que aún se benefician del conflicto armado o que tienen el chip tradicional de lógicas jurídicas ordinarias con el que quieren enfrentarlo o solucionarlo.

En cualquier caso, nada fácil. Aun bajo la mirada del Sur, estas nuevas nociones de justicia deberán lidiar con la racionalidad

jurídica tradicional, eso sí, sin abandonar su razón de ser, que es la culminación de la guerra en Colombia por medio de la creación de escenarios de paz que deberán ir más allá de sentencias, condenas, absoluciones, amnistías o indultos y, sobre todo, que deberán propender por la reconstrucción del tejido social, destruido por décadas. Por eso, en efecto, esta nueva justicia trascenderá el mundo de los jueces, que deberán aprender a reflexionar bajo una hermenéutica de paz, de perdón y reconciliación, y se impregnará en cada ámbito social y espiritual de quienes hasta ahora solo han heredado la historia del gran sufrir: tarea que no durará menos que lo que duró el conflicto.

I PARTE

La justicia transicional va más allá del mundo jurídico tradicional y ordinario: es la reconstrucción del tejido social

Como resistencia al monopolio normativo del Estado, surge, entre otras propuestas, el pluralismo jurídico latinoamericano que, ciertamente, no fue construido para ser explicado sino más bien aprendido y reconstruido en la interioridad de los pueblos del Sur.

El pluralismo jurídico no solo reconoce la posibilidad de que en un Estado coexistan varios sistemas jurídicos, la cual es una lectura eminentemente formalista, sino que respeta la

existencia de varias cosmovisiones, nacionalidades o etnias dentro de un mismo Estado o, en otras palabras, la alternativa de que cada comunidad pueda construir una historia común a pesar de sus fascinantes y maravillosas diferencias.

Colombia, a pesar de su ADN unitario y centralista, ha construido pluralismo jurídico en el mundo indígena, en lo ambiental, en la diversidad, y ahora lo hará en el mundo de la paz, al propender por un diálogo entre la arquitectura de una justicia especial, respetuosa de los estándares nacionales e internacionales, con la composición de una justicia local, territorial y comunitaria, en clave de víctimas y de reparación.

Y es que la construcción de la paz requiere de una amplia gama de nociones de justicia, puesto que reducir la lectura de lo justo a un solo significado impediría conciliar posturas contrarias en un proyecto común. He aquí el valor del pluralismo, el nuevo constitucionalismo, e incluso del neoconstitucionalismo: todos, aunque unos en mayor medida que otros, potenciarán cada vez más la proliferación de significados de justicia.

En Colombia, por ejemplo, desde una lógica de justicia ordinaria, conservadora o monista, habría sido imposible que el Gobierno y las ex Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, suscribieran un “Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. No en vano antes de la Constitución Política de 1991, puesto que la herencia del monismo privilegiaba una única propuesta regulativa legalista, y por ende ordinaria, habría sido algo más

que utópico plantear la posibilidad de negociar una paz exitosa entre dos actores del conflicto.

Sin embargo, este discurso no es comprensible aún para una nación acostumbrada a las lógicas de la guerra. De hecho, el Acuerdo fue, es y seguirá siendo cuestionado. Tan interiorizada estaba la guerra, que el plebiscito que avalaba el Acuerdo Final de paz perdió en las urnas. El “No” ganó en una sociedad altamente polarizada y presa del miedo, del odio y las innumerables “posverdades” que acompañaron y siguen presentes en el tema de la construcción de la paz¹.

Efectivamente, el 2 de octubre del año 2016, el Gobierno convocó un plebiscito por la paz. Los colombianos asistieron a las urnas para votar “Sí” o “No” a la pregunta: “¿Apoya usted el acuerdo final para terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera?” Al final del ejercicio electoral, el “No” ganó con 6.422.136 votos, esto es, el 50,23 % de la votación. El “Sí” obtuvo un total de 6.361.762 votos² Aun así, la abstención en este momento histórico llegó al 62.59%: la expresión de abstencionismo más alta de Colombia en los últimos 22 años.

¹ Cfr. M. F. González. La “posverdad” en el plebiscito por la paz en Colombia. *Nueva Sociedad*. pp. 114-126. 2017. Recuperado desde: http://nuso.org/media/articles/downloads/10.TC_Gonzalez_269.pdf

² Cfr. D. Arango. Con el ‘No’ en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso? *El Tiempo*. 2016. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626>

Hoy es claro que un asunto como el derecho a la paz no debió ser sometido a las *mayorías*³, que en realidad son las minorías (sufragantes activos); en una democracia constitucional es “ilegítimo someter a consulta ciudadana la existencia y el contenido de un derecho fundamental [...] y la paz en Colombia es un derecho constitucional”⁴. Porque supeditar el derecho a la paz a un mecanismo de participación, constituiría un ejercicio evidentemente contramayoritario, tal como lo reitera Ferrajoli, al afirmar que “sería impropio e inaceptable someter la paz, o sea, la solución pacífica y negociada del conflicto a cualquier tipo de consulta popular”⁵.

Un escenario neoconstitucional y una nueva hermenéutica abrieron el escenario de la justicia transicional

En Colombia, la gran ruptura con el positivismo legalista se produjo con la Constitución Política de 1991 que, a decir verdad, fue más un tratado de paz que otra “carta de batalla”⁶.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2016. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

⁴ R. Uprimny. ¿Puede ser refrendado el acuerdo de paz? *El Espectador*. 2016. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/opinion/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz-columna-616390>

⁵ L. Ferrajoli. La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Nueva Época* (45), 37-50. 2015.

⁶ Expresión ingenitada por el jurista y profesor Hernando Valencia Villa, para referirse a las diferentes constituciones de Colombia que, como dice en el texto *El derecho de los jueces*, “han tenido siempre algo en común: la dependencia y la manipulación a las que son sometidas según las conveniencias y los intereses del gobierno de turno, convirtiéndose así en verdaderas fichas de estrategia utilizadas como cartas de batalla”. *Cartas de Batalla*. Bogotá: Panamericana. 2010.

Sin embargo, muchos venenos se inocularon en este momento constitucional aupados bajo la crisis del modelo económico. De hecho, se sostiene que el asunto del modelo económico fue la máxima causa del cambio institucional; los demás hechos fueron utilizados para ambientar el momento, y por ello la nueva Carta Constitucional se caracterizó por incluir “las distintivas del modelo neoliberal”⁷. Aun así, diferentes fórmulas propias de un marco de arraigo neoconstitucional, con las características que este modelo constitucional implica, se impulsaron: Tribunal Constitucional, derechos fundamentales, constitución normativa y material, acciones constitucionales, sentencias herejes, nueva hermenéutica constitucional, neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo y hasta constitucionalismo democrático han aflorado del Texto Político de 1991.

Este modelo constitucional, que hermanó lo jurídico con lo político, inspiró la creación de diversas clases de lecturas y justicias: las sentencias herejes⁸ constituyen un buen ejemplo del nuevo ejercicio hermenéutico (dosis personal, eutanasia, ley de cuotas, los derechos de los niños, etc.). Asimismo, el tema de la justicia constitucional indígena y de sus territorios, hoy, por ejemplo, en proceso de reafirmación territorial, esto es, de los viejos resguardos a verdaderas entidades territoriales (así sea de manera transitoria, tal como dispone el Decreto

⁷ C. Ahumada. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora. 2002. p. 196.

⁸ Cfr. C. Gaviria Díaz. *Sentencias. Herejías Constitucionales*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2002.

No. 1953 de 2014) y las prerrogativas territoriales que esta situación conlleva en materia de distribución de competencias, participación en las transferencias intergubernamentales y su incidencia en el mejoramiento de nivel de vida y administración propia o autogobierno. Además del reconocimiento de la jurisdicción indígena, tan respetuosa de las lógicas ancestrales y culturales, pero tan ligada a la lectura y cierre del Texto Político y constitucional⁹.

En general, el modelo constitucional de raigambre participativo, con total afinidad histórica y cultural con el modelo de Estado social y democrático de derecho, se ha convertido en una forma de reivindicar la voz de los pueblos que alguna vez fueron reducidos por la colonización¹⁰. También se debe resaltar la creación de una tímida constitución ambiental, que si bien procede de una necesidad de reivindicación y emancipación de la cultura y la naturaleza, aún es demasiado antropocéntrica, o al menos lo es en comparación con los compromisos ecocéntricos de Bolivia y Ecuador¹¹.

⁹ Otro aspecto trascendental ha sido el desarrollo de la figura de la consulta previa: derecho fundamental que les asiste a las comunidades indígenas de decidir en pleno ejercicio de la democracia participativa sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas en sus derechos e identidad originaria.

¹⁰ Importantes sentencias, en desarrollo de los artículos constitucionales 2, 7, 40 y 330, así como del Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos tribales e indígenas), se han proferido en defensa de los derechos de las comunidades indígenas y demás grupos étnicos cuando garantías de democracia local, como la consulta previa, han resultado soslayadas (sentencias T-428 de 1992, T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998).

¹¹ Sin embargo, dignos desarrollos por vía jurisprudencial hoy se deben celebrar. Antes las tutelas provenían de las comunidades; hoy son las propias multinacionales (caso Mansarovar Energy Colombia Ltd.) quienes acuden a esta acción constitucional

Tampoco se puede desconocer la pluma plural de los jueces constitucionales que han reivindicado los derechos de la naturaleza y del medioambiente en Colombia, reconociendo como *sujeto* de protección a cargo del Estado a entidades vivientes que aunque se salvaguardaban constitucionalmente, no por ello dejaban de ser consideradas como *objetos* a disposición del hombre. La Sentencia T-622 (Corte Constitucional, 2016), por ejemplo, es una revolución en las anquilosadas formas de concebir ególatramente solo “al hombre” como sujeto de derechos, al ampliar dicha categoría al Río Atrato que, ciertamente, no debe concebirse como *un río*, sino como la representación del agua en la Tierra, porque todos los ríos son como el Atrato: de todos y cada uno dependen las condiciones básicas de la vida.

Valga destacar que la sentencia del Río Atrato es emblemática en Colombia y en América Latina, y que va muy en sintonía con el antecedente más importante de los derechos constitucionales de los ríos: caso del Río Vilcabamba¹². A este pronunciamiento se le agrega la connotación como sujeto de derechos que la Corte Suprema de Justicia le dio a la selva amazónica, víctima de intensa deforestación que se aproxima al peligroso punto

para dar por no válida la consulta popular realizada por los municipios que se niegan a la exploración de hidrocarburos en sus territorios. Cfr. J. Palomares. Duro tatequierto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional. El Espectador. 2018. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/duro-tatequierto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590>

¹² Corte Provincial de Loja, Sala Penal. Acción de Protección No. 11121-2011-0010.

de “no retorno”, luego de reafirmar su calidad de “pulmón del mundo” y “eje ambiental del planeta”¹³.

Son estas, sin duda, las sentencias propias de un Estado pluralista, que no solo considera esenciales a las expresiones genuinas de la población, sino también a las de la biodiversidad, gracias a la cual es posible la multiplicidad y proliferación de la cultura.

En este nuevo escenario constitucional han ido emergiendo distintas lecturas del derecho, en sintonía con una carta política normativa que no solo amplió su catálogo axiológico, sino que hizo una apuesta por la reinvenición de un país que hasta entonces solo había conocido la herencia de la guerra. La Constitución abrió el camino para la construcción de la paz, luego los jueces y la sociedad se sumaron a tamaña empresa política y jurídica.

II PARTE

*En este complejo marco constitucional
aparece el derecho a la paz y con él,
el inicio del cierre de guerra*

Puesto que la Asamblea Nacional Constituyente fue la voluntad del poder soberano que dio a luz al Estado social y democrático

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC 4360-2018. [M. P. Luis Armando Tolosa Villabona].

de derecho, y que uno de los valores supremos que la Asamblea pactó como imprescindible para una vida armónica en comunidad fue la paz, la justicia de transición gradualmente se convirtió en un mandato de constitucionalismo y democracia. Por eso, desde entonces, diferentes experimentos de justicia de transición se han llevado a cabo en Colombia: unos cuestionables a la fecha por sus débiles resultados (como los que se impulsaron por medio de la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011), y otros en plena construcción y expectativa (como el Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno y Las FARC, del 24 de noviembre del año 2016).

Impulsar el derecho a la paz es todo un ejercicio de arquitectura y negociación constitucional. No es para menos, la nación llegó al pacto constitucional de 1991 realmente amedrentada y atemorizada. La sociedad civil se había convertido en el blanco directo del conflicto y la ingobernabilidad territorial era rotunda. Las guerrillas (para esta época, fuertes militarmente, débiles ideológicamente, pero intentando procesos de negociación), sumadas a los grupos de autodefensa (paramilitarismo) y al *ethos* mafioso que ya había carcomido la sociedad y la institucionalidad, haciendo de las suyas en un Estado que para la fecha se consideraba fallido.

El narcotráfico, bastante crecido para la época, se infiltró en toda la sociedad colombiana, en la mayoría de las instituciones y en las altas esferas del poder. Este último se convirtió en el instrumento predilecto de financiación de la guerra. Así, todas las fuerzas ilegales se unieron a manera de olla de

presión en plena explosión, generando el contexto necesario para la construcción de una nueva carta política. Hoy perviven las lógicas mafiosas; superar este estigma llevará décadas de reconstrucción. La marca cultural pervive.

Es importante recordar que para 1991 ya se habían intentado diversos procesos de negociación con los grupos guerrilleros, dentro de lógicas de amnistía e indulto, esto es, de perdón y olvido (nada bajo la mirada del mundo jurídico transicional ni en clave de víctimas).

De manera especial, con las FARC, tres gobiernos impulsaron procesos de salida del conflicto (antes y después de la Constitución Política de 1991): Belisario Betancur (1982 – 1986), César Gaviria (1990 – 1994) y Andrés Pastrana (1998 – 2002). Con Betancur (1982-1986), se lograron los acuerdos de la Uribe que llevaron a la creación del partido de la Unión Patriótica, uno de los antecedentes más dolorosos de la Constitución Política de 1991. De las armas a la política, tamaña pretensión, terminó con la muerte de más de 3.000 miembros de este partido popular y de izquierda. Al final, esta guerrilla se replegó en las montañas o bajo la estrategia de “foquismo urbano”, muy fortalecida militar y económicamente. Toda esta fuerza será mermada durante los dos gobiernos del presidente conservador Álvaro Uribe Vélez y su contundente proceso militar de exterminio. Objetivo no logrado plenamente, pero que contribuyó a sumar causas para la futura negociación que se llevaría a cabo entre los años 2012 y 2016, para culminar con la suscripción del Acuerdo Colón, el 24 de noviembre del año 2016.

Otras guerrillas cerraron proceso negociación bajo los principios de perdón y olvido. Por ejemplo, el denominado M-19, actor de un hecho abominable, esto es, la toma del Palacio de Justicia (1985) y de la muerte de magistrados, juristas, funcionarios y sociedad civil, por supuesto, no culpabilizándolos de forma única sino sumado a la excesiva reacción de una fuerza pública enloquecida por la “Teoría de la Seguridad Nacional” que, embebida en la recuperación de la democracia a bala, torturas, desaparecimientos y muertes, hicieron de las suyas a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Hoy varios de sus exintegrantes hacen parte del mundo político y social colombiano, alcaldes, congresistas y candidatos a la presidencia. Un final feliz en materia de participación política (de las armas a los votos), por supuesto, un cierre lejano a lo que hoy se aspira en materia de justicia de cierre de guerra que conlleva, entre otros, a la aplicación de sanciones y a la reparación integral de las víctimas.

El denominado Ejército Popular de Liberación (EPL) y una guerrilla de origen étnico (Quintín Lame) también hicieron parte de estos procesos de negociación. Hoy perviven reductos de la primera nombrada, algunos de ellos aliados con grupos paramilitares. Toda una pena cuando de la negociación y entrega de armas regresan a las lógicas de la guerra o de la criminalidad.

La mayoría de estos actores hicieron parte del poder constituyente de 1991, ellos y actores conservadores, liberales, cristianos, etc., construyeron el nuevo Texto Político e insertaron un

artículo fundamental para la creación del marco transicional que hoy se está desarrollando.

Aparece así, el artículo 22 de la Constitución Política. Un artículo que señala: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Nada pacífica la inclusión de este artículo. Julieta Lemaitre recuerda que la inserción de este artículo fue descartada en varias oportunidades por los constituyentes. Su adalid, Diego Uribe Vargas, debió hacer un esfuerzo político y jurídico para justificarla en el decálogo de derechos. Y es que “en medio del terrorismo de Pablo Escobar y de la impotencia del Estado para proteger incluso a sus mejores jueces, escribir que existía un derecho a la paz parecía algo utópico, irreal”¹⁴. De hecho, el ministro de gobierno de ese entonces, Humberto de la Calle, “visitó la Comisión Primera para decir que se trataba de un derecho que no tenía lugar en la carta pues no era exigible ante un juez”¹⁵. No fue sino por “la insistencia apasionada de Diego Uribe Vargas que se logró que quedara el artículo 22, su visión del “derecho síntesis,” en la Constitución”¹⁶.

Como lo señala Enrique Gaviria Liévano, ser decentes en materia de derechos y coherentes con el marco internacional y “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuatro

¹⁴ J. Lemaitre. La Corte Constitucional y el derecho a la paz. *La Silla Vacía*. 2017. Recuperado desde: <http://lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081>

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

convenciones de Derecho Internacional Humanitario de 1949 y sus dos protocolos adicionales sobre conflictos armados internacionales y no internacionales o internos”¹⁷, así como con el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional de Justicia, justificaba plenamente esta adición o inserción.

Sin esta inclusión, hubiesen sido imposibles diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho a la paz y la creación de su marco jurídico. Así lo reitera Lemaitre, cuando señala que este derecho fue ignorado hasta el año 2004, cuando apenas fue invocado para “declarar la constitucionalidad de normas originadas en el derecho internacional”¹⁸. Sin embargo, a partir de este momento es mencionado en sentencias relevantes para la culminación del conflicto en Colombia, por ejemplo, “la T-025, la famosa tutela que dio inicio al gran litigio de los desplazados contra el Estado Colombiano [...] la C-048/01 que ayudó a permitir la negociación con las guerrillas al declarar constitucional la ley que regulaba la facultad presidencial de negociar acuerdos de paz con grupos armados [...] la C-370 de 2006 que le abrió el paso a una Ley de Justicia y Paz más cuidadosa con los derechos de las víctimas y, más recientemente, posibilitó el plebiscito de octubre pasado (C-379/16)”¹⁹. Igualmente, hay que destacarlo, este derecho sigue presente en la lectura de constitucionalidad que realiza la Corte a los documentos normativos que surgían vía *fast track*,

¹⁷ E. Gaviria Liévano. La paz es un derecho constitucional. *El Tiempo*. 2015. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16400287>

¹⁸ J. Lemaitre. Op. cit.

¹⁹ *Ibid.*

o ahora mediante el procedimiento legislativo ordinario, del proceso de implementación del Acuerdo de la Habana.

Como se puede ver, desde la superación del Estado legal, la paz adquirió la categoría de derecho, no solo por ser uno de los valores supremos que se reivindicó junto con el valor normativo de la parte dogmática de las constituciones, sino porque la paz es un clamor naturalmente humano, que debe custodiarse jurídicamente como una garantía de armonía de los pueblos, que tal como incurren en guerras, requieren, asimismo, de instrumentos de construcción de paz para ser síntesis de tiempos de conflicto y de tregua.

Finalmente, ya que todo proceso de transición lleva aparejada la pregunta por el arquetipo del custodio, valga decir que el guardián de la paz, al igual que lo que ocurre con el guardián de la constitución, debe procurar un punto medio entre la supuesta salvaguarda que aseguran el parlamento, el jefe de Estado (Schmitt)²⁰ y los jueces (Kelsen)²¹. Los diversos poderes del Estado deben trabajar de forma armónica en la defensa de este derecho, sobre todo, porque cuando se deja en manos de un legislador *omnipotente* la constitución y la paz, la ley acaba siendo guardiana de las elites y las burocracias. Lo propio ocurre con los tribunales o los jefes de Estado, que podrían monopolizar dicho derecho alterando de forma significativa la lógica de pesos y contrapesos.

²⁰ C. Schmitt. *La defensa de la constitución*. Barcelona: Labor. 1931.

²¹ H. Kelsen. *Quién debe ser el defensor de la constitución*. Madrid: Tecnos. 1995.

En efecto, para evitar excesos en alguno de los poderes, el papel del pueblo es fundamental. No en vano insistentemente ha sido el máximo intérprete de toda vida en colectividad y, en consecuencia, el constituyente de toda comunidad política. No obstante, esto no quiere decir que el pueblo, al fungir como guardián de los custodios, contramayoritariamente pueda negar la posibilidad de que una nación se reinvente por medio de un proyecto de reconciliación y diálogo; de hecho, la noción *absoluta* de poder constituyente también tiene sus límites; los valores supremos no pueden ser eclipsados por la supuesta siempre progresiva luz de la voluntad democrática.

El sistema de justicia especial para la paz no ha sido el único experimento en lógica transicional²²

El primer esfuerzo por impulsar un experimento de justicia transicional en Colombia, adelantado por intermedio de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), ha sido seriamente cuestionado. Una normatividad construida para el mundo de los victimarios paraestatales y de espaldas a la sociedad civil y las víctimas, a pesar de ser inspirada en lógicas de transición.

²² Aunque la lectura que se hará de los modelos de justicia implementados por medio de las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011 tendrá un enfoque crítico, esto no quiere decir que se desconozcan los valiosos insumos que estos instrumentos de transición aportaron en materia de construcción de memoria histórica, restitución de tierras y lógicas restaurativas.

Por medio de esta normativa se pretendió “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Artículo 1).

No obstante, aunque se precisó que se entiende “por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones”, esta Ley *favoreció* de manera prevalente la desmovilización de paramilitares, puesto que el gobierno de Álvaro Uribe solo acordó la misma con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). De manera excepcional, algunos miembros de grupos guerrilleros se beneficiaron con esta normativa.

La Ley 975 debía desarrollarse en 8 años, esto es, de 2006 a 2014. No obstante, fue prorrogada hasta el año 2018, ya que la tarea para la cual fue creada (adelantar la investigación y el juzgamiento de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares), ha sido precariamente cumplida. Falta esperar el balance final. Hasta octubre de 2016, en materia de eficacia, administración de justicia y respeto a las víctimas, la Ley arrojó míseros resultados. Por ejemplo, de los 36.000 paramilitares que se desmovilizaron entre 2003 y 2006, 4.408 se postularon a esta normativa que les permitía beneficiarse de penas de máximo 8 años. No obstante, cerca de 2400 ex-AUC han sido expulsados por no satisfacer la garantía restaurativa del derecho

a la verdad. En efecto, tan solo cerca de 2000 exmiembros de las AUC siguen activos²³.

Otro tema cuestionable, es el número ínfimo de sentencias proferidas: según comunicado de Prensa no. 49, del año 2017, de la Contraloría General de la República, “tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz y \$11 billones invertidos: tan solo se han condenado 195 postulados en 47 sentencias”²⁴. Lo cual, en otras palabras, quiere decir que solo hay 22.880 condenas de los 312.611 delitos cometidos por organizaciones paramilitares²⁵.

Así mismo, la escasa participación de las víctimas en el proceso es otro asunto preocupante. Incluso, según cifras del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia —ProFis—, se estima que las víctimas que participan en las audiencias prácticamente no tienen ninguna interlocución con los postulados. De hecho, en promedio participan con una sola pregunta²⁶. Por otra parte, el irrisorio reconocimiento de las víctimas también es patente. La Fiscalía reportó un número de 386.413 víctimas, de las cuales solo 166.276 han sido reconocidas como tales,

²³ Justicia para los ‘paras’, a mitad de camino luego de once años. *El Tiempo*. 2016. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/avance-de-la-ley-de-justicia-y-paz-con-los-paramilitares-36010>

²⁴ Contraloría General de la República. Comunicado de Prensa no. 49. 2017.

²⁵ Este imperio del delito comprende una amalgama de conductas típicas. Las más recurrentes, son: homicidios y asesinatos, desplazamiento forzado y desaparición forzada. Cfr. Justicia para los ‘paras’, a mitad de camino luego de once años. Op. cit.

²⁶ A. Forer. La participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional—el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz. En: C. L. Díaz. (Ed.). *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional* (pp. 11-56). Bogotá: ProFis. 2011.

esto es, el 43%²⁷. Nada más alejado al balance que comprendería un verdadero, en tanto emancipador y reivindicador de condiciones de vida digna, modelo de justicia transicional.

Sobre la no repetición, los resultados tampoco son esperanzadores. De hecho, facciones de los carteles de la droga que se han *desmantelado* y los grupos paramilitares que se han *desmovilizado*, han mutado en nuevas organizaciones criminales: entre otras, los Rastrojos y los Urabeños. Esto, en consecuencia, ha inspirado nuevas formas de la guerra o de la criminalidad en Colombia, bajo un aparente estado de justicia transicional que, en nuestro criterio, es lejano a la verdad y el respeto a las víctimas, sobre todo, porque varios de sus beneficiarios vuelven al ciclo de la criminalidad y de la economía del narcotráfico, la minería ilegal y el lavado de activos internacionales, entre otras. Mientras tanto, el Gobierno no ha hecho más que ufanarse de datos que no son más que espejismos, al afirmar que ha combatido y reducido el número de “bandas criminales”, cuando, en realidad, estos grupos han sido absorbidos por otros, como es el caso de los Paisas y los Machos²⁸.

Por otra parte, muy a propósito con las razones históricas que dieron origen al conflicto en Colombia, tan ligado a la

²⁷ Cfr. Justicia para los ‘paras’, a mitad de camino luego de once años. Op. cit.

²⁸ Centro de Estudios Estratégicos. *Grupos Neo-Paramilitares se Consolidan en Colombia*. 2013. Recuperado desde: <http://cespe.espe.edu.ec/page/143/?pid=1&lic=75833767>; Cfr. Corporación Nuevo Arco Iris. Informe–Del Caguán a la Habana. 2013. Recuperado desde: [https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+\(01\)-%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf](https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+(01)-%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf)

inequitativa distribución de la tierra, se profirió la Ley 1448 de 2011, conocida bajo el nombre de “Ley de víctimas y restitución de tierras”. No obstante, los resultados fruto de la aplicación de esta normativa también son preopantes.

De hecho, aunque esta ley pretendió establecer un conjunto de medidas [...] encaminadas a la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno (artículo 1), la misma clasificación de quién puede ser considerado como víctima y quién no, ya es problemática. Para esta normativa, solo tendrán pleno acceso al proceso de restitución quienes sufrieron un despojo ilegal después de 1991; quien fue víctima de hechos atentatorios entre los años 1985 y 1991, solo recibirá una compensación económica. El caso más polémico es el de las personas que hayan sido víctimas de despojo o alguna conducta lesiva de sus derechos antes de 1985: estas personas solo serán *reparadas* en términos simbólicos²⁹.

Asimismo, la puesta en marcha de esta normativa ha enfrentado el difícil contexto de pretender restituir tierras y reparar víctimas, mientras la causa del despojo y de la vulneración de los derechos humanos aún pervive: los grupos paramilitares. En efecto, paradójicamente, no hay mayor enemigo para la Ley 1448 de 2011 que la Ley 975 de 2005, responsable de la fallida desarticulación, investigación y juzgamiento de los *exmilitantes* de las AUC.

²⁹ Cfr. P. Martínez Cortés. *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto*. Berlín: Forschungs- und Dokumentationszentrum. 2013. p. 13.

Esta paradoja, que es preocupante, por cuanto no hay nada más insólito que una medida alternativa atente contra otra, es a la vez aterradora, dado que las cifras de reparación son irrisorias comoquiera que no ha sido posible restituir predios ni reivindicar la condición civil de las víctimas puesto que organizaciones paraestatales, en maridaje con facciones del Gobierno, carcomen como un cáncer las buenas propuestas de una ley que no es más que una indefensa paloma en un país de tiburones. Por esta discordancia entre buenos propósitos y condiciones objetivas de implementación, en el año 2015, por ejemplo, solo se registró la indemnización de cerca de 500.000 víctimas, de un aproximado de 6.5 millones. Asimismo, de los dos millones de hectáreas que se pretendían restituir, solo se hizo lo propio con alrededor de 85.000³⁰. A su vez, valga destacar que ninguno de los procesos de reparación colectiva ha culminado; la misma suerte han corrido los de reparación individual: adolecen de indemnización administrativa cerca del 93% de las víctimas³¹.

Así pues, no queda duda de que estos *experimentos* de justicia transicional arrojaron un precario resultado en términos de

³⁰ Cfr. Agencia de Prensa IPC. Balance agridulce de la Ley 1448. 2015. Recuperado desde: <http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2015/06/11/balance-agridulce-de-la-ley-1448/>; A. Rettberg. Ley de Víctimas: logros y retos. *El Espectador*. 2015. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/ley-de-victimas-logros-y-retos-articulo-564984>

³¹ Cfr. Redacción Judicial. El 93% de las personas registradas por la Ley de Víctimas no ha sido indemnizada. *El Espectador*. 2017. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/falta-por-indemnizar-al-93-de-las-personas-registradas-por-la-ley-de-victimas-articulo-709400>

administración de justicia, verdad, reparación y no repetición. Incluso se le identifica, a la primera, como una *fórmula* de impunidad sin precedente en beneficio de victimarios paraestatales, y a la segunda, como una ley formalmente prometedora en materia de reivindicación de los derechos de las víctimas, pero materialmente ineficaz, puesto que jamás se pudo implementar, y por eso restituir las tierras de quienes fueron despojados de ellas no es más que un inmenso espejismo.

III PARTE

Un marco jurídico para la paz de cara a una nueva transición

En el laboratorio colombiano de justicias de transición, no fue sino hasta la reforma introducida por medio del Acto Legislativo 01 de 2012 que se abrió un espacio constitucional para el establecimiento de instrumentos jurídicos tendientes a “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”. Es decir, solo hasta el año 2012 por primera vez en nuestra historia se buscaron asegurar primero las condiciones de la terminación del conflicto antes que la expedición de normativas propias de un escenario de justicia transicional en clave de posconflicto, como fallidamente se procuró por medio de las leyes 975 y 1448. Por este soporte a la fase de transición, el Acto Legislativo 01 de 2012 es conocido como la génesis del Marco Jurídico para la Paz.

Muestra de que el Marco Jurídico para la Paz no representa ningún atentado contra la Constitución, sino que más bien simboliza una evolución democrática en el Estado, son las sentencias que conocieron de la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012. En sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, que incorporó el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, en el entendido de que el diseño de las normas de justicia transicional no representa una sustitución de la Constitución sino que más bien implica la flexibilización de las lógicas ordinarias de la persecución penal. Asimismo, por medio de la sentencia C-577 de 2014, se declaró exequible el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012, que incorporó el artículo transitorio 67 de la Constitución, en el entendido de que la participación en política de quienes como resultado de un proceso de transición se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, tampoco constituye una transgresión, como sí una ampliación, del marco democrático participativo establecido por la Constitución Política de 1991.

Gracias a esta reforma constitucional, se facultó al gobierno para adelantar diálogos de paz con Las FARC y, asimismo, se trazó la hoja de ruta de toda la negociación. La feliz armonía entre los diálogos y el Acto Legislativo se puede evidenciar en la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2016, mediante el cual se establecieron “instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción

de una paz estable y duradera”. Por medio de este Acto, se crearon el procedimiento legislativo especial para la paz (*fast track*)³², las facultades presidenciales para la paz³³ y el Plan de Inversiones para la Paz. Igualmente, la reciprocidad entre los diálogos y el Acto Legislativo 01 de 2012 se refleja en la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y en el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2017, así como en la regulación de amnistías e indultos por los delitos políticos y los conexos a estos, comprendida en la Ley 1820 de 2016; no en vano, estos instrumentos, junto con otros de igual relevancia, como la fijación de los criterios de priorización y selección de casos y la reglamentación de la participación en política de todo aquel que se desmovilice y reincorpore a la sociedad civil, fueron desarrollados en el marco de los mecanismos de justicia transicional contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2012.

El Marco Jurídico para la Paz, en efecto, no solo pretendió fijar responsabilidades, desmovilizar grupos armados o reparar materialmente a los ofendidos; es la garantía de satisfacción de los derechos de las víctimas expresada en cada uno de los instrumentos establecidos, entre ellos, la Jurisdicción Especial

³² Mecanismo a través del cual se flexibilizó el procedimiento ordinario de trámite legislativo requerido para aprobar leyes o reformas a la Constitución, siempre, claro, que estas tengan relación con la implementación del Acuerdo de Paz. Con este mecanismo —“vía rápida”— se logró reducir, a la mitad, la cantidad de debates respectivos.

³³ El procedimiento legislativo especial para la paz y las facultades presidenciales para la paz, fueron declarados exequibles, previa acción pública de inconstitucionalidad, mediante la Sentencia C-699/16.

para la Paz (JEP): modelo de justicia *sui generis* en el mundo, pensado a la luz del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Así pues, no queda duda de la importancia de reflexionar primero sobre las condiciones de la paz, antes que reglamentar normas lejanas a la realidad de un escenario de guerra. A modo de analogía: así como una partida de ajedrez sin unas reglas conocidas por cada jugador no sería más que un ejercicio de improvisación entre dos contendores que buscan vencer, intentar construir escenarios de posconflicto sin unas condiciones jurídicas que aseguren la transición no sería más que un ejercicio fallido entre dos partes que pretenden la paz. El marco Jurídico para la Paz, por su parte, se parece al ajedrez en lo atinente al respeto por las reglas; pero se diferencia del mismo porque aquí nadie pierde, a excepción de la guerra, que durante tantas décadas nos tuvo en jaque mate.

Nueva transición y lógica de justicia en Colombia

Diferentes circunstancias políticas, sociales y económicas llevaron a que este proceso culminara con un acuerdo. En todo caso, un proceso interesante que llevó a la construcción de un documento fascinante para el constitucionalismo y los derechos humanos, en donde el primer punto estuvo cifrado en la mayor causa del conflicto: la tierra, eso sí, sin ir más allá de una “reforma rural integral” y no una “estructural” propia de este Estado que padece tan lamentable e inequitativa

distribución de la propiedad. El tema de tierras está bloqueado. Un informe de las Naciones Unidas del 22 de octubre de 2017 habla sobre el fondo de tierras que debe crear el Estado para entregar a los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente. “Pero el Estado no sabe cuántos baldíos tiene y tampoco ha recuperado las tierras usurpadas a las víctimas del conflicto armado”³⁴. Según el investigador Darío Fajardo, miembro de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, “hay entre 6 y 8 millones de hectáreas que fueron usurpadas durante el conflicto. ¿Dónde están? Las comunidades no vivían en el aire. Estas tierras existen pero hay que recuperarlas”³⁵. El compromiso es distribuir tres millones de hectáreas para los diez primeros años y formalizar siete millones de hectáreas. El reto sigue en pie, y la tarea no durara menos de diez a veinte años.

Y ante la muerte de 3000 líderes del otrora partido político de la Unión Patriótica³⁶, el documento contiene interesantes

³⁴ Oficina del Alto Comisionado. Naciones Unidas – Derechos Humanos – Colombia. El difícil horizonte del Fondo de Tierras para la Paz. 2015. Recuperado desde: <http://www.hchr.org.co/index.php/compilacion-de-noticias/93-tierras/6076-el-difcil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz>

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Partido político fundado en 1985 que representó un punto de inflexión en la historia del país. Su trascendencia se debe a que, por una parte, marcó un canon en las anquilosadas formas de concebir la política en Colombia; por primera vez, la oposición pudo hacer contrapeso a los hegemónicos partidos de élite. Por otra parte, la Unión Patriótica (UP) fue la conquista política más prometedora que tuvo Colombia en el siglo XX para transitar hacia la paz, en tanto logró dar un lugar a quienes optaron por dejar las armas para reivindicar su palabra como único instrumento capaz de mitigar los desequilibrios y las injusticias. No obstante, como toda gran ruptura, la UP se percibió como un colosal peligro para algunos sectores retardatarios de ultraderecha que ante el temor de que este movimiento de plena acogida por el pueblo colombiano revolucionara estructuralmente el país, no vieron más opción que emprender un plan

propuestas, necesarias para la reincorporación política de los excombatientes y también para el fortalecimiento de la democracia colombiana. Se resalta la creación del nuevo partido político de las FARC (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común), por cierto de poca aceptación en Colombia y de lamentable éxito en las urnas³⁷; la asignación de diez curules en el Congreso (cinco en Cámara de Representantes y cinco en Senado, las cuales están garantizadas³⁸ (desde 2018 y hasta el 2026), y una de las más importantes, la próxima y aún compleja creación de dieciséis circunscripciones de paz para representación de víctimas y grupos sociales en el Congreso de la República³⁹, entre otros aspectos.

Además, un lugar trascendental ocupó el tema del cultivo de coca, tan involucrado con la guerra en Colombia, pero que a su vez ha sido el mecanismo de subsistencia de miles de campesinos abandonados por el Estado, que vieron en esta actividad la única salida ante la pobreza y una forma de subsistencia. La sustitución es parte de la tarea, así como la férrea criminalización de la comercialización.

de exterminio contra todos y cada uno de sus miembros. Si de casos de genocidios políticos se trata, el de la Unión Patriótica es uno de los más escabrosos e infames de todos los tiempos.

³⁷ En las elecciones legislativas del presente año, por ejemplo, este nuevo partido obtuvo cerca de 50.000 votos (0.34%) para el Senado. Cfr. ¿Cómo les fue a la FARC en las urnas? *Semana*. 2018. Recuperado desde: <https://www.semana.com/nacion/articulo/resultados-elecciones-congreso-como-les-fue-a-la-farc/560000>

³⁸ Independiente a los precarios resultados que obtengan en las contiendas electorales.

³⁹ A la fecha de presentación, este propósito ha sido bloqueado por el Congreso de la República.

Y, por supuesto, las víctimas, porque el Acuerdo, en principio, no se realizó en lógica de victimarios u ofensores, aunque estos también fueron víctimas de las circunstancias. Es decir, el Acuerdo debe leerse en clave de víctimas, ávidas de verdad, justicia, no repetición y reparación.

El derecho a la verdad como garantía de reconstrucción social⁴⁰

El modelo de justicia transicional que se implementó en Colombia con el Acto Legislativo 01 de 2017, a través del cual se creó un título de “disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera”, resultado del Acuerdo Final construido mediante los diálogos de paz en la Habana, es genuino e inédito en el mundo.

El derecho a la verdad, que es lo primero que se pierde en toda guerra, en el esquema colombiano de justicia de transición pretende ser reconquistado a través de formas dialógicas, no litigiosas ni adversariales. Pues clásicamente la garantía de verdad que se ha alcanzado por las vías alternativas de justicia ha sido una verdad procesal e histórica, que más que sanar,

⁴⁰ Las reflexiones expuestas en este apartado tuvieron como fuente de inspiración al profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, quien en el evento titulado “Cita con los magistrados de la JEP. Una pedagogía para la paz en función de las víctimas”, realizado el día 9 de abril del año 2018, en la Aula Máxima de la Universidad Libre, sede Bogotá, compartió sus disertaciones sobre la ontología y la originalidad del modelo que representa la Jurisdicción Especial para la Paz.

paradójicamente ha querido ser olvidada en muchos casos por las víctimas.

Coaccionar a un ofensor para que le confiese a una madre en dónde está la fosa común de su hijo o esposo, por ejemplo, tiene una finalidad altruista; no obstante la forma es inocentemente destructiva y dolorosa, por cuanto reafirma las categorías de “víctima” y “victimario”, en vez de velar por recomponer la de “personas” por intermedio del diálogo y el perdón, que es lo que nos hace verdaderamente humanos, a diferencia de la venganza y el castigo, que no hacen más que heredar a los que aún no han nacido la herencia del gran sufrir.

Ya que una verdad que carece de belleza en sus formas es otra manera de postergar el sufrimiento y generar el deseo de olvidar, con el procedimiento dialógico entre ofensores y ofendidos, en cambio, se pretende construir una verdad sanadora —terapéutica— y con ella, más que la restauración de los patrimonios económicos, la reconstrucción de las relaciones humanas en una cultura que se hizo llamar por mucho tiempo “nación”, aunque la violencia de la colonización, que fue reafirmada años más tarde por las lógicas de centralización y positivismo, tan propias de la Modernidad y el Estado de derecho, hubieran diluido nuestras leyendas y relatos originarios, esto es, la verdad mítica que le sirve a los pueblos para trazar futuros comunes, más que ciertos, bellos y orientadores de una vida en comunidad.

La verdad, como epicentro de este proyecto humanizador de justicia de transición, será el vaso comunicante de la Jurisdicción Especial para la Paz, concebida en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, específicamente, y del punto 5 del Acuerdo Final (elaborado en atención a las víctimas), en términos generales. Así pues, la verdad se constituye como el paradigma a través del cual se pretende romper la histórica camisa de fuerza del retribucionismo penal: canon alguna vez pensado por los griegos que fue desarrollado a lo largo de los siglos por grandes filósofos, juristas y teóricos. Incluso, la enseñanza kantiana de que cada uno responde por lo que se merece⁴¹ fue muy a tono con la adjudicación del monopolio de la violencia en el Estado que, como forma de legitimación de su poder de coacción, fundamentó la pena como respuesta estatal al delito.

Ya que la defensa de la verdad es, en gran medida, la defensa de la transición, y puesto que solo por medio de las vías alternativas de justicia será viable el milagro de transformar las causas objetivas del conflicto, el ofensor que no satisfaga las expectativas de verdad, dará a entender que desconoce el marco normativo y excepcional de la paz, y por eso, entonces, será tratado bajo lógicas adversariales clásicas. Lo propio pasará con quien no reconozca responsabilidad ni vele por la reparación integral de las víctimas, que en todo caso siempre requerirán de las garantías de verdad material y objetiva.

⁴¹ Cfr. I. Kant. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos. 2005.

Un acercamiento al modelo transicional fruto de los diálogos de la Habana. Una propuesta que va más allá de lo jurídico

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición está compuesto por diferentes mecanismos y medidas tanto judiciales como extrajudiciales que, en concordancia con un modelo eminentemente reconciliador, pretende hacer del aseguramiento del derecho a la verdad, la garantía de reconciliación y no repetición de los hechos atentatorios de derechos humanos⁴².

Una de las medidas alternativas más relevantes, puesto que es garante de la reconstrucción del derecho a la verdad, por ejemplo, es la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, modelo genuino, original y hasta arriesgado que creó una nueva estructura para abordar un caso de cierre de guerra. Esta Jurisdicción se caracteriza por reconciliar dos tipos de procedimientos: uno litigioso o adversarial, en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y otro dialógico o no controversial, en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad⁴³.

⁴² Cfr. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 2016.

⁴³ La Jurisdicción Especial para la Paz “está compuesta por una Secretaría Ejecutiva y cinco órganos: La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía e Indulto; la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; la Unidad de Investigación y Acusación y el Tribunal para la Paz, que está integrado, a su vez, por cuatro secciones: (i) Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; (ii) Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; (iii) Sección de apelación; (iv) Sección de revisión”. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Jurisdicción

En lo atinente al ámbito de aplicación, valga precisar que esta Jurisdicción tiene un triple enfoque que se destinará a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto; esto es: los exmiembros de las FARC que hayan suscrito el Acuerdo; los agentes del Estado que tengan alguna relación con el conflicto, por haber cometido delitos en razón de este; y los terceros (financiadores o colaboradores del conflicto) que voluntariamente comparezcan ante la JEP⁴⁴.

Especial para la Paz. Recuperado desde: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdccion-especial-paz.html>; *Acuerdo Final*.... Op. cit.

^{1a} JEP está constituida por treinta y ocho magistrados. De estos, dieciocho se distribuyeron entre las tres salas de justicia: seis hacen parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; seis, de la Sala de Amnistía e Indulto, y seis, de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Los veinte magistrados restantes integran el Tribunal Especial para la Paz, así: cinco están en la Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; cinco, en la Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; cinco, en la Sección de apelación, y cinco, en la Sección de revisión.

