

# La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano\*\*

## Memory, history and judicial truth in transitional justice in Colombia: A irresoluble paradox in the Colombian armed conflict

*¿En qué se resume la verdad en la práctica, ante el juez? De un lado está el mundo, con sus juicios, sus asesinos, sus acusados dispuestos a jurarlo todo, sus odios y sus miserias; de otro lado se encuentra la ley, con su maquinaria, sus rituales preestablecidos, sus normas, su orden y sus maneras –el tono que emplean los agraviados y el que usan los agresores–; y por último está el juez, que de toda esa materia muerta, viva y cruda debe destilar algo, algo que según la fórmula química de las leyes corresponda a la verdad...*

SANDOR MARAI<sup>1</sup>

*El juez debe juzgar, es su función. Debe concluir. Debe decidir. Debe colocar a justa distancia al culpable y a la víctima, según una tipología imperiosamente binaria.*

PAUL RICOEUR<sup>2</sup>

\* Docente-investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Profesor invitado de la Universidad de Nantes (Francia) y de la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Dor en Ecuador sidad Andina- Sim Profesor invitado de la Universidad de Nantes en Francia y de la Universidad Andina- sims agrav Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes, con mención “*Très Honorable*”. Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, y en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialización en Regulación y Gestión de Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Miembro de la Academia Colombiana de Historia, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Contacto: [francisco.barbosa@uexternado.edu.co].

\*\* Fecha de recepción: 15 de mayo de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Barbosa Delgado, F.R. “La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, N° 31, 2013, pp. 97-117.

1 MARAI, S., *Divorcio en Buda*, Barcelona, Salamandra, 2002, p. 56-57.

2 RICOEUR, P., *La memoria, la historia y el olvido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 419.

## SUMARIO

Introducción. Precisiones conceptuales. I. La memoria, la historia y el derecho a la verdad: entre el derecho interno y el derecho internacional. A. Una visión desde la política nacional: entre la política y el derecho. B. Una visión desde el derecho internacional de los derechos humanos: entre la ética universalista y una perspectiva contextualista. II. La memoria y la verdad a la luz de la historia dentro de la Justicia Transicional. A. El oficio del juez y del historiador. B. El exceso de memoria y las zonas grises. Consideraciones finales.

## RESUMEN

El presente artículo pretende plantear la manera como se establecen relaciones entre la memoria, la historia y el derecho a la verdad a la luz del derecho internacional e interno, y la forma como se usan tanto en la narración de la historia como en la construcción de la verdad judicial. Esta visión nos permitirá comprender la manera como conceptos que muchas veces son considerados aislados y sin puntos de contacto, hacen posible descifrar la dinámica de los conflictos no solo en la práctica judicial, sino en la perspectiva disciplinar.

## PALABRAS CLAVE

Justicia Transicional, memoria, historia, derecho a la verdad.

## ABSTRACT

This article aims to determine how relationships are established between memory, history and judicial truth in the light of international and domestic law and the way it is used both in storytelling and the construction of the judicial truth. This view allows us to understand how concepts are often considered isolated and without contact points, allow us to figure out the dynamics of the conflict, not only in judicial practice, but in the disciplinary perspective.

## KEY WORDS

Transicional justice, memory, history, judicial truth.

## INTRODUCCIÓN

La memoria, la historia y el derecho a la verdad son tres componentes inescindibles dentro de la llamada Justicia Transicional en Colombia. Estos tres

conceptos han sido concebidos desde el derecho público, pero la manera de entenderlos debe estar más allá de ese campo disciplinar.

En la presente contribución académica se pretende plantear la manera como se establecen relaciones entre la memoria, la historia y el derecho a la verdad a la luz del derecho internacional e interno, y la forma como se usan tanto en la narración de la historia como en la construcción de la verdad judicial. Esta visión nos permitirá comprender la manera como conceptos que muchas veces son considerados aislados y sin puntos de contacto, contribuyen a descifrar la dinámica de los conflictos en la práctica judicial, mas también en la perspectiva disciplinar.

Para ello, el artículo abordará en su parte introductoria los tres conceptos dentro de la llamada “Justicia Transicional”. Luego, en la primera parte se establecerán los debates de estos tres conceptos desde una perspectiva del derecho interno y el derecho internacional. En la segunda parte se abordarán la memoria y la verdad a la luz de la historia dentro de la Justicia Transicional. Por último, se formularán las consideraciones finales.

#### PRECISIONES CONCEPTUALES

En una de las emisiones culturales francesas más relevantes del canal público del Senado francés, “Bibliothèque Medicis”<sup>3</sup>, dirigida por JEAN PIERRE ELKABACH, se discutió con DANIEL CORDIER, secretario del sacrificado líder de la resistencia francesa JEAN MOULIN, sobre la diferencia entre historia y memoria. Cordier era entrevistado sobre su libro de memorias<sup>4</sup> en que se refería a los aspectos de su vida al lado de MOULIN. En el texto se mostraban con exactitud los lugares donde ocurrieron los hechos y las circunstancias que los rodearon, vitales para comprender la historia de Francia del siglo XX.

En la emisión se encontraba la historiadora CÉCILE DESPRAIRIES, experta en la ocupación alemana y en el París de esos años. En algunos apartes de la conversación, ella hizo precisiones académicas que llevaron a CORDIER a aclarar que ella tenía razón porque sus “Memorias” estaban matizadas por el recuerdo de las cosas tal como las había vivido, y que la obra de la historiadora<sup>5</sup> le había enseñado mucho y le había cambiado la memoria que él tenía de ese París ocupado que vivió.

Otro ejemplo de flaqueza de la memoria se presentó con el premio Nobel de literatura, GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, quien en un hermoso opúsculo<sup>6</sup> cuenta

3 Emisión del 16 de mayo de 2009 en [<http://www.publicsenat.fr/vod/bibliotheque-medecis/j.-moulin,-d.-cordier,-la-resistance-2/2/61723>].

4 Sobre este tema cfr. las memorias de D. CORDIER. *Caracalla*, Paris, Folio, 2011.

5 DESPRAIRIES, C., *Paris dans la Collaboration* (préface de SERGE KLARSFELD), Paris, Éditions du Seuil, 2009.

6 GARCÍA MÁRQUEZ, G., *El mismo cuento distinto y Simenon*, en *El hombre de la calle*, Barcelona, Tusquest Editores, 1994.

la odisea que lo rodeó cuando intentó vanamente recuperar un texto leído en sus años de vendedor de libros en el caluroso y polvoroso Caribe colombiano. El texto era de GEORGE SIMENON y el argumento lo tenía muy claro. El problema fue cuando se puso en la tarea de conseguirlo. Contactó a ÁLVARO MUTIS, conocedor como el que más de la obra de SIMENON, quien al escuchar el argumento de GARCÍA MÁRQUEZ le respondió que no existía tal cuento. El Nobel colombiano le aseguró que él lo había leído en una vetusta edición impresa en Buenos Aires. Ante el silencio, ubicó a JULIO CORTÁZAR, quien en el acto le dijo que el texto se llamaba *L'homme dans la rue*, así como que estaba incluido en la colección *Maigret et les petit cochons sans queue*. Con esa idea, el Nobel de colombiano se dio a la tarea de buscar el texto. Luego de diez años de búsquedas infructuosas, en la primavera de 1993, BEATRIZ DE MOURA le contó al colombiano de su proyecto faraónico de publicar la obra completa de MAIGRET en doscientos catorce volúmenes, a lo que este le ofreció hacerle una presentación si ella le conseguía el texto buscado. La editora esa misma noche le procuró el texto que el novelista leyó de pie. Su impresión fue enorme. El cuento no estaba contado desde el punto de vista del perseguido, sino del perseguidor. Una mala pasada de su memoria.

Estos dos ejemplos traídos de dos contextos distintos y en campos como la historia y la literatura, ponen de presente la dificultad del manejo de la memoria como elemento de análisis tanto para el juez como para el historiador en todo tipo de proceso donde la memoria sea el actor principal y no uno secundario.

A partir de lo anterior, y para el desarrollo de esta contribución, se tomará en cuenta que la memoria es la base con la cual se construyen tanto la historia como la verdad judicial. Esta memoria debe ser contrastada por parte del juez cuanto por parte del historiador, con todos los elementos o sustratos que la rodeen, según se demostró con los dos ejemplos que se trajeron a colación. Debe tenerse en cuenta que la memoria juega un papel relevante en la construcción de la verdad judicial en la medida en que una vez se recopilan los dichos de quienes utilizan el testimonio como elemento para articular el relato de los hechos, el operador judicial debe implementar todos los mecanismos de constatación para poder obtener la verdad judicial. Recordemos con RICOEUR que la memoria puede ser definida como “la materia prima de la historia, el vivero en el que se nutren los historiadores”<sup>7</sup>. Esta expresión vale para los historiadores y para los jueces u operadores jurídicos que ven en la memoria, dentro de los procesos de Justicia Transicional, una veta a explorar.

Para la historia y para el derecho, la contrastación se concreta con fuentes históricas, y para el juez con pruebas diversas al testimonio o a las declaraciones, que son elemento esencial para la búsqueda de la verdad judicial, pero no definitivo. Sobre este punto, cabe añadir que se ha de perseguir la conver-

7 RICOEUR, P., *La memoria, la historia y el olvido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 499.

gencia entre la verdad histórica y la verdad judicial, la cual se logrará cuando el trabajo del juez haya sido consciente y se hayan desplegado mecanismos de constatación de la memoria, sin caer en el fanatismo de su sublimación.

En cuanto al concepto de historia<sup>8</sup>, debe indicarse que fue replanteado de forma plena en los albores del siglo XX por el movimiento francés denominado “*Annales*”, que permitió entender la historia de forma científica, alejándose de la recopilación de hechos sobre la cual se había estructurado la historiografía con el propósito de hacer de ella lo que LE GOFF llamó “la historia monumento”, es decir, aquella sobre la cual se construyó el Estado-Nación.

El movimiento de los *Annales* surgió como fruto del esfuerzo de MARC BLOCH y LUCIEN FEBVRE, quienes con el anhelo de cambiar las formas eruditas, representadas por SEIGNEBOS y LAVISSE, y la historia política a ultranza, idearon una nueva metodología de hacer historia. Estos cambios se sintetizan de la siguiente forma: en primer lugar, se sustituyó la narración escueta de los acontecimientos por una historia analítica a partir de problemas<sup>9</sup>; en segundo lugar, se amplió el espectro de los campos de estudio a la historia serial, cotidiana, larga duración, y económica<sup>10</sup>; y, por último, la historia se interdisciplinó con otras ciencias (lingüística, semiología, literatura, matemáticas, geografía, sociología, antropología, derecho, medicina, etc.), haciendo con esto que se verificará lo señalado por WHITE e IGGERS<sup>11</sup> al referirse al giro lingüístico y antropológico<sup>12</sup>.

Esa nueva forma de entender la historia no fue primigenia, sino que se realzó con figuras del siglo XIX como LEOPOLD VON RANKE, quien no solo se encargó de escribir sobre la historia política sino que abordó campos de la historia social y cultural (Reforma, Contrarreforma) que tendrían asidero en los estudios que casi un siglo después tendrían algunos colaboradores de la revista *Annales de Historia Económica y Social*. Infortunadamente, en su momento, los epígonos de RANKE no lo siguieron fielmente, y excluyeron de la historiografía cualquier atisbo distinto a la historia política.

Ciertamente tales epígonos no fueron los únicos dedicados a la historiografía. Por contraste, MICHELET, BURCKHARDT y FUSTEL DE COULANGES escribieron desde otra perspectiva, en la que la historia política, aunque era

8 Parte del relato sobre la construcción de la noción de historia la realicé con fundamento en mi capítulo del libro *El derecho en la globalización*, “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, Bogotá, Universidad Externado, 2007, pp. 97-100.