⁴⁴ En Sentencia C-674 de 2017, la Corte manifestó que “el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad [...] la Corte señaló que si bien, dentro del principio de juez natural es posible crear tribunales especiales, y hacer cambios de competencia, el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública a la JEP, implicaría radicar en un órgano jurisdiccional autónomo, configurado a partir de unos particulares objetivos, la competencia para juzgar los delitos y las demás infracciones relacionadas con el conflicto armado cometidas con anterioridad a su creación, a partir de principios y reglas ajenas a las que irradiaron el diseño de la jurisdicción en la Constitución de 1991, tanto en su conformación como en su estructura y funcionamiento, y que además, en relación con tales terceros, puede no satisfacer las garantías de independencia interna y externa y de imparcialidad.” Corte Constitucional. Sentencia C-674/17. [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

En sintonía con la política judicial de transición, y para los delitos no susceptibles de indulto o amnistía⁴⁵, el Tribunal podrá imponer tres tipos de sanciones: propias, alternativas y ordinarias. Las propias tendrán cabida cuando el ofensor satisfaga el principio operativo del procedimiento no adversarial o dialógico, esto es, el derecho a la verdad por medio del reconocimiento de responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de la JEP. Estas sanciones tendrán una función reparadora y restaurativa⁴⁶, y aunque representarán una restricción para los derechos de libertad de movimiento y de residencia, no los anularán en tanto que no incluirán penas privativas de libertad. Las sanciones propias tendrán, por regla general, una duración que oscilará entre los cinco y los ocho años; cuando el ofensor no haya tenido una participación determinante en el delito, la pena será de dos a cinco años.

Las sanciones alternativas, a su vez, tendrán lugar cuando el ofensor reconozca tardíamente verdad ante la Sección de enjuiciamiento y antes de que se haya proferido sentencia⁴⁷. Estas sanciones, puesto que el ofensor ciertamente estará en un punto medio entre el procedimiento dialógico y el

⁴⁵ La JEP podrá conceder amnistías o indultos para el caso de delitos políticos y conexos; los delitos de lesa humanidad y genocidio, así como los graves crímenes de guerra, no serán amnistiables ni indultables.

⁴⁶ Entre otras, las actividades podrán comprender la “limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos; la construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.” *Acuerdo Final*.... Op. cit., p. 173.

⁴⁷ *Acuerdo Final*.... Op. cit., pp. 157, 165 y 174.

controversial, tendrán un componente retributivo, en tanto comprenderán la tradicional pena de prisión, pero tendrán naturaleza transicional dado que la duración de la restricción efectiva de la libertad oscilará entre los cinco y los ocho años. Así pues, esta modalidad de sanción, a propósito de la simbiosis de procedimientos y nociones de justicia, tendrá una identidad ambivalente, justificadamente híbrida.

Finalmente, las sanciones ordinarias procederán cuando no haya reconocimiento de responsabilidad. En este caso, y previa condena por parte del Tribunal para la Paz, la pena privativa de libertad oscilará entre los quince y los veinte años⁴⁸. Como se puede ver, la función de esta sanción, en correspondencia con la no optimización del alcance de la garantía restaurativa de verdad por parte del ofensor, será eminentemente retributiva.

Es la nueva hermenéutica para leer el derecho a la verdad, entonces, lo que ciertamente hace de este modelo transicional, un modelo único en el mundo. El derecho a la verdad, incluso, así como determina el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, es la piedra angular de los demás mecanismos judiciales y extrajudiciales que integran el nuevo sistema de justicia. Con la convicción de que solo de esta forma será posible iniciar un proceso de recomposición de la cultura: patrimonio humano de todo pueblo que desee tener un futuro común, por primera vez en Colombia un modelo de transición fue acompañado con una Comisión para el

⁴⁸ *Ibid.* pp. 166 y 175.

Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: mecanismo de reconstrucción de memoria histórica que dará testimonio de lo que ocurrió en estos últimos sesenta años; no en vano las fórmulas de perdón y olvido, traducidas en medidas absolutas de amnistía o indulto, son la primera negación de justicia, porque son la mayor privación de verdad. Argentina, Guatemala y Sudáfrica, entre otros, dieron cuenta de esta enseñanza desde su experiencia de transición.

Adicionalmente, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, cuyo gran objetivo principal es humanizar las secuelas de la guerra, por una parte, facilitando que quienes perdieron a sus seres queridos en razón del conflicto puedan reencontrarse con sus restos, llorar a sus muertos, darles una digna sepultura; es decir, reconstruir la historia de los que nunca volvieron, y por otra, optimizando medidas efectivas que velen por hallar el paradero de quienes aún se encuentran con vida.

Asimismo, en sintonía con estas nuevas formas de justicia, se implementarán medidas para la construcción de la paz, tendientes a velar por la satisfacción de los derechos de las víctimas a la restitución, la indemnización y la reparación colectiva. La construcción de la denominada “paz territorial”, por ejemplo, cifrada en 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, aspira a implementar “instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral”. Si bien no sobran como medida de reparación,

tambien es cierto que no son suficientes. Dieciséis territorios en espera de concreción e impulso, regiones que, a su vez, agrupan a 170 municipios ávidos de construcción institucional. En cualquier caso, la “paz territorial” debe ir más allá de las entidades seleccionadas y de esta clase de intervenciones. La organización territorial colombiana es desequilibrada y la mayoría de los municipios no tienen las condiciones institucionales suficientes para garantizar un nivel de vida digno y el no retorno a la guerra o a la criminalidad.

Finalmente, garantizar la no repetición de hechos atentarios contra derechos humanos es el mayor reto, sobre todo en estos momentos en los cuales la muerte acecha en Colombia a todo líder de paz porque, ciertamente, silenciarlos a ellos es la forma más voraz de silenciar la verdad y asegurar condiciones de impunidad y olvido.

Es esta interesante síntesis entre mecanismos judiciales y extrajudiciales, procedimientos adversariales y dialógicos, lo que tanto distinguirá al proceso de paz colombiano que, al hacer del derecho a la verdad la fuente normativa de la transición, inspirará nuevas lecturas sobre la justicia, y entonces el paradigma de que al interior de un Estado solo puede existir un sistema normativo regido por cláusulas y procedimientos inflexibles, será bellamente confrontado por las múltiples formas a través de las cuales se reconstruirá la verdad, y con ella, un país que finalmente podría reinventarse como nación bajo un ideal común: el clamor de paz.

Conclusiones

Se ha superado la etapa en la que se pretendía lograr el cierre de guerra por medio de la impunidad total, a través de la concesión de amnistías e indultos, independiente de los delitos cometidos, o del retribucionismo jurídico-penal, distinguido por sancionar drástica e indistintamente a todos los que intervinieron en el conflicto. La nueva justicia restaurativa, en vez de incurrir en un falso dilema, plantea una tercera opción: un modelo de justicia que reivindica el diálogo como alternativa transicional entre el proyecto de la venganza y el proyecto del perdón. No en vano, mediante un diálogo entrecruzado no precedido de coacción, la verdad que se podría reconstruir sería una verdad más humanística que histórica y procesal.

Flexibilizar procedimientos por medio de alternativas no adversariales es una forma de embellecer la feliz síntesis que debe haber entre los métodos de transición y las finalidades altruistas de la paz, de humanizar las categorías de verdad, justicia y reparación, que durante mucho tiempo se tecnificaron tanto que terminamos olvidando que antes que derechos de connotación jurídica son garantías de convivencia civil, condiciones que en el caso de ser negadas deben ser reivindicadas como un deber ético entre la sociedad y la reconstrucción de la cultura, y no solo como un derecho jurídico que debe satisfacer el Estado a las víctimas de la guerra.

Deslocalizar la justicia del ámbito retributivo, así pues, es una defensa de una corriente pluralista del derecho, en tanto que

solo desde una perspectiva plural es posible potenciar en un mismo contexto socio-político la proliferación de diferentes manifestaciones de justicia que den respuesta a las necesidades existenciales de las distintas comunidades que viven al interior de los Estados.

Sin embargo, como toda conquista social tiene sus antagónicos, el modelo de justicia de transición que se implementó en Colombia, hoy corre diferentes peligros: uno de ellos, el posible desmonte del Acuerdo Final, por medio de futuros gobiernos de turno que vean en la búsqueda de la verdad una amenaza contra el silencio cómplice que hasta ahora ha encubierto sus nexos con los grupos paraestatales. Por fortuna, en Sentencia C-630/17, la Corte declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2017, por medio del cual se estableció blindar jurídicamente el acuerdo suscrito entre las FARC y el Gobierno, durante los siguientes tres periodos presidenciales.

No obstante, aunque esto aporta seguridad y estabilidad jurídicas, comoquiera que se vela por salvaguardarla integridad sustancial del Acuerdo, también es cierto que los márgenes de interpretación y escogencia de los medios para llevar a cabo la implementación, podrían alterar el blindaje, y con él, el buen curso de la transición. De hecho, el potencial peligro de trastocar el Acuerdo ni siquiera es ajeno, paradójicamente, a quien propuso su defensa. La Corte Constitucional, en Sentencia C-674 de 2017, por ejemplo, limitó la facultad de investigar y sancionar a los terceros civiles responsables y a los parapolíticos que vieron en el conflicto una posibilidad de

aumentar indefinidamente sus capitales, con el argumento de que su vinculación forzosa al proceso sería inconstitucional, en tanto que atentaría contra los principios de juez natural y legalidad⁴⁹.

Defender el Acuerdo, en consecuencia, contra prácticas lesivas de la paz y la transición no dependerá exclusivamente de tribunales constitucionales; el posconflicto, al ser un asunto de preocupación vital y relevancia para todo aquel que vive en comunidad, requerirá de una sociedad consciente de que salvaguardar el Acuerdo es lo mismo que defender la pacificación de nuestra historia. No en vano de la transición pende la garantía de la verdad; es decir, la restauración de una cultura en clave de pluralismo que vea en el diálogo una posibilidad de construir una justicia transicional latinoamericana.

Bibliografía

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. (noviembre de 2016).

Agencia de Prensa IPC. Balance agridulce de la Ley 1448. 2015. Recuperado desde: <http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2015/06/11/balance-agridulce-de-la-ley-1448/>

Ahumada, Consuelo. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora. 2002.

⁴⁹ Vid. Nota 44.

Arango, David. Con el 'No' en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso? *El Tiempo*. 2016. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626>

Centro de Estudios Estratégicos. *Grupos Neo-Paramilitares se Consolidan en Colombia*. 2013. Recuperado desde: <http://cespe.espe.edu.ec/page/143/?pid=1&lic=75833767>

Congreso de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2012.

_____. Acto Legislativo 01 de 2017.

_____. Acto Legislativo 02 de 2017.

_____. Decreto Ley 1953 de 2014. DO: 49.297.

_____. Ley 975 de 2005. DO: 45980.

_____. Ley 1448 de 2011. DO: 48096.

Constitución Política de Colombia de 1991. 2^{da} Ed. Legis.

Contraloría General de la República. Comunicado de Prensa no. 49. 2017.

Corporación Nuevo Arco Iris. *Informe–Del Caguán a la Habana*. 2013. Recuperado desde: [https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Ca+guan+a+La+Habana+\(01\)-%C3%81vila+Mart%-C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf](https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Ca+guan+a+La+Habana+(01)-%C3%81vila+Mart%-C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf)

Corte Constitucional. Sentencia T-428/92. [M. P. Ciro Angarita Barón].

_____. Sentencia T-380/93 [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

_____. Sentencia SU-039/97 [M. P. Antonio Barrera Carbonell].

_____. Sentencia T-652/98. [M. P. Carlos Gaviria Díaz].

_____. Sentencia C-579/13. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

_____. Sentencia C-577/14. [M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez].

_____. Sentencia C-379/16. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

_____. Sentencia T-622/16. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio].

_____. Sentencia T-630/17. [M. P. Luís Guillermo Guerrero Pérez].

_____. Sentencia T-674/17. [M. P. Luís Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Provincial de Loja, Sala Penal. Acción de Protección No. 11121-2011-0010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC 4360-2018. [M. P. Luis Armando Tolosa Villabona].

Ferrajoli, Luigi. La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Nueva Época* (45), 37-50. 2015.

Forer, Andreas. La participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional—el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz. En: Claudia López Díaz. (Ed.). *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional* (pp. 11-56). Bogotá: ProFis. 2011.

- Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias. Herejías Constitucionales*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2002.
- Gaviria Liévano, Enrique. La paz es un derecho constitucional. *El Tiempo*. 2015. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16400287>
- González, María Fernanda. La “posverdad” en el plebiscito por la paz en Colombia. *Nueva Sociedad*. pp. 114-126. 2017. Recuperado desde: http://nuso.org/media/articles/downloads/10.TC_Gonzalez_269.pdf
- Justicia para los ‘paras’, a mitad de camino luego de once años. *El Tiempo*. 2016. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/avance-de-la-ley-de-justicia-y-paz-con-los-paramilitares-36010>
- Kant, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos. 2005.
- Kelsen, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución*. Madrid: Tecnos. 1995.
- Lemaitre, Julieta. La Corte Constitucional y el derecho a la paz. *La Silla Vacía*. 2017. Recuperado desde: <http://lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081>
- Martínez Cortés, Paula. *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto*. Berlín: Forschungs- und Dokumentationszentrum. 2013.
- Oficina del Alto Comisionado. Naciones Unidas – Derechos Humanos – Colombia. El difícil horizonte del Fondo de

Tierras para la Paz. 2015. Recuperado desde: <http://www.hchr.org.co/index.php/compilacion-de-noticias/93-tierras/6076-el-difícil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz>

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Jurisdicción Especial para la Paz. Recuperado desde: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html>

Palomares, Jorge. Duro tatequierto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional. *El Espectador*. 2018. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/duro-tatequierto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590>

Redacción Judicial. El 93% de las personas registradas por la Ley de Víctimas no ha sido indemnizada. *El Espectador*. 2017. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/falta-por-indemnizar-al-93-de-las-personas-registradas-por-la-ley-de-victimas-articulo-709400>

Rettberg, Angelika. Ley de Víctimas: logros y retos. *El Espectador*. 2015. Recuperado desde: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/ley-de-victimas-logros-y-retos-articulo-564984>

Schmitt, Carl. *La defensa de la constitución*. Barcelona: Labor. 1931.

Uprimny, Rodrigo. ¿Puede ser refrendado el acuerdo de paz? *El Espectador*. 2016. Recuperado desde: <https://www.>

elespectador.com/opinion/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz-columna-616390

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla*. Bogotá: Panamericana. 2010.

CAPÍTULO II

EL USO DE *THE RULE OF REASON* EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA*

*Jorge Ricardo Palomares García***

*Kimberly Guzmán Gómez****

Resumen

La justicia transicional puede basarse en modelos penales tradicionales, donde es importante la imposición de penas. Sin embargo, este modelo es inconveniente por el riesgo de reconfiguración del conflicto y por

* El escrito es producto del Proyecto de Investigación “El diálogo entre la Corte Constitucional y la sociedad civil: impacto de las intervenciones ciudadanas en los procesos de jurisdicción constitucional”, aprobado por la Universidad Libre, Sede Bogotá, Mediante el consecutivo CAP-078 y con código presupuestal 11010108.

** Profesor asociado del Área de Derecho Público de la Universidad Libre de Colombia. Investigador asociado del grupo de Investigación de Estudios Constitucionales y de la Paz, de la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Observatorio de Intervención ciudadana constitucional (OIcc). Correos: jorger.palomaresg@unilibre.edu.co, jorge.palomares-garcia@hotmail.com.

*** Abogada de la Universidad Libre. Estudiante de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Miembro del OIcc. Correo: kimberly.guzmang@unilibrebog.edu.co, kimmy_2508@hotmail.com.

el desconocimiento de las lógicas de la razón importantes. Por ello, se plantean modelos alternativos, como el denominado *The Rule of Reason* (TRR). Él se basa en el reconocimiento de la racionalidad de los actores, así como en la construcción conjunta de un sistema de justicia para las víctimas. El objeto del presente artículo es determinar cómo se aplicó TRR en el modelo de imposición de penas resultante del AcCo.

Palabras clave: Justicia transicional, acuerdo de paz, rendición de cuentas, penas, razón, víctimas

Abstract

Accountability models of transitional justice can be based on traditional criminal models, where the imposition of penalties is important. However, this model is inconvenient due to the risk of reconfiguration of the conflict and ignorance of important reason logics. Therefore, alternative models are proposed, such as the so-called TRR. It is based on the recognition of the rationality of the actors, as well as on the joint construction of a justice system for the victims. The purpose of this article is to determine how TRR was applied in the sentencing model resulting from the AcCo.

Keywords: Transitional justice, peace agreement, accountability, punishment, reason, victims

Introducción

El artículo es resultado del proyecto de investigación titulado “El diálogo entre la Corte Constitucional y la sociedad civil: impacto de las intervenciones ciudadanas en los procesos de jurisdicción constitucional”⁵⁰. El objetivo del proyecto es determinar cómo las intervenciones ciudadanas en los procesos de

⁵⁰ Un agradecimiento especial a Javier Enrique Santander Díaz y Edgar Valdeleón Pavón por el apoyo y la colaboración en la corrección de estilo del presente artículo.

jurisdicción constitucional pueden influir en el razonamiento de los magistrados de la Corte Constitucional (en adelante CortConst); mientras que el objetivo del presente escrito, que podría considerarse como un estudio de caso, consiste en determinar, por una parte, si existe en la justicia transicional colombiana la aplicación de modelos diferentes a la justicia penal y, por otra parte, si estos modelos han sido propuestos por intervinientes y escuchados por la CortConst en los procesos de constitucionalidad que controlaron la aplicación del Acuerdo final para la terminación del conflicto con las FARC, también llamado “Acuerdo Colón” (en adelante AcCo).

El presente estudio parte, a su vez, de unos criterios establecidos por la normatividad internacional y por la literatura. El primero es la libertad configurativa de los Estados en materia de justicia transicional. Esto significa que los Estados gozan de un margen de apreciación para elegir los modelos —penal ordinario, regla de razón— y los mecanismos —penas privativas ordinarias, reincorporaciones, trabajos comunitarios— que, en su criterio, puedan facilitar la terminación del conflicto y transitar a una institucionalidad.

El segundo criterio es el respeto a los innegociables. El derecho internacional⁵¹ y el derecho constitucional colombiano⁵² han

⁵¹ U.N. Security Council. Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. S/2004/616. (23 de agosto de 2004). Párrs. 9 y 10.

⁵² Corina Duque Ayala, El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Verba Iuris* 33, enero-junio 2015, At. 77, p. 81.

establecido que el margen de configuración de los Estados se limita a partir de unos principios. Por ejemplo, los procesos actuales⁵³ se encuentran limitados por la rendición de cuentas, la justicia y la reconciliación⁵⁴, así como por el reconocimiento de todos los actores y el respeto a sus derechos.

Con estos criterios, podría decirse que el Estado podría moverse dentro de dos grandes modelos. El primero de ellos es la justicia penal ordinaria. Ella se regiría por un concepto de justicia retributiva, la cual considera las penas privativas de la libertad como un elemento necesario para la terminación del conflicto. El segundo modelo se denomina *The Rule of Reason* (en adelante *TRR*). Este sostiene que los mecanismos de justicia transicional deben responder al objetivo del restablecimiento de la razón⁵⁵, lo que implica el repudio total de medidas retributivas en el diseño de justicia que se vaya a adoptar.

La pregunta que se plantea este escrito, según lo planteado anteriormente, es si el Estado colombiano, al firmar el AcCo, optó por un modelo de justicia penal ordinaria o por el modelo

⁵³ En el pasado, países como Argentina, Perú, Chile y El Salvador implementaron sistemas de transición que invisibilizaron a las víctimas del conflicto y adoptaron leyes de autoamnistía y amnistías generales. Años después, la justicia nacional y regional, en cada caso, ha desaprobado dichos procesos y ha establecido límites para futuros procesos de transición.

⁵⁴ U.N. Security Council. Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. S/2004/616. (23 de agosto de 2004). Párr. 8.

⁵⁵ Charles V. Blatz, "Reason, Peace, Transitional Justice, and Punishment". *International Journal of Peace Studies*, Volume 11, Number 1, Spring/Summer 2006, At. 59, p.1.

TRR. Esta pregunta implica, en general, el estudio del capítulo del AcCo⁵⁶ dedicado a la creación del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” (en adelante SIVJNR). Él contempla mecanismos judiciales y extrajudiciales para la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto. Por otra parte, la pregunta implica, en especial, el estudio del componente judicial denominado “Jurisdicción Especial para la Paz” (en adelante JEP).

La hipótesis planteada consiste en que el Estado colombiano ha optado por una aplicación parcial del modelo *TTR*. Si bien es posible reconocer elementos esenciales de *TTR* en el SIVJNR, este permite la aplicación de penas de carácter retributivo. Para comprobar la hipótesis, se realizó un análisis comparativo de los planteamientos de *TTR* y el diseño institucional y procedimental de la JEP. Ello permitió identificar cuáles elementos de *TTR* fueron adoptados por la JEP y cuáles no —y podrían implicar alguna contradicción—.

Conforme a ello, el presente artículo desarrollará la siguiente estructura: la primera parte presenta el planteamiento teórico

⁵⁶ Las negociaciones de paz entre el gobierno de Colombia y el grupo armado FARC-EP iniciaron formalmente en el año 2012 en la ciudad de La Habana, Cuba. La agenda de negociaciones dispuso como quinto punto a “las víctimas del conflicto”, en donde se discutieron los temas concernientes al SIVJNR. Después de cuatro años de discusiones, se presentó a la sociedad colombiana el primer Acuerdo Final de Paz y su aprobación se sometió consideración popular a través del Plebiscito llevado a cabo el 2 de octubre de 2016. El resultado fue desaprobatorio con un registro negativo del 50,23%, lo cual condujo al gobierno a llevar a cabo una renegociación del acuerdo incluyendo algunas modificaciones. La versión final fue plasmada en el texto del Acuerdo de Colón, el cual fue refrendado por el Congreso de la República.

de la justicia transicional haciendo énfasis en materia de imposición de penas y de *TRR*. La segunda parte presenta una descripción de la imposición de penas del modelo transicional colombiano en torno al AcCo, el Acto Legislativo 01 de 2017 (en adelante ALJEP) y su proyecto de Ley Estatutaria (en adelante LJEP), así como las distintas intervenciones y posturas en su proceso de implementación normativa. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

I. Planteamiento teórico

A. Justicia transicional

La justicia transicional es el conjunto de procesos y mecanismos asociados con el intento de una sociedad de resolver los problemas derivados de un legado de abusos a gran escala⁵⁷. Su fin es garantizar la rendición de cuentas, servir a la justicia y lograr la reconciliación⁵⁸.

⁵⁷ “Transitional justice is the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation”. U.N. Security Council. *Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616. (23 de agosto de 2004). Párr. 8.

⁵⁸ U.N. Security Council. *Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616. (23 de agosto de 2004). Párr. 8.

El concepto está ligado con aquellos Estados que buscan el restablecimiento del Estado de derecho⁵⁹. Ello significa, por una parte, la existencia de un conflicto y, por otra parte, la ausencia de mecanismos institucionales para resolver dicho conflicto. Por ejemplo, algunas transiciones se han dado en el marco de regímenes que cometieron actos de violencia en contra de la oposición para mantenerse en el poder⁶⁰ y otras por épocas de violencia entre actores estatales y grupos rebeldes⁶¹. En cuanto a la forma de buscar la transición hacia el Estado de derecho, ella puede darse, en general, por dos vías. La primera es a través de decisiones impuestas por las élites y por naciones extranjeras; mientras que la segunda es por la vía de acuerdos entre los actores del conflicto⁶². Esta segunda vía se resalta por la existencia de una mayor garantía de participación de todos los actores en la rendición de cuentas.

En cuanto a los procesos y mecanismos, las experiencias internacionales han mostrado que si bien no existe un modelo único de justicia transicional, sí existen algunos lineamientos generales⁶³. Ejemplo de ello es la aplicación de la lógica

⁵⁹ Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo, *¿justicia transicional sin transición?*, Ediciones Antropos, 21. (2006).

⁶⁰ David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse, *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*. Stockholm, IDEA. 42. (2003).

⁶¹ *Ibid*, p. 43.

⁶² Eric Posner & Adrian Vermeule, "Transitional Justice as Ordinary Justice". *Harvard Law Review*, 2003, At.762.

⁶³ Eric Posner & Adrian Vermeule. *Op. Cit.*, p. 21.

sistemática⁶⁴, la cual implica estrategias integrales que involucren a todos los actores e instituciones del Estado⁶⁵. De hecho, los procesos más exitosos han sido, en gran parte, aquellos que han permitido mayor participación de las víctimas y han llevado a la práctica consultas públicas⁶⁶. Otro ejemplo es la estrategia integral. Ella consiste en tener en cuenta las circunstancias particulares de cada situación, así como las normas internacionales de derechos humanos⁶⁷, a través de procesos de consulta nacional, particularmente con aquellos afectados por violaciones de derechos humanos.

La ausencia de un modelo único consiste en que la justicia transicional es contextual⁶⁸. El diseño de sus mecanismos debe responder a distintos aspectos como las causas del conflicto y la gravedad de los abusos, entre otros⁶⁹. Sin embargo, la comunidad internacional se apresuró en su momento a prescribir una fórmula particular con especial insistencia en los enjuiciamientos penales⁷⁰. No tuvo en cuenta que las víctimas y electorados nacionales deben tener la oportunidad

⁶⁴ U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: National consultations on transitional justice*. HR/PUB/09/2. (2006). p. 1.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁶ Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, Justicia de transición, Konrad Adenauer Stiftung E. V., 46 (2009).

⁶⁷ U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Derechos humanos y justicia de transición*. 2005/70. (20 de abril de 2005)

⁶⁸ Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, Justicia de transición, Op. Cit., p. 33.

⁶⁹ Eric Posner & Adrian Vermeule. Op. Cit., p. 767.

⁷⁰ Angelika Rettberg, Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Universidad de los Andes, 215. (2005).

de considerar y decidir el modelo adecuado para su propia realidad⁷¹. Por ello, en los últimos años se han sugerido procesos abiertos y públicos⁷².

Aunque no existe un modelo transicional obligatorio, en todo caso se deben acoger los estándares del derecho internacional. El fundamento normativo de estos estándares se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y otros instrumentos de Naciones Unidas que consagran derechos y deberes relativos a la materia⁷³. Por ejemplo, en relación con las obligaciones estatales derivadas del deber de administrar justicia, los principios de la ONU⁷⁴ identificaron cuatro claves en la lucha contra la impunidad: a) el derecho a la verdad individual y colectiva, es decir, el derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos relacionados con las violaciones cometidas y los motivos que llevaron a estas⁷⁵, a través del establecimiento de comisiones de la verdad y a la

⁷¹ Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner. Op. Cit., p. 46.

⁷² Félix Reátegui, "Justicia Transicional. Manual para América Latina". Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). 66 (2006).

⁷³ U.N. Asamblea General. *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 internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 60 /147. (16 de diciembre de 2005).

⁷⁴ U.N. Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. *Resolución sobre impunidad*. E/CN.4/RES/2005/81. (21 de abril de 2005).

⁷⁵ U.N. Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. *Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. E/CN.4/2005/102/Add. (18 de febrero de 2005). p. 7.

apertura o continuación de investigaciones⁷⁶; b) el derecho a la justicia, el cual implica que los Estados deben llevar a cabo investigaciones de las violaciones para procesar, juzgar y condenar debidamente a los culpables⁷⁷, mediante el empleo de tribunales internacionales, tribunales domésticos o híbridos⁷⁸, así como demandas civiles y mecanismos alternativos —sobre lo cual se profundizará más adelante—; c) el derecho a la reparación, es decir, el derecho de la víctima o su derechohabiente a obtener reparación por la violación de un derecho humano⁷⁹, garantizado por la posibilidad de acceder a reparación por la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria⁸⁰, así como la puesta en disposición de programas de rehabilitación, compensación, restitución y medidas simbólicas⁸¹, y; d) las garantías de no repetición, a saber, la adopción de medidas que garanticen que las víctimas no volverán a ser objeto de violaciones⁸², mediante la creación de espacios de desmovilización, reintegración, lustración y reforma institucional⁸³.

B. El modelo de justicia

El derecho a la justicia puede ser abordado desde distintos enfoques. Los Estados tienen la facultad de adoptar modelos

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 8.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 12.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 13.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 16.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 17.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 17.

⁸² *Ibíd.*, p. 17.

⁸³ *Ibíd.*, p. 18.

de justicia retributiva, restaurativa, histórica, compensatoria, entre otras. La aplicación de alguno de estos modelos implica, a su vez, una forma de concebir a los actores del conflicto, así como las víctimas, por una parte, y una forma en que pueden hacer una transición adecuada, de acuerdo a la concepción de Estado, los estándares normativos y los derechos de las víctimas. En especial, cada modelo plantea una forma de garantizar el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como de permitir la participación de los actores en la comunidad y en las instituciones (p. ej., amnistías, indultos, sanciones ordinarias, etc.). En este apartado se expondrán dichos modelos, sus ventajas y sus dificultades.

1. Justicia retributiva

La justicia retributiva se refiere al enjuiciamiento penal⁸⁴. Este puede ser un mecanismo que contribuya a un modelo ajustado a los estándares internacionales descritos, pues proporciona rendición de cuentas por parte de los perpetradores y garantiza una medida de justicia para las víctimas⁸⁵. Sin embargo, su implementación suele implicar el triunfo militar de una de las partes del conflicto armado (la cual instaura los tribunales encargados de juzgar)⁸⁶. Esta característica hace que su implementación sea escasa en casos de acuerdos o fines del

⁸⁴ Eric Posner & Adrian Vermeule. Op. Cit, p. 762.

⁸⁵ U.N. *Rule-of-law tools for post-conflict states, National consultations on transitional justice*. HR/PUB/09/2. (2006), p. 6.

⁸⁶ Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo. Op. Cit. p. 116.

conflicto negociados. Además, en algunos contextos, este modelo presenta limitaciones, bien sea por los recursos, el número de casos⁸⁷ o la congestión de los tribunales⁸⁸. Por ello, los procesos transicionales deben considerar otros mecanismos que alivien dichas limitaciones y que no dejen de responder a la garantía integral de los derechos de las víctimas.

Los autores⁸⁹ que sostienen que los procesos de justicia transicional deben regirse por un enfoque retributivo, argumentan que este permite, entre otros: a) evitar deseos de venganza de las víctimas⁹⁰; b) impedir la toma de poder por parte de los perpetradores; c) eliminar la concepción de culpa colectiva —pues esta sería individualizada—⁹¹ y; d) fortalecer la confianza pública y la democracia⁹². Pese a esto, en algunos contextos el castigo absoluto puede ser contraproducente⁹³. Entre las deficiencias,

⁸⁷ Eric Posner & Adrian Vermeule. Op. Cit, p. 801.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 801.

⁸⁹ Francisco Cortés, Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional en Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Editorial Universidad del Rosario.112. (2006); Diego González Medina, “Serie Documentos de Trabajo, n.º 43 Sobre la Justificación de la Pena en Contextos de Justicia Transicional”, Departamento de Derecho Constitucional Universidad Externado, 2015. P. 5; Rodrigo Uprinsky, Luz María Sánchez Duque & Nelson Camilo Sánchez León, Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 109. (2014).

⁹⁰ Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner. Op. Cit, p. 31.

⁹¹ Rodolfo Torregrosa, “Algunas reflexiones sobre la justicia transicional En Colombia Desde El derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, Dialogo de Saberes, 2011, p. 50.

⁹² Félix Reátegui, “Justicia Transicional. Manual para América Latina”. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). 49. (2006).

⁹³ Ezequiel Malarino, “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 9, enero de 2013, P. 218.

además de las limitaciones ya mencionadas, se señalan: a) la desestabilización de las negociaciones de acuerdos de paz⁹⁴; b) el surgimiento de nuevas redes o subgrupos hostiles; c) la acentuación de deficiencias del sistema retributivo, como desatención en las víctimas o revictimización⁹⁵; d) el aumento de hacinamiento carcelario⁹⁶ y, obstáculos materiales inherentes a estos procesos⁹⁷. Además, se considera que la justicia penal ordinaria no está diseñada para atender violaciones masivas y entender los móviles y los patrones de estas conductas⁹⁸.

Por ello, pese a que el derecho internacional exige el castigo individual de los responsables y se opone a la decisión de olvidar de una sociedad⁹⁹, la continuación histórica de los hechos atroces como muestra de la deconstrucción del derecho penal tradicional y del castigo retributivo llevan a la

⁹⁴ I. Garfunkel, “Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?”, *American University International Law Review*, vol. 32, no. 2, 2017, At. 433.

⁹⁵ Angelika Rettberg, *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, 216. (2005).

⁹⁶ Patiño Mariaca, Daniel Mauricio, & Ruiz Gutiérrez, Adriana María. *La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2015, p. 250.

⁹⁷ Eric Posner & Adrian Vermeule. *Op. Cit*, p. 801.

⁹⁸ Félix Reátegui. *Op. Cit*, p. 50.

⁹⁹ Ver la sentencia de la CorteIDH en el caso Gelman vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011. Se trató de la expedición de una ley de amnistía, denominada por el parlamento “Ley de caducidad” y de su sometimiento a mecanismos de participación ciudadana. La CorteIDH señaló categóricamente que el hecho de que la ley haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no concedía, automáticamente, legitimidad ante el Derecho Internacional. Así, la participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, se consideró, como hecho atribuible al Estado, ya que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías.

identificación de mecanismos de justicia alternativos como los que se describirán.

2. Sistemas de amnistías

Las amnistías se refieren al perdón de los enjuiciamientos penales. Pueden ser coherentes o no con la reconciliación. Por ejemplo, las amnistías absolutas, además de estar prohibidas por el derecho internacional, implican denegación total de justicia y generan sentimientos de abandono e indiferencia ante los procesos curativos de las víctimas. Esto conlleva también la provocación de patrones de violencia en contra del activismo del pueblo reclamante y nuevos tipos violencia generada por la delincuencia organizada¹⁰⁰. Sin embargo, la amnistía parcial o condicional sí es admitida por el derecho internacional considerando que una sociedad en postconflicto puede hallarse en una excepción. Ello exige el cumplimiento de ciertas condiciones como un debate público previo a la ley de amnistía, garantía de verdad y reparación, y el pleno respeto de las obligaciones internacionales¹⁰¹, lo que implica la no aplicación de amnistías para las graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Por lo general, este beneficio se otorga para la noción de derechos políticos.

¹⁰⁰ Helen Mack, Conference paper 1/2006 “Dealing with the Past and Powerful Groups: Challenges to Peacebuilding, Justice and Reconciliation”. (2006).

¹⁰¹ David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse. Op. Cit, p. 110.

En lo que respecta al riesgo de habilitar la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) ante el otorgamiento de amnistías, es importante señalar que existen tres hipótesis, en las cuales esta puede abstenerse de conocer un caso por la defensa de la justicia o el mantenimiento de la paz internacional. La primera es la solicitud del Consejo de Seguridad según las facultades que le confiere la Carta de las Naciones Unidas³⁶. La segunda, la decisión de la Corte de no admitir el caso y, la tercera, la decisión del fiscal de no iniciar la investigación. Para que algunas de dichas hipótesis sucedan es necesario que se compruebe: a) que la decisión de no castigar penalmente a los responsables de estos crímenes no sea el efecto de una autoamnistía ni resulte innecesaria o finalmente inútil para alcanzar la paz o la democracia; b) que el Estado hubiere diseñado un conjunto de medidas que puedan satisfacer el contenido mínimo no renunciabile de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación y; c) que el Estado hubiere adoptado medidas adecuadas de no repetición de los crímenes cometidos.

3. Justicia restaurativa

La justicia restaurativa es un enfoque repensado de la justicia penal que funciona con la plena participación de las víctimas y de las comunidades¹⁰². Su objetivo final es restablecer las

¹⁰² A. Gómez-Velásquez, & J. Correa-Saavedra, “¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia”, *International Law*, 2015, p. 193.

relaciones entre la víctima, el delincuente y la comunidad¹⁰³. Sin embargo, se considera que está diseñada para conflictos menores, por lo cual se cuestiona su capacidad para resolver crímenes graves¹⁰⁴. No obstante, esta iniciativa se ha llevado a cabo en los tribunales *gacaca* en Ruanda con el objetivo de acelerar el enjuiciamiento de presuntos autores del genocidio¹⁰⁵. Se ha aumentado la participación de la población y se han introducido elementos de mediación y reconciliación en el proceso¹⁰⁶.

Esta alternativa, junto con los programas de verdad y reparación, ofrece un atractivo medio entre la justicia retributiva y la amnistía total. Sin embargo, es necesario trabajar en las condiciones de su uso para atrocidades como el genocidio o violaciones prolongadas de los derechos humanos¹⁰⁷. Para algunos, la justicia restaurativa solo puede complementar la justicia transicional, no sustituirla¹⁰⁸. Por ejemplo, en virtud de una mediación la concesión de perdones o rebajas no pueden ser desproporcionadas ya que el Estatuto de Roma impone la obligación de establecer penas adecuadas para la comisión de crímenes internacionales¹⁰⁹. Bajo esta postura una dosis de castigo retributivo parece ineludible¹¹⁰.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 193.

¹⁰⁴ Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo. Op. Cit. p. 119.

¹⁰⁵ David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse. Op. Cit, p. 115.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁰⁷ David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse. Op. Cit, p. 113.

¹⁰⁸ Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo. Op. Cit. p. 120.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 120.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 129.

4. Comisiones de verdad

Las comisiones de la verdad son organismos que garantizan procedimientos de investigación para el esclarecimiento de hechos, causas y consecuencias relativos a las violaciones de los derechos humanos¹¹¹. Además, pueden proponer recomendaciones sobre reparaciones y reformas institucionales, otro mecanismo complementario que proporciona reparación integral a las víctimas siempre y cuando no contemplen únicamente un carácter pecuniario¹¹². Estos programas deben perseguir el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos iguales y deben tener la amplitud suficiente para no excluir grupos significativos de víctimas¹¹³. Por ello, también deben incluir medidas de restitución, rehabilitación, lustración administrativa¹¹⁴, desmovilización y medidas simbólicas¹¹⁵.

Cada uno de los mecanismos descritos tiene un beneficio distinto, por ello, la manera mas recomendada de abordar el diseño de un modelo transicional es recurrir a la combinación de los mismos¹¹⁶. Entender la necesidad de reunir distintos

¹¹¹ U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Truth Commissions*. HR/PUB/06/1. (2006), p. 1.

¹¹² *Ibid.*, p. 2

¹¹³ Pablo de Greiff, Conference paper 1/2006 "Reparations and the Role of International Cooperation". (2006).

¹¹⁴ Alexander Mayer-Rieckh, Conference paper 1/2006 "Vetting, Institutional Reform and Transitional Justice". (2005).

¹¹⁵ U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states, Reparations programmes*. HR/PUB/08/1. (2006).

¹¹⁶ Eric Posner & Adrian Vermeule, Op. Cit, p. 762 & Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, Op. Cit, p. 24.

mecanismos implica la capacidad de valorar dos contextos jurídicos posibles. Uno ordinario, bajo el cual se presentan violaciones individuales o aisladas y, en consecuencia, enjuiciamientos y reparaciones también individuales. Y otro especial o excepcional, de violaciones masivas, que deben ser correspondidas con enjuiciamientos y reparaciones acordes a esas características¹¹⁷. En este contexto los conceptos de justicia y reparación también varían. Verbigracia, el sentido amplio del término “reparación” incluye otras medidas que, aunque no crean un beneficio directo para las víctimas, generan reparación, por ejemplo, los enjuiciamientos y las reformas institucionales¹¹⁸. Así mismo, el concepto de justicia es mas amplio. Todos los mecanismos transicionales deben funcionar en conjunto para su realización. La verdad sin reparación, o la reparación sin verdad pueden ser considerados gestos vacíos para las víctimas¹¹⁹. Lo mismo sucede con alguno de dichos mecanismos en ausencia de reformas institucionales serias, enjuiciamientos y la promoción de estrategias sociales de reconciliación¹²⁰.

Un modelo ideal de justicia transicional sugiere, entonces, contar con la participación de todas las partes, especialmente de las víctimas, así como un modelo de rendición de cuentas

¹¹⁷ Rodrigo Uprimny, María Paula Saffon, Catalina Botero & Esteban Restrepo. Op. Cit. p. 121.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 78.

¹¹⁹ David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse, Op. Cit. p. 125.

¹²⁰ Pablo de Greiff, Handbook of Reparations, Oxford University Press, 451-477. (2006) & David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse, Op. Cit. p. 125.

que garantice sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición con la coordinación armónica de distintos mecanismos previstos para tal fin¹²¹.

II. The Rule of Reason

Para TRR, la justicia transicional es un proceso de transformación o de regreso al imperio de la ley y de la razón bajo un compromiso con la paz¹²². Este proceso busca la reivindicación de la dignidad de las víctimas¹²³, es decir, ellas no pueden ser invisibilizadas bajo ninguna forma, como ha ocurrido en algunos procesos de justicia transicional¹²⁴. Por ello, el objetivo principal es que el perpetrador redefina su relación con la víctima y comprenda el daño y la afectación que provocó en su vida¹²⁵.

El primer paso para el restablecimiento de la razón en esta relación es que la víctima tenga la facultad legítima de ejercer un reclamo ante su perpetrador y que este se encuentre dispuesto a rendir cuentas¹²⁶. Esta posibilidad dependerá de cada modelo de rendición de cuentas, cuyo diseño varía de acuerdo a la preocupación ética presente en cada contexto y del grado

¹²¹ Yasmin Sooka, Conference paper 1/2006 "Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability". (2006).

¹²² Charles V. Blatz, Op. Cit, p. 60.

¹²³ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁴ Charles V. Blatz, Op. Cit, p. 61.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 63.

de acuerdo o paz que se alcance entre las partes¹²⁷. Este grado va desde la restricción de interferencia o la mera tolerancia entre las partes hasta el objetivo más ambicioso, que es la aceptación y la simpatía en un vínculo de comprensión real¹²⁸.

A semejanza de los demás modelos de justicia transicional, el diseño de *TTR* está condicionado a factores como la gravedad de los hechos, los desafíos propios de cada sociedad y las circunstancias¹²⁹. Sin embargo, un elemento estructural de *TTR* es la no objetivación de las víctimas. Esto significa que el perpetrador debe tener en cuenta la experiencia subjetiva de la víctima, así como su sufrimiento, a fin de evitar su invisibilización¹³⁰. Además, el perpetrador también debe responsabilizarse de una relación continuada con la víctima porque su reconstrucción y su dignidad exigen un compromiso mutuo a futuro¹³¹. En otras palabras, para restaurar a la víctima y poner fin al daño, no basta con la simple imposición de una sanción o el ofrecimiento único de disculpas¹³².

La importancia de la reconstrucción de la relación entre víctima y víctimario propuesta por *TRR*¹³³ radica en que las interacciones generadas en este contexto de reconocimiento mutuo facilitan la construcción de conceptos normativos comunes

¹²⁷ *Ibid.*, p. 65.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 67.

¹³¹ *Ibid.*, p. 69.

¹³² *Ibid.*, p. 70.

¹³³ *Ibid.*, p. 63.

o una moral válida entre las partes, es decir, que las acciones consideradas razonables para uno sean razonables para el otro y para todos¹³⁴. Quienes se han referido sobre ello coinciden en la importancia de que el acusado y el juzgado compartan el mismo criterio de justicia del que nacen las decisiones sobre sanciones¹³⁵. La inexistencia de este consenso termina con que las decisiones de la justicia que emanan del Estado sean consideradas como injustas por los ciudadanos¹³⁶. Más aún, en situaciones de conflictos armados, donde existe una disyuntiva entre la moral con la cual se actúo y con la cual se juzga¹³⁷.

Un juicio razonado es un juicio que resulta de la aprobación de todos los seres racionales pertenecientes a una comunidad¹³⁸. Debe ser el resultado de tal acuerdo ya que la práctica de la justificación está dirigida a presentar nuestros actos ante los demás¹³⁹. Esas representaciones determinan la forma en la que los seres humanos actúan y juzgan en cierta forma los actos de los otros. Así, esta razón se convierte en un presupuesto básico para la justicia¹⁴⁰. En otros términos, la construcción de un lenguaje normativo común entre víctimas y victimarios permite considerar el juicio que se emita como justo para ambos.

¹³⁴ Gerald Postema, "Public Practical Reason: An Archeology", *Social Philosophy and Policy*-Cambridge University Press, 1995, p. 63.

¹³⁵ Alan Norrie, *Op. Cit.*, p. 49; Immanuel Kant, *The metaphysical elements of justice*. Indianapolis: Bobbs-Merrill (1965) p. 107; Hannah Arent, *Eichmann en Jerusalem*, Editorial Lumen. (1999), p. 21.

¹³⁶ Alan Norrie, *Op. Cit.* p. 49.

¹³⁷ Hannah Arent, *Op. Cit.*, pp. 21 y 176.

¹³⁸ Gerald Postema, *Op. Cit.*, p. 63.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 63.

¹⁴⁰ Alan Norrie, *Op. Cit.* p. 49.

Bajo este ideal, el castigo entendido como la imposición de una sanción ajustada a la comisión de una ofensa, bien sea con el fin de expiar la culpa, rehabilitar el condenado o disuadir a la sociedad, es incompatible con los fines básicos de la justicia transicional¹⁴¹. La construcción de conceptos normativos comunes no es posible con un condenado al castigo y a una víctima invisibilizada, ya que no les es posible la participación en ese proceso. Frente a ello, *TRR* considera insuficientes las razones de quienes sostienen la viabilidad del uso de la fuerza. Argumentar que la producción del delito es una justificación previa al uso de castigo es insostenible, incluso, desde la postura hegeliana¹⁴², porque ello supone la existencia de una excepción al marco de justificación y razón, es decir, que esa acción no está justificada, está por fuera de lo razonable. Es igualmente insostenible afirmar que el castigo es una consecuencia involuntaria producida por el deseo de proteger la observancia de la razón en el comportamiento del otro, porque el hecho de juzgar su conducta y desear que se mantenga dentro de la razón hace que la aplicación de castigo deje de ser simplemente involuntaria. Esto sugiere que *TRR* comparte una postura crítica del derecho penal de carácter retributivo y se identifica en mayor medida con los modelos de justicia con enfoque restaurativo.

¹⁴¹ Charles V. Blatz, *Op. Cit.*, p. 73.

¹⁴² Francisco Cortés, *Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional en Justicia Transicional: Teoría y Praxis*. Editorial Universidad del Rosario. 85-112. (2006).

En síntesis, los modelos de rendición de cuentas de la justicia transicional pueden basarse en modelos penales tradicionales, donde es importante la imposición de penas. Sin embargo, este modelo es inconveniente por el riesgo de reconfiguración del conflicto y por el desconocimiento a lógicas importantes. Por ello, se plantea un segundo modelo, denominado *TRR*. Él se basa en el reconocimiento de la racionalidad de los actores, así como en la construcción conjunta de un sistema de justicia para las víctimas.

III. Modelo transicional colombiano

La siguiente cuestión que debe resolverse consiste en cuál modelo de justicia transicional ha sido adoptado por el modelo colombiano. Para ello, se abordará primero el diseño de la Justicia Especial para la Paz pactado en el AcCo. Luego, se hará referencia a las normas jurídicas para su implementación, que son el ALJEP y la LJEP. Explicadas estas normas, se hará referencia sobre el proceso de revisión de constitucionalidad que se surtió como parte del procedimiento de expedición del ALJEP con el fin de tomar en consideración la participación de distintos actores y la definición final del tema por parte de la CortConst.

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

En el punto 5 del AcCo se estipula la creación del SIVJRN, cuyo objetivo es garantizar los derechos de las víctimas a la

verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como el reconocimiento de responsabilidad por los participantes de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario¹⁴³. El SIVJRN combina mecanismos judiciales con mecanismos extrajudiciales complementarios, que permiten la investigación y la sanción, así como el esclarecimiento de la verdad, la búsqueda de desaparecidos y la reparación¹⁴⁴.

Los mecanismos previstos para su conformación son: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, la JEP, las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición¹⁴⁵. En este caso, se abordará la JEP.

El objetivo de la JEP es satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia a través de la adopción de decisiones judiciales en contra o a favor de quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno en la comisión de graves infracciones del derecho internacional humanitario y graves violaciones de los derechos humanos¹⁴⁶.

¹⁴³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 128. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 143.

En su diseño se destaca la preponderancia de medidas restaurativas y reparatoras sobre aquellas de carácter retributivo¹⁴⁷. Esto significa que las penas a imponer buscan principalmente el resarcimiento de las víctimas, a través de la restauración, y cuando esta no sea posible, a través de la reparación del daño causado. Sin embargo, esto depende de un condicionamiento. Los perpetradores accederán a los beneficios de la aplicación de medidas restaurativas siempre y cuando cumplan con el compromiso de aportar verdad, reparar a las víctimas y garanticen la no repetición de los hechos¹⁴⁸. Las sanciones restauradoras previstas en el AcCo son la participación en la realización de programas de reparación, construcción, limpieza, sustitución de cultivos ilícitos, protección ambiental, desarrollo urbano, acceso a agua potable, construcción de redes y sistemas de saneamiento y erradicación de restos explosivos de guerra¹⁴⁹. La sanción retributiva es la privación efectiva de la libertad en centros de reclusión penal¹⁵⁰.

Aunque en el AcCo se anuncia insistentemente la centralidad en los derechos de las víctimas, al aspecto sustancial parece restársele protagonismo ya que el momento procesal en el que se cumplan las condiciones es aún mas determinante para definir si las medidas que se aplican tienen un contenido

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 144.

¹⁴⁸ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 130 y 146. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 173 y 172.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 166.

retributivo o restaurativo¹⁵¹. Por ello, se ahondará en la trascendencia de dicho procedimiento.

La JEP está integrada por distintas salas. La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los hechos y conductas está encargada de remitir a la Sala de Amnistías e Indultos los casos que considere que pueden acceder a amnistías¹⁵² o remitir un informe al Tribunal para la Paz sobre los casos de delitos no amnistiables¹⁵³. Según el caso, también puede remitir casos a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, cuando los hechos no sean amnistiables ni tampoco den lugar a responsabilidades, o a la Unidad de Investigación cuando no hayan sido reconocidos los hechos, para que sea esta quien, si hallare mérito, remita el caso al Tribunal garantizando de esta manera el derecho a la justicia de las víctimas¹⁵⁴.

El Tribunal para la Paz se encarga de proferir sentencias absolutorias o condenatorias con las sanciones propias, al-

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 174 y 175.

¹⁵² En el AcCo se pactó la amnistía para delitos políticos y conexos, exceptuando los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado y el reclutamiento de menores. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 151. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 156 y 157.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 156 y 157.

ternativas u ordinarias que correspondan según el caso¹⁵⁵. En los casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad por delitos graves, se previeron dos supuestos: a) cuando se lleven a cabo ante la Sala de Reconocimiento, la sanción prevista es la restricción efectiva de libertades y derechos de dos años a cinco años durante los cuales se ejecuta la sanción restauradora¹⁵⁶. En ningún caso implica cárcel o prisión ni medidas similares¹⁵⁷. Las sanciones restauradoras deberán ser presentadas en proyecto de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas por los comparecientes o formuladas por la Sala de Reconocimiento¹⁵⁸. b) en los casos de reconocimiento ante la Sección de Enjuiciamiento, la sanción sí tiene función retributiva de pena privativa de la libertad, pero es una sanción alternativa de cinco a ocho años, beneficio condicionado al compromiso del destinatario de cumplir con actividades de resocialización como el trabajo y el estudio durante la ejecución de la sanción¹⁵⁹.

En caso de no haber un reconocimiento o compromiso de reparación, se prevé una sanción ordinaria de privación efectiva de la libertad por un periodo de quince (15) a veinte (20) años¹⁶⁰.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 160.

¹⁵⁶ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 172. Disponible en: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 165.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 172 y 173.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 174.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 175.

En este caso, los destinatarios pueden obtener redenciones con el compromiso de contribuir con su resocialización a través del trabajo o estudio durante la ejecución de la sanción¹⁶¹.

Adicionalmente, dentro de las actividades en pro de la reparación de las víctimas, el acuerdo se refirió a actos de reconocimiento de responsabilidad colectiva y solicitudes públicas de perdón por parte del Estado, las FARC y otros intervinientes en el conflicto; a planes de reparación colectiva con enfoque territorial y nacionales; planes de rehabilitación psico-social; procesos colectivos de retorno de personas en condición de desplazamiento interior y exterior; restitución de tierras¹⁶². Todo ello, orientado a facilitar la reconciliación y la convivencia futura entre las víctimas, las autoridades estatales, los exparticipantes de las FARC y la sociedad en general¹⁶³.

B. Acto Legislativo 01 de 2017¹⁶⁴

El AcCo, por ser un acuerdo político, requirió un proceso de implementación normativa. La JEP fue implementada normativamente a través de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 175.

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 178-186.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 178.

¹⁶⁴ El ALJEP fue expedido en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz, más conocido como “Fast Track”, creado con el Acto Legislativo 01 de 2016 con el objetivo de agilizar la implementación del acuerdo final. Esta norma incorporó un título transitorio a la Constitución Política con el contenido general del punto del acuerdo final referido al “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”.

En la siguiente descripción se abordará el debate que se llevó a cabo para su aprobación en el Congreso de la República (en adelante CongRep) con el fin de identificar las posturas que se presentaron alrededor de la imposición de penas en el marco de la JEP. También se hará referencia al proceso de revisión de constitucionalidad que se surtió como parte del procedimiento de expedición del ALJEP con el fin de tomar en consideración la participación de distintos actores y la definición final del tema por parte de la CortConst.

1. Proyecto de Acto Legislativo

El día 19 de diciembre del año 2016, el Gobierno radicó ante el CongRep el Proyecto de Acto Legislativo número 002 de 2016 de la Cámara de Representantes¹⁶⁵, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, y el proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 de la Cámara de Representantes¹⁶⁶, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. Dada la similitud y conexidad en sus contenidos, estos proyectos fueron acumulados para ser analizados en conjunto. En estos se previeron ciertos tipos de

¹⁶⁵ GacCong 1165/2016, p. 1.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 7.

sanciones, las cuales se justificaron en la exposición de motivos del Gobierno con la función restauradora y reparadora de la JEP y la discrecionalidad que tienen los Estados en materia de penas, siempre que se respeten sus objetivos y los estándares internacionales¹⁶⁷. Igualmente, se apeló a la necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas¹⁶⁸.

En el trámite de aprobación del proyecto en el Congreso de la Republica, se presentaron dos ponencias. La primera, liderada por la oposición, fue negativa y pidió el archivo del proyecto. Sostuvo que las sanciones no privativas de la libertad de la JEP en caso de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra eran inaceptables. Señaló que la sustracción de responsabilidad de los máximos responsables de dichos crímenes habilitaría la competencia a la Corte Penal Internacional¹⁶⁹. Esta ponencia fue desaprobada por votación de la mayoría los representantes a la cámara¹⁷⁰.

La segunda, fue positiva y solicitó continuar con el trámite legislativo. Sostuvo que el Estatuto de Roma no contiene disposición alguna que indique el tipo de sanción ni la duración que debe aplicarse, porque se le reconoce al Estado un margen de apreciación en la materia.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁹ GacCong 111/2017, p. 27

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 31.

El modelo restaurativo fue interpretado como aquel que impone una sanción con un componente de condena penal, pero también con un componente de reparación para las víctimas¹⁷¹. En ese sentido la transformación de un modelo de justicia retributivo a un modelo restaurativo fue considerada beneficiosa para las víctimas por ser una materialización de su deseo de reparación¹⁷².

En materia de sanciones, dos posturas se vislumbraron. La de la oposición, que consideró que las penas previstas en el ALJEP son constitutivas de impunidad porque ni siquiera contemplaron el escenario de una reducción proporcional de la pena como mecanismo alternativo, sino que las eliminaron por completo¹⁷³. Mientras que la postura de la mayoría de los congresistas que participó en el debate fue que la JEP no implicaba impunidad. Señalaron que si bien el concepto de justicia de la JEP es distinto porque descansa sobre la idea de la justicia restaurativa, no deja de ser justicia¹⁷⁴. Exaltaron su garantía de verdad, reconocimiento de responsabilidades y justicia con el establecimiento de las sanciones previsto en el AcCo sin referirse de manera específica a estas¹⁷⁵.

La definición del ámbito de competencia entre la JEP y la jurisdicción ordinaria fue otro de los puntos de mayor interés

¹⁷¹ GacCong 111/2017, p. 34.

¹⁷² *Ibid.*, p. 34.

¹⁷³ GacCong 253/2017, p. 20.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 26.

en los debates. Se enfatizó que la JEP opera exclusivamente para los actores del conflicto armado, guerrilleros, agentes del Estado o Fuerzas Armadas, y los terceros que hayan cometido delitos con ocasión del conflicto interno¹⁷⁶. A diferencia de la justicia ordinaria, está diseñada especialmente para hechos enmarcados en el conflicto y brinda condiciones favorables¹⁷⁷. Por ello, se dejó claro que la reincidencia sería castigada dentro de la justicia ordinaria por el nuevo crimen y por todos los crímenes anteriores¹⁷⁸.

2. Revisión de constitucionalidad

La CortConst conoció por mandato del literal k) del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016¹⁷⁹ el proyecto de Acto Legislativo de la JEP. La CortConst decidió involucrar a todos los sectores sociales, a fin de tener el mayor número de opiniones e interpretaciones constitucionales sobre la JEP. Para ello, solicitó la intervención de varios actores a partir de la fijación en lista y convocó a una audiencia pública, en la cual no permitió una participación abierta, sino que fijó tres nú-

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 27.; Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 146, 147 y 148. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹⁷⁷ GacCong 253/2017, p. 43.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁹ En virtud del cual le corresponde a la Corte Constitucional ejercer un control automático y único de constitucionalidad, en relación con los actos legislativos adoptados en desarrollo del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz.

cleos de discusión¹⁸⁰. Para el presente artículo, es importante el tercer núcleo.

Dentro de los intervinientes figuraron representantes del Gobierno¹⁸¹ y de otras entidades públicas, como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Además de la participación de expertos profesionales en materia de justicia transicional y representantes de organizaciones relacionadas¹⁸².

En términos generales¹⁸³, la mayoría de intervinientes tuvieron una postura positiva frente al ALJEP. Los representantes del Gobierno justificaron el ALJEP a partir de la necesidad de paz y reconciliación. Por otra parte, quienes podrían agruparse como académicos y expertos en la materia¹⁸⁴, resaltaron su conformidad con el derecho internacional con mínimas salvedades

¹⁸⁰ De acuerdo con el Auto del 30 de junio de 2017 del expediente RPZ-003, los núcleos temáticos a desarrollar en la audiencia pública fueron: (i) La naturaleza y el alcance del control constitucional del Acto Legislativo 1 de 2017. (ii) El impacto del diseño institucional del Acto Legislativo 1 de 2017 en la estructura del Estado prevista en la Constitución de 1991. (iii) Los instrumentos judiciales y extrajudiciales para la materialización de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

¹⁸¹ Asistieron: el Ministro de Justicia, Enrique Gil Botero. El ministro del Interior, Guillermo Rivera. El ex Alto Comisionado de Paz, Sergio Jaramillo.

¹⁸² Fueron invitadas organizaciones como la Corporación Excelencia en al Justicia, la Fundación Derecho Justo, el Centro Internacional para la Justicia Transicional, Dejusticia, entre otras.

¹⁸³ A la fecha de terminación del presente artículo no ha sido publicada la sentencia C-674/17 en su integralidad. Por lo cual, las descripciones sobre las intervenciones están basadas en la audiencia pública celebrada el 5 julio de 2017, cuyo registro esta disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=g1JTrNTmAiE>

¹⁸⁴ Rodrigo Uprinsky, Maria Carmelina Londoño, Juan Carlos Lancheros y Catalina Botero Marino.

en puntos ajenos al presente estudio. También coincidieron en justificar la creación de instituciones transicionales y de tratamientos especiales en el contexto de excepcionalidad en el país. Finalmente, evaluaron positivamente el régimen de condicionalidad. Este fue identificado como la herramienta que asegura la integralidad del SIVJRN y que, a su vez, garantiza el respeto por los cuatro derechos básicos de las víctimas.

La postura crítica, que podría considerarse minoritaria, estuvo encabezada por representantes de víctimas¹⁸⁵. En sus intervenciones cuestionaron la efectividad de los mecanismos previstos en el ALJEP. Por ejemplo, reclamaron que la verdadera garantía del derecho a la verdad reside en la confesión plena que además es muestra de sincero arrepentimiento por parte de los perpetradores, y no en el simple reconocimiento que se prevé desde el AcCo. Asimismo, mostraron su inconformidad principalmente con dos aspectos del sistema de sanciones. El primero, la restricción de libertad como pena accesoria de sanciones restaurativas, porque no satisface sus solicitudes sobre efectiva reclusión para los victimarios¹⁸⁶. El segundo, la estipulación de que el contenido de las penas restaurativas sea propuesto a través de proyectos por los perpetradores, y no

¹⁸⁵ Voceros de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Federación Colombiana de Víctimas de las FARC (FEVCOL) y el Movimiento de Víctimas de Agentes del Estado (MOVICE)

¹⁸⁶ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 165. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

por las víctimas¹⁸⁷, porque no consideran lógico que no se les dé participación a la víctimas en la configuración de proyectos que pretenden repararlas.

Celebrada la audiencia pública, la CortCons continuó con el estudio del ALJEP¹⁸⁸, en el cual realizó un juicio de sustitución de la Constitución¹⁸⁹. Para ello identificó, como uno de los ejes definitorios de la Constitución relevantes, el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones al DIH y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición¹⁹⁰. Por ello, determinó que la JEP debe determinar que las sanciones por los crímenes internacionales más graves, en el marco de ALJEP, sean compatibles con el derecho internacional¹⁹¹. La JEP debe establecer que, caso por caso, las sanciones cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración¹⁹². Para la CortCons, la adecuada reparación de las víctimas depende de la efectividad de las restricciones de libertades y derechos

¹⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 172 y 173.

¹⁸⁸ A la fecha de terminación del presente artículo no ha sido publicada la sentencia C-674/17 en su integralidad. Por lo cual, las descripciones hechas en el escrito son basadas en el comunicado de prensa No. 55 del 15 de noviembre de 2017, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

¹⁸⁹ Comunicado de prensa No. 55 del 15 de noviembre de 2017, p. 17 disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 18.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 23.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 23.

fundamentales, de la verificación por parte de la JEP y de su compatibilidad con actividades políticas¹⁹³.

Asimismo, en concordancia con varios de los intervinientes¹⁹⁴ en la audiencia pública, consideró que para garantizar la protección de las víctimas, la aplicación de los beneficios del ALJEP está sujeta al régimen de condicionalidad, que implica la verificación del cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de los desmovilizados derivadas del AcCo, a saber: a) dejar las armas; b) contribuir en el proceso de reincorporación a la vida civil; c) aportar verdad plena; d) garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero 1 de diciembre de 2016; e) contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular, inventariar todo tipo de bienes y activos; y f) entregar los menores de edad¹⁹⁵. La CortConst también dejó claro que si las condiciones establecidas y las sanciones impuestas son desconocidas, se configura una pérdida de beneficios del SIVJNR¹⁹⁶.

C. Proyecto de Ley Estatutaria

El día 1 de agosto del año 2017, en cumplimiento del art. 5 transitorio del ALJEP, el Gobierno radicó ante el CongRep el

¹⁹³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁹⁴ Rodrigo Uprinsky, María Carmelina Londoño, Juan Carlos Lancheros y Catalina Botero Marino.

¹⁹⁵ Comunicado de prensa No. 55 del 15 de noviembre de 2017, p. 18 disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 18.

Proyecto de Ley Estatutaria número 008 de 2017 del Senado “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”¹⁹⁷.

El proyecto fue publicado con 12 títulos, entre los cuales, resulta relevante el título I, que dispone el deber de investigar, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; la garantía de los derechos de las víctimas; y la condicionalidad de contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación integral y a la no repetición como requisitos para acceder al tratamiento especial como principios fundamentales para el funcionamiento de la JEP¹⁹⁸.

El Gobierno, en la exposición de motivos del proyecto, justificó el enfoque restaurativo de las sanciones previstas en la LJEP en las manifestaciones del fiscal adjunto de la CPI acerca del amplio margen de apreciación de los Estados en materia de penas y sanciones, siempre que con estas se garantice una investigación, la condena pública de la conducta, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de conductas futuras¹⁹⁹.

El título IX del proyecto desarrolla los tipos de sanciones ya anunciados en el ALJEP, pero antes, reitera dos aspectos fundamentales. Primero, que la finalidad de las sanciones es

¹⁹⁷ GacCong 626/2017, p. 1.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 1 y 2.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 41.

satisfacer los derechos de las víctimas²⁰⁰. Segundo, que en virtud del régimen de condicionalidad, las sanciones tendrán función restaurativa y reparadora en la medida en que se contribuya con el reconocimiento de verdad y responsabilidad²⁰¹. Las sanciones son:

Tipo de sanción	Presupuesto	Contenido
PROPIAS	Reconocimiento de responsabilidad y verdad plena ante la Sala de Reconocimiento	Restricción efectiva de libertades y derechos con monitoreo por una duración de 5 a 8 años, tiempo en el que se cumplirán las funciones reparadora y restauradoras. Podrán ser de 2 a 5 años cuando el grado de participación es de complicidad o de autoría y determinación si el aporte no fue determinante.
ALTERNATIVAS	Reconocimiento de verdad y responsabilidad ante la Sección de Enjuiciamiento, antes de que se profiera sentencia	Pena privativa de la libertad de 5 a 8 años sin posibilidad de subrogados penales u otros beneficios. De acuerdo con cada caso, el Tribunal puede ordenar que cumplido un 50% como mínimo, el tiempo restante se cumpla como sanción propia. Podrán ser de 2 a 5 años cuando el grado de participación es de complicidad o de autoría y determinación si el aporte no fue determinante.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 31.

²⁰¹ GacCong 626/2017, p. 31.

Tipo de sanción	Presupuesto	Contenido
ORDINARIAS	No reconocimiento de verdad y responsabilidad	Privación efectiva de libertad de 15 a 20 años y posibilidad de acceder a redenciones y subrogados previstos en las normas penales con el correspondiente compromiso con la resocialización y la no repetición.

La dosificación de la sanción dependerá de: a) el grado de verdad otorgado; b) la gravedad de la conducta; c) el nivel de participación; d) las circunstancias de mayor y menor punibilidad; y e) los compromisos en materia de reparación y garantías de no repetición²⁰².

Las sanciones propias cumplirán una función restauradora y reparadora, dicho componente podrá ser definido por la Sala de Reconocimiento o ser materia de un proyecto presentado por los comparecientes que deberá establecer un sistema de consulta con las víctimas residentes del lugar previsto para su cumplimiento con el fin de constatar su acuerdo o desacuerdo²⁰³. Asimismo, deberá ser aprobado por Sala. Este proyecto podrá presentarse individual o colectivamente²⁰⁴.

El componente reparador podrá incluir la participación y ejecución en programas de:

²⁰² GacCong 626/2017, p. 33.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 34.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 34.

En zonas rurales	En zonas urbanas	Limpieza y erradicación de minado
1. Reparación para campesinos desplazados. 2. Protección medioambiental de zonas de reserva. 3. Construcción y reparación de infraestructuras. 4. Desarrollo rural. 5. Eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello. 6. Mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas. 7. Sustitución de cultivos de uso ilícito. 8. Recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito. 9. Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito. 10. Alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.	1. Construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc. 2. Desarrollo urbano. 3. Acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento. 4. Alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.	1. Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar. 2. Limpieza y erradicación de minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados.

En el debate en el Congreso se presentaron más de 100 proposiciones que fueron centradas en 33 artículos²⁰⁵, los principales temas fueron: la participación efectiva de las víctimas, los requisitos para acceder a tratamientos especiales, la temporalidad, la responsabilidad de mando, la suspensión

²⁰⁵ GacCong 971/2017, p. 1.

condicional de la pena y la participación política²⁰⁶. En relación con las víctimas, si bien el proyecto original recogía la participación como principio, los congresistas consideraron necesaria la inclusión de precisiones sobre la facultad de interponer recursos y acceder a medidas de protección, razón por la que con las modificaciones se dio carácter de interviniente a la víctima dentro del proceso judicial²⁰⁷.

Conclusiones

Existen elementos en el diseño de justicia transicional del AcCo que permiten observar cierta concordancia con *TRR*. La consideración de las víctimas como eje central del proceso, su participación efectiva en el proceso y el cambio de paradigma de justicia retributiva a restaurativa son características fundamentales. Resultan concordantes con *TRR* porque permiten que la víctima adquiera reconocimiento como agente racional y en consecuencia tenga la facultad legítima de presentar reclamos ante los pasados perpetradores con el objeto de obtener rendición de cuentas por las violaciones a las cuales fueron sometidas. Igualmente, la imposición de sanciones de carácter restaurativo y reparador, como las contempladas en la LJEP pueden significar un avance importante en la superación del paradigma de la justicia retributiva y en el establecimiento de un compromiso mutuo a futuro entre las víctimas y los victimarios.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 2.

²⁰⁷ GacCong 971/2017, pp. 2 y 3.

Por otra parte, el denominado “régimen de condicionalidad” bajo el cual se desarrolla la creación de una justicia especial evidencia la distinción entre un contexto excepcional y uno ordinario. En otras palabras, los elementos de *TRR* se mantienen vigentes en la medida en que las partes contribuyen con el reconocimiento de las víctimas y muestran un compromiso con su restauración. En el caso en contrario, se entiende que la omisión de dichos deberes implica la migración a un sistema ordinario.

Sin embargo, otros puntos pueden crear duda acerca del acogimiento integral de los planteamientos de *TRR*. Al menos dos aspectos pueden ser considerados: primero, la exclusión de las víctimas en la creación del proyecto de restauración que se permite presentar a los ex miembros de las FARC-EP. Segundo, la imposición de penas retributivas como consecuencia del retardo en el reconocimiento de verdad y responsabilidad prevista por el régimen de condicionalidad.

El primero, en concordancia con lo anunciado con algunos grupos de víctimas en proceso de implementación normativa del AcCo, porque resulta discutible que un sistema que tiene como eje central la redignificación y la participación efectiva de las víctimas las aisle de la creación de un proyecto que, se supone, pretende restaurar el daño causado a ellas mismas. El simple sometimiento del proyecto a su aprobación o desaprobación previsto en la LJEP no implica un intercambio de razones y justificaciones entre las víctimas y el victimario, como lo plantea *TRR*. Esto impide la participación en la

construcción de la razón pública, de la formación de juicios comunes y de moral común. Representaciones que, como se mencionó, determinan la forma en la que los seres humanos actúan, evalúan los actos de los otros y construyen su concepto de justicia.

El segundo surge de la siguiente cuestión, porque pese a que el victimario muestra la intención de acogerse al proceso con su desmovilización y desarme, así como con la aceptación voluntaria de ser juzgado por un tribunal, el solo hecho de reconocer su responsabilidad y aportar verdad ante una instancia distinta o una etapa procesal posterior justifica la imposición de sanciones alternativas que implican la aplicación de una pena con carácter retributivo. Si bien, se señaló que el incumplimiento total del deber de reconocimiento de verdad y responsabilidad justifica la aplicación de penas contempladas en el régimen ordinario, en el entendido de que estas omisiones generan la salida del marco de justicia transicional, los presupuestos para la aplicación de sanciones “alternativas” son insostenibles teniendo en cuenta que al final el victimario decide contribuir con sus deberes para la restauración de las víctimas.

Sin perjuicio de lo anterior, considerar que la integración total de los planteamientos de *TRR* al modelo de justicia transicional colombiano puede generar problemas prácticos es válido. En efecto, el conflicto en Colombia ha producido y produce una victimización múltiple de la sociedad. La sociedad sufre indiscriminadamente los ataques de los múltiples actores,

incluido el Estado. La violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado por ser masiva, por lo que la tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos y de redignificación de las víctimas se torna muy compleja. La naturaleza del conflicto hace bastante difícil saber qué actores tendrían la disposición de integrar una relación de rendición de cuentas con la víctima y qué víctimas tendrían la intención de conceder este espacio.

Referencias

Documentos oficiales

- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Reparations programmes*. HR/PUB/08/1. (2006).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict state. Vetting: an operational framework*. HR/PUB/06/5. (2006).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Prosecution initiatives*. HR/PUB/06/4. (2006).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Amnesties*. HR/PUB/09/1. (2006).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Truth Commissions*. HR/PUB/06/1. (2006).

- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: National consultations on transitional justice*. HR/PUB/09/2. (2006).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Rule-of-law tools for post-conflict states: Reparations programmes*. HR/PUB/08/1. (2006).
- U.N. Security Council. *Report of the Secretary-General to the Security Council on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. S/2004/616. (23 de agosto de 2004).
- U.N. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Derechos humanos y justicia de transición*. 2005/70. (20 de abril de 2005).
- U.N. Asamblea General. *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 internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 60 /147. (16 de diciembre de 2005).

Libros

- Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela. *Justicia de transición*, Konrad Adenauer Stiftung, 23-133. (2009).
- Arent, Hannah. *Eichmann en Jerusalem*, Editorial Lumen. (1999).
- Bloomfield, David; Barnes, Teresa and Huyse, Luc. *Reconciliation After Violent Conflict: A Handbook*. Stockholm, IDEA. 97-116. (2003).

- Botero, Catalina. Derecho Penal Internacional y Justicia de Transición ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella? en Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Editorial Universidad del Rosario. 280-322. (2006).
- Braithwaite, Jhon. Justice and responsive regulation, Oxford University Press, 169-. 210. (2002).
- Comisión Colombiana de Juristas, Principios sobre impunidad y reparaciones, Opciones Gráficas Editores Ltda, 31- 55. (2007).
- Cortés, Francisco. Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional en Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Editorial Universidad del Rosario. 85-112. (2006).
- De Greiff, Pablo. Handbook of Reparations, Oxford University Press, 451-477. (2006).
- Kant, Immanuel. Crítica de la razón pura, Editorial Colihue. (2007).
- Norrie, Alan. La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en Arendt y Jaspers. Universidad Libre, 11-90. (2015).
- Pettit, Philip. The Common Mind, An Essay on Psychology, Society, and Politics, Oxford University Press. (1993)
- Reátegui, Félix. "Justicia Transicional. Manual para América Latina". Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). 47-63. (2006).

Rettberg, Angelika. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Universidad de los Andes, 171-232. (2005).

Uprimny, Rodrigo; Saffon, María Paula; Botero, Catalina y Restrepo, Esteban ¿Justicia transicional sin transición?, Ediciones Antropos, 17-171. (2006).

Uprimny, Rodrigo; Sánchez Duque, Luz María y Sánchez León, Nelson Camilo. Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 90-153. (2014).

Artículos científicos

Blatz, Charles V. “Reason, Peace, Transitional Justice, and Punishment”. *International Journal of Peace Studies*, Volume 11, Number 1, Spring/Summer 2006, At. 59.

Bleeker, Mô. The right to know: a key factor in combating impunity. *Politorbis*, 2010, At. 31.

De Greiff, Pablo. A normative conception of Transitional Justice. *Politorbis*, 2010, At. 17.

De Greiff, Pablo. Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta, *Estudios Socio-Jurídicos*, agosto de 2005, At. 153.

Garfunkel, Ianiv. “Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?”, *American University International Law Review*, vol. 32, no. 2, 2017, At. 409.

- Gómez-Velásquez, Alejandro y Correa-Saavedra, Julián “¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia”, *International Law*, 2015, At. 193.
- González Medina, Diego. “Serie Documentos de Trabajo, n.º 43 Sobre la Justificación de la Pena en Contextos de Justicia Transicional”, Departamento de Derecho Constitucional Universidad Externado, 2015.
- Jaramillo Marín, Jefferson y Delgado Barón, Mariana. “Deber de memoria” y “Razones de olvido” en la justicia transaccional colombiana. *Análisis Político*, enero-abril de 2011, At. 29.
- Malarino, Ezequiel. “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 9, enero de 2013, At 205.
- Orozco, Ivan. “La posguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación”, *Análisis Político*, No. 46, 2002, At, 78.
- Patiño Mariaca, Daniel Mauricio y Ruiz Gutiérrez, Adriana María. La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2015, At. 213.
- Posner, Eric y Vermeule, Adrian. “Transitional Justice as Ordinary Justice,”. *Harvard Law Review*, 2003, At.762.

- Postema, Gerald. "Public Practical Reason: An Archeology", *Social Philosophy and Policy*-Cambridge University Press, 1995, At 43.
- Seils, Paul. Rule of law and international, national justice mechanisms. *Politorbis*, 2010, At. 41.
- Sisson, Jonathan. A Conceptual Framework for Dealing with the Past. *Politorbis*, 2010, At. 11.
- Torregrosa, Rodolfo. "Algunas Reflexiones sobre la Justicia Transicional en Colombia desde el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario", *Dialogo de Saberes*, 2011, At. 45.
- Ventura, Manuel. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional. En *Justicia*, (2016). At. 30.

Simposios y conferencias

- Bloomfield, David. Conference paper 1/2006 "Strategies for Reconciliation: ¿Are Justice and Peacebuilding Complementary or Contradictory?". (2006).
- De Greiff, Pablo. Conference paper 1/2006 "Reparations and the Role of International Cooperation" (2006).
- Mack, Helen. Conference paper 1/2006 "Dealing with the Past and Powerful Groups: Challenges to Peacebuilding, Justice and Reconciliation" (2006).

Mayer-Rieckh, Alexander. Conference paper 1/2006 “Vetting, Institutional Reform and Transitional Justice” (2006).

Sooka, Yasmin. Conference paper 1/2006 “Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability” (2006).

Zyl, Paul van. Conference paper 1/2006 “The Challenge of Criminal Justice: Lessons Learned from International, Hybrid and Domestic Trials” (2006).

Normatividad

Acto Legislativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. 4 de abril de 2017. D.O. No. 50196.

Jurisprudencia

CortCons. Sentencia de Constitucionalidad C-379/2016

CortCons. Comunicaco de prensa No. 55 del 20 de noviembre de 2017.

Gacetas

GacCong 1165/2016

GacCong 253/2017

GacCong 111/2017

GacCong 971/2017

GacCong 28/18

CAPÍTULO III

LAS NEGOCIACIONES ENTRE EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC: CONSIDERACIONES CONSTITUTIVAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER TRANSICIONAL*

*Ana Polack***

*Julián Darío Bonilla Montenegro****

Resumen

Este trabajo busca identificar las condiciones que permitieron que en los procesos de negociación que se han desarrollado con las Fuerzas

* Trabajo de investigación presentado en el marco del proyecto de investigación INV-EES-2592, “Procesos de Negociación entre el Gobierno Colombiano y las FARC: entre Confrontaciones y Acuerdos (1984-2016)”, Universidad Militar Nueva Granada y el proyecto de investigación “La Construcción del Modelo de Justicia Transicional en el Proceso de Negociación entre el Gobierno Colombiano y las FARC: Negociación, Diseño, Posibilidades de Implementación”. Código del proyecto: CAP 211.

** Doctora en Historia, EHESS, París. Docente asociada, tiempo completo, Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: ana.polack@unimilitar.edu.co

*** Estudiante Doctorado en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Docente investigador, tiempo completo, Universidad Libre de Colombia. Miembro del grupo de investigación de Estudios Constitucionales y de la Paz. Correo electrónico: juliand.bonillam@unilibre.edu.co

Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) se hayan logrado generar transformaciones en relación con la necesidad de garantizar cambios de carácter constitucional con el fin de pretender un tránsito adecuado del grupo armado insurgente a las prácticas propias de los procesos políticos legalmente institucionalizados. Se recurre a un análisis histórico, tomando referentes de la historia intelectual, así como a revisiones documentales de documentos legales, de fuentes historiográficas, en donde se observa que, de acuerdo con las presiones provenientes del activismo sobre el tema de los derechos humanos, cada vez más se hizo necesaria la necesidad de transformar campos de la Constitución como una consecuencia de los espacios de negociación, a través de las consideraciones de constitucionalismo transicional. Se trabajará desde una perspectiva teórica articulada con la teoría constitutiva del derecho y un enfoque de análisis basado en el aumento de procesos de globalidad.

Palabras clave: Colombia, constitucionalismo transicional, FARC, procesos de negociación, teoría constitutiva del derecho

Abstract

This work wants to identify the conditions that allow that, in the negotiation processes that have been developed with the Revolutionary Army Forces of Colombia (sp. FARC-EP), it has achieved generate some transformations related to the need of guarantee constitutional transformations with the purpose of pretend a suitable transit of the insurgent armed group to the particular practices of the political processes that are legally institutionalized. It is work with an historical analysis, taking criteria of the intellectual history, as well as documentary reviews of legal texts, historiographic fonts, where it shows that, according with the activisms from the Human Rights, it was necessary the need of transformate some fields of the Constitution because of the negotiation fields, trough the considerations of the transitional constitutionalism. It will work from a theoretical perspective articulated with the constitutive theory of law and a perspective based in the increase of the glocality process.

Keywords: Colombia, transitional constitutionalism, FARC, negotiation processes, constitutive theory of law

Introducción

En Colombia se han presenciado diversos procesos de negociación política con las organizaciones armadas insurgentes vigentes en el país. Desde el proceso de negociación con las guerrillas liberales de los Llanos Orientales durante la época conocida como “La Violencia”²⁰⁸, caracterizadas por la posibilidad de garantizar amnistías sin ninguna consideración de deber reparación o construcción de memoria²⁰⁹, finalizando con las negociaciones que culminaron, con un relativo éxito, entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)²¹⁰, junto con las que, con varios altibajos, se han pretendido organizar también con la organización insurgente Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Ambas organizaciones mencionadas conforman lo que se denomina “Primera Generación de Guerrillas”²¹¹, surgidas

²⁰⁸ E, Franco. *Las guerrillas del Llano*. Bogotá: Planeta Colombia. 1994; O, Villanueva. *Guadalupe Salcedo y la insurrección llanera, 1949-1957*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2012.

²⁰⁹ Inclusive, durante el gobierno de Rojas Pinilla se “expide el decreto 1823 -13 de junio, 1954- por el cual amnistía los delitos políticos cometidos antes del 1 de enero de 1954” F. Barbosa. ¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia. Bogotá: Ediciones B. Pág. 33.

²¹⁰ Oficialmente, luego de la Séptima Conferencia de 1982, agregaron la extensión de las siglas EP; Ejército del Pueblo. Por condiciones de simplicidad se manejará únicamente la sigla ampliamente considerada, o sea, sin la inclusión del EP. Cf. M, Aguilera. Aguilera, M. Las FARC: auge y quiebre de su modelo de guerra. *Análisis político*. 26(77). 85-111. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44005/45253>. 2013

²¹¹ J, Giraldo. *Las ideas en la guerra. Justificación y crítica en la Colombia contemporánea*. Bogotá: Penguin Random House. 2015.

en América Latina como consecuencia del triunfo de los revolucionarios en Cuba, con un fuerte apoyo popular y al mismo tiempo un número reducido de combatientes permitió que se generará un impulso en toda la región para la conformación de organizaciones guerrilleras que anhelaban seguir los pasos de lo acontecido en tierras cubanas. Junto con las FARC y el ELN, en esa etapa surge el Ejército Popular de Liberación (EPL).

Retomando el contexto de la negociación, es importante enfatizar que junto con las FARC y el ELN se ha pretendido construir diversos espacios o modelos de negociación. Este documento se concentra en el trabajo que se ha efectuado con relación a las FARC y la necesidad que se requiere, con el fin de garantizar una transición adecuada, de la implementación de ciertas reformas de carácter constitucional. Circunstancia que se observa fortalecida con el amplio espectro de reformas constitucionales que se formaron durante el último proceso de negociación entre el Gobierno y las FARC, el cual se construyó entre octubre de 2012 y noviembre de 2016.

Las transformaciones constitucionales que se pueden observar durante el proceso actual evidencian dos aspectos particulares. En primer lugar, la conversión sobre la recepción de los campos de acción de los mecanismos de justicia transicional (JT), los cuales ya no pueden concentrarse únicamente en la puesta en marcha de modelos amnésicos de amnistías o indultos

generalizados²¹², sino que realmente es importante la puesta en marcha de diferentes aspectos contruidos a través de las experiencias de transición, así como la obligatoriedad para el Estado colombiano de garantizar compromisos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales se derivan de los cambios en la recepción interna sobre las garantías de una transición adecuada junto con los factores externos que construyen una suerte de presión adicional sobre las garantías en la implementación de los marcos de transición.

Antecedentes

Es a través de este campo de articulación que se construye este documento. En principio, es necesario aceptar que los modelos de transición han cambiado a partir de la década de 1980, momento en el cual se dieron inicio al primer escenario de acercamientos entre el Gobierno colombiano y las FARC, durante la administración de Belisario Betancur Cuartas (1982–1986), hasta el modelo actual, que se gestó durante las administraciones de Juan Manuel Santos (2010–2018). El contexto de las negociaciones realizadas durante la administración de Andrés Pastrana Arango (1998–2002), a pesar de no representar ninguna clase de avances en comparación con las dos anteriores, representa un espacio temporal de asimilación de varios de los fundamentos que ya se conocían en

²¹² J. Jaramillo YM, Delgado. “Deber de memoria” y “razones de olvido” en la justicia transicional colombiana. *Análisis político*. 24(71). 129-147. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44243/45537>. 2011

el contexto internacional sobre la JT, lo que permitió llevar a cabo la aceptación de propuestas sobre modelos de transición que evitaran la impunidad, incluyendo la acción del Estado colombiano de ratificar el Estatuto de Roma que daba validez al surgimiento de una Corte Penal Internacional (CPI).

Para analizar esto, en primer lugar, se ofrecerá un modelo teórico que es conveniente para comprender mejor la necesidad de las transiciones constitucionales en un contexto de posacuerdo, ya que, al hablar de la teoría constitutiva del derecho²¹³, se acepta que el derecho se considera a través de los eventos que son constituidos por medio de los actos legales que emana, produciendo de esta manera efectos en el mundo social. Posteriormente, se podrá observar a través de las transiciones sobre las ideas que se han desarrollado en los últimos lustros sobre las necesidades de garantías de los derechos humanos, que los cambios históricos han permitido aumentar los márgenes de exigibilidad de los derechos, particularmente en el contexto de los escenarios de transición. Este punto ha sido demostrado fehacientemente por Samuel Moyn²¹⁴ cuando demuestra que el discurso sobre los derechos humanos ha tenido un verdadero espacio de acción a partir

²¹³ Cf. E, Rivera, La construcción legal del colonialismo de los Estados Unidos: los casos insulares (1901-1922). *El otro derecho*. 8(1) 9-107. 1998; E, Rivera. El derecho y el silencio. *Isonomía*. (47). 181-206. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n47/1405-0218-is-47-181.pdf>. 2017; F, Benavides. Soberanía, globalización y la constitución del significado. *Derecho penal y criminología*. 36(100). 45-62. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.03>. 2015.

²¹⁴ S, Moyn. *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2015.

de la década de 1970, lo que realmente garantiza ampliar sus campos de eficacia por encima de su simple numeración en documentos normativos nacionales o internacionales.

La teoría constitutiva del derecho

Como referente para un marco teórico concreto que sirva de base para identificar la comprensión del fenómeno expuesto en este trabajo, el trabajo se deriva de una nueva perspectiva crítica para la comprensión de los procesos y acontecimientos jurídicos, pensando en la necesidad de identificar “el lugar del derecho en la construcción del mundo social”²¹⁵, identificando un criterio esencial en relación con la conformación de las normas jurídicas para los fines de este trabajo: sus efectos, representados a través de la materialización de estos actos, contribuyendo a “la construcción del sentido común diario, a través del cual la gente interpreta sus vidas y reproduce su existencia social”²¹⁶.

En este contexto, los campos de representación social, junto con su respectiva construcción²¹⁷, son creados e interpretados gracias a la existencia de determinados eventos legales que

²¹⁵ E, Rivera. *Op. Cit.* pág. 14, pie de página 7.

²¹⁶ *Ibíd.* pág. 15.

²¹⁷ J. Delval. Aspectos de la construcción del conocimiento sobre la sociedad. *Educar.* (30). 45-64. Recuperado de: <http://www.scielo.br/pdf/er/n30/a04n30>. 2007. La construcción del conocimiento sobre la sociedad. *Schème*. 9. Edición Especial. 185-216. Recuperado de: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/scheme/article/view/7146/4593> 2017.

logran el proceso de consolidación de las prácticas sociales, gracias a las consideraciones particulares derivadas del denominado giro lingüístico en la filosofía contemporánea, donde se logró establecer, como fue expuesto en su momento por el filósofo inglés John Austin, que el lenguaje además de decir establece el hacer²¹⁸.