9 Hacer historia a partir de problemas implica que es menester, cuando se estudia, ir más allá de sus propios límites, en la *Historia total del Mundo*, de FERNAND BRAUDEL, 1978, p. 245.

10 BURKE, P., *La revolución historiográfica francesa, La Escuela de los Annales: 1929-1989*, Buenos Aires, Gedisa, 1993, pp. 18-19.

11 IGGERS, G., *La ciencia histórica en el siglo XX*, Idea Universitaria, Barcelona, 1995, pp. 96-104.

12 WHITE, H., *El contenido de la forma y la Metahistoria*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

parte de sus estudios, era complementada por la historia cultural de la familia. FUSTEL DE COULANGES, en su obra *La ciudad antigua*, expuso el origen de Roma a partir de sus costumbres, de sus estructuras familiares, del derecho, de las sucesiones, y con ello explicó de mejor modo una ciudad inexplorada en esos tópicos por la historia erudita<sup>13</sup>.

Así mismo, la historia económica permitió un alejamiento de la historia política, aun cuando, a mi modo de ver, ninguna estructura económica se explica sin un trasfondo político, y viceversa. Ante este movimiento innovador, como indicaba, aparecen BLOCH y LEFEBVRE.

BLOCH, se dedicó a estudiar el medioevo y publicó en consecuencia libros de ese talante, abriendo la brecha con *Los reyes taumaturgos*, trabajo en el cual estudió una época no convencional. Su método era la historia comparada. Bloch, más apasionado por los acontecimientos presentes, se puntualiza en el estudio de la sociología.

LEFEBVRE, por su parte, trabajó más la geografía, debido a la influencia que recibiera de su profesor PAUL VIDAL DE LA BLACHE, y su gran obra fue *Felipe II y el franco condado*. En ese texto, que fue su tesis de doctorado, se muestra la enconada lucha de dos clases rivales, la nobleza en decadencia y endeudada y la ascendente clase burguesa de los mercaderes y abogados que compraban las tierras de los nobles<sup>14</sup>.

Este primer periodo del movimiento liderado por estos dos historiadores fue renovado por FERNAND BRAUDEL, ya que BLOCH murió fusilado por los nazis como miembro de la resistencia en la Segunda Guerra Mundial.

BRAUDEL implementó, con su magna obra *Mediterráneo y el mundo del Mediterráneo en la época de Felipe II*, una forma de historia de larga duración en la cual la atemporalidad y la relación del hombre con su entorno se convierten en un elemento vital para el entendimiento de las estructuras de la historia. En el mismo sentido, la historia cuantitativa con ERNEST LABROUSSE se convierte en otra complementación a este nuevo esquema de la historia. Este autor, con otros colaboradores de la revista que sirvió de expansión de esta historiografía, utiliza la cliometría, es decir, aquella disciplina que se sirve de las matemáticas, la estadística y la geometría para explicar todos y cada uno de los fenómenos históricos.

LABROUSSE se dedicó a las investigaciones que tenían relaciones con los precios. De esa forma escribió *Esbozo de precios e ingresos en la Francia del siglo XVIII*. PIERRE CHAUNU también se introdujo en ese campo al escribir la tesis histórica más larga que se haya escrito, *Sevilla y el Atlántico* (1955-1960)<sup>15</sup>.

13 COULANGES, F., *La ciudad Antigua*, Bogotá, Panamericana, 1995.

14 BURKE. Ob. cit., p. 21.

15 Ibíd., p. 22.

Utilizando la tipología<sup>16</sup> del historiador inglés PETER BURKE, cabe decir que el movimiento de los *Annales* presenta una tercera generación liderada por JACQUES LE GOFF, PHILLIPE ARIÈS, GEORGE DUBY, MICHEL DE CERTEAU, ROGER CHARTIER y EMMANUEL LE ROY, entre otros. Estos autores se vincularon a formas cotidianas de hacer historia. Los problemas propuestos eran la enfermedad, la muerte, la niñez, la familia, el sexo, el matrimonio, el control de natalidad, el aborto, la naturaleza del poder y el liderazgo carismático y autoritario.

Para el inglés, estas nuevas visiones se acercaron más al común de la gente y fueron más relevantes que las vidas de los reyes, presidentes y generales muertos<sup>17</sup>. En el ámbito de estos tópicos se circunscribe el estudio de la larga duración y las mentalidades que alejó la cliometría del interés de la gente y que, por el contrario, percibe la historia como una construcción discursiva y no como una elaboración estadística o matemática.

Para entender esta nueva forma histórica, vale la pena traer a colación los cuatro tipos de historiadores que existen según STONE:

1. Los viejos historiadores narrativos, es decir, los biógrafos e historiadores polícticos.

2. Los cliometristas que continúan actuando como drogados por las estadísticas.

3. Los historiadores sociales correosos, que hacen análisis de estructuras impersonales.

4. Los historiadores de las mentalidades que persiguen ideales, valores, ambientes espirituales<sup>18</sup>.

Como se observa, las mentalidades han sido el último eslabón de la carrera para hacer una historia distinta.

Uno de los adalides de esta tercera etapa del movimiento de la “*Nueva Historia*” fue EMMANUEL LE ROY LADURIE, quien trató de ubicar la historia con un aura de científicidad que difícilmente posee. En su libro *Historia del clima del año mil*<sup>19</sup>, el autor se plantea la relación de la historia con el medio ambiente. La información que muestra el autor la sonsaca de los estudiosos

16 Esta tipología se plantea en tres dimensiones: la primera con MARC BLOCH y LUCIEN LEFEVRE, la segunda con Fernand Braudel, y la tercera con JACQUES LE GOFF, GEORGE DUBY y PHILIPPE ARIÈS principalmente.