Finalizando este campo del texto, se ofrece una caracterización sobre la teoría constitutiva que demuestra la representatividad que maneja el derecho en relación con la conformación de identidades sociales. Según Gordon:

El poder ejercido por un régimen jurídico consiste menos en la fuerza que pueda ejercer contra los infractores de sus normas, que en su capacidad de persuadir a la gente de que el mundo descrito en sus representaciones es el único posible en el cual una persona cuerda querría vivir²¹⁹.

Cerrando este contexto teórico, es importante incluir una referenciación que permite enfatizar en el reconocimiento que tiene el derecho en el contexto social. De acuerdo con Gordon:

El poder ejercido por un régimen jurídico consiste menos en la fuerza que pueda ejercer contra los infractores de sus normas, que en su capacidad de persuadir a la gente de que el mundo

²¹⁸ J. Austin. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós Básica. 2016.

²¹⁹ Citado por T. Ruskola. *Orientalismo legal*. Traducción de Felipe Yamín y Emilio Lehoucq. UNA. *Revista de derecho*. 1. 1-74. Recuperado de: <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/traduccion/Ruskola2016-Traduccion-UNA-Revista-de-Derecho.pdf> pág. 29

descrito en sus representaciones es el único posible en el cual una persona cuerda querría vivir²²⁰.

De lo anterior, se puede identificar una condición estrechamente vinculada con los procesos transicionales, y es el hecho de lograr construir procesos normativos que tengan la capacidad de generar las condiciones apropiadas para la transición de un escenario de violación sistemática de los derechos humanos a uno donde se logre minimizar el impacto de este tipo de acciones. Para esto, se puede evidenciar que la movilización social con miras a garantizar la eficacia sobre diversas medidas judiciales ha sido una circunstancia esencial con el fin de lograr involucrar en la agenda política de las transiciones las medidas referidas.

Cambios en los modelos de recepción y constitución del derecho

De esta manera, lo que es posible confirmar en relación con las condiciones de transición puede verse estrechamente relacionado con los cambios sociales presentes a partir de ciertos momentos históricos, vinculados a la condición de transformación de las condiciones políticas en diversos Estados. Balakrishnan Rajagopal ofrece el reconocimiento esencial para aceptar que las transformaciones sociales han sido construidas por acciones ‘desde abajo’, gracias a las acciones de los movimientos sociales y de resistencia que han logrado

²²⁰ *Ibíd.* Pág. 30.

generar transformaciones en los niveles tanto de exigibilidad y aplicabilidad de los modelos de derechos humanos²²¹.

El precedente descrito en el párrafo anterior también se articula con las condiciones que Moyn considera, a través de un ejercicio de historia intelectual, lograron aumentar la necesidad de aprobación del cumplimiento de los estándares en derechos humanos y de esta forma, promover las condiciones de cumplimiento de los documentos internacionales ratificados por los Estados²²². Esto se debe a que, durante las primeras décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial²²³, se había dado inicio a un nuevo activismo en relación con el tema de los derechos humanos, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1945, así como la conformación de los modelos regionales para su protección. Sin embargo, no fue sino hasta la década de 1970 que es posible observar una verdadera movilización social para garantizar que las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por los Estados (esencialmente en Europa y, poco después, en América Latina) tuvieran unos mecanismos de sanción particulares y que el discurso que fortalecía el reconocimiento de este grupo de derechos haya entrado en la escena político-constitucional. Es el mismo Moyn quien expone que: “por qué no fue a

²²¹ B, Rajagopal. *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: ILSA. 2005.

²²² S, Moyn. *Op. Cit.* 2015

²²³ Aclaración gramatical: de acuerdo con las últimas reglas ortográficas, se admite el uso de las mayúsculas iniciales al momento de hacer referencia a la primera (1914-1918) como la segunda (1939-1945).

mediados de los cuarenta, sino a mediados de la década de los setenta que los derechos humanos (*sic*) vinieron a definir las esperanzas futuras de las personas, convirtiéndose en el fundamento de un movimiento internacional”²²⁴.

Entonces, si esto se presentaba con los derechos humanos en general, también se puede demostrar este proceso de definición y reconocimiento con la JT. De allí que es importante la referenciación temporal que existe sobre la aceptación de los modelos transicionales, comenzando en la década de 1970 y finalizando hacia mediados de la década de 1990, con la formalización de una serie de principios sobre las condiciones para las garantías de los derechos humanos en el contexto de la transición. Circunstancia que se logra a través de los principios de Joinet de 1997. Este trasfondo se presentará a continuación.

Tabla 1. Cambios en las condiciones sobre reparaciones por violaciones a los derechos humanos en modelos de JT

Década	Acontecimiento
1970	Amnistías e indultos; leyes de “perdón y olvido” o “punto final”.
1980	Desarrollo de procesos de memoria por violaciones a los derechos humanos en situaciones de dictaduras militares. Proceso de La Uribe, 1984.
1990	Necesidad de mecanismos de castigo por graves violaciones a los derechos humanos a consecuencias de regímenes represivos o conflictos armados.

²²⁴ *Ibíd.* pág. 17.

Década	Acontecimiento
1997	Expedición de las directrices (principios) Joinet, presentados a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
1998	Firma del Estatuto de Roma de la CPI
2000	Aumento de los procesos de negociación con inclusión de modelos de JT.
2010	2012-2016. Proceso de Negociación Gobierno – FARC. 2015. Aprobación del Acuerdo de Víctimas. Inclusión de los parámetros para la implementación de los principios de JT en el contexto colombiano.

Fuentes: F, Benavides, 2011. *Op. Cit.*; La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional en Colombia. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/3843192016>. 2016. L. Joinet, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf. 1997.

En la tabla 1, se observa una serie de condiciones que permitieron los cambios en relación con los niveles de exigibilidad en la JT. De manera particular, es interesante observar que la identificación sobre este fenómeno proviene esencialmente de los acontecimientos desarrollados en América Latina, concretamente América del Sur. Tales circunstancias han servido para generar la consideración que la JT tiene un origen ‘latinoamericano’, tomando como punto de referencia los acontecimientos posteriores a la Junta Militar argentina y la expedición del informe Nunca Más²²⁵.

²²⁵ Arnoso, M.; I, Bombelli.; M, Muratori.; Mele, S. Y E, Zubieta. La conadep y el informe Nunca Más: conocimiento, eficacia y emociones asociadas. *Anuario de investi-*

A continuación, se ofrecerá una revisión cronológica en relación con los procesos de negociación con las FARC y la incidencia de los cambios en relación con las condiciones de transición y la consolidación de la JT. Proceso que incluyó en mayor o menor medida la necesidad de transformaciones constitucionales para garantizar las condiciones dentro del escenario transicional.

Colombia ante las condiciones transicionales: entre acuerdos y transformaciones constitucionales

Por condiciones de concreción en este trabajo, no se pretende construir una revisión histórica sobre el conflicto armado colombiano, tema sobre el cual se han generado ya gran cantidad de trabajos académicos, incluyendo el informe sobre el entendimiento del conflicto armado en Colombia, desarrollado por doce académicos de diferentes afiliaciones ideológicas²²⁶, solamente se tomará en consideración el desarrollo de los procesos de negociación con las FARC y su relación con los procesos de cambio constitucional.

gaciones. 20(1). 197-205. <http://www.scielo.org.ar/pdf/anuinv/v20n1/v20n1a18.pdf> 2013. N, Rauschenberg. Memoria política y justicia transicional en Argentina después de treinta años de democracia. Notas para un debate. *Aletheia*. 3(6). 1-19. Recuperado de: <http://www.aletheia.fahce.unlp.edu.ar/numeros/numero-6/pdfs/Rauschenberg-ok.pdf> 2013.

²²⁶ Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, CHCV. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de: http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf 2015.

Para entender con mayor precisión el aspecto del cambio constitucional, es importante reconocer el campo de trabajo denominado “constitucionalismo transicional”²²⁷. En esencia, debe aceptarse que el constitucionalismo sirve de base para construir las condiciones de legitimidad, las cuales deben ir más allá de la existencia de un documento constitucional, razón por la cual se considera que las condiciones para generar procesos de transición política, incluyendo la implementación de las condiciones derivadas de los modelos de JT, se enfrentan a un conflicto entre el constitucionalismo formal frente al material²²⁸, lo que establece que se hacen necesarios procesos legislativos de transformación constitucional para garantizar mejores condiciones de aplicación de los marcos contruidos durante la etapa de negociación. Debe tenerse en cuenta en este contexto que una transición constitucional no implica una transición política; o sea, un cambio en el modelo del régimen político vigente durante las etapas de conflicto o negociación²²⁹.

Alrededor de este punto, se puede observar que los procesos de negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC no incluyen un cambio de régimen político, que sí se presentó cuando, debido a los acontecimientos sociales y políticos ocurridos

²²⁷ R, Costa. Estado transicional de direito. *Revista direito e práxis*. 8(4). 2773-2791. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/24950> 2017; J, T. El constitucionalismo, transición política y justicia transicional. *Análisis político*. 29(88). 126-147. DOI: <https://doi.org/10.15446/anpol.v29n88.63882>. 2016

²²⁸ J, Torres. *Op. Cit.*

²²⁹ *Ibid.*

entre 1989-1990, permitieron el cambio constitucional que se consolidó en la Constitución Política actualmente vigente²³⁰.

Negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC 1982–1986

De acuerdo con Pizarro, el proyecto de negociación de Belisario Betancur consistía en cuatro etapas:

primero, la constitución de una amplia Comisión de Paz, en la cual estuvieran representados una extensa gama de sectores políticos y sociales; **segundo, una ley de amnistía, amplia y generosa; tercero, una reforma política** profunda tendiente a facilitar el tránsito de la guerrilla a la acción política y, por último, el desarme y reintegración a la vida civil de los grupos alzados en armas.²³¹ (Negrilla fuera del texto original)

Este antecedente permite demostrar dos elementos esenciales, articulados con los procesos de cambios en la construcción de los modelos de transición. En primer lugar, se observó la propuesta de una ley de amnistía, sin que se tomaran en cuenta las condiciones que sirvieran de base para identificar algunos elementos actualmente esenciales en todo proceso de transición, como la identificación de los mecanismos de sanción penal, reparación a las víctimas o la identificación de

²³⁰ F, Gutiérrez. *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Bogotá: Norma. 2002.

²³¹ E, Pizarro. *Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*. Bogotá: Penguin Random House.

las medidas para garantizar la memoria de los acontecimientos del conflicto. Actualmente no se posible considerar que existan leyes de amnistías amplias, tales como las que fueron aprobadas a través de la ley 35 de 1982. Poco tiempo antes del fin de la Dictadura en Argentina y el inicio de las condiciones transicionales que exigían eliminar este tipo de medidas, las cuales se encaminan a facilitar las condiciones de reinserción a la vida civil de quienes hayan cometido graves daños a los derechos humanos. Esto también se relaciona con el “Acuerdo de Cese al Fuego, Paz y Tregua”, firmado en la Uribe el 28 de marzo de 1984. Es importante mencionar en este apartado que el mismo acuerdo incluía la necesidad de “perdón y olvido” como una iniciativa para “fortalecer las mejores condiciones de la fraternidad democrática”²³².

Adicionalmente, es importante enfatizar que a pesar de la posibilidad de proponer cambios en el sistema político, los que se gestaron durante la administración Betancur no se generaron como consecuencia del proceso de negociación sino debido a condiciones propias de la estructura política del país. Razón por la cual se pudo observar la posibilidad de permitir la elección popular de alcaldes (Acto Legislativo 1 de 1986), pero sin la posibilidad de incluir cambios en la estructura constitucional colombiana.

²³² *Ibid.* pág. 117

Entreacto: La etapa del Caguán (1999-2002)

La pretensión de un proceso de negociación entre el Gobierno de Andrés Pastrana y las FARC tuvo una gran cantidad de inconvenientes, comenzando por el hecho de no contar con una agenda de negociación clara²³³, diferencia de los procesos de La Uribe y el reciente. No se puede observar la organización de un cambio constitucional relevante derivado directamente del proceso del Caguán. Es importante aclarar que durante la fase de conformación de la agenda de negociación se plantearon las posibilidades de una ley de canje entre guerrilleros detenidos y miembros de la fuerza pública. De todas maneras, esta no era una ley como “condición para la continuación de los diálogos de paz”²³⁴. La posibilidad de canje se cimentó con la firma del “Acuerdo Humanitario que dejará en libertad a 15 guerrilleros y 42 soldados y policías, todos ellos enfermos”²³⁵.

Sí es importante aceptar que en este momento ya se había aceptado la necesidad de una transición política si se lograra un posible acuerdo entre el Gobierno y las FARC, debido a que se consolidó la idea a nivel internacional de la necesidad de cumplir con los estándares internacionales, fruto de las experiencias de los Tribunales Ad-Hoc para Ruanda y la ex Yugoslavia, y la necesidad de aprobar un modelo punitivo de

²³³ *Ibid.*

²³⁴ J. García. *La lucha contrahegémica de las FARC-EP (1998-2002)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pág. 115.

²³⁵ *Ibid.*

carácter internacional, en donde se aceptaba la necesidad de sancionar a individuos en un contexto internacional.

El Estado colombiano mantuvo una de sus características de representación ante el sistema internacional, cuando garantizó la ratificación sin reservas del Estatuto del Roma, por lo que se presentó la necesidad de modificar los apartados de la Constitución que prohibían las condenas de cadena perpetua. El Acto Legislativo 2 de 2001 adicionó un inciso para el artículo 93 —relativo a la vinculación de tratados de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad— en donde se garantizaba que “La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él” (A.L. 02/01, Art. 1, inciso, 2).

Negociaciones Gobierno Santos–FARC (2012–2016). Necesidad de articular los acuerdos con la Constitución

La posibilidad de garantizar la introducción de los campos del derecho penal internacional, junto con las necesidades de acreditar el cumplimiento de los estándares de JT demuestran que en la actualidad se presentan determinados conflictos entre las condiciones locales y las globales²³⁶. Este proceso ha sido denominado glocalización, el cual se basa en la consideración

²³⁶ F, Benavides. *Op. Cit.*

de “un proceso positivo en el cual los productos locales — incluso la producción de significado— son dispuestos en la arena global”²³⁷.

Analizando el fenómeno de conformación de la JT se puede considerar que los procesos de tipo nacional, como el tránsito de los modelos represivos en el Cono Sur o los cambios derivados de las guerras civiles en América Central²³⁸, fueron los que generaron el impulso para que el discurso sobre la necesidad de proteger los derechos humanos y la conformación de mecanismos de JT tuvieran un eco internacional, reflejándose en la organización, por un lado, de los tribunales Ad-Hoc y, por otro, de los estándares de JT representados en los principios Joinet, los cuales tomaron como base las experiencias previas de tipo nacional para generar una caracterización de los mecanismos de índole internacional.

Por tales motivos, cuando se presentaron las condiciones dentro del conflicto armado colombiano que permitieron la conformación de un nuevo proceso de negociación (exitoso en términos de la conformación de acuerdos, pero, hasta ahora, con varias fallas en la implementación de estos), ya se observaba como la misma Constitución Política necesitaba

²³⁷ *Ibíd.* pág. 47.

²³⁸ J. Chaves. Memoria y tribunales en las dictaduras del Cono Sur: los casos de la Argentina y Chile. En. Moreno, R. y Payá, P. (Ed.). *Memoria y Justicia Transicional en Europa y América Latina*. (pp. 157-174). Granada: Editorial Comares. 2018. R. Moreno. Verdad e impunidad en América Central. En. Moreno, R. y Payá, P. (Ed.). *Memoria y Justicia Transicional en Europa y América Latina*. (pp. 175-204). Granada: Editorial Comares. 2018.

adecuarse a las condiciones exigidas para garantizar un proceso que estuviera en consonancia con los elementos transicionales.

La necesidad de efectuar cambios constitucionales para mejorar las condiciones en las diversas etapas del proceso de negociación²³⁹ hace parte del reconocimiento constitutivo del campo social sobre el cual se hacía necesario generar condiciones de confianza ante la sociedad colombiana de que realmente se haría viable una negociación y que este tendría la inclusión de los estándares mínimos de verdad, justicia, reparación y no repetición. Estos cambios comenzaron a partir de julio de 2012, cuando se expidió el Acto Legislativo 01, en donde se establecieron las condiciones propias para garantizar la implementación de los instrumentos de JT, incluyendo las funciones de la Fiscalía General de la Nación, las condiciones para garantizar posibles espacios de negociación con los grupos armados ilegales (Art.1), así como la imposibilidad de incluir dentro de los campos de transición delitos de lesa humanidad o el de genocidio (Art. 3). Las motivaciones para expedir este Acto Legislativo tal vez se deban a que ya se encontraban en una fase exploratoria y las FARC necesitaban reconocer la voluntad por parte del Gobierno para garantizar mecanismos judiciales que no estuvieran en una órbita punitiva convencional.

²³⁹ Siguiendo a Pizarro, *op. cit.*, para el caso de la negociación entre el Gobierno Santos y las FARC “se diseñó un modelo de negociación por fases claramente diferenciadas (...) una fase exploratoria, una de negociación propiamente dicha y una de implementación” (pág.374). En los tres casos se presentaron reformas constitucionales.

Ya en la fase de negociación propiamente el enfoque se daba más hacia la necesidad de avanzar en los puntos establecidos en el Agenda y logra identificar cómo alcanzar la aprobación de los resultados de la negociación en el contexto del marco constitucional colombiano y, al mismo tiempo, sin que esto se considerara una vulneración a los principios internacionales en materia de JT. Lo que se puede establecer en el momento que se logra la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2016, que permite la inclusión de un artículo transitorio en la Constitución Política con el fin de garantizar la armonización de los contenidos del Acuerdo Final —el cual estaba próximo a ser entregado dado que en agosto de ese mismo año finalizaron formalmente las negociaciones—, a través del denominado, por el mismo Acto Legislativo, “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, igualmente se autorizó que el presidente tuviera facultades especiales con el fin de expedir decretos con fuerza de ley que permitieran dar inicio a la implementación de los acuerdos (Art. 2, A.L. 01/16).

No obstante, algunos aspectos de este Acto Legislativo fueron modificados, debido a los resultados negativos obtenidos cuando se pretendió lograr la ratificación popular del Acuerdo Final a través del mecanismo de un plebiscito²⁴⁰, en donde se demostró la preferencia, por diversos motivos, de la no aprobación sobre la posibilidad de garantizar y darle una base

²⁴⁰ A, Gómez-Suárez. *El triunfo del No. La paradoja emocional detrás del plebiscito*. Bogotá: Ícono Editorial. 2016.

constitutiva —dado el carácter de aprobación popular— al Acuerdo Final.

Alrededor de este elemento, se pueden identificar dos elementos de análisis. En primer lugar, desde la perspectiva constitutiva, se entraría en una contradicción si se pretendía la representación de la voluntad social por medio de la ratificación del Acuerdo Final. El comúnmente conocido “triunfo del No” podría demostrar una contradicción sobre los actos legales y la verdadera intención popular. En segundo lugar, es importante reconocer que el contexto de la negociación pretendió generar una serie de cambios constitucionales, sobre la base de una identificación de los criterios necesarios para garantizar la correcta implementación de los acuerdos, lo cual incluyó elementos que requirieron modificaciones posteriores, prácticamente inmediatas, como la vinculación a rango constitucional del Artículo 3 Común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para posteriormente ser retirado de esta consideración y mantener la idea que el Acuerdo no podía alcanzar el mismo nivel de jerarquía normativa que los tratados sobre derechos humanos (Art. 93 C.P) o la misma Constitución Política (Art. 4).

Conclusiones

De acuerdo con el ejercicio expuesto, se pueden identificar tres condiciones en relación con la necesidad de cambios constitucionales a consecuencia de un proceso de negociación con

organizaciones armadas insurgentes. Estas mismas condiciones se relacionan con el hecho de que la interacción entre los procesos locales y globales lograron aceptar la presión de parte de las bases sociales para establecer principios internacionales que fueron contruidos desde los mismos acontecimientos de transición dentro de los Estados.

Así, la teoría constitutiva del derecho logra aceptar que existe un criterio de validez de los actos legales cuando estos logran tener una base social de aceptación. Componente que, al igual que las condiciones de transición, se ha transformado en el tiempo, cediendo a las condiciones convencionales sobre la consideración del Estado como único referente para la construcción de normas; ahora el Estado mantiene su condición como único sujeto con la capacidad de expedir y aplicar la norma, ya que esta puede provenir de actos en donde la sociedad esté más vinculada.

En los contextos de las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC, es posible identificar cómo en cada momento de las negociaciones, las condiciones para garantizar un mínimo de derechos respecto a las víctimas, fue cambiando con el tiempo: se cambió a un modelo derivado de las experiencias de la década de los 70 en donde para garantizar el cese del conflicto se consideraba necesario una serie de amnistías e indultos generalizados, como la propuesta derivada de los Acuerdo de la Uribe en 1984, hasta la necesidad de garantizar la composición de los modelos de JT, derivados de la aprobación de normas y principios de derecho internacional,

como se vio durante todo el proceso de negociación entre las FARC y el Gobierno de Juan Manuel Santos entre los años de 2012 y 2016.

El intermedio de este proceso fueron las ideas, en cierta medida insustanciales, durante las negociaciones entre el Gobierno de Andrés Pastrana y las FARC. Solamente se lograron observar cambios constitucionales reales, derivados de las condiciones de adecuar las estructuras constitucionales a los resultados de las negociaciones, con el último proceso. En los casos anteriores, las modificaciones fueron de carácter legal, y no permitían garantizar la posibilidad de rehabilitación posbélica requerida en estos casos.

Bibliografía

- Aguilera, Mario. Las FARC: auge y quiebre de su modelo de guerra. *Análisis político*. 26(77). 85-111. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44005/45253> 2013
- Arnosó, Maitané; Bombelli, Juan Ignacio; Muratori, Marcela; Mele, Silvia Viviana y Zubietta, Elena. La conadep y el informe Nunca Más: conocimiento, eficacia y emociones asociadas. *Anuario de investigaciones*. 20(1). 197-205. <http://www.scielo.org.ar/pdf/anuin/v20n1/v20n1a18.pdf> 2013
- Austin, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós Básica. 2016.

- Barbosa, Francisco. ¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia. Bogotá: Ediciones B. 2017.
- Benavides, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau. Recuperado de: http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxiu/info2011_03.pdf 2011.
- _____. Soberanía, globalización y la constitución del significado. *Derecho penal y criminología*. 36(100). 45-62. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.03>. 2015
- _____. La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional en Colombia. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10803/384319> 2016.
- Chaves, Julián. Memoria y tribunales en las dictaduras del Cono Sur: los casos de la Argentina y Chile. En Roque Moreno Fonseret y Pedro Payá López (Eds.). *Memoria y Justicia Transicional en Europa y América Latina*. (pp. 157-174). Granada: Editorial Comares. 2018.
- Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de: http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf 2015

Costa, Rafael de Oliveira. Estado transicional de direito. *Revista direito e práxis*. 8(4). 2773-2791. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/24950> 2017.

Delval, Juan. Aspectos de la construcción del conocimiento sobre la sociedad. *Educación*. (30). 45-64. Recuperado de: <http://www.scielo.br/pdf/er/n30/a04n30> 2007.

_____. La construcción del conocimiento sobre la sociedad. *Schème*. 9. Edición Especial. 185-216. Recuperado de: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/scheme/article/view/7146/4593> 2017

Franco, Eduardo. *Las guerrillas del Llano*. Bogotá: Planeta Colombia. 1994.

García, Juan. *La lucha contrahegemónica de las FARC-EP (1998-2002)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2016.

Giraldo, Jorge. *Las ideas en la guerra. Justificación y crítica en la Colombia contemporánea*. Bogotá: Penguin Random House. 2015.

Gómez-Suárez, Andrei. *El triunfo del No. La paradoja emocional detrás del plebiscito*. Bogotá: Ícono Editorial. 2016.

Gutiérrez, Francisco. *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Bogotá: Norma. 2002.

Jaramillo, Jefferson y Delgado, Mariana. “Deber de memoria” y “razones de olvido” en la justicia transicional colombiana. *Análisis político*. 24(71). 129-147. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44243/45537> 2011.

- Joinet, Louis. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf 1997.
- Moreno, Roque. Verdad e impunidad en América Central. En Roque Moreno Fonseret y Pedro Payá López (Eds.). *Memoria y Justicia Transicional en Europa y América Latina*. (pp. 175-204). Granada: Editorial Comares. 2018.
- Moyn, Samuel. *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2015.
- Pizarro, Eduardo. *Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*. Bogotá: Penguin Random House.
- Rajagopal, Balakrishnan. *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: ILSA. 2005.
- Rauschenberg, Nicholas. Memoria política y justicia transicional en Argentina después de treinta años de democracia. Notas para un debate. *Aletheia*. 3(6). 1-19. Recuperado de: <http://www.aletheia.fahce.unlp.edu.ar/numeros/numero-6/pdfs/Rauschenberg-ok.pdf> 2013.
- Rivera, Efrén. La construcción legal del colonialismo de los Estados Unidos: los casos insulares (1901-1922). *El otro derecho*. 8(1) 9-107. 1998.

- _____. El derecho y el silencio. *Isonomía*. (47). 181-206. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n47/1405-0218-is-47-181.pdf> 2017.
- Ruskola, Teemu. Orientalismo legal. Traducción de Felipe Yamín y Emilio Lehoucq. *UNA. Revista de derecho*. 1. 1-74. Recuperado de: <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/traduccion/Ruskola2016-Traduccion-UNA-Revista-de-Derecho.pdf> 2016.
- Torres, Jheison. El constitucionalismo, transición política y justicia transicional. *Análisis político*. 29(88). 126-147. DOI: <https://doi.org/10.15446/anpol.v29n88.63882> 2016.
- Villanueva, Orlando. *Guadalupe Salcedo y la insurrección llanera, 1949-1957*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2012.

SEGUNDA PARTE

La transición
vista desde diferentes tópicos
y enfoques

CAPÍTULO IV

CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO EN LOS TERRITORIOS DEL ABANDONO.

Aportes a partir del Acuerdo de Paz*

*Liliana Estupiñán Achury***

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación titulado: La transformación del Estado unitario en América Latina, adscrito al Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Sede Principal). Versión inicial publicada en el número 366 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; magister en Derecho Procesal; especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo; abogada de la Universidad Libre de Colombia. Directora del Doctorado en Derecho, del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Investigadora “Senior Colciencias” (Desde el año 2015). Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Líder de la Red de Constitucionalistas Democráticos (capítulo Colombia). Miembro de la Red de Iniciativas para la Democracia, la Gobernabilidad y el Desarrollo Territorial –RINDE. Conferencista y docente de pregrado y posgrados (maestría y nivel doctoral) en diversas universidades nacionales e internacionales. Autora de diversas publicaciones académicas e indexadas. Correo electrónico: liliana@hotmai.com – liliana.estupinan@unilibre.edu.co

Resumen

El Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y el grupo FARC constituye una oportunidad para la reflexión de los asuntos de distribución del poder en el territorio, la geografía del conflicto y los desequilibrios espaciales. A pesar de no contener una seria reflexión sobre estos temas, es evidente que el enfoque territorial lo irradia desde el primer hasta el último punto, muy a pesar de la ausencia de elementos de concertación con las entidades territoriales y de un verdadero respeto y desarrollo de los principios constitucionales de descentralización y de autonomía territorial que apenas se mencionan de manera contundente en el punto sexto del Acuerdo. Por lo anterior, el presente escrito pretende demostrar el componente territorial que transversalizó toda la negociación entre el Gobierno y las FARC, bajo la convicción de que la paz se construye en los territorios, otrora escenarios de guerra o “fábrica de víctimas”. Sin embargo, se echa de menos el gran papel que tendrán las entidades y los actores territoriales en la construcción del posconflicto, la recepción de los excombatientes y de todas las consecuencias tanto positivas como negativas que conlleva la creación de una historia en clave de paz.

Palabras clave: Acuerdo de Paz, distribución del poder, enfoque territorial, descentralización, autonomía

Abstract

The Peace Agreement signed between the Government and the FARC is an opportunity to reflect on the issues of distribution of territorial power, the geography of the conflict and space imbalances. Despite not containing a serious contemplation on these issues, it is evident that the territorial approach is radiated from the first to the last point, despite the absence of elements of agreement with the territorial entities and a true respect and development of the constitutional principles of decentralization and territorial autonomy that are hardly mentioned in a forceful way in the sixth point of the Final Agreement. For this reason, this paper seeks to demonstrate the territorial component that cut across the entire negotiation between the Government and the FARC, under the conviction that peace

is built in the territories, in another time: scenarios of war or “the factory of victims “. However, the great role that territorial entities and actors will have in post-conflict construction, the reception of ex-combatants and all the positive as well as negative consequences that the creation of a peace history entails is missed.

Keywords: Peace Agreement, distribution of power, territorial approach, decentralisation, autonomy

Introducción

Esfuerzos del Estado-centro y de los territorios en la construcción de la paz

En un país de marcada tendencia centralista, hablar de la construcción del Estado en el territorio significa potenciar la presencia del Estado-centro en los territorios periféricos o azotados por el síndrome de la guerra. Postura equivocada que se pretende *atenuar* con la incorporación de los principios de “concertación y “coordinación” que, supuestamente, optimizan la correlación entre el Estado-centro y las entidades territoriales. A lo anterior, puede agregarse un sinnúmero de *tareas* a desarrollar por parte de las mismas, “tan poco prestas a cumplirlas”, según la literatura centralista.

Esta clase de lectura está significativamente agotada desde el fracaso del modelo de administración territorial adoptado en Colombia hace más de cien años. Sin embargo, la orientación centralista aún pervive en el seno de la Constitución Política

de 1991, texto visto por algunos académicos²⁴¹ como adalid de una organización territorial atípica, e incluso semilla de un futuro y posible Estado de más raigambre autonómico.

Preocupa que el enfoque centralista, y a veces “jerárquico”, también aparezca de forma contundente tanto en la legislación orgánica, como en la ordinaria territorial y en la letra del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y las FARC (firmado el 24 de noviembre de 2016), a pesar de la supuesta transversalización del enfoque territorial.

Otra opción estaría en considerar que el Estado territorial se construye desde abajo, con las comunidades y en plena ejecución de la democracia participativa y de la visualización de sus modelos de desarrollo vocacionales y ecocéntricos, una tendencia que fue positivamente retomada por la Corte Constitucional (desde el año 2014), a propósito de las consultas populares en materia minera y de interpretación del principio de autonomía territorial. Hoy, lamentablemente, asistimos a una lectura regresiva de la relación entre república unitaria y autonomía, por supuesto, prevaleciendo los criterios centralistas y antropocéntricos, tan propios de la lectura equivocada del constituyente de 1991²⁴².

²⁴¹ Cfr. Trujillo Muñoz, Augusto; Pérez Flórez, Guillermo. “El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana”. En: AA.VV. *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2016; Trujillo Muñoz, Augusto. “Autonomía local: una diferencia entre la paz y la guerra”. En: AA.VV. *Descentralización en-clave de paz*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

²⁴² Sobre las tensiones que se presentan entre la competencia que tiene la entidad municipal para ordenar el desarrollo de su territorio y, más concretamente, la que tiene

En cualquier caso, una combinación de todas las opciones (centro y todos los niveles de gobierno) será necesaria para la búsqueda de la paz territorial. No en vano, por una parte, el Estado-centro hará falta, tanto en la perspectiva presupuestal, de seguridad, así como en las grandes orientaciones, pero, por otra, también será necesario exacerbar el papel de lo local en la búsqueda de su propia autonomía y el control de los destinos territoriales. Aún en los Estados de raigambre más federal, el

el concejo o la corporación político-administrativa de la entidad local para reglamentar los usos del suelo frente a la competencia que tiene el Estado sobre la exploración y explotación minera, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, “en el entendido que, en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”. (Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos). No obstante, valga precisar que por medio de la Sentencia C-273 de 2016, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas. Según la Corporación, la prohibición legal citada desconocía la reserva de ley orgánica por tratarse de una norma contenida en una ley ordinaria que se refiere a la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, en este caso, la reglamentación del uso del suelo. A la fecha, la Corte Constitucional, luego haber construido todo un precedente en materia de garantía del principio de autonomía territorial, ha precisado que “de conformidad con las competencias atribuidas por la Constitución Política a la nación y a las entidades territoriales, las decisiones relacionadas con la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables del subsuelo, deben ser adoptadas de manera concurrente y coordinada por las autoridades nacionales, con la participación de las autoridades territoriales, mediante los mecanismos que establezca la ley” (Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 40. Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger. 11 de octubre de 2018). De esta manera, la Corte ha restringido los alcances de la consulta popular y, en consecuencia, la posibilidad de que por medio de ejercicios de democracia local participativa los pueblos puedan poner coto a las leoninas dinámicas extractivistas del sector minero.

Estado-centro ocupa un papel trascendental en los destinos macroeconómicos, por supuesto, sin afectar la vocación y el querer de los territorios. Romper con la tradición centralista no implica el fin del Estado-centro, sino la moderación del mismo y de su responsabilidad frente a la creación del Estado social de derecho, durante tanto tiempo negado a los territorios colombianos hasta el punto de tildarse este fenómeno como un “estado de cosas inconstitucional” o de “apartheid institucional”²⁴³. Sin duda, un mal que debe contrarrestarse por parte de todas las ramas del Estado, de los diversos niveles territoriales, nacional, departamental y local, e incluso desde la sociedad civil.

En definitiva, el tema territorial va más allá de los artículos 1, 286, 287, 288 y siguientes de la Constitución Política de 1991 que, entre otros, se traduce como una “autonomía a la colombiana”, seriamente limitada por el propio Texto Político, la legislación orgánica, ordinaria, el papel del Estado-centro y el inocuo desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Todo lleva a pensar que el tema territorial debe barajarse de nuevo y que los acuerdos de la Habana (hoy reconocidos como fundamentales en tanto que sirvieron para finalizar la guerra y la mancha roja que atravesó sin piedad toda la geografía colombiana), sin duda, constituyen el mejor pretexto para reflexionar nuevamente sobre un punto

²⁴³ García Villegas, Mauricio; Espinosa, José Rafael. *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2013. p. 14. Recuperado desde: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_361.pdf

de gran calado y filigrana política: la distribución del poder en el territorio (aspecto que ameritaría una asamblea nacional constituyente que revise en profundidad este asunto y el del “estado de cosas inconstitucional territorial”).

La lectura del Acuerdo en clave territorial se debe hacer de forma implícita o explícita, ya que hablar de este enfoque no necesariamente implica hablar en tono de descentralización y de autonomía (estas dos últimas tan poco respetadas en las últimas décadas por los dos actores que firmaron el pacto: Gobierno y las FARC).

1. “El estado de cosas inconstitucional” y la geografía de la guerra

Las cifras hablan, y el tema de la centralización y de los territorios de la guerra y su abandono superan la retórica o dogmática propia del mundo del derecho. Para efectos del presente escrito, se invocan algunas con miras a suscitar la reflexión de aquellos que se asombran ante el Acuerdo y sus tímidas solicitudes en asuntos territoriales.²⁴⁴

La Unidad de Víctimas reportó hasta el 1º de diciembre de 2016, las siguientes cifras: “aproximadamente 8 millones de víctimas del conflicto (desde 1985), entre las que se cuentan

²⁴⁴ Apenas en materia de conflicto las cifras están en proceso de revisión, no en vano, pueden duplicarse o triplicarse (tal como pasó entre la primera versión de datos sobre la catástrofe de Mocoa y las cifras actuales de víctimas de este reacomodamiento de la naturaleza, efecto de su permanente vulneración).

unas 268.000 víctimas de homicidio (la mayoría civiles); más de 7 millones de víctimas de desplazamiento forzado; un número aproximado de 46.000 víctimas de desaparición forzada; cerca de 30.000 casos de toma de rehenes; 10.000 víctimas de tortura y unas 10.800 víctimas de minas terrestres antipersonales y de artefactos explosivos no detonados²⁴⁵. Los victimarios fueron: la fuerza pública, los paramilitares y los grupos guerrilleros.

Tan interiorizadas estaban estas cifras en el país, que el “No” ganó. Tal parece que la violencia se volvió cotidiana: matar, amenazar, desplazar, desmembrar, descuartizar, picar, desaparecer, violar, al peor estilo de las costumbres criminales de los años cincuenta. Tantas expresiones y acciones de la infamia construidas a lo largo de estas décadas y por todos los actores de la guerra (derecha e izquierda).

La guerra, además, de seres humanos “consumió y devoró la economía²⁴⁶”: “la increíble suma de 411 billones de pesos: unos 140 mil millones de dólares a precios de hoy. Cuatro veces lo que gastó Estados Unidos en el Plan Marshall para ayudar a

²⁴⁵ AA.VV. *Informe 2016/17. Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Reino Unido: Amnesty International, 2017. p. 148 s. Recuperado desde: <https://www.amnesty.org/es/countries/americas/colombia/report-colombia/>

²⁴⁶ Cfr. Hoyos, Juan José. “¿Cuánto nos ha costado la guerra?”. En: *Periódico El colombiano*. 2016. Recuperado desde: <http://m.elcolombiano.com/cuanto-nos-ha-costado-la-guerra-BB5003982>; Otero Prada, Diego. *Gastos de guerra en Colombia. 1964–2016: 179 000 millones de dólares perdidos*. Bogotá: Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz – Indepaz, 2016.

reconstruir los países de Europa devastados por la Segunda Guerra Mundial, eso nos costó la guerra”²⁴⁷. Estas cifras han tenido lamentable impacto sobre la geografía colombiana.

Una geografía que va más allá de las oportunidades del triángulo de oro: Bogotá, Medellín y Cali (nodos de desarrollo). Aunque cada una de estas ciudades, a pesar de sus evidentes progresos económicos y sus propios desequilibrios, también escribieron páginas en el “macabro” conflicto. Hoy, ciudades en pleno desarrollo de resiliencia cultural y urbanística.

Darío Restrepo señala que los departamentos con menor participación en el PIB nacional corresponden con los territorios del abandono y de la guerra. Los departamentos de mayor nivel de participación departamental son: Bogotá, Antioquia, Valle del Cauca, Santander, Cundinamarca y Meta²⁴⁸ (este último afectado por la crisis del extractivismo). En el nivel medio: Bolívar, Atlántico, Boyacá, Tolima, Cesar, Córdoba, Casanare, Huila, Cauca, Norte de Santander, Nariño, Risaralda, Caldas, Magdalena y, de manera especial, los de participación en el PIB más bajo, tal como se señaló, corresponden plenamente con la mayoría de los departamentos que han sido golpeados por la guerra o la pobreza: Guajira, Sucre, Caquetá, Chocó, Arauca, Putumayo, San Andrés, Guaviare, Amazonas, Vichada, Guainía y Vaupés. Los “departamentos ganadores” (no en

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Restrepo, Darío. *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Bogotá: CDPaz – Planeta Paz, 2016. p. 20.

todo su territorio), concentran las curules de representación territorial en el Congreso de la República²⁴⁹.

Otros datos de la geografía de la exclusión los encontramos en materia de inversión en investigación y desarrollo. “La concentración territorial es un tema de relevancia que caracteriza la distribución de las capacidades para I+D. Al respecto, el 57% de los investigadores y el 53% de los grupos de investigación se ubican en Bogotá D.C. y Antioquia, a los que les siguen los departamentos de Santander, Valle del Cauca y Atlántico, que agrupan en conjunto el 19% de investigadores y el 18% de grupos de investigación. Esta distribución representa una concentración de capacidades y de la dinámica científica en las regiones Centro-Oriente (47%) y Eje Cafetero (27%).”²⁵⁰ Los recursos de ciencia, tecnología e innovación se concentraron entre los años 2002 – 2012 en Bogotá (31%), Antioquia (30%), Valle del Cauca (11%), Santander (9%), Atlántico (4%) y 15% en el resto del país.²⁵¹ Todas estas cifras reafirman que el centralismo no ha resuelto ni va a resolver el tema de la inequidad y de los desequilibrios territoriales.

Visto de manera más holística, y más allá de las fronteras departamentales: 15 han sido las regiones afectadas por la guerra

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ Colciencias. Resolución 0048 de febrero 3 de 2016 por “La cual se adoptan los Proyectos Tipo para la presentación de proyectos de inversión en Ciencia, Tecnología e Innovación”. 2016. p. 5. Recuperado desde: <http://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/reglamentacion/Resolucion048-2016.pdf>

²⁵¹ Restrepo, Darío. *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Op. Cit. p. 25.

que cubren buena parte del mapa nacional: Sierra Nevada de Santa Marta; Catatumbo y Sur del Cesar; Arauca; Montes de María; Sur de Bolívar; Bajo Cauca Antioqueño y Nudo de Paramillo; Urabá Chocoano; Oriente antioqueño; Alto, Medio y Bajo San Juan; Sur del Tolima y Norte del Cauca; Pacífico caucano; Tumaco y pacífico nariñense; Ariari, Guayabero y Guaviare; Caquetá, y Medio y Bajo Putumayo.²⁵² El 80% de los municipios con alta y muy alta incidencia del conflicto armado deben realizar un esfuerzo enorme para superar las brechas económicas que les dejó la guerra, déficit cualitativo y cuantitativo, en vivienda, educación, salud, agua potable y saneamiento básico, justicia, seguridad, tejido social y resiliencia.²⁵³ La presencia del Estado fue la de los fusiles o la del crimen organizado.²⁵⁴

El tema rural, aunque requiere de un vasto análisis por la precariedad de sus condiciones, arroja unas cifras alarmantes en torno al déficit del Estado Social de Derecho. El Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (Cede) de la Universidad de los Andes concluyó que: “el 94% del territorio es rural y el 32% de la población vive allí. El 77% de la tierra está en manos de 13% de propietarios, pero el 3,6% de estos tiene el 30% de la tierra. De esta manera, la concentración de la tierra

²⁵² Departamento Nacional de Planeación – Grupo de Proyectos Especiales. Índice de incidencia del conflicto armado en Colombia. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2016. p. 10.

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ Cfr. Valencia, León; Ávila, Ariel. *Los retos del postconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá: Ediciones B, 2016.

y la desigualdad en el campo han crecido en la última década. El 60% del empleo rural es informal, el 83% de la población rural está en el régimen subsidiado de salud, el 55% de los campesinos pobres nunca han recibido asistencia técnica, El 11% no tiene vivienda y el 16% tiene vivienda en mal estado. El 85% de la población carece de alcantarillado, el crecimiento del PIB rural en la última década fue de 2,8%. El analfabetismo es del 18,5%. El 60% no tiene agua potable. La mayor concentración de la tierra está en Córdoba y Caquetá. La mayor desigualdad está en Antioquia y Valle. La mayor concentración de la propiedad está en las zonas ganaderas y en las que se explotan recursos naturales.”²⁵⁵ Gracias al Acuerdo, el país vuelve a mirar el campo. La mayoría de los territorios de la guerra son rurales y, tal como se anotó, los datos allí empeoran. La expresión “estado de cosas inconstitucional” adquiere sentido en los territorios que fueron y siguen siendo el escenario de la guerra y del crimen organizado: los territorios rurales.

Surgen, entonces, diversas clasificaciones y opciones para el estudio de los territorios en Colombia. Por ejemplo, Mauricio García creó una clasificación de los municipios conculcados y trasgredidos en sus derechos básicos, y con déficit de institucionalidad: algunos municipios han sido tildados como “municipios del abandono”, otros como “municipios del Estado abandonado” o municipios del “Estado cooptado” o “parale-

²⁵⁵ Hurtado Vera, Guido Germán. “El campesinado en Colombia, un asunto de abandono y olvido”. En: *Periódico El pueblo*. 2017. Recuperado desde: <http://elpueblo.com.co/el-campesinado-en-colombia-un-asunto-de-abandono-y-olvido/>

lo”²⁵⁶. Asimetrías en las lógicas territoriales del conflicto que deben suscitar trato diferente y diverso en materia institucional, competencial y de recursos. Mas allá del tema coyuntural del posconflicto, se requiere una política territorial de mediano y de largo plazo que impulse un modelo que permita superar el “apartheid institucional” que aún se siente, luego del silencio de los fusiles y de la firma del Acuerdo Final.