17 BURKE. Ob. cit., p. 22.

18 STONE, L., “El renacer de la narrativa”, en *Eco*, septiembre de 1981, n° 239, Buchholz, Bogotá.

19 LE ROY LADURIE, E. *Historia del clima desde el año 1000*, 1971. En este libro se plantean los métodos para hacer investigación histórica del clima. En él se atiborran datos de meteorólogos con los cuales el autor explica las relaciones entre estos y los fenómenos climatológicos en el transcurso de algunos aspectos episódicos durante el tiempo. Del mismo modo, el autor utiliza la economía para justificar sus asertos, que parten de unas premisas generales para concluir sobre un movimiento climático, una baja en la producción o, simplemente, para justificar la peste que se presentó en la edad media.

de estos temas, de tal forma que clasifica y compara la información, tras un proceso de búsqueda del dato que se encuentra en las huellas de las crónicas antiguas. Esta forma de hacer historia es bastante cuestionable por cuanto los datos que se encuentran reflejan un tópico específico que por imprecisiones técnicas no pueden ser constatados de forma apropiada.

Las conclusiones a las cuales se puede llegar en esta clase de textos son absolutamente relativas, por cuanto la información que el historiador recaba sobre cualquier época debe estar sujeta al análisis de las condiciones socioeconómicas en las que se produjo el problema histórico que pretende ser resuelto.

Este ejemplo es útil frente al fuerte argumento dado por STONE cuando aborda los significados de la historia científica, especialmente la tercera acepción. Señala: “Estos son historiadores que construyen modelos paradigmáticos, en ocasiones modelos contrafactuales de mundo que nunca existieron en la vida real, historiadores que ponen a prueba la validez de los modelos mediante las más sofisticadas fórmulas matemáticas y algebraicas, aplicadas a cantidades enormes de datos procesados electrónicamente”<sup>20</sup>.

Con fundamento en el desarrollo que ha tenido la historia como ciencia social, se acogerá la definición dada por el filósofo francés PAUL RICOEUR que la designó como aquel: “singular colectivo de la serie de acontecimientos y el conjunto de los discursos sostenidos a propósito de este singular colectivo”<sup>21</sup>.

Teniendo presente el sentido de historia y memoria, es procedente indicar que el derecho a la verdad será entendido como aquel que

... se enmarca dentro del concepto de reparación y no se entiende como autónomo, toda vez que depende de otros derechos. En ese orden de ideas, consiste en que las víctimas directas o indirectas conozcan lo que ocurrió en cuanto a la violación de los derechos humanos. Este derecho tiene dos dimensiones, una individual<sup>22</sup> y otra colectiva<sup>23</sup>. La primera busca reparar a la víctima y a sus familiares, mientras que la segunda involucra la sociedad en general.

20 STONE. Ob. cit., p. 60.

21 RICOEUR, *La memoria, la historia y el olvido*, cit., p. 391.

22 La dimensión individual ha sido abordada por la Corte IDH en los siguientes casos: *Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 201; *Barrios Altos c. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrs. 47-48; *Paniagua Morales y Otros c. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2001, párr. 200; *Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”) c. Guatemala*, sentencia del 26 de mayo de 2001, párr. 100; *Cantoral Benavides c. Perú*, sentencia del 3 de diciembre de 2001, párr. 69; *Bulacio c. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 114; *Molina Theissen c. Guatemala*, sentencia del 3 de julio de 2004, párrs. 80-81, y *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, párrs. 229-230. Elaboración tomada del voto razonado del juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE en la sentencia *Blanco Romero y otros c. Venezuela*, sentencia del 28 de noviembre, 2005 en [http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm].

23 La social en los casos: *Trujillo Oroza c. Bolivia*, sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 114; *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 274;

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos desde su perspectiva universal se abordó este derecho a través del informe Joinet<sup>24</sup> y el informe Bassioni<sup>25</sup>. En el primero, este derecho se describe en los primeros tres principios en los cuales se establece el derecho inalienable del pueblo y de las víctimas de saber la verdad sobre hechos que entrañaron violación a los derechos humanos. En el segundo, se describe que las víctimas directas e indirectas deben beneficiarse del derecho a la verdad.

La aplicación de este derecho se ha realizado en el sistema interamericano y no en el europeo. La explicación: el tipo de problemas jurídicos planteados difieren en cada uno de los continentes. Es así como en América, la jurisprudencia de la Corte IDH ha enfatizado la aplicación de este derecho en los casos de desaparición forzada de personas o de masacres contra la población civil en los cuales las víctimas exigen la verdad de la desaparición de sus familiares y la ubicación de los restos para darles un último adiós. Esto se verificó en casos como *Castillo Páez contra Perú*, *Bamaca Velásquez contra Guatemala*, *19 comerciantes contra Colombia*, *El Mozote contra El Salvador*, *Santo Domingo contra Colombia* entre otros<sup>26</sup> en los cuales se les exigió a los Estados a título reparatorio que se informara la verdad de lo ocurrido y se localizaran los restos de las víctimas para efecto de aliviar la conciencia de sus familiares.

La Corte IDH indicó que las víctimas y sus familiares tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido<sup>27</sup> por cuanto constituye un medio importante de repara-

*Masacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 2004, párr. 98; *Carpio Nicolle y Otros c. Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre de 2004, párr. 128; *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, sentencia del 1º de marzo de 2005, párrs. 62 y 169; *Huilca Tecse c. Perú*, sentencia del 3 de marzo de 2005, párr. 107; *Comunidad Moiwana c. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 204; *Gutiérrez Soler c. Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 96, y *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 298. Elaboración tomada del voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE en la sentencia *Blanco Romero y otros c. Venezuela*, cit. Del mismo modo, cfr. las sentencias de la Corte IDH en los casos *Masacre de El Mozote c. Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2012, párr. 301, y *Santo Domingo c. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012.

24 LOUIS JOINET, Informe final de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 49º período de sesiones. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, en [<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/db75a8c4584f145a8025665e004857b6?Opendocument>].

25 CHERIF BASSIOUNI, Informe final de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 56º período de sesiones. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/reparacion.html>.

26 Corte IDH, caso *19 comerciantes c. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 97, y caso *Santo Domingo c. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, párr. 301, en [<http://www.corteidh.or.g>].

27 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de fondo del párr. 181; caso

ción para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer<sup>28</sup>.

En el caso *El Mozote contra El Salvador*, la Corte IDH<sup>29</sup> estableció que las masacres acaecidas hace 31 años que no han sido investigadas plantean una violación a los derechos humanos de las víctimas. Para el tribunal, la impunidad ha sido amparada por la Ley de Amnistía General celebrada en ese país. La falta de diligencia, la ausencia de investigación y la inactividad procesal le permitieron al tribunal interamericano determinar la responsabilidad del Estado salvadoreño por la inexistencia de un recurso efectivo para garantizar el derecho de acceso a la justicia, el derecho a conocer la verdad y el derecho a la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.

Ulteriormente, en el caso *Santo Domingo contra Colombia*, la Corte estableció que a pesar de la existencia de normas de carácter interno que tienden a restablecer la dignidad de la víctima, correspondía ordenar al Estado realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el cual se hiciera referencia a los hechos del caso y a la responsabilidad. Este acto confirma la relación estrecha entre justicia, reparación y derecho a la verdad, y la postura internacional frente a procesos internos de reconciliación.

Por último, la Justicia Transicional debe ser entendida como la trató el filósofo y cientista social JON ELSTER, para quien “ésta se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro”<sup>30</sup>. Sobre este punto, OROZCO ABAD explica que las transiciones pueden ser de un régimen autoritario a uno democrático o de una situación de guerra a una de paz<sup>31</sup>.

GARAY, a su turno, plantea que la Justicia Transicional

... tiene entre sus pilares la búsqueda de un equilibrio de intereses de los agentes que participan en el proceso de transición hacia la democracia o hacia el fin del conflicto armado (los cuales generalmente se traducen en beneficios penales), y el derecho de las víctimas a una reparación apropiada y proporcional. De esta manera, el marco de la Justicia Transicional es la flexibilización de algunas de las

*Heliodoro Portugal*, párr. 146, y caso *García Prieto y otros*, párr. 102, en [<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>].

28 Cfr. BARBOSA DELGADO, F., *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 2012 pp. 140-143.

29 Corte IDH, caso *Masacre de El Mozote c. Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2012, párr. 301.

30 ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 15

31 Cfr. OROZCO ABAD, I., *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2009,

dimensiones operacionales de la justicia para contribuir a la transición y, en todo caso, debe partir de un reconocimiento lo más amplio posible del universo de las víctimas, de los daños infligidos a las mismas y del compromiso en avanzar hacia una reparación integral en equidad<sup>32</sup>.

Por último, BICKFORD la define como el momento de ruptura con el pasado, ofreciendo un nuevo momento social<sup>33</sup>.

Con fundamento en estos abordajes teóricos se procederá a desarrollar el plan explicado en la parte introductoria de esta contribución académica, no sin antes advertir que los conceptos desarrollados tienen una imbricación tal que no pueden ser entendidos o explicados de forma aislada, poniendo de presente que el esfuerzo de esta contribución académica se encamina a observarlos y analizarlos de forma transdisciplinar.

## I. LA MEMORIA, LA HISTORIA Y EL DERECHO A LA VERDAD: ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

### A. Una visión desde la política nacional: entre la política y el derecho

La memoria ha quedado en medio de un fuerte debate político en el marco de la Justicia Transicional. Este debate se ha fundamentado en dos visiones: la jurídica y la política. La primera, que se podría considerar inocente, consiste en la idea de poner punto final al conflicto armado a través de unas posturas maximalistas dentro del derecho que consistirían básicamente en buscar el más alto castigo para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario; por su parte, las posturas minimalistas buscan que un acuerdo de paz, en el caso colombiano, permita el tránsito de la guerra a la paz, que este se produzca en términos exclusivamente políticos. Para ellos, los acuerdos de punto final o amnistías generales son el lugar ideal para retornar a la convivencia, partiendo de cero.

El debate se puede explicar también en términos de lo que OROZCO ABAD denomina como positivismo o idealismo. Para el autor, existe un “ascenso del idealismo y un declive del realismo, lo cual ha implicado un cambio fuerte en las correlaciones de fuerzas entre política y derecho a favor de este último, y con ello, un fortalecimiento progresivo de un derecho dominado más por principios normativos que por acontecimientos fácticos”<sup>34</sup>.

32 GARAY SALAMANCA, L.J., *Memoria y reparación: Elementos para una Justicia Transicional pro víctima*, Bogotá, Universidad Externado, 2012, pp. 62-63.

33 BICKFORD, L., *Transitional justice, in the encyclopedia of genocide and crimes against humanity*, vol. 3, 2004, p. 1045, 2004, citado en AMANDA LYONS. “For a just transition in Colombia”, en *Contested transitions. Dilemmas of transitional justice in Colombia*, Bogotá, Royal Norwegian, Ministry of Foreign Affairs, 2010, p. 15.

34 OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit., p. 61.

Este triunfo del idealismo frente al realismo ha puesto en la palestra una postura según la cual existen dogmas en el proceso de reconciliación tales como “la memoria” y “las víctimas”, que, como se verá más adelante, pueden tener una doble calidad por virtud de la misma naturaleza del conflicto. En cuanto a la “memoria”, esta se concibe desde una postura idealista como intangible, dejando de lado la lógica de su análisis en la medida en que solamente debería ser un elemento más para la toma de decisiones por parte de los jueces y una fuente de estudio para los historiadores. Para los primeros, no es posible acercarse al derecho a la verdad sino en la medida en que todos los medios de prueba sean constatados y contrastados, mientras que para los segundos, deben trabajarse otras fuentes para ubicarse en el lugar de producción y así construir un relato con cierto sentido de cientificidad.