Todo lleva a pensar que la guerra y la centralización son dos “bombas madres” que arreciaron la pobreza y el abandono, y que invitan, más allá del Acuerdo, a revisar el agotamiento de los conceptos tradicionales de descentralización, desconcentración y delegación, e incluso del tímido y limitado principio de autonomía territorial, todos de marcada inspiración francesa. Como dice Jorge Iván González, por la vía tradicional del concepto de descentralización, esto es, transferencias intergubernamentales, distribución de competencias y tributación propia, no se consigue más logros significativos, en tanto que el modelo privilegió el equilibrio contable, restándole importancia al desarrollo económico y regional.²⁵⁷ Jorge Iván González invita a hacer una mutación y radicalización de los conceptos tradicionales de descentralización por un verdadero enfoque espacial, de tal forma

²⁵⁶ García Villegas, Mauricio; Torres Echeverry, Nicolás; Revelo Rebolledo, Javier., *et al. Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2016. p. 95 ss.

²⁵⁷ González, Jorge Iván. “Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial”. En: *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*. Bogotá: GTZ – FESCOL, 2004. p. 22.

que los consabidos esfuerzos fiscales y tributarios dejen de ser las únicas alternativas de solución con las que cuentan las entidades territoriales para salvarse: descentralización de la economía, de autogobierno y verdadera distribución territorial del poder.

2. ¿Enfoque territorial del Acuerdo de Paz?, ¡sí!; ¿descentralización y autonomía?, ¡no!

Más de cuatro años para construir una propuesta de cierre de guerra entre el Estado colombiano y las FARC. Si bien, el actor irregular estaba evidentemente mermado (militar) aún tenía en sus filas miles de combatientes. Aun así, coincidieron las razones para lograr un Acuerdo que ha sido considerado por los expertos en cierre de conflictos en el mundo como uno de los mejores.

No se detuvo en asuntos meramente militares, fue más allá. Al final, un conflicto de más de cinco décadas ameritaba una historia de cierre compleja. Cada uno de los puntos del Acuerdo llevan la impronta del origen y la historia de una guerrilla de raigambre campesina.

Se escuchan voces que señalan que todo lo que está en el Acuerdo ya está en la Constitución o las leyes (maravillosa lectura, bajo esa línea la implementación sería más fácil de lo que ahora se nos presenta). Para otros, el Acuerdo sustituyó

la constitución.²⁵⁸ Ni lo uno ni lo otro. No fue el constituyente primario el que firmó el Acuerdo, más bien señaló la ruta de ajuste cuya refrendación política de una nueva versión legó en manos del Congreso.

El texto contiene elementos fundamentales para la reconstrucción territorial del Estado, por supuesto esta idea se infiere desde una lectura más implícita que explícita; más ligada a una lógica de enfoque territorial que de descentralización y de autonomía (estas últimas se tendrán que construir en fase de implementación).

2.1. Reforma rural integral e intervención del campo, sin descentralización

El primer punto, todo un reconocimiento al origen campesino de este grupo insurgente. Finalizar la guerra sin tomar en consideración las verdaderas causas rurales de su origen no hubiese tenido un juicio histórico honorable (valga advertir que lo propio, siempre y cuando se suscriba un acuerdo de paz, ocurrirá con el ELN en asuntos ambientales y de participación).

Este punto está marcado por el enfoque territorial: transformación estructural, desarrollo integral del campo, igualdad y enfoque de género, bienestar y buen vivir (principio que

²⁵⁸ Castro, Jaime. “Cuando el Acuerdo Final ingrese a la Carta, esta dejará de existir”. En: *Revista Semana*. 2017. Recuperado desde: <http://www.semana.com/nacion/articulo/abogado-jaime-castro-cuestiona-tramite-del-acuerdo-final-en-el-congreso/517258>

inspiró el nuevo constitucionalismo de Bolivia y Ecuador),²⁵⁹ regularización de la propiedad, derecho a la alimentación, participación, desarrollo sostenible, presencia del Estado, democratización del acceso y uso adecuado de la tierra, entre otros aspectos que irradian este gran propósito de precario desarrollo bajo la vía rápida denominada *fast track*²⁶⁰, a pesar de ser el pilar fundamental de la negociación, y que tampoco promete tener un proceso rápido y claro de implementación, bajo la modalidad ordinaria, en los gobiernos y legislaturas futuras.

Fondo de tierras para la reforma agraria integral (3 millones de hectáreas durante sus primeros 12 años de creación), mecanismos para promover el acceso a la tierra, priorización de personas beneficiarias (trabajadores con vocación agraria sin tierra o con tierra insuficiente); restitución de tierras a las víctimas del despojo y del desplazamiento forzado y retorno voluntario de mujeres y hombres en situación de desplazamiento; mecanismos de resolución de conflictos de tenencia y uso y de fortalecimiento de la producción alimentaria; formación

²⁵⁹ Para mayor estudio de este tema, véase: Bagni, Silvia. *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*. Bolonia: Filodiritto Editore, 2013; ID., *The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the caring state*. *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, Vol. 1, No. 3, 2015. Recuperado desde: <http://www.harmonywithnatureun.org/wordpress/wp-content/uploads/Papers/estratto.pdf>

²⁶⁰ Mecanismo creado con el propósito de hacer más expedita la implementación del Acuerdo Final. Gracias a este mecanismo excepcional, se redujeron a la mitad los procedimientos ordinarios de trámite legislativo requeridos para aprobar leyes o reformas a la Constitución que tuvieran relación con la implementación del Acuerdo de Paz.

y actualización del catastro e impuesto predial (único punto en el que por primera vez se menciona en el Acuerdo el tema de la autonomía territorial) y el fortalecimiento del proceso de liquidación, cobro y recaudo efectivo de este impuesto por parte de los municipios; cierre de la frontera agrícola y protección de zonas de reserva campesina (asumidas como símbolo de construcción de paz y de garantía de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los campesinos). Todas estas propuestas, acompañadas de la implementación de programas de desarrollo con enfoque territorial, planes nacionales para la reforma rural integral (infraestructura y adecuación de tierras, desarrollo social, salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza) y estímulos a la economía solidaria y cooperativa. Intervenciones que se deben desarrollar en los territorios, cuyo direccionamiento, tal como se observa en la letra de este primer punto del Acuerdo, está en manos del Estado-centro.

En cualquier caso, la clave de su implementación debe estar en tono de descentralización y de autonomía. Sorprende el descuido de estos dos principios en la construcción de este primer punto de los acuerdos de la Habana. Muy a tono con la satanización a la que están sometidos, tan ligados, últimamente, al tema de la corrupción. De manera preocupante, se propone aumentar la dosis de centralidad para efectos de construir la “paz territorial”. García, en un texto ya referenciado en este documento, titulado “La geografía de la justicia: evaluando la justicia local en el post-conflicto en Colombia”, señala que

varias reformas del año de 1991 invocaron el reformismo institucional con serios principios de descentralización y de participación ciudadana, dichos caminos a manera de “demostratismo” para alcanzar el Estado Social de Derecho, “según el cual bastan las rutinas democráticas para conseguirlo”²⁶¹; sin embargo, agrega: “luego de más de veinte años de implementación de la Constitución hoy son evidentes los límites e incluso los peligros de esta vía. No solo es muy probable que la “*legitimidad*” no jalone la eficacia en estas zonas sino que, peor aún, las nuevas instituciones democráticas sean capturadas y corrompidas por organizaciones delincuenciales”.²⁶²

La descentralización, según esta literatura, cayó presa de la guerra y la corrupción, luego, la solución o un porcentaje significativo de ella se encuentra en lógicas de centralidad. Se trata de una mirada preocupante, es de recordar que muchas de las salidas estatales estuvieron a manos de la fuerza y la centralidad, nadie niega la importancia del estado centro, pero a veces no es necesaria su intervención, otras veces, es indeseada, arbitraria y hasta ilegal. Peor aun, cuando lo esperan, no aparece. En cualquier caso, los territorios son mirados bajo la lógica de “minoría de edad”, minusvalía de la que nunca se saldrán sin el correspondiente empoderamiento económico e institucional.

²⁶¹ García Villegas, Mauricio; Espinosa, José Rafael. “La geografía de la justicia: evaluando la justicia local en el post-conflicto en Colombia”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Instituto Igarapé, 2016. p. 16. Cfr. ID., *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Op. Cit.

²⁶² *Ibíd.*

En el peor de los extremos, pensar que las condiciones institucionales actuales de la ciudad de Medellín son posibles gracias y exclusivamente a la intervención que realizó el Gobierno central de “tipo estratégica”²⁶³ en la “Operación Orión” y otra de carácter “diplomático” mediante la desmovilización de los diversos bloques que integraban para la fecha las fuerzas de las AUC. Creer que Medellín es Medellín por estas intervenciones, y no por el poder de resiliencia de este territorio y de la apropiación de los principios de autonomía y de descentralización, es desconocer su historia regional, el proceso constituyente que dieron los oriundos de estos territorios (1991) en materia de distribución territorial del poder.

Por ello, una de las grandes tareas es revisar a fondo el tema de la distribución del poder en el territorio. Para el caso concreto del primer punto del Acuerdo es menester estudiar de forma detenida y sistemática el tema de la distribución de competencias en materia rural (qué es del centro y qué corresponde a la periferia, qué es único y en qué concurren) y el asunto de los recursos tan necesarios para tamaña empresa de reconstrucción. Toda una oportunidad para pensar en un verdadero estatuto de la descentralización. Diversas clases de municipios, más allá de los criterios presupuestales y de población y diversas formas de organización institucional. Pero,

²⁶³ Cfr. Giraldo-Ramírez, Jorge; Preciado Restrepo, Andrés. “Medellín: de teatro de guerra a laboratorio de seguridad”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano*. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana. Op. Cit. p. 55 ss.

lo más importante, descentralizar las oportunidades, hoy tan vinculadas a unas élites y porciones de territorio.

2.2. Transición de las armas a la política: retos, memoria e isegoría

Este punto, dedicado al tema de la participación política, es una forma de rememorar o aliviar la muerte de miles de militantes del viejo partido de la Unión Patriótica, una forma de construir una telaraña diferente para el mundo de la oposición.²⁶⁴ Hoy ya se perciben frutos de este punto de la agenda de la Habana, unos positivos y otros negativos. Dentro de los positivos, el Estatuto de Oposición: una deuda histórica con la democracia, el informe de la Misión Electoral Especial (hoy de archivo y uso académico), la creación del partido político de las FARC (Fuerza alternativa revolucionaria del común), la participación de los líderes del exmovimiento guerrillero en el Congreso de la República y el apoyo en materia de formación política e institucional. Negativos, muchísimos, muchos de los líderes y de las bases del otrora grupo guerrillero no se hayan ante un proceso de implementación incierto y complejo, el rechazo que tuvo la sociedad civil ante el nuevo partido político (lógica consecuencia de su equivocado y atroz actuar) y, el peor, la muerte de cientos de líderes sociales; la mano negra no para.

²⁶⁴ Según fuentes oficiales de memoria histórica, entre 3500 y 5000 de sus militantes fueron sometidos a exterminio físico y sistemático por parte de grupos paramilitares.

Este punto del Acuerdo trata sobre los derechos y las garantías plenas para el ejercicio de la oposición política en general y, en particular, para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del Acuerdo Final, garantías de seguridad para el ejercicio de la política, para líderes de organizaciones, movimientos sociales y defensores de derechos humanos, garantías para la movilización y la protesta pacífica,²⁶⁵ participación ciudadana a través de medios de comunicación comunitarios, control y veeduría ciudadana, reforma del régimen y de la organización electoral, promoción de la representación política de las poblaciones y zonas especialmente afectadas por el conflicto y el abandono.

En este punto, muchos aspectos se relacionan con el mundo de la descentralización política, e incluso con el de la representación territorial. Por ejemplo, la creación de 16 circunscripciones transitorias especiales de paz para la elección de un total de 16 representantes, por dos periodos electorales. El ajuste a la versión inicial (luego del “No”) señala que los candidatos a acceder a estas jurisdicciones transitorias “deberán ser personas que habiten regularmente estos territorios o que hayan sido desplazados por ellos y estén en proceso de retorno. Los candidatos podrán ser inscritos por grupos significativos de ciudadanos y organizaciones de la circunscripción, tales como organizaciones campesinas, de víctimas, mujeres y sectores sociales”.

²⁶⁵ Gaviria Liévano, Jorge. “Editorial: La protesta eficaz en la construcción de la paz”. En: *Revista Diálogos de Saberes*. núm. 44, 2016. pp. 11-17.

Se ha hablado en muchos escenarios sobre la subrepresentación o sobrerrepresentación de algunos territorios en el nivel nacional, regional o local. De manera relacional, con el alto o bajo nivel de participación en el PIB nacional, se distribuyen las curules. Varias de las entidades territoriales de bajo nivel de participación en el PIB nacional quedan excluidas de la representación territorial en el nivel legislativo, ya sea sin representación en el Senado o con inequitativa representación en la Cámara de Representantes. Así las cosas, tal como lo refiere Darío Restrepo: “El sistema electoral colombiano excluye de representación política a 11 departamentos en el Senado de la República, mientras que solo cinco departamentos y la ciudad de Bogotá concentran más del 50% de la representación”.²⁶⁶

En la misma línea, Jorge Armando Rodríguez señala que en la Cámara de Representantes también hay una sobrerrepresentación de tres entidades territoriales: Bogotá, Antioquia y Valle, frente a los territorios consabidos que apenas logran dos curules.²⁶⁷ La frustrada reforma de equilibrio de poderes apenas hizo una tentativa propuesta en esta materia, “un senador para departamentos con menos de 500.000 habitantes, que todavía dejaba subrepresentados a los entes medianamente poblados”,²⁶⁸ aspectos que, en definitiva, se deben estudiar y ajustar.

²⁶⁶ Restrepo, Darío. *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Op. Cit. p. 13.

²⁶⁷ Rodríguez, J. A. “Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano”. En: *Documentos FCE – CID, Escuela de Economía* No 81. Universidad Nacional de Colombia, 2017.

²⁶⁸ Kalmanovitz, S. “Descentralización sin representación”. En: *Periódico El Tiempo*. 2017. Recuperado desde: <http://www.elespectador.com/opinion/descentralizacion-sin-representacion-columna-683103>

Pero el tema va más allá del Congreso: al interior de los departamentos también pervive el centralismo y la subrepresentación. Darío Restrepo analiza los casos de Santander, Cauca y Caquetá: “La capital del departamento de Santander, Bucaramanga, concentra el 47% de los asambleístas, mientras 78 municipios (el 90% del total) no tienen representación alguna. El departamento del Cauca presenta igual situación, su capital Popayán concentra el 46% de los asambleístas, mientras 38 municipios (el 83%) carecen de representación. En el departamento de Caquetá, a su vez, la concentración se acentúa porque Florencia tiene el 73% del poder en la asamblea, mientras el 81% del departamento no tiene quién los represente en la asamblea.”²⁶⁹

Así las cosas, poco descabellada, aunque aún tímida, es la propuesta de la Misión Electoral Especial²⁷⁰ en asuntos de representación territorial. La transformación del Estado unitario colombiano en uno más descentralizado apenas comienza, y el posconflicto es un gran escenario para ello. Mayor descentralización implica mayor participación y representación de los territorios, para el caso del Congreso, el verdadero fortalecimiento de una cámara que represente los intereses territoriales.

²⁶⁹ Restrepo, Darío. *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Op. Cit. p. 18.

²⁷⁰ Véase: Misión Electoral Especial de Colombia. *Síntesis de las propuestas de reforma política y electoral de la Misión Electoral Especial de Colombia*. 2017.

Para el Senado, la Misión Electoral Especial propone conservar la circunscripción nacional con 100 senadores, además de aquellas curules propias de la política de discriminación positiva que, incluso, no descartan ampliar en aras de fortalecer la democracia. La propuesta debe revisarse seriamente, de lo contrario, la “descentralización sin representación” pervivirá en este escenario de importantes debates legislativos.²⁷¹

Para el caso de la Cámara de Representantes, la propuesta es más audaz, pero sigue siendo polémica y objeto de ajuste. La idea central es que ningún departamento pierda representantes con respecto al esquema actual. Así las cosas, los mismos de siempre tendrán un número significativo de curules, eso sí, ningún departamento podrá tener menos de tres representantes. “Cada departamento tendrá dos representantes y uno más por cada 1% de la población nacional, o fracción superior al 0.5% en exceso del primer 1% (...). La suma de estas consideraciones establece una Cámara que pasa de 161 a 173 representantes: 104 elegidos en circunscripción uninominal, 69 en lista plurinominal”.²⁷²

Para el nivel local, se propone el cierre de listas para las asambleas departamentales y concejos, la implementación de la segunda vuelta para los municipios más grandes de Colombia, “salvo que el vencedor obtenga al menos 40% de los sufragios y diez puntos de diferencia con respecto al segundo”,²⁷³ la posibilidad

²⁷¹ Cfr. *Ibíd.* p. 5.

²⁷² *Ibíd.* p. 5 s.

²⁷³ *Ibíd.* p. 6.

de que las ciudades capitales o grandes se puedan subdividir en varios distritos, lo mismo que para el caso departamental. “En cada departamento los distritos uninominales se distribuirán entre la capital (o su área metropolitana) y el resto de los municipios del departamento, dando prioridad a estos últimos”.²⁷⁴

El “apartheid institucional”, expresión, valga reiterar, utilizada por García para referirse a la geografía de la guerra y del abandono, bien puede modificarse, por lo menos, en asuntos de participación y representación territorial.

2.3. Fin de la guerra; inicio del posconflicto: de la paz negativa a la paz positiva

Este punto versa sobre cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de las armas entre el Gobierno nacional y las FARC-EP. Nuevamente el escenario se lleva a cabo en los territorios: zonas veredales transitorias de normalización²⁷⁵ y campamentos. Las ZVTN fueron definidas por el Acuerdo como “zonas territoriales, temporales y transitorias, definidas, delimitadas y previamente concertadas entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

Asuntos logísticos de la movilización de los integrantes de la guerrilla para asuntos de la paz y de manera especial la

²⁷⁴ *Ibíd.* p. 6 s.

²⁷⁵ En adelante, ZVTN.

designación de un grupo de 10 de sus integrantes para efectos de la movilización a nivel municipal y departamental. Todo el tema del desplazamiento ya presenciado por los colombianos, hasta el punto de lograrse la concentración actual de más de 7000 guerrilleros. En este punto específico se observa el cabal cumplimiento de lo pactado por parte de las FARC (ni un solo tiro ni un solo acto de indisciplina) y, paradójicamente, el incumplimiento por parte del Gobierno (falta de coordinación y celos entre las diversas entidades encargadas de desarrollar el tema de la implementación). Ni son hoteles cinco estrellas,²⁷⁶ ni son permanentes, aun así, se escuchan voces “de que llegaron para quedarse”, que no tienen para donde irse, miles han perdido sus referentes familiares. Todo un reto de ingreso a la ciudadanía y para el régimen territorial.

En este punto también aparece el tema de la reincorporación política, la representación política, la creación del nuevo partido político y su correspondiente participación durante dos períodos constitucionales contados a partir del 20 de julio de 2018, participación en el Consejo Nacional Electoral (con voz pero sin voto), reincorporación económica-social, mediante el modelo de economía social y solidaria (ecomún – afiliación voluntaria), creación del centro de pensamiento

²⁷⁶ “El periodista Antonio Morales viajó hasta la Zona Veredal de Icononzo Tolima y comprobó las precarias condiciones en las que habitan cerca de 360 guerrilleros de las FARC (cambuches de lona, piso de barro, catres a medio tender y todo un paisaje que comprueba las mentiras en torno a las supuestas comodidades”. Artículo titulado: “Los *hoteles cinco estrellas* que el Gobierno les dio a las FARC”. En: *Periódico Las 2 orillas*. 2017. Recuperado desde: <https://www.las2orillas.co/video-los-hoteles-cinco-estrellas-gobierno-les-dio-las-farc/>

y formación política, organización del consejo nacional de reincorporación, censo socio-económico, garantías para una reincorporación económica y social sostenible (renta básica a partir de la terminación de las ZVTN y durante 24 meses más, y una asignación mensual para quienes continúen por la ruta educativa en función de los procesos de reincorporación, además de una asignación única de normalización equivalente a 2 millones de pesos, seguridad social, planes o programas sociales, pedagogía para la paz, pacto político nacional, medidas de protección, seguridad personal y colectiva y protocolos de protección para los territorios rurales, entre otros.

Entre los varios retos se resalta el tema de la seguridad. Máxime, porque el conflicto y la criminalidad suelen potenciarse una vez superada la fase de negociación y firma de los acuerdos, y en pleno desarrollo de la segunda etapa, la más compleja: el denominado posconflicto, o mejor, posacuerdo. Aquí el crimen organizado hará de las suyas o ya lo está haciendo, tal como lo reflejan las cifras de homicidio a líderes sociales.

Al parecer los asuntos de orden público, seguridad y administración de justicia, son de resorte principal del Estado-centro, muy a pesar del limitado papel que tienen los gobernadores y alcaldes en dichos asuntos. Por ejemplo, tal como se lee en la Constitución Política, los gobernadores actúan como agentes del presidente de la República para el mantenimiento del orden público en sus territorios, y para el caso de los alcaldes, fungen

como primera autoridad de policía, “pero no de la policía”.²⁷⁷ En este punto el enfoque territorial y de descentralización nuevamente hace presencia para la creación de la paz territorial o del estado local, tanto para los territorios libres de guerra, pero abandonados, como para aquellos territorios de gran urdimbre bélica o de conflicto social.

Ávila Martínez y Ariel Castro,²⁷⁸ a manera de predestinación, señalaron que existen varias preocupaciones en torno al desarrollo del posacuerdo: los vacíos de poder en los territorios, en otrora ocupados por las FARC (situación que también podrá vivirse con la culminación de negociación con el ELN), la seguridad de los excombatientes, la reincidencia y todo el tema de regulación de los conflictos sociales surgidos en el mundo de las organizaciones criminales. Igualmente, los asuntos de orden público, de manera especial, en el territorio rural: máximo escenario de abandono y guerra, para lo cual se creó la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural que, según estos analistas, no tiene la capacidad de prestar los servicios en los municipios más críticos.

El tema de seguridad también debe tener un serio enfoque territorial que va más allá del Acuerdo. Uno de mediano y largo plazo, y otro inmediato para contrarrestar la cooptación de

²⁷⁷ Trujillo Muñoz, Augusto; Pérez Flórez, Guillermo. “El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana”. Op. Cit. p. 29.

²⁷⁸ Ávila Martínez, Ariel; Castro León, Juan Diego. “Los retos en convivencia, administración de justicia y seguridad rural en el posconflicto”. En: *Análisis* —Friedrich-Ebert-Stiftung—. 2015. Recuperado desde: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11353.pdf>

otros actores ilegales de los territorios abandonados por los actores de la guerra. Aquí también el profesor Augusto Trujillo ha realizado unos aportes significativos: “Nada se opone a que la Policía Nacional coexista con una policía municipal, provincial o departamental.”²⁷⁹ Agrega Trujillo: “Bastaría una norma legal para autorizar el funcionamiento de la policía local en función de la naturaleza de las comunidades locales”.²⁸⁰ Quien discute que, a dicha fuerza local, se sumen en aquellos municipios, otrora miembros de las insurgencias. Claro está, siempre que sean aceptados y respetados por sus propias comunidades. En cualquier caso, el monopolio de las armas estará en cabeza del Estado.

A largo plazo se hará necesaria la creación de una nueva fuerza, una especial de gendarmería. A corto plazo, tal como lo señala Juan Carlos Garzón, se hará necesaria la creación de “Fuerza de Estabilización Nacional (FEN) de la cual haga parte un componente de la Policía Nacional, apoyado por la Fiscalía y las fuerzas militares. La FEN tendría como responsabilidad la protección de las poblaciones en aquellas zonas de desmovilización de los frentes de la guerrilla, la resolución de los delitos de alto impacto, así como la seguridad de los excombatientes”²⁸¹.

²⁷⁹ Trujillo Muñoz, Augusto; Pérez Flórez, Guillermo. “El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana”. Op. Cit. p. 29.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Garzón Vergara, Juan Carlos. “Evitando la tormenta perfecta Economías criminales, saboteadores y post-conflicto en Colombia”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Op. Cit. pp. 37-49.

2.4. Drogas ilícitas. “Desescalamiento de una cultura narcotizada”

Nada más necesario para una guerrilla que terminó cooptada por el mundo del narcotráfico, por un tema que afectó su orientación y causas iniciales.

Así son los territorios y los actores de la guerra: presos de las lógicas criminales que recorren su geografía y que terminan doblegándolos. El centro de la política está en la creación de un “nuevo programa nacional integral de sustitución de cultivos ilícitos”, en cabeza de la Presidencia de la República, en coordinación con las autoridades departamentales y municipales. Un programa que debe desarrollarse en consonancia con el primer punto de la agenda: reforma rural integral, procesos de articulación de lo nacional, regional y local, construcción participativa y concertada, enfoque diferencial de acuerdo con las condiciones de cada territorio, respeto y aplicación de los principios y las normas del Estado social de derecho, convivencia ciudadana y sustitución voluntaria. Valga recordar que parte de los ajustes después del “NO”, estuvieron dados en el tema de sustitución voluntario o manual o el regreso al mecanismo de aspersión suspendido por los efectos colaterales que tenía en asuntos de medio ambiente y de salud. Sin embargo, en este punto se flexibilizó el documento.

En general, se trata de un programa ambicioso por dos motivos: el aumento de cultivos de hoja de coca en Colombia, que hoy ascienden a 188.000 hectáreas o más, esto es, un incremento

del 18% con relación al año 2016 y, en segundo lugar, por el “desescalamiento de una cultura narcotizada”²⁸².

Tres son los puntos clave de este tema de sustitución de cultivos ilícitos: el tratamiento a los campesinos cultivadores de coca, con enfoque diferencial e incluso de género; el tema del consumo y de salud pública y, finalmente, el tema de la comercialización, bandas criminales, narcotráfico y corrupción.

Los tres ofrecen un tratamiento diferente, especialmente, el enfoque territorial, e incluso de descentralización en el primer enfoque, necesariamente construido en los territorios, de la mano de las autoridades nacionales y bajo el liderazgo del programa nacional integral de sustitución de cultivos ilícitos. En este aspecto se resaltan los componentes comunitarios, asambleas, participación, concertación y de intervención urgente en el componente social. La siguiente frase invita a reflexionar sobre el componente humano de este aspecto trascendental del Acuerdo, expresada por Eduardo Espinosa (campesino de 49 años, dedicado 17 años de su vida al procesamiento de la coca): “Estamos recogiendo nuestra última cosecha para que cuando los del Gobierno lleguen a erradicar ya no quede nada —dice con cierta amargura—. Pero ¿arrancarla? ¿Cómo vamos a arrancar la hojita si el Gobierno no nos trae alternativas para que continuemos cultivando la tierrita?”²⁸³

²⁸² Neira, Armando. “Mitos y verdades de la bonanza de la coca en Colombia”. En: *Periódico El tiempo*. 2017. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/cultivos-de-coca-en-colombia-70106>

²⁸³ Gobierno colombiano. “Cultivos de coca en Colombia alcanzan máximo histórico”. En: *Revista Semana*. 2017. Recuperado desde: <http://www.semana.com/nacion/articulo/cultivos-de-coca-en-colombia-alcanza-maximo-historico/518545>

Así las cosas, el tema de la concertación es vital para el desarrollo de tamaño empresa. Las protestas sociales pacíficas y “no pacíficas” no dan esperanzas. La noticia titulada “cocaleros retienen a 11 policías en la vía Tumaco”²⁸⁴, policías que estaban realizando la labor de sustitución forzada de cultivos ilícitos, refleja el problema social de este punto del Acuerdo. Sobre esta noticia existen diversas versiones, entre otras, falta de concertación con las entidades territoriales, con los campesinos cultivadores, e incluso se habla del pago de \$100.000 por narcotraficantes a cultivadores para impulsar la protesta y proteger los cultivos. En cualquier caso, situación social compleja ante el correspondiente tratamiento diferencial y de respeto a los territorios que debe predominar en la implementación de este punto vital del Acuerdo, tan disímil a la mano dura que debe caracterizar el tratamiento a las bandas y grupos criminales que comercializan los cultivos, hoy llamados, “ilícitos”.

2.5. La *justicia territorial de la paz*: reflexiones sobre el punto inexistente del Acuerdo

En reconocimiento de la bélica historia de Colombia, y debido al daño y sufrimiento que han dejado estas cinco décadas de conflicto a la población civil, las FARC y el Gobierno, además de convenir que el resarcimiento de las víctimas debería ocupar un lugar axial en el Acuerdo, pactaron la creación de un Sistema

²⁸⁴ Remito a la fuente: “Cocaleros retienen a 11 policías en vía a Tumaco”. En: *Periódico El Tiempo*. 2017. Recuperado desde: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/bloqueos-de-cocaleros-en-via-a-tumaco-77790>

Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición²⁸⁵ compuesto por diferentes mecanismos y medidas, tanto judiciales como extrajudiciales. Es decir, un sistema congruente con la justicia transicional²⁸⁶ y sus axiomas o principios esenciales tendiente a lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido, optimizar la transición del conflicto armado a la paz y garantizar, tanto la seguridad jurídica de quienes participen en él, como la convivencia, la reconciliación y la no repetición de los hechos atentatorios de derechos humanos.²⁸⁷

Los mecanismos y medidas, tanto judiciales como extrajudiciales, son: La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad,

²⁸⁵ El Gobierno nacional y las FARC-EP el 7 de junio de 2014 acordaron una “Declaración de principios” con el propósito de que la discusión del punto 5 se realizara al unísono de tales mandatos. Los principios son: El reconocimiento de las víctimas, El reconocimiento de responsabilidad, Satisfacción de los derechos de las víctimas, La participación de las víctimas, El esclarecimiento de la verdad, La reparación de las víctimas, Las garantías de protección y seguridad, La garantía de no repetición, Principio de reconciliación, Enfoque de derechos. Comunicado Conjunto, La Habana, 07 de junio de 2014. Recuperado desde: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014>

²⁸⁶ Máxime, porque las vías ordinarias son principalmente retributivas, y el cese del conflicto requiere de un esquema esencialmente restaurativo que privilegie la recomposición de la sociedad, y no, únicamente, la investigación y sanción del delito. He aquí la importancia de flexibilizar las lógicas ordinarias que, por sí solas, en un momento de transición pueden tornarse insuficientes. Sobre este tema, en este mismo libro, ver Estupiñán Achury, Liliana; Romo, Mateo. “La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de Sur y pluralismo”.

²⁸⁷ Periódico El País. “En detalle: estos son los seis puntos del acuerdo final de paz con las Farc”. 2016. Recuperado desde: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/proceso-paz/noticias/detalle-estos-son-seis-puntos-acuerdo-final-paz-con-farc/>; Cfr. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. pp. 5 y 125.

la Convivencia y la No Repetición; La Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; La Jurisdicción Especial para la Paz; Las medidas de reparación integral y Las garantías de no repetición.

Más allá de la justicia transicional, está el de la *justicia territorial de la paz* —tema estudiado por Trujillo—,²⁸⁸ el cual, implica reflexionar sobre las dificultades que existen en torno al acceso al servicio de justicia. Por ejemplo, un estudio de caso realizado por los investigadores Patricia Bulla y Sergio Guarín advierte que la oferta de justicia divide al territorio nacional en 33 distritos judiciales, los cuales, a su vez, se subdividen en 202 circuitos judiciales. Uno de estos circuitos judiciales es Tumaco (el cual pertenece al distrito judicial de Pasto, Nariño). Dicho circuito está a cargo de siete municipios que, en su conjunto, representan el 11% de los municipios del departamento (64 municipios).²⁸⁹ “Las instalaciones físicas del circuito judicial están ubicadas en la cabecera municipal de Tumaco. Mientras Tumaco se encuentra conectado con la capital por una carretera pavimentada de 300 kilómetros, los otros seis municipios del circuito judicial no cuentan con infraestructura vial, por lo que se conectan con el resto del país por vial fluvial y marítima.”²⁹⁰ Tumaco, al igual que otros

²⁸⁸ Trujillo Muñoz, Augusto; Pérez Flórez, Guillermo. “El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana”. Op. Cit.

²⁸⁹ Bulla, Patricia; Guarín, Sergio. “La seguridad rural en Colombia: Una oportunidad para la consolidación del Estado”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Op. Cit. p. 22.

²⁹⁰ *Ibíd.* p. 23.

municipios de Nariño y del país, se encuentra sumido en la violencia producto del conflicto armado interno. Los ciudadanos ubicados por fuera de las cabeceras viven bajo las normas impuestas por las FARC, entre ellas, un toque de queda para transitar por los ríos del municipio.”²⁹¹

Sobre esta misma arista, Trujillo señaló la necesidad de incluir a la ciudadanía y a las autoridades territoriales en el tema de la administración de justicia, permitiendo su concurrencia en el diseño y correspondiente sostenimiento.²⁹² Esta propuesta es muy importante para el caso de la justicia en los territorios del posconflicto. “La justicia debe corresponder con las necesidades regionales y locales. Las entidades territoriales podrían configurar distritos, fijar el número de jueces e intervenir en su designación. La estructura piramidal de la rama jurisdiccional puede modificarse sin lesionar su independencia para que sea más democrática y más eficiente”.²⁹³ La misma propuesta se observa en García y otros, cuando señala: “La idea de justicia territorial, tal como la entendemos en Dejusticia, supone el diseño y la implementación de una institucionalidad cuya suerte depende de que esté bien conectada con la realidad social y con las comunidades de los municipios en donde va a operar.”²⁹⁴

²⁹¹ *Ibíd.* Cfr. Valencia, León; Ávila, Ariel. *Los retos del postconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*. Op. Cit.

²⁹² Vid. Nota 46.

²⁹³ *Ibíd.* p. 29.

²⁹⁴ García Villegas, Mauricio; Torres Echeverry, Nicolás; Revelo Rebolledo, Javier., et al. *Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*. Op. Cit. p. 114.

Una justicia así es la justicia del posconflicto. Sin duda, un aspecto que quedó por fuera del punto 5 del Acuerdo, pero que perfectamente se puede impulsar. Máxime, porque ¡sin justicia territorial no será posible la paz ni el posconflicto!

2.6. Programas de desarrollo con enfoque territorial: PDET²⁹⁵

Ahora bien, se pretende resolver el tema de la “paz territorial” con los 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, los cuales aspiran a ser “los instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral”. No sobran, pero no son suficientes. Dieciséis territorios en espera de concreción e impulso, regiones que, a su vez, agrupan a 170 municipios ávidos de construcción institucional. En cualquier caso, la “paz territorial” debe ir más allá de las entidades seleccionadas y de esta clase de intervenciones. La organización territorial colombiana es desequilibrada y la mayoría de los municipios no tienen las condiciones institucionales suficientes para garantizar un nivel de vida digno y el no retorno a la guerra o a la criminalidad.

Por su parte, las 16 circunscripciones de paz siguen en un limbo jurídico. A manera de deuda histórica con las víctimas, los campesinos y las organizaciones sociales, se creó este

²⁹⁵ Cfr. Estupiñán Achury, Liliana. “La paz territorial” o la centralización del posconflicto. En: *Ámbito Jurídico*. 2018. Recuperado desde: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administracion-publica/la-paz-territorial-o-la-centralizacion-del-pos-conflicto>

instrumento democrático y transitorio, pero a modo de “pos-verdad” fue deslegitimado. En caso de nacer, tiene suficientes problemas jurídicos, políticos y sociales para sobrevivir en esta máquina de política clientelar.

El tema de la representación territorial, tal como se anotó anteriormente, tan vinculado al título de la paz territorial, amerita una seria intervención y reforma constitucional. Va más allá de los territorios de la guerra y de la fase transitoria del posconflicto; es el símbolo de la descentralización política.

Como se observa, “barajar de nuevo” en materia de distribución del poder en el territorio es condición vital para el desarrollo de una verdadera descentralización y autonomía que garanticen una paz social y completa. La construcción de una paz territorial a pedazos, focalizada y marcadamente centralista, está en crisis.

2.7. Tal como se invirtió —despilfarró— dinero en la guerra, debe haber dinero para la paz

Por primera vez, de forma explícita, se habla del papel de las entidades territoriales en la construcción de la “paz territorial” —en el reconocimiento de la autonomía territorial—, de la descentralización y el respeto a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Igualmente, sobre la necesidad de fortalecer las capacidades institucionales de los territorios para efectos de enfrentar el desarrollo del posconflicto y la debida articulación de las instancias nacionales.

No obstante, este superficial reconocimiento al tema territorial debe trabajarse en la fase de posconflicto, en aras de que no se convierta en una “simple muletilla retorica que proporcione un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”²⁹⁶. No en vano, los actores del Acuerdo parten de la base de que las competencias ya existen y de que el reto, entonces, está en la concertación y la armonización con las entidades territoriales. Nada más equivocado, de hecho, el tema de la distribución competencial, que no se aborda en el presente escrito, merece muchas hojas de reflexión ante su actual y constante perspectiva centralista, homogénea, autoritaria y unificadora.

Así las cosas, el posconflicto invita a hacer una seria reflexión sobre el tema territorial en Colombia, asimismo, invita a la reconstrucción del mapa político, de la administración y del régimen en clave de paz. En la misma línea, al desarrollo gradual, flexible y asimétrico del tema competencial y de los recursos, para no hablar de los retos que presenta en materia de equidad y de distribución de la economía en toda la geografía colombiana. En cualquier caso, una tarea que sigue pendiente.

Otro aspecto más crítico aún: el de los recursos, para lo cual se propone el desarrollo del Plan Marco de Paz, cuya vigencia se prevé para 10 años. De igual forma, se plantean reformas normativas a fin de que los planes de desarrollo departamental y municipal incorporen medidas para garantizar la implemen-

²⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia. T-406/92.

tación del Acuerdo. Si bien, el Gobierno es el responsable de la ejecución de este último, tal como se lee en el punto final, es imperioso recordar que la guerra se hizo en los territorios y que, por sustracción de materia, la paz también se hará en los territorios. Por lo mismo, se insiste en el tema de los recursos y de las preocupantes medidas que se invocan para garantizarlos, entre otras, el uso de montos significativos del Sistema General de Participaciones y el Sistema General de Regalías, de por sí, bastante mermados ante las diversas reformas constitucionales que se han efectuado, e incluso ante la crisis de la economía extractivista, además de otras fuentes que no se explicitan en el Texto Final.

Se avecinan grandes retos, y lo cierto es que la responsabilidad económica no puede trasladarse a las entidades territoriales que dependen, en gran medida, de los recursos exógenos, de las transferencias intergubernamentales. Entidades, hay que resaltarlo, que apenas dan abasto con los temas de cobertura en necesidades básicas, con las grandes dificultades mayoritariamente conocidas. ¿No deberían, entonces, ser más ingeniosos?: trasladar los grandes retos de la paz a las entidades territoriales sin recursos, subordinadas al Estado-centro, es similar a pretender alcanzar el valor supremo de la paz sin la mediación de consensos: ¡simplemente imposible!

Finalmente, se justifican muchos olvidos en el Acuerdo, incluso, los preocupantes de la descentralización y la autonomía —tan ajenas a las costumbres de este Estado marcadamente centralista—. Sin embargo, el gran trabajo está en la fase de

posconflicto y su desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal. El panorama territorial bien puede cambiar en los próximos años, bajo lógicas diferentes a las que han caracterizado al país en los últimos veinte años: recentralización, muy en contravía del espíritu del constituyente territorial de 1991.

Bibliografía

AA.VV. *Informe 2016/17. Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Reino Unido: Amnesty International, 2017.

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Ávila Martínez, Ariel; Castro León, Juan Diego. “Los retos en convivencia, administración de justicia y seguridad rural en el posconflicto”. En: *Análisis* —Friedrich-Ebert-Stiftung—. 2015. Recuperado desde: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11353.pdf>

Bagni, Silvia. *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*. Bolonia: Filodiritto Editore, 2013

———. *The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the caring state*. *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, Vol. 1, No. 3, 2015. Recuperado desde: <http://www.harmonywithnatureun.org/wordpress/wp-content/uploads/Papers/estratto.pdf>

Bulla, Patricia; Guarín, Sergio. “La seguridad rural en Colombia: Una oportunidad para la consolidación del Estado”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Instituto Igarapé, 2016.

Colciencias. Resolución 0048 de febrero 3 de 2016 por “ La cual se adoptan los Proyectos Tipo para la presentación de proyectos de inversión en Ciencia, Tecnología e Innovación”. 2016.

Corte Constitucional. Sentencia. T-406/92.

---. Sentencia C-123 de 2014.

---. Sentencia C-273 de 2016.

Departamento Nacional de Planeación – Grupo de Proyectos Especiales. Índice de incidencia del conflicto armado en Colombia. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2016.

Estupiñán Achury, Liliana. “La paz territorial” o la centralización del posconflicto. En: *Ámbito Jurídico*. 2018. Recuperado desde: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administracion-publica/la-paz-territorial-o-la-centralizacion-del-posconflicto>

García Villegas, Mauricio; Espinosa, José Rafael. “La geografía de la justicia: evaluando la justicia local en el post-conflicto en Colombia”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Instituto Igarapé, 2016.

García Villegas, Mauricio; Espinosa, José Rafael. *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2013. Recuperado desde: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_361.pdf

García Villegas, Mauricio; Torres Echeverry, Nicolás; Revelo Rebolledo, Javier., et al. *Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2016.

Garzón Vergara, Juan Carlos. “Evitando la tormenta perfecta Economías criminales, saboteadores y post-conflicto en Colombia”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Instituto Igarapé, 2016.

Gaviria Liévano, Jorge. “Editorial: La protesta eficaz en la construcción de la paz”. En: *Revista Diálogos de Saberes*. núm. 44, 2016.

Giraldo-Ramírez, Jorge; Preciado Restrepo, Andrés. “Medellín: de teatro de guerra a laboratorio de seguridad”. En: AA.VV. *Controlando el territorio y construyendo seguridad y justicia en el posconflicto colombiano. Edición especial de los Diálogos por la Seguridad Ciudadana*. Instituto Igarapé, 2016.

González, Jorge Iván. “Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial”. En: *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*. Bogotá: GTZ – FESCOL, 2004.

- Misión Electoral Especial de Colombia. *Síntesis de las propuestas de reforma política y electoral de la Misión Electoral Especial de Colombia*. 2017.
- Otero Prada, Diego. *Gastos de guerra en Colombia. 1964–2016: 179 000 millones de dólares perdidos*. Bogotá: Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz – Indepaz, 2016.
- Restrepo, Darío. *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*. Bogotá: CDPaz – Planeta Paz, 2016.
- Rodríguez, J. A. “Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano”. En: *Documentos FCE – CID, Escuela de Economía* No 81. Universidad Nacional de Colombia, 2017.
- Trujillo Muñoz, Augusto; Pérez Flórez, Guillermo. “El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana”. En: AA.VV. *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- Trujillo Muñoz, Augusto. “Autonomía local: una diferencia entre la paz y la guerra”. En: AA.VV. *Descentralización en-clave de paz*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- Valencia, León; Ávila, Ariel. *Los retos del postconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*. Bogotá: Ediciones B, 2016.

CAPÍTULO V

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN COMBATE Y EL ACUERDO FINAL DE PAZ*

*Kenneth Burbano Villamarín***

Resumen

Inicialmente, se hacen algunas consideraciones sobre la utilización de instrumentos de justicia transicional, en la historia reciente de Colombia, para la búsqueda de la paz a través de acuerdos, negociaciones y su regulación legal, sin que se haya imperado un determinado modelo. Posteriormente, como presupuesto necesario para abordar la privación de la libertad en combate, se evidencian aportes de la jurisprudencia constitucional en materia de caracterización y aplicación del DIH en el conflicto armado colombiano. Enseguida, está la tipificación en el Código Penal de las con-

* Resultado de la investigación que se adelanta en la tesis doctoral denominada “Personas privadas de la libertad en el conflicto armado no internacional de Colombia”, realizada por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, en el Doctorado en Derecho de la Universidad Libre.

** Abogado y profesor de la Universidad Libre. Estudiante del Doctorado en Derecho Universidad Libre. Director del Observatorio Constitucional de la Universidad Libre.

ductas contra personas y bienes protegidos por el DIH, siendo relevante la no estipulación del secuestro y la toma de rehenes, complementado con el Estatuto de Roma que prevé esta conducta como crimen de guerra no amnistiable. Para terminar, en la implementación del Acuerdo Final de Paz, la ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, a la luz de la jurisprudencia constitucional, dispone cuál debe ser el tratamiento diferenciado de la privación de la libertad de quienes combaten. Finalmente, se saca unas conclusiones.