Frente al caso colombiano, no solo ha existido una primacía del idealismo frente al realismo, alejándonos de la posible transición, sino que se ha presentado una desafortunada orientación legal que ha llevado a la pulverización de la realización de la Justicia Transicional sobre la base de una judicialización extrema y precaria –solo 14 sentencias en el proceso de Justicia y Paz y 180 en materia de restitución de tierras derivada de la Ley 1448 de 2011–, frente a un número excesivo de declaraciones que no permiten tener una adecuada aplicación de esta transición y, por ende, impiden la verdad judicial. Ante esto, la opinión pública siente que hay injusticia e impunidad por la ausencia de condenas, lo que conduce a que el aparato judicial, sin detenerse mucho en su función, proceda en muchos casos a considerar los relatos de las víctimas como pruebas únicas e intangibles dentro de los expedientes, o bien a crear unidades de análisis de contexto, cuando esas deben ser funciones de los académicos interesados en el tema.

En igual sentido, la judicialización y la maximización de los ideales de justicia condujeron a la deslegitimación de la política, deslegitimación que no solo se explica por esa delegación que la sociedad le hizo a la rama judicial, sino por el nivel de complicidad entre los grupos armados y un grupo importante de políticos. Sobre este enlace entre algunos políticos y los grupos armados debe recordarse lo indicado por el historiador MARCO PALACIOS<sup>35</sup> quien plantea la existencia de tres países en Colombia: el país urbano, y dos poderes fácticos. El primero es aquel en el cual “la autoridad es respetada, allí en más clara la legitimidad política, son más claras las reglas de la democracia representativa, cada vez son más transparentes los negocios del Estado, etc.”. En este país se clasifican las grandes ciudades colombianas. Por el lado de los poderes fácticos se destacan el paramilitarismo y los grupos de desmovilizados, muchos de ellos reconvertidos en delincuentes comunes que regresaron al control de las zonas del norte del país, especialmente. El segundo poder fáctico es la guerrilla, que se concentra de manera predominante en el sur del

35 Cfr. PALACIOS, M., *Entre la legitimidad y la violencia: 1875-1994*, Bogotá, Norma, 2003.

país y en algunos lugares del occidente, a pesar de su debilitamiento merced a los golpes militares del Gobierno del presidente URIBE.

Los dos poderes fácticos se fundan en los intereses de los cultivos ilícitos, de la delincuencia, de las altas tasas de violencia, del contrabando, del secuestro, de la libre e ilimitada negociación y de la burla a la ley. En esos territorios la policía, el poder judicial y el sistema electoral son fachadas.

El vínculo del poder central y los poderes fácticos, según Palacios, se realiza de forma armónica, es decir que en el centro se encuentran los *intermediarios* “que posibilitan las redes locales, así como los mercados y el Estado brinda cobertura legal y referencia cultural”. Añadiría, por mi parte, que el funcionamiento de ese mundo de la facticidad se estructura sobre la base económica central a través de las regalías y participaciones para esas “redes locales”, que incluyen autores diversos –guerrilleros, paramilitares, senadores, representantes a la Cámara, gobernadores o alcaldes, entre otros–, quienes realizan los vínculos que plantea PALACIOS con el poder central<sup>36</sup>.

Así pues, el maridaje entre política y derecho en el marco de la Justicia Transicional quedó roto por la participación del legislativo en el marco del conflicto, dejando a una “incontaminada justicia” resolviendo a través de sentencias y fallos uno de los conflictos más largos y sangrientos del continente americano.

### *B. Una visión desde el derecho internacional de los derechos humanos: entre la ética universalista y una perspectiva contextualista*

Frente al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), la discusión puede plantearse de la misma forma que la precedente. El DIDH ha establecido una suerte de estándares a través de su jurisprudencia que han hecho posible la existencia de un diálogo de jueces. En el caso de los derechos humanos, la discusión no tiene mayor problema. La gran mayoría de los países latinoamericanos han incorporado en su ordenamiento la noción de “bloque de constitucionalidad”, lo que ha permitido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros tribunales sea incorporada por los tribunales constitucionales<sup>37</sup> y, con ello, que se interpreten y apliquen los derechos fundamentales conforme a esos estándares.

La anterior visión no ha sido atacada por su valor axiológico y por la necesaria construcción de un aparato normativo. Empero, en donde la discusión es álgida<sup>38</sup> es en la aplicación de estándares maximalistas internacionales para

36 Extraído de mi blog, “Margen Cultural”, 5 de diciembre de 2008, en [<http://margencultural.blogspot.com/search?q=marco+palacios>].

37 TAMANAHA, B., *En torno al Estado de derecho, Historia, política y teoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 265-294.

38 RODRIGO UPRIMNY sostiene los enfoques dominantes de la Justicia Transicional que

solucionar problemas contextuales de guerra. En esos casos, se invoca la necesidad de entender el lugar de producción y evitar generalizaciones o listas de requerimientos para la realización de procesos de transición. Contrario a esto, se ha venido imponiendo un criterio internacional –idealista–, que impide cualquier forma de transacción sobre un acuerdo de las partes para dejar atrás el conflicto. Esa falta de margen de apreciación –entendiendo que existen ciertos elementos imprescindibles, *como el respeto de las víctimas*– condena a las sociedades a la continuación del conflicto, evitando las transiciones y maximizando las autoridades judiciales que están atadas al idealismo de los derechos humanos.

OROZCO ABAD comenta sobre estas ideas que “la Justicia Transicional también es trágica porque [...] es el lugar donde se despliegan las más fuertes tensiones entre el idealismo y el realismo, el universalismo y el contextualismo, el principio de mayoría y los derechos humanos, la racionalidad administrativa y la racionalidad judicial, la racionalidad político-militar y la policivo-punitiva, las lógicas de la justicia y las lógicas de la reconciliación, y porque dichas tensiones dan lugar a fórmulas transaccionales que son percibidas como fórmulas de *second best* y hasta de ‘mal menor’”<sup>39</sup>.

Ejemplos de esta tensión se dan en múltiples formas. Recordemos<sup>40</sup>:

... autores como el juez de la Corte Internacional de Justicia y antiguo juez de la Corte Interamericana de derechos humanos, ANTONIO CANÇADO TRINDADE y el experto CHERIF BASSIOUNI “consideran que con las amnistías e indultos se ha implementado la impunidad; ésta se ha convertido en el precio político que ha de pagarse para hacer cesar la violencia en los conflictos en curso, o para garantizar un cambio de régimen, en cuyo caso las víctimas se convierten en objeto de compensaciones y la justicia en instrumento de la *Realpolitik*”.

Esta forma de contrasentido institucional, adopción de indultos y amnistías, se contraponen con la aceptación de nuevos desarrollos institucionales como la llamada “Justicia Transicional” que permite la implementación de una forma transitoria de justicia que cumpla con los estándares de derechos humanos<sup>41</sup>. Esta justicia internacional permite el enjuiciamiento de los responsables de la violación de

defienden sin matiz el derecho a la verdad, el deber social de memoria de las atrocidades, el imperativo ético y jurídico de castigo a los perpetradores y la distinción entre víctimas y victimarios: cfr. UPRIMNY, R., Prólogo a OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit., p. XI.

39 OROZCO ABAD, ob. cit., p. 75.

40 BARBOSA DELGADO, F., *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, cit., pp. 117-119.

41 Cfr. UPRIMNY, R., “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales formas de Justicia Transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia Transicional sin transición? :*

derechos humanos, sin caer en lo que una parte de la doctrina idealista considera sobre de las comisiones de verdad<sup>42</sup>. Esta nueva manera de comprender la justicia se formalizó a través de la adopción de los principios de Chicago de Justicia Transicional en los cuales se explica que este tipo de justicia debe responder a criterios de flexibilidad conforme a las reglas locales, respetando la discrecionalidad procesal del Estado<sup>43</sup>.

La Corte IDH tuvo la oportunidad de establecer los elementos que debe contener una política pública en materia de Justicia Transicional, utilizando el caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia. En este caso, el tribunal interamericano consideró que el Estado debe cumplir con su deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para lograrlo, el tribunal sugirió las siguientes acciones, a saber: observarse el debido proceso, garantizarse el plazo razonable, el principio de contradicción, el principio de publicidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de la cosa juzgada, el principio de reparación integral y el principio de recurso efectivo. De forma específica, la Corte IDH considera que deben protegerse testigos, víctimas, familiares y operadores de justicia, establecerse la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones con la violación, garantizar la participación de las víctimas durante todas las etapas del proceso e imponer sanciones proporcionales al tipo de bien jurídico afectado por el autor del delito<sup>44</sup>.

Curioso, por decir lo menos, que con la existencia de estos principios no se hubiera procedido a avanzar en un proceso de transición que no excluyese el componente político y el contexto en el que se desarrolla el conflicto. Difícilmente, el Estado colombiano tendrá margen nacional de apreciación para efecto de resolver sus conflictos cuando se toma en cuenta el idealismo y universalización de los derechos humanos emanados de los jueces internacionales en el caso de los conflictos armados de carácter interno. De hecho, debe recordarse lo indicado por la Corte IDH en la reciente sentencia recaída

*Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia 2004, p. 17-45, y OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit.

42 Cfr. el capítulo “Gross and systematic violations” de SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2005, pp. 389-424. En igual sentido cfr. SÁBATO, E., “Nunca más”, Informe de la Comisión sobre la desaparición de personas en la República Argentina, 1985.

43 Sobre este aspecto cfr. el principio 1, “Discrecionalidad estatal procesal”, y 4, “Vetting”, Inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas. Los Estados deberían aplicar políticas de inhabilitación, sanciones y medidas administrativas de los Principios de Chicago, en CHERIF BASSIOUNI, Los principios de Chicago sobre Justicia Transicional, International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affaire, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007, pp. 1-36.

44 Corte IDH, caso *Masacre la Rochela c. Colombia*, sentencia del 11 de mayo de 2007, párrs. 190-198, en [<http://www.coridh.or.cr/casos.cfm>].

en el caso *El Mozote contra El Salvador*<sup>45</sup> –país que firmó una amnistía para superar su conflicto–, en la cual dictaminó que ese Estado era responsable por violación de los derechos humanos por no haber investigado y sancionado a los responsables de las masacres objeto del caso, rechazando la amnistía como un mecanismo de impunidad en el caso concreto.

Por lo expuesto, la ética universalista se impondrá sin parar mientes en los diversos soberanismos que puedan existir en el marco de los conflictos armados. La Justicia Transicional debe procurar hacer la transición tomando en cuenta el derecho a la verdad, como una forma de resolver un problema no solo de índole judicial, sino atendiendo a sus componentes de carácter interno.

## II. LA MEMORIA Y LA VERDAD A LA LUZ DE LA HISTORIA DENTRO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

### A. *El oficio del juez y del historiador*

Con los argumentos expuestos, es del caso introducirnos en el oficio del juez y del historiador. Ante de ello debemos hacer hincapié en los métodos para hacer la historia<sup>46</sup>. PETER BURKE, en su libro *Historia y Teoría Social*, señaló de forma enunciativa cuatro formas de hacer la historia: el método comparativo, el modelo cuantitativo, los modelos y los tipos, y la microhistoria<sup>47</sup>.

El historiador francés MICHEL DE CERTEAU<sup>48</sup> formuló, para desarrollar estos métodos, un proceso para hacer historia que implicaba comprometerse con una operación historiográfica. Esta visión partía de la base del cuestionamiento de las fuentes, es decir, de que se sometiera un interrogatorio permanente a estas para responder la pregunta que se formulaba sobre ellas. En este punto, el fundador de los *Annales*, MARC BLOCH<sup>49</sup>, consideró que el conocimiento de todos los hechos humanos en el pasado debe darse por medio de huellas. Estas huellas no son otra cosa que documentos y testimonios que, *per se*, no sirven de mucho si no se les sabe interrogar para buscar el problema que se plantea. Por ello, es necesario saber escudriñar para elaborar, a la manera de un fiscal o un juez, la psicología del testimonio y así captar la mentira y el error de las fuentes. En esencia, BLOCH propone un método crítico porque el historiador no estudia el presente con la esperanza de descubrir en él una re-

45 Corte IDH, caso *Masacre de El Mozote c. El Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2013.

46 Parte del relato sobre la construcción de la noción de historia la realicé con fundamento en mi capítulo del libro “El derecho en la globalización”, “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, Bogotá, Universidad Externado, 2007, pp. 97-100.