Palabras clave: Justicia transicional, conflicto armado no internacional, prisioneros de guerra, toma de rehenes, secuestro, partes del conflicto, combatientes, Acuerdo Final de Paz

Abstract

Firtsly, this paper presents some considerations about the use of instruments of transitional justice aimed to reach the peace through agreements and negotiations in recent Colombian history, as well as the legal regulation of those instruments without having a prevalent model. Subsequently, as a necessary requirement to study the freedom deprivation in combat, constitutional jurisprudence regarding the characterization and application of IHL in the Colombian armed conflict is exposed. Next, there is a development about the typification of crimes against persons and property protected by IHL in Colombian Criminal Code, highlighting the non-inclusion of kidnapping and hostage-taking, and complementing with the Rome Statute which includes this conduct as a non-amnestiable war crime. Finally, in the implementation of the Final Peace Agreement, the Amnesty, Pardon and Special Criminal Treatment Act, in accordance with constitutional jurisprudence, regulates what should be the differentiated treatment in freedom deprivation of combatants. In the end, some conclusions are drawn.

Keywords: Transitional justice, non-international armed conflict, prisoners of war, hostage-taking, kidnapping, parties of the conflict, combatants, Final Peace Agreement

Introducción

Las preguntas planteadas en este documento hacen parte de las formuladas en la investigación que se adelanta en la tesis doctoral denominada “*Personas privadas de la libertad en el conflicto armado no internacional de Colombia*”, donde se pretende resolver si la privación de la libertad de miembros de la fuerza pública en combate por la Guerrilla de las FARC-EP en el conflicto armado no internacional colombiano, constituye un crimen de guerra conforme al derecho internacional humanitario, el Código Penal colombiano, el Estatuto de Roma y el Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Lo anterior, en razón a que las privaciones de la libertad con ocasión y desarrollo del conflicto que recaen sobre personas protegidas y en quien combate se suelen catalogar por las autoridades, medios de comunicación y la fuerza pública como secuestros. Es necesario determinar jurídicamente si son secuestros, detenciones, privaciones indebidas o justificadas de la libertad, restricciones a la libertad; igualmente si las personas afectadas son secuestradas, prisioneros de guerra, rehenes, o personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, con miras a establecer finalmente si estas privaciones de la libertad constituyen o no crímenes de guerra. También se quiere comprobar cuál es el tratamiento que dan los diferentes estatutos de carácter normativo, tanto del derecho internacional como doméstico, aplicables a los conflictos armados no internacionales, cuando de manera expresa, en forma indirecta o con ausencia normativa, regulan

la privación o restricción de la libertad ¿lo hacen de manera similar o hay diferencias significativas?

En buena medida, los anteriores interrogantes se pueden abordar acudiendo a la jurisprudencia constitucional, a la doctrina del CICR y al Acuerdo Final de Paz suscrito por el Gobierno Nacional y la Guerrilla de las FARC-EP y sus procedimientos de implementación, los que también son objeto del control de constitucionalidad.

El modelo de justicia transicional en el Acuerdo Final de Paz

La Constitución de 1991 establece la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, Art. 22. De igual manera, el logro y mantenimiento de la paz le corresponde al presidente de la República bajo la atribución de conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, art. 189-4, y en su calidad de jefe de Estado y de Gobierno es la única autoridad autorizada para firmar los acuerdos definitivos de un proceso de paz, en *“el cual se plasman con carácter vinculante los pactos que constituyan resultado final de los diálogos... Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables”*²⁹⁷.

²⁹⁷ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-214/93.

Dadas las ondas repercusiones sociales, económicas, políticas, jurídicas y de derechos humanos que ha generado el conflicto armado no internacional (CANI) colombiano, fue necesario crear un marco jurídico para la paz, que teniendo como sujetos de especial protección a las víctimas, permitiera buscar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición ante las violaciones de los derechos humanos (DD.HH.) y las infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) acaecidas en esa confrontación. Con el Acto Legislativo 01 de 2012, se establece ese cimiento constitucional, donde se dispone que se crearán instrumentos de justicia transicional, excepcionales, de carácter judicial o extrajudicial, con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera.

Naciones Unidas, en su informe²⁹⁸, señaló que la justicia de transición “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, sirvan a la justicia y logren 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”.

²⁹⁸ ONU. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del secretario general. “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Washington: ONU. S/2004/616.

Esto refuerza la concepción de que la justicia transicional no es el cambio de una justicia por otra, sino un conjunto de procedimientos e instrumentos que se utilizan como respuesta a las violaciones generalizadas, sistemáticas de los DD.HH. y las infracciones al DIH. En el trasegar de la historia reciente de Colombia, se han utilizado instrumentos de justicia transicional, como se advierte en las denominadas leyes de justicia y paz (Ley 975 de 2005), de desmovilizados (Ley 1424 de 2010), de víctimas y restitución de tierras (Ley 1448 de 2011) y en el marco jurídico para la paz (Acto Legislativo 01 de 2012), sin que se tenga un modelo específico de justicia transicional. Según el momento histórico y las circunstancias tanto políticas como sociales, vinculadas a la grave afectación de los bienes fundamentales de las personas y al agudo conflicto armado que se quiere superar, se ha dado un proceso de justicia transicional, cambiante, evolutivo, que se ha ido afianzando y transformando con la jurisprudencia constitucional y los aportes de organismos internacionales.

Es así como en el Acto Legislativo 01 de 2012 se dispone que dentro de un proceso de paz se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado. La Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013 señaló que la justicia transicional *“no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de*

violación generalizada de derechos humanos”²⁹⁹. El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre manifestó a la Corte Constitucional que conforme a la jurisprudencia de la Corporación (C-052 de 2012 y C-370 de 2006), se deduce que los modelos de justicia transicional son una salida jurídica y democrática a situaciones graves de múltiples violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para lograr que las sociedades se puedan restaurar usando mecanismos ofrecidos por el Estado para sancionar a los victimarios y alcanzar la reparación integral de las víctimas. Estos modelos se basan en formas alternativas a las tradicionales para sancionar a los responsables, aclarando que la justicia transicional, por ser excepcional, no puede entenderse como patrocinadora de la impunidad ni sirve para que los victimarios evadan la acción punitiva del Estado, en especial, para los responsables de las atrocidades realizadas durante el conflicto armado no internacional que vive Colombia³⁰⁰.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado y caracterizado el proceso de justicia transicional, y aunque la discusión sobre la aplicación de los modelos está abierta, la Corporación deja claro el carácter vinculante de los estándares internacionales, para lograr un equilibrio entre los derechos constitucionales

²⁹⁹ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-579/13.

³⁰⁰ Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, concepto presentado a la Corte Constitucional, suscrito por Kenneth Burbano Villamarín y Manuel Correal Tovar, en el trámite del expediente D-9499, sentencia C-579 de 2013.

a la justicia y a la paz “bajo el entendimiento que ninguno de ellos es absoluto y que en contextos de justicia trasnacional el derecho a la justicia puede ser modulado para armonizarlo con la efectividad de otros derechos y el cumplimiento de deberes del Estado, como la paz, la reparación a las víctimas o el logro de la verdad. Pero esta modulación es posible siempre y cuando el fin sea legítimo y no dejen de garantizarse, ya sea por medios judiciales o extrajudiciales, los derechos que tienen las víctimas a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición”³⁰¹.

Dentro de la misma lógica, el proceso de justicia transicional debe cumplir con unos parámetros y estándares constitucionales, como los señalados para las víctimas, entre los que se encuentra el derecho a la reparación, abordado de manera amplia y suficiente por la Corte Constitucional como se puede constatar en las sentencias C-715 de 2012, C-099 de 2013 y la trascendental C-579 de 2013 —demanda contra el marco jurídico para la paz de 2012—, en las providencias citadas se preceptúa que en armonía con el derecho y la jurisprudencia internacional está el derecho a la reparación integral, que implica la adopción de medidas concretas por la justicia distributiva y por la justicia restaurativa, en cuanto a la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas; esas obligaciones de reparación incluyen la restitución plena, la compensación, la

³⁰¹ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-180/14.

indemnización pecuniaria por el daño causado, la satisfacción y garantías de no repetición. Que la reparación comprende una doble dimensión, la individual, que incluye la readaptación o rehabilitación, y la colectiva, dirigida a la comunidad con medidas de satisfacción y de carácter simbólico; siendo muy importante en la reparación el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche por esa actuación.

Lo visto permite concluir que se avanza hacia la estructuración de una sólida justicia transicional en Colombia, mediada por un proceso y la utilización de instrumentos de justicia transicional, que está sujeta a los estándares internacionales, así como a los parámetros y estándares constitucionales, que guardan plena concordancia y articulación.

En Colombia, el 24 de noviembre de 2016 se suscribió el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, que ya contaba con un marco jurídico para la paz, AL 10/12, y este Acuerdo se sustenta en el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que le permite a las partes del conflicto armado no internacional (CANI) realizar acuerdos especiales. Por tanto, hay una relación inescindible, entre justicia transicional, DIH y privación de la libertad.

DIH, aportes de la jurisprudencia constitucional y privación de la libertad

La aplicación del DIH en Colombia había tenido un carácter difuso aún en el ámbito jurídico, no obstante, el agudo conflicto

armado con carácter no internacional que acontece desde la mitad del siglo pasado entre la Fuerza Pública del Estado y las guerrillas, estando con mayor permanencia las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo FARC-EP y el Ejército de Liberación Nacional ELN. En este documento se hará referencia únicamente a las FARC-EP con la denominación genérica de Guerrilla. Desde 1960 se aprobó el Acta Final y los convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Convenios de Ginebra de 1949), aunque en la ley aprobatoria (Ley 5 de 1960) no se insertaron los textos, el defecto procedimental se superó en 1990 (Decreto 1016 de 1990). El panorama cambió con la adopción de la Constitución de 1991 y la entrada en vigor del actual Código Penal (Ley 599 de 2000) y el Estatuto de Roma de 1998 (Ley 742 de 2002). Lo que llama la atención es que, en todo este tiempo, algunos mandatarios y ciertos miembros de la Fuerza Pública desconocieron la existencia del conflicto armado, así como la vigencia y aplicación del DIH. La Constitución de 1991 creó la Corte Constitucional y el panorama se despejó.

Una de las sentencias que abrió el surco en la aplicación del DIH fue la C-574 de 1992, donde se ratificó el mandato constitucional del Art. 214 Núm. 2, norma común a la regulación de la conmoción interior y guerra exterior considerados en la norma superior como estados de excepción, en la que se dispone *“No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas*

*del derecho internacional humanitario (...)*³⁰² (resaltado fuera de texto). La Corte hizo el control de constitucionalidad al Protocolo I adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. En la mencionada sentencia se marcó un precedente muy importante para la aplicación del DIH al considerar el “*carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario (...)*”³⁰³.

En Colombia para aquel entonces se vivía el tránsito constitucional de la Carta Fundamental de 1886 a la de 1991. En virtud del Art. 58 transitorio, el Gobierno Nacional podía ratificar los tratados internacionales que hubiesen sido aprobados al menos por una de las cámaras del Congreso de la República. Operaba la Comisión Especial Legislativa (el llamado Congreso) que decidió “no improbarla”, es decir, se aprobó el Protocolo I y la Corte Constitucional mediante el control automático de constitucionalidad previsto en el Art. 241,10 lo declaró exequible, bajo el entendido de que las disposiciones del DIH son obligatorias *per se*, sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria.

³⁰² Constitución Política de Colombia de 1991.

³⁰³ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-225/95.

La discrepancia se presentó cuando el Congreso de la República profirió la Ley 11/92, sancionada por el presidente de la República, cuando todo el proceso de adopción del Protocolo I ya se había efectuado a cabalidad, teniendo en cuenta que era especial y excepcional por los mandatos del Constituyente. La Corte Constitucional realizó el control de constitucionalidad de la Ley 11/92 y la Sentencia C-088/92 la declaró inexecutable, disponiendo estarse a lo resuelto en la sentencia C-574 de 1992. Desde ese momento quedó claro que la Corte Constitucional, con plenas atribuciones desde 1991, tiene las atribuciones de tribunal de cierre en materia constitucional y es la garante de la supremacía e integridad de la Carta Fundamental de los colombianos.

Ahora bien, en cuanto a la privación de la libertad en el conflicto armado interno de Colombia, el Protocolo I no es aplicable, la Corte advierte que *“El texto del protocolo I coincide totalmente con la Constitución como quiera que está orientado a proteger la integridad de la población civil en las circunstancias de una guerra internacional”*³⁰⁴. Dos situaciones son de especial interés, aunque su tratamiento jurídico en la configuración legislativa interna tiene dificultades: la toma de rehenes y los prisioneros de guerra. Ahora bien, para la Corte con la incorporación del Protocolo I al ordenamiento interno se zanjó *“definitivamente toda controversia que pudiera existir en torno a la obligatoriedad del derecho internacional humanitario”*³⁰⁵.

³⁰⁴ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-574/92.

³⁰⁵ *Ibíd.*

Respecto a la toma de rehenes, el Protocolo I en la sección referida al trato de las personas en poder de una parte en conflicto, invocando las garantías fundamentales, prohíbe en todo tiempo y lugar los actos de la toma de rehenes³⁰⁶. Claramente, no hay una definición de esta conducta ni se menciona su alcance, aunque de manera expresa señala que no puede ser realizada por agentes civiles o militares. Sobre los prisioneros de guerra, preceptúa el tratado que todo combatiente que caiga en poder de la parte adversa será prisionero de guerra³⁰⁷.

Posteriormente, el Protocolo II fue aprobado en Colombia por la Ley 171/1994. Este instrumento complementa el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Conforme a lo mencionado, el CANI desarrollado en territorio colombiano será regulado por estas normas humanitarias. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-225/95, realizó el control de constitucionalidad del Protocolo II y su ley aprobatoria, declarándolos exequibles. El instrumento, en el art. 4 sobre las garantías fundamentales, dispone que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, serán tratadas con humanidad y estipula que, en todo momento y lugar respecto a las personas mencionadas, entre otras conductas, queda prohibida la toma de rehenes, sin que se defina la conducta.

³⁰⁶ Protocolo I, Ad. Ginebra. Art. 75-2C, 1949.

³⁰⁷ Protocolo I. Ad. Ginebra, Art. 44, 1949.

Enseguida, el Art. 5 del Protocolo II regula la privación de la libertad. Aquí hay varias situaciones para tener en cuenta: i) que cuando se hace referencia a la privación de la libertad, en sus modalidades, es por motivos relacionados con el conflicto armado interno; ii) las personas pueden estar detenidas, o internadas; iii) en todo caso, cuando la libertad individual se encuentre restringida, cualquiera que sea su forma, la persona será tratada con humanidad.

De lo anterior se puede concluir que en el conflicto armado con carácter internacional (CAI), *“los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto así como los miembros de las milicias”*³⁰⁸ que caigan en poder del enemigo, son prisioneros de guerra, se trata de una inmunidad y no una forma ilegal de privación de la libertad.

El Artículo 3 Común y el Protocolo II no prevén la institución de los prisioneros de guerra, aunque la Resolución VIII sobre el “Estatuto de los combatientes en los conflictos armados no internacionales”, aprobada en la XXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estambul en el mes de septiembre de 1969, dice que *“A los combatientes y miembros de los movimientos de resistencia implicados en conflictos armados no internacionales y que se ajusten a las disposiciones del art. 4 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, se debe protegerlos, en caso de captura, contra toda medida inhumana o brutal, y deben recibir un trato similar al que prevé el mencionado Convenio para*

³⁰⁸ Tercer Convenio, Ginebra Art. 4-1, 1949.

*los prisioneros de guerra*³⁰⁹. El profesor Valencia Villa³¹⁰ interpreta que aunque la Resolución no les concede a los partes de un CANI el estatuto de prisioneros de guerra, dispone que se les debe dar un trato análogo; por tanto, hay que expandir los beneficios humanitarios a estos combatientes conforme al derecho de los conflictos armados, ya que la situación de todas las personas privadas de la libertad —atendiendo a su condición humana— en un conflicto armado es idéntica.

Cuando una persona se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida, a fin de obligar a un tercero a realizar una acción u omisión como condición explícita o implícita para su liberación, comete el delito de toma de rehenes³¹¹. También puede darse la detención, que “*se refiere al confinamiento de un individuo —independientemente de los motivos del confinamiento o del fundamento jurídico por el que ese se rija— a un área limitada del que esa persona no puede salir a voluntad*”³¹². Una de las partes en conflicto puede someter a los civiles a residencia forzosa o a internamiento, es un tipo de detención no penal, es una medida de seguridad y no un castigo, lo que implica que una vez superados los motivos del internamiento las personas deben ser liberadas. El Artículo 3 Común y el Protocolo II no prohíben el internamiento.

³⁰⁹ Estatuto de los combatientes en los conflictos armados no internacionales, 1969.

³¹⁰ A. Valencia Villa. *Derecho Humanitario para Colombia*. Defensoría del Pueblo, serie textos de divulgación N° 8. Bogotá, 1994. p. 230.

³¹¹ Convención Internacional contra la toma de rehenes, Art. 1., 1979.

³¹² CICR. “Fortalecimiento del Derecho Internacional Humanitario que protege a las personas privadas de la libertad”. Reunión de todos los estados, 27-29 de abril, Ginebra Suiza, 2015.

Las personas y bienes protegidas por el DIH en el Código Penal colombiano

Con la Ley 599/2000, Código Penal colombiano, se crea un título sobre delitos contra personas y bienes protegidas por el DIH. Aquí hay un avance significativo, las prohibiciones contenidas en los instrumentos internacionales, en especial para la protección de las personas que no participan directamente en las hostilidades, encuentran en el derecho interno de Colombia el establecimiento concreto que las infracciones al DIH violan la ley penal.

En este aparte del Código Penal hay dos delitos referidos a la privación de la libertad con ocasión y desarrollo del conflicto armado: i) toma de rehenes, art. 148, ii) la detención ilegal y la privación del debido proceso, art. 149. En la toma de rehenes se condiciona la libertad de la persona o su seguridad a la satisfacción de exigencias o se la utiliza como defensa. La norma originalmente disponía que la satisfacción de exigencia se hacía *a la otra parte*, esta expresión fue declarada inexecutable mediante sentencia C-291/07, al considerar que el tipo no se puede restringir a la contraparte del conflicto armado, ya que se contraría lo dispuesto en normas internacionales, las disposiciones del bloque de constitucionalidad que tipifican esta conducta no incluyen ese requisito, por lo cual la legislación nacional reduce el ámbito de protección del tipo penal internacional en estudio. La detención ilegal y la carencia del debido proceso implican privar ilegalmente de la libertad a una persona sustrayéndola de su derecho a ser juzgada de manera

legítima e imparcial, en otros términos, con esta privación de la libertad se impide que la persona sea juzgada con las garantías del debido proceso.

Aquí surge un asunto por resolver. En el CANI, el conflicto armado se da entre i) las fuerzas armadas del Estado y las fuerzas armadas disidentes, ii) fuerzas armadas del Estado y grupos armados organizados de particulares, iii) entre grupos armados organizados de particulares³¹³. La privación de la libertad en el conflicto armado es de común ocurrencia, “en consonancia con la realidad de que capturar y retener a un adversario es también una característica inherente a los CANI, el DIH no prohíbe la privación de libertad por las partes enfrentadas en ese tipo de conflicto”³¹⁴, pero el DIH obliga en todo caso a que las personas privadas de la libertad reciban trato humanitario.

Ahora bien, si nos referimos al conflicto armado que se desarrolla en Colombia entre las Fuerzas Armadas del Estado y la Guerrilla, se suele decir con frecuencia, tanto por autoridades, medios de comunicación y particulares, que todas estas privaciones de la libertad son secuestros. En el CANI colombiano la Guerrilla denomina prisioneros de guerra a los militares, policías, a quienes priva de la libertad, ya sea mediante enfrentamiento armado u otra modalidad, y pide que se tenga a los guerrilleros presos o privados de la libertad por el Estado como

³¹³ Protocolo II, Art. 1- Art. 3 común Ginebra, 1949.

³¹⁴ CICR. Op. cit.

prisioneros de guerra. Del mismo modo, las personas civiles (líderes políticos, servidores públicos extranjeros, ciudadanos particulares) privadas de la libertad por este grupo alzado en armas, en ocasiones los llama prisioneros de guerra y en otras personas retenidas con fines económicos.

En el DIH, el principio de distinción es cardinal, se constituye en norma de *ius cogens*, es intransgredible³¹⁵ y obliga a las partes en conflicto a diferenciar entre quienes participan directamente en las hostilidades (las partes en conflicto) y aquellas que no (las personas protegidas). Entonces, conforme a las normas humanitarias, no se puede calificar de idéntica manera las privaciones de la libertad realizadas por la Guerrilla, por ejemplo, sobre personas pertenecientes a la población civil, que aquellas que recaen sobre militares y policías efectuadas dentro de los combates. Desde luego que la valoración jurídica y probatoria en cada caso, conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, será lo que permita realizar la adecuación típica, pero lo que se pretende evidenciar en esta investigación es que esa generalización no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable al conflicto armado, y que si el operador judicial ordinario o transicional no hace adecuadamente la distinción, se presentarán serios inconvenientes en el componente de justicia dentro de implementación del proceso de paz con las FARC-EP. Por otro lado, regresando al plano jurídico doméstico, dentro de los delitos contra las

³¹⁵ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-291/07.

personas y bienes protegidas por el DIH (arts. 135 a 164) no se incluye el secuestro. La Corte Constitucional³¹⁶ deja claro que tanto en la toma de rehenes como en el secuestro extorsivo hay una privación ilegal de la libertad de una persona, para efectos de exigir por su liberación un determinado beneficio, pero la toma de rehenes se da con ocasión y desarrollo del conflicto armado; a su turno, el secuestro se configura en contextos distintos a los del conflicto armado y en el Código Penal hace parte de los delitos contra la libertad personal.

El Estatuto de Roma de 1998

El instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional es el Estatuto de Roma de 1998. Luego de la modificación introducida al Art. 93 de la Constitución por el Acto Legislativo 02 de 2001, el Estado colombiano reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-578 de 2002, declaró exequibles el Estatuto de Roma y la Ley aprobatoria de este tratado (Ley 742, 2002). En la providencia se estudia el ámbito de competencia material de la Corte Penal Internacional, los delitos que pueden llegar a su conocimiento, sea en época de conflicto armado internacional, interno o en tiempos de paz. El Estatuto regula los crímenes de guerra, Art. 8, dentro del CAI y CAnI, cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Sin embargo, frente a la definición

³¹⁶ *Ibíd.*

de conflicto armado interno, la Corte Constitucional acepta que dentro del Estatuto de Roma no se define cuándo existe o qué es un conflicto de carácter no internacional, advirtiendo que para encontrar ese significado es necesario interpretar el Estatuto, junto con las demás normas de DIH.

La prohibición específica sobre la privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, el Estatuto lo prevé como crimen de lesa humanidad, Art.7-1e (Ley 742 de 2002), cuando este se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una **población civil** y con conocimiento de dicho ataque; lo anterior implicaría que bajo el principio de distinción, en estos crímenes los miembros de las fuerzas armadas del Estado no pueden considerarse como sujetos pasivos. También preceptúa el Estatuto de Roma que la toma de rehenes es un crimen de guerra, art. 8-2C iii (Ley 742 de 2002), lo que incluye a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas.

Aquí hay otra situación. La Corte Penal Internacional no es un tribunal sustitutivo de la obligación que tiene el Estado de investigar y sancionar los graves crímenes contra la humanidad entre ellos los perpetrados en los conflictos armados. Por ello, el Estatuto de Roma es complementario y opera con la regla general del agotamiento de los recursos judiciales internos en cada Estado. Por otro lado, el Artículo 3 Común (Convenios de Ginebra de 1949) señala que la aplicación de esta norma humanitaria no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto, es decir que para quienes hacen parte de

la Guerrilla, en el caso colombiano, o de los grupos armados organizados de particulares, su condición de grupos al margen de la ley no varía con la aplicación del DIH.

Entonces, si el Código Penal tiene previstos los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo y las circunstancias de agravación para estos delitos, arts. 168, 169 y 170, conductas que no están estipuladas con ocasión y desarrollo del conflicto armado, ¿entonces las privaciones ilegales de la libertad, realizadas dentro del conflicto armado por la Guerrilla a las personas protegidas y a los miembros de la fuerza pública deben tipificarse en forma idéntica como toma de rehenes? Ahora bien, si esta adecuación típica no se ajusta a las conductas realizadas, por ejemplo, la privación de la libertad por parte de la Guerrilla a un miembro de la fuerza pública que está combatiendo, por quien no se hace ninguna exigencia y no está sometido a tratos inhumanos, ¿se estaría necesariamente ante un secuestro?

El anterior interrogante evidencia una dificultad adicional en el sentido de que las normas del DIH hacen parte del bloque de constitucionalidad, y el Art. 93 (Constitución Política de Colombia, 1991) dispone que los tratados y convenios ratificados por el Estado prevalecen en el orden interno, y como se vio no hay una específica prohibición de la privación de la libertad en el CAnI, pero si ella se produce, es imperativa la exigencia del trato humanitario, imponiéndose siempre el principio de distinción, como ya se dijo. No obstante, lo anterior no se ve reflejado en el Código Penal en materia de privación ilegal de la libertad con ocasión y desarrollo del conflicto armado ¿Se

está ante una atipicidad? Posiblemente ante la ausencia de esta norma, queda la puerta abierta para que la Corte Penal Internacional asuma la competencia en estos casos.

La implementación del Acuerdo de Paz Final de Paz suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP

En cuanto al derecho a la justicia, la Corte Constitucional en las sentencias C-715/12 y C-009/13 señaló que no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH y la necesidad de determinar límites frente a la exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición. El mandato constitucional, que se refuerza con el derecho internacional de los derechos humanos, debe velar porque *“los mecanismos judiciales internos tanto de justicia ordinaria como de procesos de transición hacia la paz, tales como amnistías e indultos, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad”*³¹⁷.

Dentro del proceso de implementación del Acuerdo Final de Paz, y con base en el procedimiento señalado por Acto Legislativo 01 de 2016, se expidió la Ley sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales (Ley 1820 de 2016). Respecto a la denominada amnistía de iure, Arts. 15 al 20 (Ley 1820 de 2016), que corresponde a los delitos políticos, las conductas

³¹⁷ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-009/13.

sobre privaciones de la libertad están excluidas, así como de los delitos conexos. Lo anterior se hace evidente con el delito de apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte cuando no hay concurso con el secuestro.

Por otro lado, la Ley 1820/16 en estudio establece las amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto, Arts. 21 a 27, que hace parte de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Se refiere a todos los casos que no sean objeto de amnistía de iure, estando en cabeza de la sala la decisión sobre la concesión de las amnistías o indultos. La Ley estatuye que en todo caso se entienden conexos con el delito político, Art 23, aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el DIH y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares (Ley 1820 de 2016). En la misma norma se dice que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad. La Corte Constitucional, en Sentencia C-007/18, no encontró reparo de inconstitucionalidad en los dos ejemplos dados en la norma, las muertes en combate y la aprehensión de combatientes en operaciones militares, *“Estas conductas no han sido definidas como no amnistiables en los estándares utilizados en la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional y, además, afectan a combatientes”*³¹⁸. El

³¹⁸ República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-007/18.

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional le expresó a la Corte Constitucional, en relación con el artículo 23 de la Ley 1820, que tanto el sistema de amnistías e indultos como el tratamiento diferenciado a los agentes del Estado resultan constitucionales, entre otros motivos, porque están condicionados a la efectiva contribución de los agentes en la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición³¹⁹.

Los interrogantes que se han planteado en este escrito, referidos a la regulación del Código Penal, el Estatuto de Roma y su articulación con el DIH, encuentran viabilidad de respuesta en el Acuerdo de Paz y su implementación conforme a la Constitución. Ciertamente, en el CAnI colombiano es necesario hacer un tratamiento excepcional, diferenciado, respecto a la privación de la libertad individual, las partes del conflicto y a las personas protegidas, teniendo el aplicador de justicia la delicada tarea de verificar si la privación de la libertad, la aprehensión se dio con ocasión y desarrollo del conflicto armado y recayó sobre quien estaba combatiendo. Desde luego que beneficios como la amnistía y el indulto no se pueden conceder para la toma de rehenes, que es un crimen de guerra, ni para otras privaciones graves de la libertad, lo que obliga a hacer una valoración rigurosa sobre el tipo de afectación a la libertad.

³¹⁹ Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, concepto presentado a la Corte Constitucional suscrito por Kenneth Burbano Villamarín, Jorge Palomares, Edgar Valdeleón, Melissa Posada, Vanessa González y Javier Santander, en el trámite del expediente RPZ-001, sentencia C-007 de 2018.

Retomando el asunto inicial planteado en este documento, sobre el modelo de justicia transicional y el cumplimiento de los estándares internacionales, respecto a la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares y su conexión con el delito político, dispuesto en la Ley de amnistías e indultos (Ley 1820 de 2016), se puede acudir a la teoría del margen de apreciación, bajo el entendido de que se trata de determinar el marco de acción o de interpretación que tiene el Estado colombiano para aplicar los principios y estándares internacionales de protección de derechos. Conforme se citó, la Corte Constitucional encontró que estas conductas no han sido definidas como no amnistiables en los estándares internacionales y constitucionales, por tanto, se está cumpliendo con las obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, acorde con el Derecho de los Tratados.

Respecto a los estándares del Sistema Interamericano, hay un importante desarrollo en cuanto a las leyes de amnistía e indulto. Si bien es cierto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos estas leyes están proscritas, como se puede ver en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Barrios Altos vs. Perú*, se debe hacer una interpretación armónica con el Protocolo II³²⁰ sobre la concesión de la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado, luego de la cesación de hostilidades, siendo considerada por la Corte Interamericana como una norma

³²⁰ Protocolo II, Convenios de Ginebra, Art. 6.5, 1949.

no absoluta, ya que estarían excluidos los crímenes como los de guerra. Por otro lado, en Colombia hay un proceso de justicia transicional, no se trata de leyes de punto final o de otra modalidad, donde se exima de responsabilidad a quienes hayan realizado graves privaciones de la libertad o se impida la reparación a las víctimas. En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las amnistías no se pueden conceder de manera general; esta figura no está prevista en el Acuerdo Final de Paz ni en la Ley 1801 de 2016, siendo obligatorio el examen de cada caso, lo que no riñe con los criterios de priorización y selección propios de la justicia transicional, previstos en el Art. 3 del Acto Legislativo de la Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 3), ya que el Estado tiene el deber, como ya se dijo, de investigar y sancionar todos los crímenes. En el caso *El Mozote vs. El Salvador*, apartado 285, la Corte dice que según el DIH “se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz”³²¹.

Finalmente, la decisión que le corresponde adoptar a la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP por los delitos políticos o conexos, es decir, los relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión, con ocasión del conflicto armado, como la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, **no pueden considerarse como crímenes de guerra** y por ello son amnistiabiles, esto no quiere decir que

³²¹ *Ibíd.*

la conducta deje de ser ilegal, pero permite superar la idea arraigada de que este tipo de privación de la libertad dentro del conflicto armado es un secuestro extorsivo y un crimen contra la humanidad.

Conclusiones

En Colombia, desde el año 2005, se ha acudido a un proceso de justicia transicional, transformado y mejorado con los desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los aportes de los organismos internacionales.

No se ha utilizado un modelo específico de justicia transicional en la historia reciente de Colombia en la búsqueda de la paz. Los procesos de desmovilización y desarme, mediante negociación o sometimiento legal, han contado con instrumentos de justicia transicional.

En el proceso de justicia transicional, la Corte Constitucional ha dispuesto el cumplimiento de los estándares internacionales y constitucionales.

El conflicto armado con la Guerrilla de las FARC-EP tiene ocurrencia a mediados del siglo pasado, desde 1960 hay normas del DIH reconocidas por el Estado colombiano, siendo la Corte Constitucional quien despejó el camino al aceptar la existencia del conflicto armado y disponer la aplicación de normas constitucionales y del derecho internacional para regularlo.

El protocolo I adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contempla los prisioneros de guerra en el CAI, se trata de una inmunidad, de una garantía, y no un castigo o una privación ilegal de la libertad. Del mismo modo, prohíbe en todo tiempo y lugar los actos de la toma de rehenes.

En el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo II adicional, no se estipula para las partes en el CANI el estatuto de prisioneros de guerra, pero a quienes están en poder del adversario se les debe dar un trato análogo. Estos instrumentos prohíben la toma de rehenes, también se prevé la detención y residencia forzosa o el internamiento, que es un tipo de detención no penal, es una medida de seguridad, y no una sanción.

El Código Penal colombiano crea un título sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Hay un avance significativo, las prohibiciones contenidas en los instrumentos internacionales encuentran en el derecho interno de Colombia la estipulación concreta que las infracciones al DIH violan la ley penal.

En el Código Penal se tipifica la toma de rehenes, pero dentro del título sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH no está incluido el secuestro. Cuando se señala que todas las privaciones de la libertad ocurridas dentro del CANI son secuestros, no se observa la normatividad humanitaria y al Código Penal.

Capturar y retener a un adversario es también una característica inherente a los CANI, y el DIH no prohíbe la privación de libertad por las partes enfrentadas en ese tipo de conflicto, aunque se exige que estas personas sean tratadas con humanidad.

El DIH es esencialmente un estatuto de protección de personas y bienes civiles, el principio de distinción es cardinal, por eso, las privaciones de la libertad con ocasión o desarrollo de conflicto armado no se pueden valorar de idéntica manera.

La Corte Penal Internacional es un tribunal complementario y no sustituto del Estado, quien tiene la obligación que investigar y sancionar a los responsables de los crímenes contra los derechos humanos y las infracciones al DIH.

El Estatuto de Roma contempla como crimen de lesa humanidad la privación grave de la libertad física con violación de normas fundamentales de derecho internacional, cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, quedando excluidos como sujetos pasivos los miembros de fuerzas armadas del Estado. También prohíbe la toma de rehenes y la considera como crimen de guerra, lo que incluye a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas.

En el caso colombiano, la privación de la libertad de los miembros de la Fuerza Pública dentro del combate por parte de las FARC-EP no puede tener el mismo tratamiento de adecuación

típica respecto toma de rehenes o secuestro extorsivo, en idéntica manera que si esa privación de la libertad hubiese recaído en quien no participa directamente en las hostilidades. Lo anterior dista de las distinciones que hace el DIH.

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, es un acuerdo especial conforme lo dispone el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

La Constitución, al crear un marco jurídico para la paz y establecer los instrumentos de justicia transicional, dispuso que dentro de un proceso de paz se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado.

Dentro del proceso de implementación del Acuerdo Final, la Ley reguló lo concerniente a las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales (Ley 1820 de 2016). Aquí hay una concepción clara sobre el tratamiento diferenciado a los actores del CAnI, se están superando las dificultades sobre la privación de la libertad con ocasión y desarrollo del conflicto armado, cuando se prohíbe de manera categórica que quienes cometieron los delitos de toma de rehenes y las privaciones graves de la libertad puedan ser amnistiados o indultados, en consonancia con las normas y estándares internacionales.

La Ley de amnistías e indultos (Ley 1820 de 2016) establece una diferencia muy importante respecto a la prohibición anterior, en el sentido que se entienden conexos con el delito político y por tanto pueden ser amnistiados aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión, cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el DIH y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares; esto obliga al operador judicial a ser muy cuidadoso con la distinción no solo de quien es parte dentro del CANI sino que además esté combatiendo.

La mencionada conexidad con el delito político y la concesión de amnistías es compatible con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues las normas de implementación del Acuerdo de Paz, sujetas al proceso de justicia transicional, no disponen la concesión de amnistías generales ni impiden la reparación de las víctimas.

Bibliografía

- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Acuerdo Final 24.11.2016.
- CICR. “Fortalecimiento del Derecho Internacional Humanitario que protege a las personas privadas de la libertad”. Reunión de todos los estados, 27-29 de abril, Ginebra Suiza, 2015.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-con-suetudinario/convenios-de-ginebra>

Congreso de la Republica de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 11 de 1992. “Por medio de la cual se aprueba el 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), adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1424 de 2010. Diario Oficial No. 47.937. “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1448 de 2011. Diario Oficial No. 48.096. “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 5 de 1960. Diario oficial No. 30318, “Por la cual se aprueba el Acta Final y

los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097. “Por la cual se expide el Código Penal”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 742 de 2002. Diario Oficial No. 44.826, “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 975 de 2005. Diario Oficial No. 45.980. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Convención Internacional contra la toma de rehenes. Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 34/146, 1979.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).

Decreto 1016 de 1990. Diario Oficial No. 39360, “Por el cual se promulgan algunos Convenios Internacionales”

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Concepto presentado a la Corte Constitucional, suscrito por Kenneth Burbano Villamarín y Manuel Correal Tovar, en el trámite del expediente D-9499, sentencia C-579 de 2013.

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Concepto presentado a la Corte Constitucional suscrito por Kenneth Burbano Villamarín, Jorge Palomares, Edgar Valdeleón, Melissa Posada, Vanessa González y Javier Santander, en el trámite del expediente RPZ-001, sentencia C-007 de 2018.

ONU (2004). Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del secretario general. “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Washington: ONU. S/2004/616.

Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>

Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>

República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia de constitucionalidad C-574/1992.

República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia de constitucionalidad C-214/93.

República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia de constitucionalidad C-291/07.

Tercer Convenio de Ginebra de 1949.

Valencia Villa, Alejandro. *Derecho Humanitario para Colombia*. Defensoría del Pueblo, serie textos de divulgación N° 8. Bogotá, 1994.

CAPÍTULO VI

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHO A LA IGUALDAD Y TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS.

Análisis del caso que reconoce los derechos de los segundos ocupantes en la acción de restitución de tierras en Colombia*

*Andrés Mauricio Guzmán Rincón***

Resumen

El presente texto describe la manera en que la justicia constitucional ha introducido a los esquemas de razonamiento sobre asuntos de justicia transicional, un componente de justicia social, que implica adecuar la reflexión sobre la constitucionalidad de sus mecanismos a la reducción

* Artículo producto de investigación en el marco del proyecto “*constitucionalismo global, justicia transicional y multiculturalismo*”, que adelanta el autor dentro del grupo de Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

** Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Nacional de San Martín. Estudiante regular de los cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

de la desigualdad estructural que ha sido una de las causas del conflicto. Esto se evidencia en el análisis concreto de la situación de los segundos ocupantes en la acción de restitución de tierras, poniendo en contexto las implicaciones de la decisión de la Corte frente a este tema y reconstruyendo el sentido de su fundamentación.

Palabras clave: Restitución de tierras, justicia transicional, justicia correctiva, post-conflicto, ocupantes secundarios

Abstract

The text describes the shape through the constitutional law has introduced a concept of social justice in the reasoning about the transitional justice (T.J). It implies, understand the mechanisms of (T.J), like issues of fight against the structural inequality, one of the most important causes of the armed conflict in Colombia. The last reflection is possible thanks to the analysis of the situation of the secondary occupants in the implementation of the land restitution. I took like the most important referent, an emblematic judicial decision about this issue describing the socio-political context where it born, and reflecting about the constitutional meaning of his fundamentals.

Keywords: Land restitution, transitional justice, corrective justice, post-conflict, secondary occupants

En los últimos años, la justicia transicional ha tenido unos desarrollos muy importantes en Colombia. Las discusiones jurídicas, políticas, sociales y éticas han girado en torno a la necesidad e importancia de terminar con el conflicto armado y dar el paso definitivo hacia la reconciliación y la paz, pero garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Objetivo que siempre ha estado atravesado por dimensiones complejas en las que es posible identificar tensiones y aporías.

Es importante mencionar que las políticas públicas más importantes en favor de las víctimas del conflicto armado que desarrollan el componente de la reparación integral, como en el caso de la restitución de tierras que se instaura a partir de la Ley 1448 de 2011, cuyos destinatarios son los desplazados por la violencia y los despojados de sus predios a través de acciones fraudulentas pero con apariencia de legalidad³²², son anteriores a la suscripción del Acuerdo Final en octubre de 2016 a través del cual el Gobierno Nacional y la extinta guerrilla de las FARC³²³ sellaron el pacto que da lugar a la terminación del conflicto armado en el país³²⁴.

³²² De acuerdo con la Ley 1448 de 2011, el marco jurídico medular de la acción de restitución de tierras, el abandono forzado y el despojo son dos formas de evicción que atentan contra los derechos de las personas respecto del territorio, en ese sentido, incorporando nociones del derecho internacional, consagra que se entiende por **despojo** “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.” Por otra parte, define el **abandono forzado de tierras**, como “la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento”.

³²³ Hoy en día FARC, un partido político que se denomina (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común) que surge a partir de la suscripción del Acuerdo de paz en octubre de 2016.

³²⁴ Si bien es cierto que la firma de la paz con la extinta guerrilla de las FARC es un hecho sin precedentes en el país, que ha contribuido al desescalamiento del conflicto armado, este aún persiste, aunque con una intensidad menor, viejos actores como la guerrilla del ELN y otros nuevos como las denominadas bandas emergentes que surgen del rearme de grupos paramilitares que se desmovilizaron desde el año 2006, aun ejercen control territorial y militar sobre algunos territorios en el país. En este momento se encuentran suspendidos los diálogos de paz con el ELN, debido a tensiones políticas con el Gobierno Nacional ocasionadas por el no cumplimiento del cese bilateral de hostilidades por parte de esta guerrilla.

En ese sentido, una de las características del desarrollo y dinámicas de la reparación integral en Colombia, y específicamente de la restitución de tierras a los campesinos desplazados o despojados de sus tierras, es que esta ha operado en medio del conflicto armado. De allí que esta enfrenta el doble reto de reparar integralmente para impedir la no repetición y a su vez contribuir al desmantelamiento de los patrones de desigualdad estructural que se acentuaron por la violencia. Estos aspectos hacen de la acción de restitución de tierras en Colombia un asunto medular no solo en la discusión pública sobre la reparación sino frente al futuro de la paz³²⁵, en la medida en que en ella convergen dos ideas de justicia complementarias: una correctiva o restaurativa y una social, que contribuye a la superación de las desigualdades sociales³²⁶.

Precisamente, en este complejo contexto se efectuará el análisis de la sentencia C-330 de 2016 proferida por la Corte Constitucional colombiana, sentencia que se constituye en un hito histórico para la restitución de tierras en el país, debido a que i) aporta herramientas para resolver algunas tensiones que comporta su aplicación, ii) acentúa su naturaleza consti-

³²⁵ Uno de los propósitos del Acuerdo Final es revertir las causas históricas del conflicto entre ellas la concentración de la propiedad y la exclusión del campesinado. Los medios escogidos para lograrlo son el acceso a bienes públicos y programas que acompañen el acceso a tierras, la regularización de la propiedad y el restablecimiento de los derechos de las víctimas del desplazamiento y del despojo, y la reversión de los efectos del conflicto y del abandono sobre comunidades y territorios (Gobierno Nacional y FARC, 2016).

³²⁶ Rojas, G. y Guzmán, A. ¿Más allá de la justicia correctiva? potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados. *Opinión Jurídica*. 2016. 22-41.

tucional y iii) la acerca al cumplimiento de objetivos de política social respecto de grupos vulnerables³²⁷.

Sin embargo, y más allá de los aportes dogmáticos o prácticos que haya tenido dicha sentencia frente a los temas sustantivos que aborda, lo que interesa en el presente ensayo, es reconstruir el sentido dado a la jurisdicción constitucional en la solución de tensiones que se derivan de la puesta en marcha de los mecanismos de justicia transicional en las que es posible identificar intereses contrapuestos entre actores sociales que exigen del Estado un tratamiento diferencial para superar situaciones de desigualdad estructural y de violación sistemática de los derechos humanos como ocurre en el caso de los campesinos pobres y las víctimas del conflicto armado que han sido desplazadas o despojadas de sus tierras. De igual manera, analizar los esquemas argumentativos y presupuestos discursivos que cumplen esta finalidad y que se encuentran presentes en la sentencia. De acuerdo con lo anterior, y a partir de este ejercicio, es posible sostener que la Constitución Política más allá de su naturaleza histórica que la concibe como

³²⁷ Si bien el análisis precedente se centra en la justificación que efectúa la Corte Constitucional del caso, las dos primeras partes abordan un contexto a partir del cual es posible inferir la importancia de esta, en la medida en que no solo resuelve una dificultad técnica relacionada con la interpretación de la Ley 1448 de 2011 y la solución de casos de restitución de tierras, sino que contribuye a fortalecer la credibilidad y legitimidad de este particular mecanismo de justicia transicional frente a cuestionamientos infundados de ciertos sectores políticos. Para una propuesta metodológica respecto de la implementación de fallos sobre DESC ver: Langford, M., Rodríguez, C., y Rossi, J. De la jurisprudencia al incumplimiento. En M. Langford, C. Rodríguez, y J. Rossi, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia. 2017. p. 22.

configuradora del poder y sus límites, en Colombia además se entiende como el marco bajo el cual resulta viable y pertinente adoptar medidas para el logro de la paz.

Para el abordaje de la sentencia, se reconstruye el marco analítico del enfoque no positivista del derecho, bajo el cual la adjudicación adopta un lugar de privilegio en la solución de conflictos de intereses en sociedades plurales que han adoptado sistemas jurídicos constitucionales de los que se predica la supremacía de los derechos fundamentales. En especial, se tiene en cuenta la importancia de la ponderación y el precedente como complemento de la subsunción, para lograr que los jueces se acerquen a un ideal de razonabilidad que justifique adecuadamente las decisiones que profieren. El análisis de la sentencia permitirá evidenciar la manera en que la Corte Constitucional utiliza estas herramientas para resolver tensiones propias de la implementación de mecanismos de justicia transicional.

Sin embargo, antes de esto y del análisis respectivo es importante hacer una contextualización y caracterización del caso que se va a estudiar.

1. Contexto del caso

1.1 ¿En qué consiste la acción de restitución de tierras?

La Ley 1448 de 2011, denominada “Ley de Víctimas”, puso en marcha el Sistema de Atención, Asistencia y Reparación

Integral a las Víctimas, que incluye dentro de sus mecanismos el *procedimiento especial de la acción de restitución de tierras*, estableciendo que este se implementaría de forma progresiva comenzando por zonas priorizadas, atendiendo a la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno. Antes de la promulgación de la Ley 1448 de 2011, la Corte Constitucional colombiana había identificado la existencia de un vacío jurídico e institucional que profundizaba la crisis humanitaria y la vulneración de los derechos de las personas víctimas del desplazamiento forzado, quienes no contaban con un mecanismo ágil y diferenciado que les garantizara sus derechos a la tierra y al patrimonio.

La restitución de tierras opera a favor de las víctimas de infracciones al DIH o a los DDHH, ocurridas a partir del 1 de enero de 1991 con ocasión del conflicto armado interno, y de las que se derive de manera directa o indirecta un abandono o despojo forzado de tierras. El proceso de restitución de tierras, actualmente, consta de dos etapas a saber: una administrativa, que está a cargo de una entidad especializada denominada Unidad de Restitución de Tierras, y una judicial, a cargo de los jueces o magistrados especializados en restitución de tierras, quienes conocen exclusivamente de estos procesos. De acuerdo con esta estructura, el proceso tiene una naturaleza mixta, en la que corresponde a la Unidad, entre otras, la función de recibir y decidir sobre las solicitudes efectuadas por víctimas de despojo o abandono de tierras con ocasión del conflicto armado, de inscripción de un

predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Este primer paso es muy importante dado que, para poder presentar la solicitud de restitución ante el juez especializado, el predio objeto de restitución debe estar incluido previamente en dicho Registro.

Durante la etapa administrativa, la Unidad de Restitución de Tierras identifica física y jurídicamente los predios, construye un contexto de los hechos victimizantes, individualiza a las víctimas y a sus núcleos familiares, establece la relación jurídica de la víctima con la tierra y establece los hechos de despojo y/o abandono forzado. Su trabajo culmina con la decisión de incluir o no a los solicitantes y a los predios objeto del trámite en el Registro de Tierras. Agotada la etapa administrativa, los jueces o magistrados especializados en restitución de tierras decidirán, mediante sentencia, sobre las solicitudes de restitución de tierras, determinando si esta es procedente jurídica y materialmente. En los casos en que la restitución del bien resulta imposible, podrán ordenar compensaciones a favor de la víctima o a favor de terceros cuando estos demuestren la buena fe exenta de culpa, es decir, que accedieron al predio sin conocer que este había sido despojado o abandonado, a pesar de haber agotado todos los medios a su alcance y la diligencia respectiva para verificar esta situación.

En el marco del proceso establecido en la Ley 1448 de 2011, se identifican una serie de medidas que facilitan el camino a la restitución de tierras a las víctimas del conflicto. Así, por ejemplo, se consagran que estas tendrán derecho a la repre-

sentación judicial frente a la justicia especializada por parte de la Unidad de Restitución de Tierras si así lo solicitan, de igual forma, se consagra la gratuidad del proceso en todas sus etapas y la posibilidad de que las víctimas acudan directamente y sin necesidad de representante ante los jueces especializados. De igual forma, se adoptan medidas complementarias a la restitución jurídica y material, como la compensación, el alivio financiero de deudas sobre el predio, los proyectos productivos, y el acceso preferente al subsidio de vivienda, todas encaminadas a garantizar la sostenibilidad de la restitución, así como el retorno efectivo. En el ámbito procedimental, se destacan: la inversión de la carga de la prueba en favor de las víctimas de despojo, la incorporación de presunciones de despojo o abandono forzado para facilitar la decisión del juez frente a los hechos no conocidos en el proceso y la presunción de pruebas fidedignas respecto del material probatorio que ponga en conocimiento la Unidad de Restitución al juez, en la etapa judicial.

Durante la vigencia de la Ley 1448 de 2011 y con corte al 31 de mayo de 2017, los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras han proferido 2.517 sentencias que resuelven 5.138 casos de despojo o abandono, y que abarcan 213.272 hectáreas. Por otra parte, la Unidad de Restitución de Tierras ha recibido 103.892 solicitudes de inclusión al Registro de Tierras, de estas, 59.891 han sido habilitadas para que se adelante el trámite administrativo, de las cuales 44.655 han culminado dicho trámite y, finalmente, 18.603

han sido incluidas en el Registro de Tierras, además existen 13.811 casos pendientes de decisión judicial³²⁸.

1.2 Las tensiones: ¿campesinos pobres o despojadores y victimarios?

Como se puede observar, la acción de restitución de tierras comporta una naturaleza procedimental que privilegia los derechos de las víctimas, bajo el entendido de que el contexto de victimización y exclusión histórica los ha puesto en una situación de desventaja frente a los actores violentos que los privaron de los derechos sobre el territorio. Por esta razón, por ejemplo, la Ley 1448 de 2011 exige que *el opositor* en un proceso de restitución demuestre ante el juez la *buena fe exenta de culpa* como presupuesto para que se le reconozca una compensación en dinero cuando este deba devolver el predio en el que se encuentra al haberse demostrado el despojo o abandono.

La buena fe exenta de culpa consiste en demostrar que este actuó de la manera más diligente posible para cerciorarse que cuando se accedió al predio, no se incurrió en error o aprovechamiento indebido de la situación de violencia, por ejemplo, comprando a un precio irrisorio, o informándose debidamente sobre la situación de violencia que afectaba los derechos sobre el predio. Si bien este es un estándar exigente

³²⁸ Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras. (5 de junio de 2017). www.restituciondetierras.gov.co. Obtenido de www.restituciondetierras.gov.co: <http://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras>

para el opositor³²⁹, este se justifica en razón a que el despojo y abandono en el país se ha producido en contextos complejos en donde han participado intermediarios de grupos armados ilegales, o las personas han tenido que abandonar los predios por presiones de distinta índole, en las que además han concurrido funcionarios corruptos aliados con estos.

Si bien es cierto que la exigencia de la buena fe exenta de culpa se justifica por lo dicho anteriormente, con la implementación de la restitución de tierras se presentó un fenómeno complejo: en algunos predios objeto de restitución no se encontraban actores del conflicto armado o actores poderosos relacionados con estos, sino grupos diversos de campesinos vulnerables con sus familias o incluso otras víctimas del conflicto armado que accedieron al predio para satisfacer su derecho a la vivienda y a la alimentación que no tenían relación alguna con los hechos victimizantes causantes del despojo o abandono, y que a pesar de esto no lograron demostrar la buena fe exenta de culpa para acceder a una compensación, razón por la cual se veían compelidos a devolver el predio y a asumir de nuevo su situación de vulnerabilidad social y económica, que después de esto se acentuaba.

³²⁹ La exigencia que comporta la buena fe exenta de culpa establece la necesidad de “desplegar, más allá de una actuación honesta, correcta, o apoyada en la confianza, un comportamiento exento de error, diligente y oportuno, de acuerdo con la finalidad perseguida y con los resultados que se esperan –que están señalados en la ley” (Sentencia C-963, 2009). De conformidad con lo anterior, la buena fe calificada incorpora el denominado “Error común creador de derecho: “Si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe calificada o buena fe exenta de toda culpa” (Sentencia C-1007, 2002).

Tanto estos grupos de personas como las instituciones encargadas de la implementación de la política de restitución de tierras identificaron un déficit en la Ley 1448 de 2011, en efecto, de manera expresa la norma no contemplaba un mandato claro para resolver la situación de *los segundos ocupantes*, categoría de sujetos que por el contrario sí han sido reconocidos por normas internacionales de derechos humanos como los denominados Principios Phineiro, en los que se contempla la obligación de los Estados de proporcionar medidas de asistencia social a sujetos en situación de desfavorabilidad en los programas de restitución de tierras a los desplazados.

1.2.1 La postura de los detractores de la restitución

Por otra parte, los detractores del proceso de paz, en ese momento en curso, que coinciden con los sectores políticos que descalifican la restitución de tierras y por eso proponen su desaparición o reformas estructurales encaminadas a limitar su alcance³³⁰, aprovechan esta coyuntura para fortalecer sus

³³⁰ Por ejemplo, el senador Antonio Guerra de la Espriella propuso sin éxito una reforma a la Ley 1448 de 2011, con la finalidad de disminuir algunos estándares establecidos por esta norma en favor de las víctimas, y en su lugar relegar de la carga de la prueba de despojo o abandono de predios a los terceros que se encuentren en los predios objeto de restitución y exonerarlos de la demostración de la buena fe exenta de culpa, requisito que actualmente contempla esta norma, para que proceda la compensación. La propuesta buscaba reforzar una visión limitada de la restitución de tierras, ya que en buena medida intenta blindar los predios en poder de terceros que posiblemente se beneficiaron de la situación de violencia, haciendo más difícil la labor de demostrar que accedieron a estos legítimamente. Finalmente, esta propuesta de reforma a la ley fue archivada en el Congreso de la República tiempo después de que se proferiera la sentencia C-330 de 2016 que se analiza en este escrito.

críticas. Aquí convergen sectores del empresariado rural y de algunas élites políticas y económicas regionales articuladas a los partidos políticos conservador y centro democrático que aglomeran a las fuerzas de derecha en el país en torno a liderazgos como los del expresidente y ahora congresista de la República Álvaro Uribe. Por ejemplo, el presidente de la Federación Nacional de Ganaderos (FEDEGAN) José Felix Lafaurie ha manifestado públicamente que la restitución de tierras es una forma encubierta de darle beneficios a la subversión³³¹, además, ha planteado que quienes interponen solicitudes de restitución de tierras no son víctimas del conflicto sino oportunistas. Estos planteamientos han sido acogidos también por la congresista María Fernanda Cabal (esposa de Laffaurie). De igual manera, es evidente la afinidad de esta posición con la que expresa el conservador Alejandro Ordoñez, exprocurador General de la Nación.³³²

En sus discursos, estas personalidades dicen defender a los legítimos dueños de la propiedad de la tierra que se han visto obligados a entregarla después de que se adelantaron los pro-

³³¹ **“La restitución no es otra cosa sino la cuota inicial del control territorial de ciertos actores armados** que creen que pueden volver a hacer de las suyas en el campo y no se los vamos a permitir”, fue la expresión usada por Lafaurie para referirse a la restitución de tierras y manifestar su oposición al proceso de paz liderado por el gobierno del presidente de la República Juan Manuel Santos (El espectador, 2016).

³³² Ordoñez asistió a una audiencia pública el 5 abril de 2016 en las sabanas de San Ángel (Magdalena) acompañado por Lafaurie y un grupo de ganaderos de la región en la que citaron a funcionarios del Ministerio de Agricultura y del Gobierno para manifestarles que no estaban dispuestos “a ceder un palmo de sus fincas, pues consideran que la Ley de Víctimas está hecha a la medida de las Farc” (El espectador, 2016).

cesos de restitución de tierras ante los jueces, sin embargo, estos cuestionamientos se dan en un contexto en el que se ha documentado que la restitución de tierras se ha efectuado en zonas de reconocido dominio de grupos paramilitares, en las que hoy en día algunos de sus miembros o personas que guardaron relación con estos grupos, se oponen a los procesos judiciales que los obliga a devolver la tierra. Esa oposición puede llegar incluso a ser violenta, como efectivamente lo hacen los “ejércitos antirrestitución de tierras”, organizaciones armadas ilegales que mantienen alianzas con grupos paramilitares o propietarios acaudalados que recurren a las vías de hecho y a quienes se atribuye incluso el homicidio de defensores de derechos humanos o líderes de restitución de tierras.

2. Los desafíos de la Corte Constitucional

En este contexto, la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos ANUC, reconocida organización campesina en el país, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 1448 de 2011 solicitando la constitucionalidad condicionada de la exigencia de la buena fe exenta de culpa en la Ley 1448 de 2011 en el sentido en que esta no impidiera que los opositores que no hayan tenido relación con los hechos victimizantes que causaron el despojo o abandono forzado del predio objeto de restitución, se hayan asentado en él con anterioridad al inicio de la acción de restitución de tierras y que no cuenten con los medios para acceder a una

vivienda y/o se haga manifiesta su situación de desfavorabilidad, puedan acceder a la compensación respectiva, o se adopten las medidas de atención adecuadas y necesarias por parte de los jueces y magistrados de restitución, previo reconocimiento de su condición. Estas medidas deberán consistir en el acceso a tierras, vivienda y/o proyectos productivos en consonancia con lo dispuesto en la normatividad internacional que integra el ámbito de interpretación de la Ley 1448 de 2011.

En este contexto, la Corte, como máxima autoridad constitucional, tenía el reto de remediar la situación de los segundos ocupantes vulnerables en la acción de restitución y de esta manera complementar el texto de la Ley frente a una aparente exclusión de esta población. Por otra parte, debería trazar una línea argumentativa que acercara las nociones de justicia correctiva con las de justicia distributiva en este mecanismo especial de la justicia transicional, atendiendo al hecho de que las desigualdades sociales se profundizan con la situación de conflicto armado. Por último, a través de su argumentación, afianzar la acción de restitución de tierras como mecanismo razonable, proporcional y constitucional, para, de esta manera, dejar sin piso las posturas que a través de reformas legales pretendían limitar su alcance y restarle legitimidad, planteando, por ejemplo, que los propietarios honestos no tenían garantías ni derechos como ya se explicó en el apartado anterior.

3. Marco para el análisis de decisiones judiciales sobre derechos humanos

Antes de analizar la sentencia, para precisar el alcance de la decisión de la Corte y desentrañar su argumentación, es necesario hacer una reconstrucción del marco teórico desde el cual se puede comprender el grado de razonabilidad de la misma.

3.1. Razonamiento con principios y única respuesta correcta

Robert Alexy resuelve, en parte, la controversia suscitada en la teoría del derecho actual, respecto de si es posible o no una respuesta correcta en el derecho (Alexy, 1993). Para dar solución a este interrogante, parte de la importancia de los principios y su diferenciación con las reglas, asunto controversial entre el iuspositivismo y la teoría no positivista de Ronald Dworkin, puesto que para los exponentes más relevantes del primero, cuando se agotan las reglas, el juez decide discrecionalmente, en tanto que para Dworkin nunca va a haber discrecionalidad judicial, en el entendido de que los principios conforman la noción básica de “Derecho como integridad”³³³, concepto mediante el cual sostiene que en el derecho confluyen valores que son altamente estimados por la comunidad y que, en el proceso de interpretación, los jueces deben tomar en cuenta para interpretar de la mejor forma el derecho en su conjunto. Estos valores hacen referencia a la equidad, el debido proceso y la justicia, valores que se convierten en principios vinculantes

³³³ Dworkin, R. *El Imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa. 1992.

y determinantes para el proceso de interpretación a lo largo de la historia.

Alexy tercia en ese debate planteando una tesis intermedia: sostiene que es posible una teoría débil de la respuesta correcta en la cual el camino de principios a reglas es una forma de acercarse a este ideal, pero que aún es incompleto, para lo cual plantea una teoría de la argumentación que garantice una decisión “racionalmente fundada”³³⁴

Los principios gozan de una generalidad bastante alta, en oposición a las reglas, algunos sostienen, entonces, que la diferencia entre ambos es una cuestión de grado (tesis débil de la separación), otros sostienen que esta diferencia no es de grado sino de tipo cualitativo (tesis fuerte), apoyada por Alexy, aunque advierte que no se sabe cómo fundamentarla³³⁵.

Dworkin parte de la formula todo o nada, predicable para las reglas. Estas se aplican si la regla es válida o no se aplica si no es válida y determinan necesariamente la decisión. En tanto que los principios pueden aplicarse, pero no determinan necesariamente la decisión, sino que dan razones a favor de una u otra opción.

El otro argumento es el de “peso de los principios” en donde, determinado el caso, un principio prevalece sobre el otro,

³³⁴ Alexy, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En R. Alexy, *Derecho y razón práctica*. México D.F: Fontanarama. 1993.

³³⁵ *Ibid.*

aunque en otro caso este peso varíe, en tanto que si existe colisión entre reglas una es necesariamente excluida.

Ahora, para explicar la forma en que colisionan los principios, Alexy advierte que es necesario ahondar en una diferencia aún más importante entre principios y reglas. Los primeros son “mandatos de optimización”, en tanto que los otros son determinaciones en el campo de lo jurídico y de lo fáctico. Los mandatos de optimización “son normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas”³³⁶, por ejemplo, que no haya otro principio en juego o una regla.

Alexy demuestra con esto que la teoría de los principios tiene hondas repercusiones en la teoría del derecho, porque evidencian la inclusión de contenidos morales en el ordenamiento jurídico a través de la constitución, en donde cumplen la función de ser mandatos de optimización. Con lo cual se revalúa la distinción entre derecho y moral planteada por el iuspositivismo. Esta vinculación se explica a partir de la argumentación jurídica en relación con la argumentación moral.

Así las cosas, Alexy equipara principios con valores, o sea, la existencia de un conflicto entre valores puede ser asimilada a un conflicto de principios, ambos tienen una dimensión axiológica y una deóntica, porque el resultado de esa colisión decide cuál es el mejor resultado, en este caso, la decisión

³³⁶ *Ibid.* p. 14.

judicial. Por esta razón, Alexy plantea en primer lugar una relación estrecha entre el derecho y el discurso moral, lo que lo lleva a afirmar que el discurso jurídico hace parte del discurso práctico racional.

3.2. Derecho como argumentación

La teoría de la argumentación de Alexy responde a una ausencia de metodología (procedimiento) para fundamentar las decisiones y aplicar las normas jurídicas. Para tal fin, establece las tareas de la teoría de la argumentación jurídica: en primer lugar, establecer una racionalidad de reglas y principios como componentes del sistema jurídico y, por otra parte, ejercer un control racional de las decisiones judiciales mediante el empleo de un método³³⁷.

Como ya lo habíamos anunciado, esta teoría parte de la constatación de valoraciones en el razonamiento judicial, estableciendo cuándo se deben acudir a estas, en qué medida son necesarias, qué relación tienen con la dogmática y la interpretación y, finalmente, cómo pueden ser fundamentadas y si pueden ser o no objetivadas en una decisión judicial. En este marco, plantea la posibilidad de objetivación de las valoraciones y pretende que la teoría establezca los criterios de racionalidad de las justificaciones y decisiones judiciales.

³³⁷ Seoane, J. Un código procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de R Alexy. En P. Serna, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. Granada: Comares. 2005.

Para Alexy, la argumentación es una actividad discursiva, de corrección de argumentos con vocación práctica, en donde el discurso jurídico es una especie del discurso práctico general, de allí que en su teoría primero se haga una explicitación de las reglas del discurso práctico general. La teoría de la argumentación es analítica porque estudia la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles, y es normativa porque da los criterios para la racionalidad del discurso jurídico, las decisiones jurídicas deben ser justificadas, por eso son una expresión de la razón práctica³³⁸.

A pesar de que Alexy no especifica el concepto de razón práctica, esta se liga a una concepción procedimental, sometida a reglas de este tipo y no de carácter sustancial. Así las cosas, para Alexy, el cumplimiento de las reglas del discurso garantiza la corrección de los enunciados normativos, estas reglas no son solo lógicas sino pragmáticas en el sentido de exigir del hablante cierto comportamiento, por lo que pueden derivarse de ella consecuencias racionales.

3.3. Las peculiaridades del discurso jurídico: justificación interna y externa

Puesto que se reitera la tesis de las peculiaridades del derecho, lo que se intenta ahora es establecer los límites al discurso jurídico a partir de criterios necesarios, razonables y aceptables, tales como la dogmática, la ley y el límite temporal. La idea

³³⁸ *Ibid.*

de Alexy es integrar la argumentación de la razón práctica con el del discurso jurídico, estos, entonces, interactúan y se complementan. El discurso jurídico, a diferencia del discurso práctico, busca la razonabilidad de proposiciones dentro de los límites del derecho, y no la racionalidad en sí misma.

La “justificación interna” hace referencia a la operación del silogismo basado en una regla universal válida como premisa mayor, de acuerdo con Alexy, esta forma de fundamentar es insuficiente para los casos difíciles. La “justificación externa” pretende complementar las carencias de dicha justificación interna, mediante la fundamentación de las premisas usadas en el razonamiento de la justificación interna, premisas que pueden ser enunciados de derecho positivo, empíricos, o de carácter filosófico, en este punto, Alexy defiende la idea según la cual las reglas del discurso práctico pueden pasar fácilmente al discurso judicial de donde se derivan las estructuras argumentativas para crear premisas normativas³³⁹.

Respecto del precedente, Alexy establece una relación de este con el principio de universalidad del discurso práctico general y con el de carga de la argumentación, en el sentido de permitir aplicar lo igual a lo igual, pero encontrando las diferencias en los casos y justificando por qué alejarse de una decisión tomada en casos similares.

³³⁹ Alexy, R. Sobre la ponderación y la subsunción una comparación estructural. *Pensamiento jurídico* No. 16. 2006. 93-11.

3.4. Analogía y comparación en la resolución de tensiones entre principios

Cómo lo plantea Clérico, “el modelo de la ponderación en Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por reglas-resultados de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una red de casos”³⁴⁰.

De acuerdo con esto, el hecho de que el razonamiento jurídico sea un caso especial de la argumentación general, se evidencia en que hay que dar argumentos morales para atribuirle significado a la ley, al precedente y a la dogmática. Gracias a esto, es que se eleva una pretensión de corrección. En la teoría de la argumentación, Alexy entiende que el precedente es un tipo de argumento para el caso que aun aplica un modelo de subsunción que no ha sido complementado con la ponderación que se encontraba en gestación. Este consiste en un razonamiento analógico en el que se destacan los hechos semejantes y se diferencia lo que no es común bajo el principio de universalidad.

Consolidar esa red de subreglas, que proporcione seguridad jurídica sobre la solución de casos donde se presenten tensiones entre principios fundamentales, es muy importante en la justicia constitucional, debido a que, desde un punto de vista

³⁴⁰ Clérico, L. Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias? *Isonomía*. 2012. p. 113.

procedimental, permite que estas sean desafiadas por nuevas argumentaciones y justificaciones, pero contribuyendo a la solidez de los precedentes para evitar recurrir a las ponderaciones cada que se presente una tensión entre principios.

Por tal razón, “el modelo de la ponderación orientado por reglas que surge de una reconstrucción posible de la interpretación de la Teoría de los derechos fundamentales de Alexy, los casos precedentes (como casos genéricos) pueden evitar recurrir a la ponderación a los efectos de solucionar una determinada colisión de derechos. Si un caso precedente no es relevante para la solución de la colisión, igualmente las cadenas de casos desempeñan un papel importante para calibrar la intensidad de la restricción y el peso de los derechos en colisión”³⁴¹.

4. Análisis de la Sentencia C-330 de 2016: subsunción y consolidación del precedente sobre la prohibición de discriminación indirecta

Teniendo en cuenta lo descrito en la parte dos del presente texto, así como el marco teórico descrito en el punto tres, a continuación, se efectúa el análisis de la sentencia C-330 de 2016, allí se demuestra que la Corte opta por el análisis del caso y el razonamiento analógico para evitar la ponderación frente a una tensión entre principios. Es hora, entonces, de reconstruir el camino argumentativo trazado por la Corte.

³⁴¹ *Ibid.* p. 135.

4.1. La cuestión y su orientación hacia la prohibición de discriminación

Los demandantes formularon varios cargos de inconstitucionalidad contra apartados de la Ley, entre ellos, la configuración de una “omisión legislativa relativa” que, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, consiste en la ausencia de desarrollos legales indispensables para realizar la preceptiva constitucional en un tema específico. En este caso, de acuerdo con los demandantes, el hecho de que la Ley 1448 solo reconociera la compensación a los opositores que demostraron la buena fe exenta de culpa, y no adoptara un trato especial a los opositores vulnerables para que pudiesen acceder a la compensación o a medidas de atención para satisfacer su derecho a la vivienda o a la tierra, implicaba una omisión legislativa relativa que involucraba un trato discriminatorio entre estas dos categorías de sujetos, a pesar de que las normas internacionales incorporaban deberes de los Estados respecto de los segundos ocupantes en situación desfavorable.

Si bien es cierto que la Corte, de entrada, consideró improcedente el cargo por omisión legislativa relativa, desde el comienzo orientó la cuestión a resolver en términos de un juicio de igualdad frente a una medida que posiblemente era discriminatoria, por lo que el problema jurídico a resolver lo fijó de la siguiente manera:

“¿Incurrió el Legislador en una violación al principio de igualdad al establecer la exigencia de buena fe exenta de culpa para todos los opositores que pretendan acceder a la compensación económica de la que hablan las normas demandadas (artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley de víctimas), sin tomar en cuenta que entre estos puede haber personas en situación de vulnerabilidad, sin alternativas para el acceso a la tierra, y que no tuvieron relación alguna (ni directa, ni indirecta) con el despojo?”

La hipótesis defendida por la Corte es una respuesta positiva al interrogante citado, fundamentando su solución en la demostración de una discriminación indirecta establecida en la Ley, la cual pretende subsanarse a través de una decisión que declara exequible la norma analizada, pero condiciona su interpretación.

4.2. Justificación externa: justicia social y justicia correctiva en la restitución de tierras

Antes de la subsunción, la Corte recurre a argumentos de segundo nivel bastante extensos, que ahondan en las perplejidades y contrariedades del acceso a la propiedad rural en el país y a la profundización de las desigualdades sociales con el conflicto armado y el fenómeno del desplazamiento forzado. Argumentos históricos y genéticos, extraídos de la exposición de motivos del proyecto de Ley de Víctimas en el Congreso, evidencian que este marco regulatorio pretende solucionar un

fenómeno sistemático de violencia y desigualdad que confluyen en el despojo y abandono forzado de tierras, a través de enfoques diferenciales³⁴².

De igual manera, reconstruye la comprensión que de la acción de restitución de tierras ha efectuado la misma Corte en fallos anteriores para dar cuenta de su dimensión constitucional, en la que de manera simultánea esta está llamada a cumplir con objetivos de justicia correctiva y de justicia social, por ejemplo, a través de la labor que desempeñan los jueces de restitución, quienes además deben resolver problemáticas sociales complejas³⁴³:

“Por lo anterior, la acción de restitución, además del restablecimiento de condiciones materiales para la existencia digna de la persona, incide en una amplia gama de intereses, que tienen que ver con la comprensión individual del sentido de

³⁴² Por ejemplo, se extrae la siguiente cita de uno de los informes preparatorios de la Ley 1448 de 2011 donde se define el concepto de enfoque diferencial: “[...] Es indispensable que un Proyecto de la magnitud del presente, haga explícito un enfoque diferencial, en virtud del cumplimiento del principio mayor de igualdad, diseñando políticas de atención y reparación integral que respondan a las necesidades, pero sobre todo a los derechos de aquellos que por su condición diferente sean más vulnerables” (Sentencia C-330, 2016).

³⁴³ “Sin embargo, tampoco puede perder de vista la manera en que sus decisiones inciden en los derechos de acceso progresivo a la tierra por los trabajadores agrarios, las implicaciones ambientales y sociales de sus fallos, las posibles tensiones que surjan con los pueblos originarios y las comunidades negras (preservando a toda costa los derechos sobre sus territorios), y la ambición de que la justicia transicional propicie arreglos estables y no sea el germen de nuevos conflictos. Para terminar, el juez de tierras debe proteger los derechos de los segundos ocupantes, de acuerdo con lo dispuesto por los Principios Pinheiro, a los que se hará referencia en el siguiente capítulo.” Sentencia C-330, 2016.

la existencia y con el concepto de sociedad construido colectivamente. Así las cosas, los jueces no se ocupan únicamente de asuntos de tierras; dentro de una visión de interdependencia e integralidad de los derechos de las víctimas, les corresponde contribuir a la paz y a la equidad social y propiciar la democratización del acceso a la tierra, elementos cardinales del orden constitucional de 1991.”

Por otra parte, a través del precedente, donde se destaca la importante función argumentativa que cumple la Sentencia T-821 de 2007, la Corte incorporó al análisis de la cuestión estudiada, los principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos conocidos como los “Principios Pinheiro”, en los que se establecen normas específicas para atender a la población de segundos ocupantes en los programas de restitución de tierras sosteniendo que estos pueden ser parámetros para el análisis de constitucionalidad de las leyes que desarrollan estos derechos, manifestando además que hacen parte del cuerpo de derecho jurisprudencial (normas adscritas o subreglas) desarrolladas por el Tribunal Constitucional. Es decir, se encuentran constitucionalizados.

Por otra parte, la Corte formula una regla del uso del lenguaje para aclarar el concepto de opositor que incorporan las normas demandadas, para diferenciarlo del de segundo ocupante que traen los Principios Phineiro. Frente al primero, establece que este hace referencia al menos a tres grupos de personas: i) otras víctimas, ii) los que quieren tachar la condición de víctima del

solicitante de restitución y iii) quienes quieren demostrar la buena fe exenta de culpa. Mientras que el concepto de segundos ocupantes es más heterogéneo y no se contempla en la Ley 1448 de 2011, pero sí en los principios Phineiro que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato³⁴⁴. Por esta razón, la Corte considera que “en muchos casos los opositores son segundos ocupantes, pero es posible que haya ocupantes que no tengan interés en presentarse al proceso, así como opositores que acuden al trámite sin ser ocupantes del predio.”

Por último, la Corte considera que la Ley demandada ni prohíbe ni permite medidas de atención a los opositores, aunque la exigencia de la buena fe exenta de culpa tiene como consecuencia que el opositor tenga derecho a una compensación. Argumento que le sirve para complementar, vía interpretación, el precepto que explícitamente oriente el sentido de las disposiciones hacia el reconocimiento y atención de los segundos ocupantes a través del examen de constitucionalidad.

³⁴⁴ Principio 17.3: “En los casos en que el desalojo de los ocupantes secundarios sea justificable e inevitable, los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger a aquellos que no dispongan de medios para acceder a otra vivienda adecuada cuando deben abandonar la que ocupan en ese momento, con el fin de que no se queden sin hogar y de que su derecho a una vivienda adecuada no se vea menoscabado de ningún otro modo. Los Estados deban esforzarse por encontrar y proporcionar viviendas o tierras alternativas a dichos ocupantes, incluso de forma temporal, con el fin de facilitar la restitución oportuna de las viviendas, las tierras y el patrimonio de los refugiados y desplazados. No obstante, la falta de dichas alternativas no debería retrasar innecesariamente la aplicación y el cumplimiento de las decisiones que los órganos competentes adopten respecto de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.”

4.3. Justificación interna: de la ponderación al precedente sobre prohibición de discriminación

Como se planteó al comienzo de este último apartado, la Corte al momento de fijar el problema jurídico consideró que la solución entrañaba una reflexión sobre el principio de no discriminación, lo que queda claro en la defensa de su hipótesis: “aunque existen opositores que son segundos ocupantes vulnerables, que no poseen alternativa de vivienda y que no tuvieron que ver con el despojo, el Congreso de la República les exige, para acceder a la compensación económica mencionada, lo mismo que a personas que no enfrentan ninguna de las condiciones descritas, lo que supone una clara injusticia. Un trato igual a personas en situación distinta.”

Para justificar lo anterior, la Corte opta por fijar la subregla de derecho a partir de la reconstrucción del precedente sobre prohibición de discriminación indirecta:

De acuerdo con esta regla, la vulneración al artículo 13 de la Constitución Política sobre el derecho a la igualdad no solo se configura por el hecho de que el Estado o la administración adopten medidas o programas abiertamente discriminatorios, también se vulnera este precepto cuando estos van encaminados “a evitar que medidas, programas o políticas, así estas hayan sido adoptadas bajo el marco de presupuestos generales y abstractos, impacten desproporcionadamente a grupos marginados o discriminados o, en otras palabras, los coloque en

una situación de mayor adversidad” lo que la Corte denomina “discriminación indirecta”³⁴⁵.

La fijación de esta regla a partir de la cual se subsume la cuestión analizada es extraída de casos anteriores en los que la Corte, por ejemplo, había encontrado que se configuraba dicha discriminación indirecta en los casos en que el legislador adoptó como facultativo el deber de garantizar el acceso a programas de salud a determinados sectores de la población cuando una ley anterior había establecido que era obligatorio, tal y como lo hizo en la sentencia C-754 de 2015.

En aplicación de esta subregla la Corte sostiene que “La norma demandada generaría una discriminación indirecta, en la medida en que exige a todos los opositores interesados demostrar una conducta calificada y no da un trato diferencial a personas que lo merecen, es decir, los segundos ocupantes en condición de vulnerabilidad que no tuvieron relación directa ni indirecta con el despojo o el abandono forzado de los predios.” Por tal razón, al final, en la parte resolutive de la sentencia se declara exequible la expresión “exenta de culpa” contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes, que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo.

³⁴⁵ Sentencia C-330, 2016.

La Corte, además, sostiene que se abstiene de efectuar un juicio de igualdad ante la ausencia de regulación concreta frente a la población excluida: “como la Ley de víctimas y restitución de tierras ignora a este grupo de personas, no es posible para la Corte hallar el fundamento o las razones constitucionales que llevaron a la inexistencia de medidas especiales para responder a su situación y, en consecuencia, no es tampoco posible avanzar en el estudio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida.”, con lo que cierra la puerta para abordar el problema jurídico a través de la ponderación.

Este último argumento es fundamental debido a que le sirve a la Corte para fundamentar en la parte resolutive un exhorto al Congreso de la República en el sentido de adoptar una Ley en la que de manera concreta se regule la situación de los segundos ocupantes en la acción de restitución, así como el reconocimiento de sus derechos y de esta manera evitar convertirse en “legislador” a través de una sentencia de constitucionalidad. De este modo, podría decirse que la Corte, si bien es cierto evadió la cuestión sobre si existía una omisión legal relativa, al final, con el exhorto, acepta que existe un vacío legal que debe ser resuelto por el órgano político por excelencia.

4.3.1. Regla complementaria: el deber de redistribuir las cargas frente a situaciones discriminatorias

La exigencia de la buena fe exenta de culpa sin establecer tratos diferenciados respecto de los opositores vulnerables, de

acuerdo con la Corte Constitucional, acentúa esa situación de discriminación indirecta, postura a la que llega luego de formular una subregla derivada de la jurisprudencia constitucional:

“la Corte Constitucional ha explicado que las cargas procedimentales deben ser objeto de una evaluación diferencial cuando el accionante es un sujeto vulnerable, se encuentra en condición de debilidad manifiesta o es titular del derecho a una protección constitucional especial”³⁴⁶

En aplicación de esta subregla, en buena medida la discriminación indirecta se corrige si el juez del caso emplea sus facultades para alivianar estas cargas procesales y sustantivas derivadas de la configuración de la buena fe exenta de culpa:

“Así, en lo que tiene que ver con la carga de la prueba, la vulnerabilidad tendría que ver con la debilidad procesal o la presencia de circunstancias que hacen surgir en el juez la obligación de alivianar las cargas procesales, mientras que la característica en lo que concierne al hecho a probar, se refiere a las condiciones personales del interesado al momento de llegar al predio y con la pregunta acerca de cuál es el nivel de diligencia con el que debió actuar.”

De esta manera, la carga de la prueba siempre deberá redistribuirse incluso entre los opositores a la restitución debido a que muchos de ellos tienen esa particularidad de ser vulne-

³⁴⁶ *Ibid.*

rables y, en ese sentido, procesalmente asimilarse incluso a la situación de las víctimas.

Conclusiones

La jurisdicción constitucional ha desempeñado un rol protagónico en la delimitación y alcance del marco constitucional que rige la justicia transicional en el país. En el presente trabajo, se propuso el análisis de una sentencia de inconstitucionalidad en la que la Corte debe resolver algunas tensiones que van más allá de las cuestiones técnicas o jurídicas de la acción de restitución de tierras, uno de sus mecanismos más importantes, en la medida en que de su decisión dependía, en buena parte, el fortalecimiento de su legitimidad frente a cuestionamientos relacionados con sus efectos y aplicación por parte de diferentes actores sociales.

Al final, el hecho de que la decisión fuese la de conservar el derecho a través de la exequibilidad de las disposiciones, pero condicionando su interpretación en el sentido de corregir una posible discriminación indirecta que se estaba presentando al exigir una carga probatoria en el proceso judicial de la acción de restitución igual a todos los opositores sin tener en cuenta su condición particular de ser personas vulnerables o también víctimas del conflicto, refuerza la legitimidad de la acción de restitución de tierras en el sentido de reconocer que los campesinos pobres u otros sujetos en condición desfavorable que no cuentan con vivienda o tierra, serán visibilizados por los

jueces especializados en restitución, quienes podrán adoptar tratos diferenciales y, a través de sus decisiones, vincular a las demás entidades del Estado para que contribuyan a brindarles asistencia social cuando estos se vean abocados a devolver las tierras despojadas que habiten y respecto de las cuales no hayan participado en hechos victimizantes relacionados con el despojo o abandono forzado.

No en vano los demandantes hacen parte de un movimiento social de campesinos constituido desde hace varias décadas en el país que, sin desconocer la importancia de la restitución de tierras a víctimas del conflicto, consideraba que esta, en algunos casos, había contribuido a generar nuevas conflictividades frente a opositores pobres o, en últimas, no contribuía a superar la brecha de desigualdad estructural generadora y dinamizadora del conflicto. De acuerdo con esto, el fallo analizado es muy importante porque conceptualmente acerca la restitución de tierras (mecanismo de justicia correctiva) y sus mecanismos hacia objetivos de justicia social o redistributiva desde el reconocimiento de un actor social que de forma indirecta había sido invisibilizado.

El ajuste de la norma para reconocer los derechos de los campesinos vulnerables en calidad de opositores, además, permitió contrarrestar las críticas y objeciones contra la restitución de tierras que efectuaban sectores poderosos y de derecha que la acusaban de desconocer los legítimos derechos de propiedad, al reforzar las garantías judiciales de los opositores para obtener compensación siempre y cuando no tuviesen relación con el conflicto, lo que sin duda refuerza la idea de que la restitución

de tierras se efectúa bajo el pleno reconocimiento del debido proceso y el derecho a la defensa.

Desde el punto de vista interno, es decir, de la argumentación jurídica esgrimida, la Corte optó por reconstruir la regla decisoria desde el precedente y el análisis de caso, recurriendo a un parámetro general no vinculado necesariamente a la justicia transicional según el cual la discriminación indirecta debe ser corregida por la justicia constitucional. Si bien es cierto que, en la demanda, los accionantes plantearon a la Corte un juicio de igualdad a través de herramientas de ponderación, la Corte prefirió, como vía más segura de fundamentación, la vía del precedente, toda vez que aceptó la existencia de un vacío legal por lo que exhortó al Congreso de la República a subsanarlo. Posiblemente, la remisión al máximo órgano político del Estado sea también otra manera de cerrar el consenso frente a la legitimidad democrática de los mecanismos de justicia transicional.

Bibliografía

- Alexy, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En R. Alexy, *Derecho y razón práctica*. México D.F: Fontanarama. 1993.
- Alexy, R. Sobre la ponderación y la subsunción una comparación estructural. *Pensamiento jurídico No. 16*. 2006. pp. 93-11.
- Clérico, L. Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias? *Isonomía*. 2012. pp. 113-145.

- Dworkin, R. *El Imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa. 1992.
- El Espectador. La pelea entre Ordóñez y Santos por la restitución de tierras. *El espectador*. 2016.
- Gobierno Nacional y FARC. *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Alto Comisionado para la paz. 2016.
- Langford, M., Rodríguez, C., y Rossi, J. De la jurisprudencia al incumplimiento. En M. Langford, C. Rodríguez, y J. Rossi, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia. 2017. pp. 16-62.
- Rojas, G. y Guzmán, A. ¿Más allá de la justicia correctiva? potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados. *Opinión Jurídica*. 2016. 22-41.
- Sentencia C-330 (Corte Constitucional 2016).
- Seoane, J. Un código procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de R Alexy. En P. Serna, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. Granada: Comares. 2005.
- Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras. (5 de junio de 2017). www.restituciondetierras.gov.co. Obtenido de www.restituciondetierras.gov.co: <https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras>

CAPÍTULO VII

EL RETO DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN COLOMBIA: DE LA HERMENÉUTICA DEL DOLOR A LA HERMENÉUTICA DE PAZ*

*María Cristina Gómez Isaza***

Resumen

Es necesario en momentos de búsqueda y compromisos de paz buscar alternativas de interpretación y aplicación del derecho en el contexto de nuestra cultura de la excepcionalidad y del no diálogo, con el fin de proponer una hermenéutica basada en el dolor como legado de los estados

* Artículo resultado del proyecto de investigación “Las razones y las pasiones de la ideología del constitucionalismo, una lectura alternativa de los derechos fundamentales” inscrito en el CODI 2017. Este artículo desarrolla el contenido de la ponencia de la V Conferencia Internacional Contenido Multilingüe y Comunicación Especializada y del X Seminario Nacional de Terminología, realizado en la Universidad de Antioquia, marzo 21 a 24 de 2018.

** Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora titular de la Universidad de Antioquia. Coordinadora del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, de la Universidad de Antioquia, y de la línea de investigación “Constitución y Sentimientos”, del Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia.

de guerra en aras de que el sentido y la traducción de los sentidos del derecho propicien discursos y relatos de perdón y reconciliación. Busco sensibilizar los términos y los relatos jurídicos y, con ello, posibilitar el diálogo emocional como ruta de reconciliación.

Este relato se ocupará de tres aspectos: la cultura de la excepcionalidad y los cánones de interpretación del derecho en Colombia; los postulados de la hermenéutica del dolor para construir una interpretación del derecho a la paz y a la reconciliación, y una conclusión que determine cómo el uso emotivo del lenguaje jurídico puede ser utilizado para construir significados de igualdad y equidad necesarios para un diálogo emocional de paz.

Palabras clave: Hermenéutica jurídica, método jurídico, estado de guerra, cultura de la excepcionalidad, derecho y sentimiento, hermenéutica del dolor, igualdad y dolor, ironista macondiano

Abstract

It is necessary in moments of search and peace commitments to seek alternatives of interpretation and application of law in the context of our culture of exceptionality and non-dialogue, in order to propose a hermeneutic based on pain as a legacy of the states of war for the sake of which the sense and the translation of the senses of the right propitiate speeches and stories of forgiveness and reconciliation. I seek to sensitize the terms and legal accounts and, with this, enable emotional dialogue as a path of reconciliation.

This story will deal with three aspects: the culture of exceptionality and the canons of interpretation of law in Colombia; the postulates of the hermeneutics of pain to construct an interpretation of the right to peace and reconciliation, and a conclusion that determines how the emotional use of legal language can be used to construct meanings of equality and equity necessary for an emotional dialogue of peace.

Keywords: Legal hermeneutics, legal method, state of war, culture of exceptionality, right and feeling, hermeneutics of pain, equality and pain, macondian ironist

Introducción

¿Qué traduce el derecho?

Esta pregunta inicial aún no ha sido resuelta y jamás lo será. Se ha reflexionado por teorías y múltiples relatos que, en contextos diferentes como los políticos, económicos y sociales, han construido un objeto jurídico cuya conceptualización no es pacífica y, en ocasiones, promueve posiciones sectarias y violentas. A la pregunta por el sentido del derecho, usualmente se responde con el interés de que aquel que interpela piense de la misma manera de quien responde.

El concepto del derecho ha trasegado en reflexiones bajo dimensiones encontradas. Entre las más relevantes, se han planteado las axiológicas, las normativas y las sociológicas. A pesar de que estas dimensiones se consideran enfrentadas y contradictorias, se identifican por describir el concepto desde la concepción institucionalista del Estado, pues ninguna de estas se separa de la realidad de que quien dice, finalmente, e interpreta el derecho es el Estado y sus poderes instituidos (sean legisladores o jueces).

El Estado moderno muestra como ganancia la centralización de la producción jurídica y de la interpretación del derecho. Excepcionalmente, la sociedad y sus individuos pueden crear derecho y no pueden interpretarlo con autoridad; con ello, se ha negado en la denominada hermenéutica jurídica, la interpretación que puede hacer el individuo que soporta el

derecho, a este solo le queda la posibilidad de atribuirle sentido conforme a sus sentimientos de miedo o respeto. Al receptor del sentido y de la interpretación de lo jurídico solo le quedan las actitudes de temor, evasión o transgresión.

La pregunta por el derecho incide directamente en las formas, cánones, ideologías y argumentos de quien lo interpreta: “dime qué piensas del derecho y te diré cómo lo manipulas.”³⁴⁷

A lo largo de más de doscientos años de democracia, el derecho ha sido interpretado para auscultar el sentido de la autoridad, de sus mandatos y órdenes. El objeto jurídico como constructo cultural se ha traducido en normas; no interesa en este inicio cuál ha sido su naturaleza: divina, humana, acordada, impuesta, reconocida o soportada. Las normas han necesitado ser explicadas en su sentido de obligación o de orden y su receptor (no intérprete) solo debe sentir miedo.

El “método jurídico” se encarga de formalizar y concretar las técnicas y cánones para la labor del intérprete oficial (Estado y órganos del Estado), denominada “la hermenéutica jurídica”. En desarrollo de esta labor ordenada por un método racional y conocido como apoyo técnico para que la traducción de las normas en obligaciones y derechos entre los sujetos sea clara y acorde con un texto, y a su autor o a su espíritu.

³⁴⁷ Giovanni Tarello. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 13.

La hermenéutica jurídica ha sido estudiada de manera racional como una actividad de determinación del sentido de la autoridad que necesita herramientas e instrumentos que posibiliten una traducción, lo más fiel posible, de los mandatos del derecho para casos concretos.

El derecho al traducir la autoridad de la manera más fiel y fidedigna, convierte a la interpretación del derecho en una atribución en elitista, que solo permite que se haga con autoridad solo por el legislador y por los jueces, lo que se ha conocido como interpretaciones auténticas y judiciales (en menor medida las interpretaciones doctrinarias, que son aquellas hechas por los abogados conforme a los intereses de sus clientes y de los propios)³⁴⁸

Pretendo proponer el sentido humano de la interpretación jurídica como interpretación de la existencia del individuo y su entorno, como actividad existencial que posibilite la cultura del diálogo emocional y el reconocimiento de la igualdad de los sujetos en el dolor como ruta a la reconciliación.

I PARTE

La cultura de la excepcionalidad y los cánones de interpretación del derecho en Colombia

Este relato es emotivo, por eso describe los sentimientos de nuestra cultura jurídica. No se fundamenta en una idea

³⁴⁸ Título Preliminar del Código Civil, artículos 25 y 26.

abstracta del derecho como justicia inmanente y abstracta que debe ser interpretado por cánones hermenéuticos formales a casos concretos.

Este relato es situado en la historia de nuestra cultura que, inmersa en la guerra, ha concebido el discurso del derecho como dispositivo para mantener la violencia en nuestras comunicaciones y relaciones interpersonales. En realidad, esta agresión en la comunicación del sentido del derecho ha creado una cultura jurídica propia que denomino “la cultura de la excepcionalidad y del no diálogo”.

Ubicaré esta cultura en el sentimiento compartido sin tiempo, sin lugar, ni espacio que habita en la forma de relacionarnos como sociedad, y que se percibe en nuestra realidad cotidiana: Macondo.

En Macondo todo sucede: lo inimaginable a pesar de que la razón se empece en definirlo como irrealidad y ficción; en Macondo se sobrevive de la ilusión, pues esta alimenta el cuerpo y el alma; allí, en la sinrazón, las explicaciones de lo que nos pasa generalmente no dependen de nosotros sino de la magia de sobrevivir; el pasado y el presente se funden de manera cíclica y repetitiva... a Macondo no se ingresa ni se sale; desde que tenemos sentimientos (¿uso de razón?) estamos arrojados a su magia, esta nos permite sobrevivir sin situarnos, para evitar las razones del espacio y del tiempo, al tiempo que evita también el sentido de la muerte y del dolor.

En Macondo no existe orden, solo ciclos de esperanza y desesperanza en el que la vida y la imaginación buscan interpretar la realidad sin asombros, en Macondo el poder y el derecho son emociones que definen la igualdad bajo un común denominador: el dolor de la exclusión y de la discriminación.

Por ello, los procesos de interpretación y aplicación del derecho se argumentan bajo dos creencias: la formalidad de discurso de la autoridad y la excepcionalidad.

La formalidad de la autoridad es una creencia nacida de la conquista y promovida en la colonia; somos el resultado del mestizaje de los miedos de la guerra de la invasión hecha por una cultura violenta y la recepción que quería sobrevivir a este genocidio. Cuando el vencedor impone su fuerza, los relatos del derecho se interpretan con sentidos y contenidos de verdad única, este sentido procura mantener la asimetría y la desigualdad.

Aparece el concepto “derecho” que sobredimensiona el orden, sostenido por un relato de verdad que es ajena a nuestra sociedad desigual y culturalmente plural. Toma, entonces, el derecho un sentido: se aplica, obedece y respeta de manera excepcional.

Esta cultura mestiza y paradójica acepta el relato de derecho como orden, y no como justicia, pero tiene expectativas de justicia, tiene como contexto los estados de guerra en medio de las expectativas frustradas de transformación del estado de

infamia y barbarie al estado de reconocimiento y aceptación del otro.

La justicia no puede ser buscada mientras no se establezca en quien radica la autoridad; la anterior es la excusa para justificar la inexistencia del diálogo y la primacía del orden. En estas circunstancias no escuchamos más voz que la propia, la voz de los demás es sospechosa y sus palabras crean caos y no son argumentos de acuerdos y compromisos colectivos.

Este sentimiento de que el derecho no es lo justo, en una sociedad inmersa en el dolor permanente de la guerra, ha construido una cultura jurídica que, como hábito e imaginario, ha sido heredada por cada una de nuestras generaciones involucradas, bajo su condición de sobrevivencia a la barbarie. Podemos reconocer en ella imaginarios del derecho como: “la orden existe, pero no se acata”; “las sanciones de las normas son para el pueblo, y no para los poderosos”; “quienes crean el derecho son corruptos”; “hay que suspender el derecho para restablecer el orden”.

Como cultura, en su inconsciente habita el sentimiento de negación de lo que nos pasa, y con ello se crea la necesidad de adoptar culturas jurídicas y conceptos del derecho superiores al nuestro.

Se reafirma, con lo anterior, otro sentimiento: la autoridad de un concepto de derecho ajeno a nuestra cultura. El concepto del derecho que surge de nuestra cultura debe ser definido

por teorías abstractas (científicas), en ocasiones difíciles de comprender, dada su descontextualización de la sociedad en la que recae su sentido, al punto de formar uno: “el del abogado erudito” e inconsciente que se ocupa de demostrar que es capaz de describir teorías traducidas del inglés, francés o del alemán con elocuencia y rigor.

Como lo describen Garapon y Papadopoulos³⁴⁹, la cultura imprime en cada uno de sus miembros una costumbre fundamental, que continuará marcando a los sujetos creadores de la misma, incluso cuando ya no sea posible percibirla, esa es la razón por la cual la cultura parece, en la realidad del derecho, corresponder apenas a un imaginario.

La cultura jurídica es una realidad inconsciente que instituye y crea un concepto de lo jurídico y del derecho que se sitúa en el espíritu de los actores, de todos los sujetos sociales involucrados con el derecho, y no solo de sus operadores o en el de los juristas. En nuestro caso, el inconsciente alberga el sentimiento permanente de autoridad abstracta que reproduce teorías, pero que no se ocupa de la transformación y de las respuestas al conflicto y a la violencia.

Se identifica con lo que se ha denominado tradición jurídica o mentalidad del pueblo, como lo describía Savigny, la cultura jurídica es un miembro corporal del pueblo; es así como desde una perspectiva dinámica la cultura no dicta ninguna solución,

³⁴⁹ Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis. 2008 pp 10-12

su realidad posibilita el telón conceptual sobre el cual toma sentido el debate acerca de la justicia, la cultura permite descubrir un fondo conceptual y un vocabulario para el cual no existe un diccionario, una gramática, esta otorga términos en los que la propia cultura no prejuzga en nada los enunciados, lo que ha permitido la falta de compromiso de las reflexiones jurídicas en nuestro medio y ha alentado la reproducción de abstracciones teóricas difíciles de comprender como realidad y que se adaptan a la ciencia pura.

Colombia ha creado desde la época de la colonia una cultura jurídica que denomino “de la excepcionalidad y del no diálogo”, esta ha sido construida en el contexto de una sociedad feudal y estratificada, en la que lo que cuenta es el origen del sujeto que intenta ubicarse en ella, en la que cada sujeto vale o no vale de acuerdo con el estamento al que pertenece, y que se traduce, al igual, en su voz y sus palabras cuando pretende un diálogo con los otros.

Esta asimetría mantiene una comunicación de autoridad, diferente a la comunicación que surge del diálogo racional e ilustrado, pues en esta comunicación no hay respeto por el otro sino miedo; en esta comunicación el que hace parte de los estamentos poderosos solo ordena y reitera su origen bajo una fórmula conocida, y que García Villegas denomina “usted no sabe quién soy yo.

En este contexto de asimetría y no diálogo, nuestra cultura jurídica ha formado profesionales del derecho (abogados

y jueces) con un sentimiento mezclado de respeto por lo institucional con el deber de ser guardianes de las formas y de la seguridad jurídica, al tiempo que se niega, de manera consciente e inconsciente, la existencia sensible del otro. Estos profesionales del derecho niegan la realidad del conflicto para obsesionarse con la idea de un orden que jamás ha existido.

A pesar de que existe una idea de derecho ajena a la realidad de exclusión y conflicto, la sociedad aún cree en el derecho y, por etapas cíclicas, se ha esperanzado en su discurso para luego desesperanzarse e iniciar de nuevo con una esperanza que será fallida.

El telón de fondo de esta cultura se describe bajo las siguientes premisas:

- a. Lo anormal es normal o la normalidad es vivir en estados de excepción.
- b. Justicia y derecho tienen una relación no inmediata sino mediata, pues el derecho debe propiciar primero orden y estabilidad institucional, y luego, si tenemos suerte, la Justicia.
- c. La ley puede ser cualquier cosa: una ley, un decreto, un *fast track*, solo debe existir un procedimiento mientras esté clara de manera formal la autoridad y la orden que hay que incumplir.
- d. No se tienen derechos por el solo hecho de ser persona sino porque es reconocido por el poder estatal,

generalmente por los jueces. Por ello, el derecho es una orden, no un estatus ganado de negociaciones y acuerdos entre particulares y miembros de la sociedad.

¿Cómo crear significados ajenos a la razón jurídica occidental? Debemos ubicar el concepto del derecho en el sentimiento de miedo, esto nos acercaría a nuestra realidad de seres violentos, descritos por Hobbes en el estado de naturaleza.

Este sentimiento de inseguridad y de miedo que plantea el origen de la cultura jurídica y de la cultura de la excepcionalidad y del no diálogo se evidencia en nuestra historia política, y lo ha descrito María Teresa Uribe³⁵⁰, a propósito de las teorías de Hobbes y Foucault, como nuestro eterno estado de guerra:

La guerra, como eje de pervivencia histórica, como hilo imaginario que atraviesa la vida de la nación colombiana, no alude a la permanencia de un conflicto abierto, directo y continuo, al choque permanente de ejércitos rivales con su caudal de muertes sangre derramada; ni se refiere a una confrontación que permanece inmodificable en el tiempo, idéntica a sí misma, sin cambios sustantivos, haciendo equivalentes el ayer y el hoy. Esta noción se acerca más bien a un concepto hobbesiano, reinterpretado por Foucault: los estados de guerra, que serían situaciones en las cuales prevalece el *animus belli*, la voluntad manifiesta e indeclinable de no someterse

³⁵⁰ María Teresa Uribe de Hincapié. Las palabras de la guerra: el mapa retórico de la construcción nacional, Colombia Siglo XIX, *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades* No 9. pp. 116 – 137.

a la autoridad instituida y de no aceptar un poder distinto al propio, manteniendo la posibilidad de combatir al enemigo con las armas en la mano si fuese necesario y de organizarse en bandos capaces de matar y de morir. Los estados de guerra en la larga duración, es decir, como ejes de pervivencia histórica, pueden presentar períodos agudos de conflicto armado seguidos de otros con muy baja intensidad bélica, o desarrollos desiguales que yuxtaponen unas regiones muy violentas con otras relativamente estables y gobernables. Lo que predomina en los estados de guerra son las mutuas hostilidades, los signos encontrados de desconfianza, las manifestaciones permanentes de desafío, las representaciones que los distintos actores se hacen de la fuerza del contrario y de lo que sería necesario hacer para neutralizarla, evadirla o someterla; sobre todo, los estados de guerra aluden al mantenimiento de un horizonte siempre abierto a usar la violencia con un sentido instrumental, es decir, como un medio eficaz y necesario para el logro de propósitos políticos determinados.

Es el miedo como sentimiento, nacido en nuestro continuo estado de guerra, el que ha creado nuestra cultura jurídica y nuestro concepto del derecho, este miedo ha creado imaginarios del derecho como expectativa de paz y necesidad del orden.

El contexto de miedo nos ha negado la posibilidad de dialogar y de reconocer al otro como igual, pues vemos al otro como enemigo, es el miedo el que genera el reconocimiento del otro por el odio. Se trata de reconocer el odio, interpretarlo en el contexto del dolor para crear el diálogo necesario para la

reconciliación. No podemos continuar analizando el diálogo en discursos solo racionales. En Occidente, fue el relato de la razón el que justificó al Estado y el derecho como instrumentos discursivos para regular el orden y la pretensión de humanizar la justicia; distinto a nuestro caso, que utiliza el relato de la razón para conjurar al sentimiento de miedo.

Ese concepto de derecho refleja nuestra forma de relacionarnos con los demás: por medio de órdenes, de violencia, de exclusiones y olvidos. Podemos ubicar aquí la causa por la cual este derecho se interpreta bajo postulados formales y autoritarios, pues estos permiten mantener las exclusiones y posibilitan indagar o buscar el sentido de las normas desde el texto mismo o desde el espíritu de su autor; con esta “forma” de interpretar se busca un orden o una orden que solucione de manera transitoria y temporal el conflicto que ha existido y pervivido.

Este objeto cultural llamado “derecho construido de miedos, exclusiones y ordenes sin diálogo” se reinterpreta con ideas de desobediencia, escepticismo, falta de coherencia con la realidad e irrealdad; no es descrito por los estudiosos del derecho, pero se percibe en la literatura con las novelas de García Márquez.

Interpreto nuestra cultura jurídica con la “gramática macondiana”, y con Macondo, como sentimiento, utilizo la literatura como instrumento para la denuncia moral de Rorty³⁵¹, y con

³⁵¹ Richard Rorty. *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Madrid: Paidós. 1991.

ella, recuerdo lo que siempre nos ha pasado y nos pasa: la negación del dolor del otro por el miedo y la necesidad de sobrevivir a esta guerra.

Cuatro son las premisas de la gramática jurídica en Macondo: la contradicción entre autoridad y Estado; la profesión jurídica; la legislación de los privilegios y la situación de los individuos desposeídos.

La contradicción entre autoridad y Estado se manifiesta con el sentir de que quien “manda no es una autoridad institucional” y menos estatal: el Estado y sus representantes no tiene poder frente a la verdadera autoridad, que radica en otro lado, y no en la que prescribe el orden jurídico.

Se repite este sentimiento: el Estado es débil frente al que es poderoso, las instituciones jurídicas deben obedecer a la autoridad... la autoridad es solo autoridad sin memoria o inmemorial... esto se encuentra relatado en el miedo que sentía el presidente al pasar por la casa de la Mama Grande:

Ella era la prioridad del poder tradicional sobre la autoridad transitoria, el predominio de la clase sobre la plebe, la transcendencia de la sabiduría divina sobre la improvisación mortal [...] A pesar de su ruidoso aparato de oficiales condecorados, el presidente no podía reprimir un ligero temblor de incertidumbre cuando pasaba por ese lugar después del crepúsculo.³⁵²

³⁵² Gabriel García Márquez. *Los Funerales de la Mama Grande*. 2014. pp. 156-157.

Los abogados aprendemos leyes con el fin de perpetuar la autoridad a la que confundimos con institucionalidad o Estado, no aprendemos derecho para propiciar con su relato reconocimientos o repartos equitativos; como profesionales del derecho, formalmente justificamos lo que la autoridad nos pide justificar, sin ser conscientes de que lo hacemos, por miedo a confesar que nuestro objeto de estudio y nuestra profesión no existe de manera racional, existe como relato desesperado de supervivencia:

Los legisladores y las autoridades son corruptas, no representan más intereses que los propios; en esta interpretación de la representación y del derecho que nos rige, el representado no existe, este no quiere aparecer por miedo, por desidia, o por comodidad. Estos sentimientos permiten el empoderamiento de minorías corruptas que ejercen la representación al servicio de la autoridad y de sus propios intereses:

El alcalde lo hizo. Estaba temblando. Mientras el dentista se lavaba las manos, vio el cielorraso desfondado y una telaraña polvorienta con huevos de araña e insectos muertos. El dentista regresó secándose las manos. Acuéstese –dijo– y haga buches de sal. El alcalde se puso de pie, se despidió con un displicente saludo militar, y se dirigió a la puerta estirando las piernas, sin abotonarse la guerrera.

-Me pasa la cuenta -dijo.

- ¿A usted o al municipio?

El alcalde no lo miró. Cerró la puerta, y dijo, a través de la red metálica:

-Es la misma vaina.³⁵³

Al legislador le interesa su estatus e imagen, no la representación de intereses sociales que no ha escuchado, que no entiende o que no quiere entender.

[...] sabios doctores de la ley, probados alquimistas del derecho ahondaron en hermenéuticas y silogismos en busca de la fórmula que permitiera al presidente de la república asistir a los funerales...³⁵⁴

La estructura social se basa en los privilegios que otorga la propiedad, esta radica en bienes materiales e inmateriales, lo que como división de la misma se interpreta como propiedad sobre la amnesia del pasado y habilidad para interpretar con esperanza un futuro inexistente:

[...] el patrimonio físico se reducía a tres encomiendas adjudicadas por cédula real durante la Colonia, y que, con el transcurso del tiempo en virtud de intrincados matrimonios por conveniencia, se había acumulado bajo el patrimonio de la Mamá Grande. En ese territorio ocioso, sin límites definidos, que abarcaba 5 municipios y en el cual no se sembró nunca un solo grano por cuenta de los propietarios, vivían a título de

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.* p. 158.

arrendatarias 352 familias. Todos los años en vísperas de su onomástico, la Mamá Grande ejercía el único acto de dominio que había impedido el regreso de las tierras al Estado: el cobro de arrendamientos. Durante tres días esperaba la entrega de cerdos, pavos gallinas, diezmos, primicias, frutos de la tierra que eran depositados en calidad de regalo. Era la única cosecha que jamás recogió la familia de un territorio muerto desde su origen primera vista en 100.000 hectáreas. Tres vasijas de morrocotas de oro enterradas en la casa en algún lugar de la época de la independencia.

Los bienes morales eran enumerados: la riqueza del subsuelo, las aguas territoriales, los colores de la bandera, la soberanía nacional, los partidos tradicionales, los derechos del hombre, las libertades ciudadanas, el primer magistrado, la segunda instancia, el tercer debate, las cartas de recomendación, las constancias históricas, las elecciones libres, las reinas de belleza, los discursos trascendentales, las grandiosas manifestaciones, las distinguidas señoritas, los correctos caballeros, los pundonorosos militares, su señoría ilustrísima, la corte suprema de justicia, los artículos de prohibida exportación, las damas liberales, el problema de la carne, la pureza del lenguaje, los ejemplos para el mundo, el orden jurídico, la prensa libre pero responsable, la Atenas suramericana, la opinión pública, las elecciones democráticas, la moral cristiana, la escasez de divisas, el derecho de asilo, el peligro comunista, la nave del estado, la carestía de la vida, las tradiciones republicanas, las clases desfavorecidas, los mensajes de adhesión. No alcanzó a terminar. La laboriosa enumeración tronchó su último viaje. Ahogándose

en un maremágnun de fórmulas abstractas que durante dos siglos constituyeron la justificación moral del poderío de la familia, la Mama Grande emitió un eructo y expiró.³⁵⁵

En Macondo, estamos desposeídos de lo humano: la vida... lo único que no se nos arrebató es el sentimiento último de dignidad (el derecho a soñar). Este despojo de lo humano nos vuelve crueles e inconscientes de nuestra maldad, este sentimiento se percibe ante el egoísmo necesario del oportunista que ve en su vida solo su interés de subsistir sin importarle los otros y su supervivencia:

La primera vez que se le vio utilizar zapatos fue cuando llegó el nuevo alcalde, un sargento de la policía zurdo y montaraz, que tenía órdenes expresas de matar a la oposición. José Montiel empezó a ser un informador confidencial. Aquel comerciante modesto cuyo tranquilo humor de hombre gordo no despertaba menor inquietud, discriminó a sus adversarios políticos en ricos y pobres. A los pobres los acribilló la policía en la plaza pública. A los ricos les dieron un plazo de 24 horas para abandonar el pueblo. Planificando la masacre, José Montiel se encerraba días enteros con el alcalde en su oficina sofocante, mientras su esposa compadecía los muertos.³⁵⁶

La conclusión de esta gramática macondiana es el sentimiento de que la vida es excepcional y de que la excepción es normal:

³⁵⁵ *Ibid.* pp. 153–154.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 89.

-Todo normal, mi coronel. Y la anormalidad era precisamente lo que pasaba en esta guerra infinita: que no pasaba nada.³⁵⁷

Este sentimiento es cíclico aparece y reaparece como los pescaditos de oro elaborados para después fundirse y volverse a elaborar por Aureliano Buendía:

[...] Había diecisiete. Desde que decidió no venderlos, seguía fabricando dos pescaditos al día y cuando completaba veinticinco volvía a fundirlos en el crisol para completarlos de nuevo.³⁵⁸

II PARTE

Los postulados de la hermenéutica del dolor

Confieso mi miedo racional, un miedo que me plantea la poca rigurosidad de esta propuesta. Este “mi miedo” es heredado de la cultura académica de los abogados y tiene como fundamento el argumento de la autoridad: si no se cita a un autor reconocido no existe producción jurídica y el discurso es diletante.

Ante la realidad autoritaria de la doctrina, busco compañía en mis reflexiones emotivas, y para ello acudo a dos autores cercanos a mi adolescencia jurídica: Lev Tolstoy e Isaiah Berlin y su descripción sensible de la vida. Intento hacer una defensa personal del sentimiento y del derecho con la ayuda

³⁵⁷ Gabriel García Márquez *Cien Años de Soledad*. Literatura Random House, España, 2017, p. 198.

³⁵⁸ *Ibid.*

de una minoría reconocida por su pensamiento acerca de la vida humana:

[...] si permitimos que la vida humana se rija por la razón, se destruirá la posibilidad de vida, es decir, de la actividad humana que implica la consciencia del libre albedrío.³⁵⁹

[...] los esquemas lógicos y científicos –los modelos simétricos bien definidos por la razón humana– parecen tersos, de poca enjundia, vacíos <abstractos> y por completo ineficaces como instrumentos para describir o analizar cualquier cosa que este viva o haya vivido nunca.³⁶⁰

Nosotros –criaturas sensibles– sobrevivimos en parte en un mundo cuyos componentes podemos descubrir, clasificar e influenciar por métodos racionales, científicos y planeados de antemano. Pero también estamos en parte inmersos... en un medio que no observamos ni podemos observar desde fuera, precisamente porque es inevitable dar por sentado que es parte de nosotros mismos.³⁶¹

El relato emocional de nuestra cultura jurídica, nacida del estado de guerra con su discurso de la excepcionalidad, se ha mantenido de manera cíclica con postulados racionales y abstractos a lo largo de 200 años. Esta cultura solapada en

³⁵⁹ Lev Tolstoy. *Guerra y Paz*. Planeta, Barcelona, 2016. p.576

³⁶⁰ Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial. 2010. p. 107.

³⁶¹ *Ibid.* p. 112.

la razón nos pone en riesgo nuevamente de repetir nuestra costumbre de terminar formalmente una guerra para iniciar otra confrontación, en la que la ausencia de diálogo activará de nuevo la violencia.

Para no continuar con los ciclos de violencia y con la utilización del derecho con su sentido autoritario y excluyente, propongo otorgarle al sentimiento un espacio en la dimensión de lo jurídico, en aras de desmitificar el diálogo racional y propiciar el aprendizaje del concepto del derecho con la memoria de infamia e ignominia.

Al darle al derecho el sentido alternativo del sentimiento no pretendo desdeñar su sentido racional, que en el contexto de la libertad y del Estado de derecho logró el inicio de la democracia y del control al poder; la oportunidad de la razón en nuestro contexto y cultura tomó los sentidos de autoridad y violencia en medio de una sociedad feudal, elitista y de privilegios, que no dialoga y que se comunica con los otros por medio de órdenes y jerarquías.

El derecho como sentimiento nos permitiría hacer explícita nuestra aspiración por la justicia, ampliando su contenido histórico de equidad para añadir el sentido de la compasión y de la alteridad.

Una dimensión del derecho que revise los sentimientos tendría una interpretación y, por tanto, una hermenéutica distinta a la racional y canónica heredada del Estado de derecho; esta

hermenéutica no formal reivindica la actividad del intérprete no oficial que, como sujeto, existe situado en su realidad. Sus postulados son: “el derecho no es solo razón”; “existe el diálogo emocional”; “la finalidad del derecho es identificar el dolor y darle sentido a la igualdad”.

Primer postulado: “el derecho no es solo razón”. La razón apareció como antídoto a nuestros miedos, instrumentalizó las palabras del derecho, para convertirlo en un relato de verdad, con este relato se negaron las diferencias políticas, ideológicas, culturales y sociales.

La razón ha sido el argumento autoritario de nuestra cultura jurídica excepcional que, abstraída de la guerra, ha negado en 200 años de soledad y ha promovido la relación con los otros como enemigos.

El sentimiento no es una teoría, es una realidad que la razón describe... el sentimiento se alberga en cada ser humano como una esclavitud... la razón lo aprecia como obstáculo, debilidad, oscuridad, egoísmo, locura, carga que no puede ser manifestada por las palabras que los limita por sus formas, que los atrapa en la imposibilidad racional de ser captados por el otro de igual manera... la palabra cooptada por la razón, niega el sentimiento, lo sofoca, lo señala como pasión y lo retiene y controla por temor al daño si este es manifestado.

Macondo es un sentimiento que compartimos como colombianos para sobrevivir a la interpretación de una realidad que

nos muestra la capacidad que ha tenido nuestra crueldad para excluir al otro.

Para vivir en Macondo, se necesita sentir y nunca razonar, pues se mantienen unidas (sin ninguna suerte de lógica binaria) por el miedo, la decepción y la esperanza, la expectativa y la negación, el amor y el odio, la venganza y el perdón, el dolor y la alegría.

En Macondo no se vive, se sobrevive con imaginación... esto de sobrevivir se logra negando y reconociendo a la vez una realidad impensable, pero posible en nuestra capacidad inherente de crueldad, y también en nuestra capacidad infinita de amor por la vida.

Segundo postulado: “desmitificar el diálogo racional”. Nadie escucha a nadie cuando no quiere escuchar, no puede o tiene miedo.

El diálogo racional es un espacio mitificado bajo varios mitologemas³⁶², entre los que podemos relacionar:

- e. El que tiene la razón, posee la verdad.
- f. La verdad es una, y a ella se accede por procedimientos que pueden ser expuestos bajo la lógica verdad – error (mentira).

³⁶² Manuel García Pelayo. *Los mitos políticos*. Madrid: Alianza. 1981p 31.

- g. Quien expone la verdad (la razón), debe triunfar sobre el error o la mentira, en este diálogo racional solo hay un triunfador: el que tiene la verdad, el otro debe someterse ante la evidencia.
- h. La pasión y el sentimiento obnubilan el sujeto racional, por ello, debe evitar hacer referencia de la misma en el diálogo en el que pretende demostrar la verdad.

En un diálogo racional solo uno de los hablantes (sujetos) tiene la razón y despoja al otro hablante del reconocimiento de su existencia... en un diálogo emocional las dos partes hablantes tienen sentimientos y pasiones de las que no pueden ser despojadas, no puede advertirse que unas emociones son verdades y otras son falsedades, pues las emociones y los afectos son realidades ineludibles de todos los seres y de su necesidad de situarse en este espacio breve de la vida.

Estas condiciones del diálogo racional se tornan en espacios de violencia, en medio de un campo de batalla en el que nadie quiere escuchar a nadie, pues se quiere imponer la autoridad de la verdad, lo que propicia que el sentimiento de odio sea el único contenido humano de reconocimiento del otro. Es necesario imaginar la opción de un diálogo y de solidaridad en el dolor con miras a que podamos escuchar el dolor de las víctimas y los miedos y odios de los victimarios.

Tercer postulado: “enseñar la igualdad con los sentidos del dolor, y no solo de la razón”.

Hemos entendido y le hemos atribuido un sentido formal a la igualdad, aquel necesario para participar en el mercado y ser autónomo para obligarse; excepcionalmente hemos asumido la igualdad material al reivindicar la dignidad humana en los contenidos de los derechos fundamentales y sociales; se trata de definir el sentimiento de igualdad ante el dolor:

Somos iguales al haber padecido el dolor y el miedo de 200 años de estados de guerra.

Somos iguales ante la sinrazón de la violencia y sentimos que no queremos heredarla a nuestros hijos y nietos.

Somos iguales ante el sentimiento de la frustración acerca de nuestra aspiración de justicia.

Somos iguales como víctimas y victimarios de un espacio de diálogo construido por la racionalidad.

Como plantea Correa³⁶³ al describir la Jurisdicción Especial para la Paz, creada para implementar los acuerdos finales con las FARC, la vida radica en la compasión hacia el otro, “el dolor es consustancial a la vida... toda vida no es sino padecer”³⁶⁴. “La cuestión no radica en hacer desaparecer el sufrimiento, algo imposible, sino en encontrar el modo de enfrentarnos a él; y el modo es la ética, como antídoto al egoísmo y la crueldad de la vida”.

³⁶³ Néstor Raúl Correa Henao. Escrito sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. 2017.

³⁶⁴ Arthur Schopenhauer. *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Akal.

La igualdad referida desde el sentimiento no será, entonces, un principio o norma, la igualdad de todos los que habitamos Macondo es la verdadera igualdad frente al dolor, resultado de esta lucha entre hermanos y de las pérdidas que todos hemos sufrido.

Asumir el derecho como un sentimiento que nos acerca al otro, porque el derecho debe tratarnos igual en un espacio de dolor, permitirá encontrar los sentidos y los términos de un primer diálogo aún no intentado, tener rostro y palabras frente al dolor y creer que el derecho propiciará un espacio para reivindicaciones, y no solo para indemnizaciones y reconocimientos formales.

Tener en la educación el principio inicial de la enseñanza de la igualdad en el dolor y para ello se necesita opciones como la literatura y la construcción de relato de memoria.

García Márquez y su realismo mágico hace explícito nuestro sentimiento, en esta condición de seres que habitamos Macondo somos iguales porque el sufrimiento y el miedo son los que han dado y dan sentidos a nuestra cotidiana comunicación, estos sentimientos han creado estrategias para sobrevivir como la negación y el ocultamiento de la realidad por cualquier forma que nos haya regalado la imaginación desbordada de nuestra cultura.

Conclusión: ¿hermenéutica de la paz?

La literatura, el cine, el teatro y la música interpretan la vida del ser humano con el sentimiento, en estos espacios de atribución de sentido, la hermenéutica asume su condición de realidad existencial.

Hemos heredado la interpretación de nuestras relaciones personales y de nuestra existencia bajo los sentidos de la autoridad y del miedo; con esos sentidos trabajamos y creamos de manera permanente comunicaciones entre nosotros.

Esa herencia cultural llevada a cuestas, nos ha legado también un sentido en la interpretación de nuestras relaciones con los otros que ha incidido en el sentido del derecho; esto es, el sentimiento del intercambio o de la compensación: existe el derecho porque existe una garantía de recibir algo a cambio o compensar algo.

Propongo radicar nuestro sentimiento aprisionado e inconfesado por la razón: hay que interpretar el derecho bajo el sentimiento de dar y recibir, y en nuestro caso, de intercambiar el perdón como resultado de una transacción de afecto y no solo de intereses económicos.

La razón es la gran teoría que propone el orden, el equilibrio, la luz, la claridad, posibilita el reconocimiento del otro, permite que la palabra sea concedida y captada de buena fe, la razón empodera, te blanquea, te ilumina, te hace capaz e individual,

te da la propiedad de tu ser, te independiza, te hace libre, te otorga la confianza para emprender tu ruta de conocimiento ante el mundo, te controla y te protege de tu consciencia o sentimiento de culpa por parte del mundo al que no elegiste venir.

Al no haber elegido esta vida y las circunstancias a las que ella te arrojó, la razón te ayuda a construir tu relato descontento, a encontrar los argumentos para justificar que quieres cambiarla o simplemente asumirla. La razón permite negarte o crearte y poder, con sus explicaciones causales y seguras, no ser excluido del diálogo con los otros seres racionales... ella te propone ser el propietario de tu vida.

El sentimiento no es una teoría, es una realidad que la razón describe... el sentimiento se alberga en cada ser humano como una esclavitud... la razón lo aprecia como obstáculo, debilidad, oscuridad, egoísmo, locura, carga que no puede ser manifestada por las palabras que los limita por sus formas, que los atrapa en la imposibilidad racional de ser captados por el otro de igual manera... la palabra cooptada por la razón, niega el sentimiento, lo sofoca, lo señala como pasión y lo retiene y controla por temor al daño si este es manifestado.

Interpretar el derecho racional con sentidos emotivos requiere una hermenéutica con postulados de comprensión de la naturaleza humana; asumir la consciencia de su narrativa oculta de miedo e intereses crueles, con ello, se posibilitará reconocer la existencia ajena e identificarla con la propia en la igualdad frente al dolor.

La ruta para acercarnos a esta idea de igualdad en el dolor es la literatura, en palabras de Rorty; la crítica literaria se convierte para este autor en crítica cultural: “la palabra literatura comprende una serie de libros que tienen relevancia moral, busca que el crítico facilite la reflexión moral sugiriendo revisiones en el canon de los modelos y de informantes morales, sugiriendo formas de allanar esas tensiones dentro de sus cánones o de suscitarlas”³⁶⁵.

Propone a esta actividad crítica el método dialéctico de Hegel, que se asemeja a una técnica literaria: la técnica de producir cambios sorpresivos de configuración mediante transiciones suaves y rápidas de una terminología a otra.” [...] “en lugar de construir una teoría filosófica y de argumentar en su favor, elude la argumentación cambiando constantemente de léxico, y con ello, de tema”³⁶⁶.

Esto propiciará un diálogo en el que aparezca la posibilidad de discusión entre quienes nos hemos visto como contradictorios y contrarios, educará en el respeto por el contenido del dolor de cada uno y alentará reflexiones menos pesimistas acerca de las transformaciones y la búsqueda de un mejor futuro en el que no exista más violencia.

En estos momentos, valdría recordar también con Rorty la actitud del ironista liberal y transformarla en la actitud del ironista macondiano, que ha sufrido más de 200 años de soledad y guerra:

³⁶⁵ Rorty. Op. cit. p. 95.

³⁶⁶ *Ibid.* p. 96.

El ironista liberal interpreta el mundo y su existencia con la duda permanente y radical acerca de los sentidos del léxico último; considera que los argumentos formulados con el léxico actual no pueden consolidarse como verdades y, consecuentemente, eliminar las dudas. El ironista liberal al filosofar acerca de su situación no piensa que su léxico se halla más cerca de la realidad que el léxico de los otros; al contrario, al confrontar los distintos sentidos enfrentamos lo viejo con lo nuevo.

El ironista es solidario, pues su léxico último lo basa en el sentido común de que todos estamos en peligro de que podamos ser sometidos a nuestra crueldad; a su vez, el ironista es tolerante, pues justifica sus creencias como contingentes.

Hemos conocido a Macondo por la novela y por la poesía, y al leer sus sentidos todos los personajes que lo habitan nos increpan, y en ocasiones, nos libera de nuestras infamias. Los relatos de García Márquez describen las interminables hazañas por reconocernos sin tener que excluir al otro, se hacen vivas las voces y la soledad de nuestros seres que, con colores de muerte, prometen la vida acompañada de lágrimas y música.

En Macondo hay guerra, muerte, tiranos, esclavos del miedo, señalamientos, persecución y soledades, pero también hay sueños, compromisos de amor eterno, ilusiones que alimentan, cartas que llegan a pesar del tiempo a su destinatario final.

Ser ironista macondiano supone sentir:

1. La ilusión alimenta el cuerpo y el alma: quienes vivimos en Macondo sentimos la necesidad vital de negar la realidad, pues de no hacerlo corremos el peligro de perecer en medio de la insolidaridad, resultado de la supervivencia de todos los que habitamos su sentimiento:

Y mientras tanto qué comemos, preguntó, y agarró al coronel por el cuello de la franela. Lo sacudió con energía.

- Dime, qué comemos.

El coronel necesitó setenta y cinco años –los setenta y cinco años de su vida, minuto a minuto– para llegar a ese instante. Se sintió puro, explícito, invencible, en el momento de responder:

- Mierda.³⁶⁷

Nos corresponde interpretar esta realidad con más imaginación que la otorgada por la razón; se trata, entonces, de construir la ilusión de un hoy mejor, porque no sentimos que podamos tener mañana: hemos sido violentos y nos han violentado, es humano reconocer que tenemos dolor y que no podemos hablar con razones sino con odios; la alternativa es pensar que solo hoy existe para acabar con la desilusión permitiendo albergar sentimientos de compañía y solidaridad para sobrevivir en una añorada reconciliación.

2. Negamos el pasado para sobrevivir, pero de manera paradójica lo recordamos permanentemente:

³⁶⁷ Gabriel García Márquez. *El coronel no tiene quien le escriba*. Penguin Random House, Bogotá, 2014, p 115.

Sin embargo, antes de llegar al verso final ya había comprendido que no saldría jamás de ese cuarto, pues estaba previsto que la ciudad de los espejos (los espejismos) sería arrasada por el viento y desterrada de la memoria de los hombres en el instante en que Aureliano Babilonia acabara de descifrar los pergaminos, y que todo lo escrito en ellos era irrepetible desde siempre y para siempre, porque las estirpes condenadas a cien años de soledad no tendrían una segunda oportunidad sobre la tierra.

Despertar del letargo del miedo y asumir el dolor individual y el dolor de los otros (el colectivo) es el deber humano de nuestro hoy sin mañana, de nuestra historia sin oportunidades de reescritura. La condena de la violencia eterna se mantendrá si continuamos en la inconsciencia de lo que nos pasa.

La paz iniciará una ruta de vida cuando asumamos que nuestro odio a lo largo de nuestra existencia como sociedad violenta es la negación del dolor de los demás; hay que sentir que el odio como sentimiento no es propiedad exclusiva de quien lo siente, al involucrar a los otros, daña, hiere y niega a los demás, y con ello, nos entrega sentidos de soledad y orfandad. Para iniciar un camino de reconciliación, es necesario interpretar la paz como sentimiento de igualdad en el dolor.

*Quién le dijo que yo era risa siempre
nunca llanto?*

*Como si fuera la primavera
¡no soy tanto!*

*En cambio que espiritual
que usted me brinde una rosa
de su rosal principal.*

La segunda, es una declaración de fin que le hace la guerra a nuestra sociedad enamorada de ella:

*Esta noche
Amiga mía
El alcohol nos ha embriagado
Qué me importa que se rían
Y nos llamen los mareados*

*Cada cual tiene sus penas
Y nosotros las tenemos
Esta noche beberemos
Porque ya no volveremos
A vernos más*

*Hoy vas a entrar en mi pasado
En el pasado de mi vida
Tres cosas lleva el alma herida
Amor, pesar, dolor*

*Hoy vas a entrar en mi pasado
Hoy nuevas sendas tomaremos
Qué grande ha sido nuestro amor
Y sin embargo, ay, mira lo que quedó*

Bibliografía

Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial. 2010. 127 pp.

- Correa Henao, Néstor Raúl. Escrito sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. 2017.
- Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis. 2008.
- García Márquez, Gabriel. *Cien Años de Soledad*. Literatura Random House, España, 2017. 398 pp.
- _____. *El coronel no tiene quien le escriba*. Penguin Random House, Bogota, 2014, 115. pp.
- _____. *Los Funerales de la Mama Grande*. 2014. Penguin Random House, Bogota, 2014. 110 pp.
- García Pelayo, Manuel. *Los mitos políticos*. Madrid: Alianza. 1981. 408 pp.
- Rorty, Richard. *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Madrid: Paidós. 1991. 11 pp.
- Schopenhauer, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Akal. 1200 pp.
- Tarello, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 1995. 433 pp.
- Tolstoy, Lev. *Guerra y Paz*. Planeta, Barcelona, 2016. 1476 pp.
- Uribe de Hincapié, María Teresa. Las palabras de la guerra: el mapa retórico de la construcción nacional, Colombia Siglo XIX, *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades* No 9. pp. 116 – 137.

Constitucionalismo transicional en Colombia:
el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica

Se terminó de imprimir en noviembre de 2018

Para su elaboración se utilizó papel bond de 90 gramos en páginas
interiores y papel propalcote de 280 gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son chaparral regular de 12 puntos
en texto corrido y chaparral semibold de 14 puntos en títulos.

“A lo largo de las páginas de este libro, en varias de sus aportaciones se analiza exhaustivamente la singularidad de la “Jurisdicción Especial para la Paz” y su aportación decisiva como mecanismo para asegurar el derecho a la verdad de las víctimas y de toda la sociedad colombiana. Pero, ¿cómo construir “LA VERDAD” (en singular y con mayúsculas) en una sociedad plural con multitud de clivajes y narrativas en la que se parte de la existencia de “múltiples verdades” (en plural y con minúsculas)? Porque la verdad, como todos los hechos sociales y políticos, no viene dada sino que se construye. Se trata de un proceso complejo, de un ejercicio de democracia deliberativa en los términos de Habermas.

Es a través del contraste y el debate público entre las distintas narrativas (las verdades), como será posible una contraposición que aísle a las narrativas extremas y manifiestamente insostenibles por no corresponderse con la realidad. Pero una vez pasada esta primera fase de depuración, de sedimentación de los discursos que haya logrado establecer qué sucedió (quién hizo qué y a quién), seguirán persistiendo diversas posiciones y relatos acerca de las causas del por qué sucedió. Y aquí entra en juego la multicausalidad que preside inevitablemente todos los fenómenos políticos y sociales. La realidad es poliédrica, y no todos los discursos atribuyen las cadenas de causalidad a los mismos hechos y, aun considerando la coincidencia en algunos factores causales, no necesariamente les atribuyen el mismo grado de responsabilidad.

Es el momento, entonces, de entrar a una segunda fase o momento, de ver cuáles son los puntos en común que en cuanto a las causas (el por qué sucedió lo que pasó) permita establecer la posibilidad de elaborar un relato en el que haya acuerdo. Pero este relato no agota ni elimina la posibilidad y el derecho del matiz, la discrepancia y la diferencia de criterio...”.

Prof. Fernando Harto de Vera
(Universidad Complutense de Madrid)
Prologuista



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