47 BURKE, ob. cit., p. 23.

48 DE CERTEAU, MICHEL, *La escritura de la Historia*, México, UNAM, 1993.

49 BLOCH, MARC, *Apología para la historia o el oficio del historiador*, México Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 81-82.

producción exacta del pasado. Simplemente busca en el presente los medios para entender y sentir mejor el pasado<sup>50</sup>.

Por otro lado, CARR de forma escueta indicó: “La historia consiste en un cuerpo de hechos verificados. Los hechos los encuentra el historiador en los documentos, en las inscripciones, etcétera, lo mismo que los pescados sobre el mostrador de una pescadería. El historiador los reúne, los lleva a casa donde los guisa y los sirve como a él más le apetece”<sup>51</sup>.

En síntesis, los métodos para hacer la historia no son taxativos y estrictos. Son abiertos y dependen de la textura de la investigación. Creo que los estándares de BURKE son adecuados siempre y cuando se moldeen a la investigación que se plantea. De nada sirve usar un método cuando con él no puedo responder la pregunta que se formula al inicio de la investigación.

En cuanto al oficio del juez, debe tenerse en cuenta que para que pueda llegar a una decisión o sentencia es menester que analice todos los “datos” relevantes para construir una solución al problema que se plantea. Estos datos, como, por ejemplo, los hechos, la manera de estructurar la institucionalidad a través de derecho, el estudio de las mentalidades, etc., pueden ser trabajados tanto por los juristas que conozcan las formas metodológicas de la historia, como por los historiadores que verifiquen en esos elementos categorías para hacer una historia de las mentalidades en el derecho, o bien una historia del derecho general, que tanta falta hace respecto de los múltiples tópicos que pueden surgir de una propuesta historiográfica del derecho, la justicia, los mecanismos de participación ciudadana, la mentalidad legislativa y tanto otros aspectos que no solo pueden ser desarrollados desde la teoría, sino desde sus prácticas.

El oficio del juez y del historiador se diferencian en el ejercicio de la Justicia Transicional cuando, al decir de OROZCO, “se observa [...] que mientras los jueces –ordinarios– investigan contextos limitados, los historiadores investigan grandes contextos, de manera que amplían el número de los protagonistas y los niveles de análisis. Mientras el juez se ocupa de hechos en su singularidad, el historiador está abierto a las comparaciones. De importancia capital en lo que atañe a las diferencias es sobre todo el hecho de que mientras que las sentencias –y esto vale para todas– son definitivas (debido a la cosa juzgada), los juicios históricos son provisionales”<sup>52</sup>.

Para RICOEUR, la investigación historiográfica es de dos clases:

... las primeras conciernen a la fase deliberativa del juicio; los segundos, a su fase conclusiva. En la deliberativa, el proceso consiste esencialmente en una ceremonia de lenguaje que pone en juego una pluralidad de protagonistas; descansa en una ofensiva de argumentos en los que las partes opuestas acceden a la palabra de

50 *Ibíd.*, pp. 54-57.

51 CARR, EDWARD H., *¿Qué es la historia?*, Barcelona, Seix Barral, 1982, p. 12.

52 OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit., p. 95.

igual modo; esta controversia organizada quiere ser, por su corrección, un modelo de discusión en que las pasiones que alimentaron el conflicto son trasladadas al ruedo del lenguaje. Esta cadena de discursos cruzados articula, uno sobre otro, momentos de argumentación, con sus silogismos prácticos y momentos de interpretación que descansan simultáneamente en la coherencia narrativa de los hechos inculminados y en la conveniencia de la regla de derecho llamada a calificar penalmente los hechos.

RICOEUR nos recuerda: “la sentencia señala, por su carácter definitivo, la diferencia más evidente entre el enfoque jurídico y el enfoque historiográfico de los mismos hechos: la cosa juzgada puede ser discutida por la opinión pública pero no juzgada de nuevo”<sup>53</sup>.

El filósofo francés continúa diciendo: “El historiador no puede admitir esta limitación de la mirada [...] situará de nuevo las decisiones puntuales de los dirigentes y sus intervenciones en el marco de encadenamientos más amplios, más complejos. Allí donde el proceso criminal sólo quiere conocer protagonistas individuales, la investigación histórica relaciona continuamente los personajes con las multitudes, con movimientos y con fuerzas anónimas”<sup>54</sup>.

Con fundamento en lo anterior, se percibe una clara distinción en el rol del historiador y el juez, teniendo presente que utilizan la misma documentación –fuentes para el historiador, pruebas para el juez–, para conducir la búsqueda de una respuesta histórica o de una verdad judicial. Debe tenerse presente que en su respectiva función, podría permitírsele al historiador hacer microhistoria al tratar de desentrañar un caso concreto, mientras que al juez no le es dable hacer análisis de contexto, evento que ha operado en la justicia internacional –tribunales *ad hoc*– por el nivel irrisorio de sanción y por la necesidad de comprensión del conflicto. En el caso del derecho interno, lo anterior no es posible. Esa es una de las funciones que le corresponderían al legislativo y el ejecutivo, pero no a la rama judicial, que carece de elementos para la formulación de políticas públicas a través de fallos judiciales.

Debe señalarse que le cabe toda la razón a OROZCO ABAD cuando indica que “las transiciones negociadas a la paz tienden a ser menos punitivas que las transacciones negociadas a la democracia, por lo menos en cuanto tienen como puntos de partida procesos de barbarie simétrica”<sup>55</sup>.

### *B. El exceso de memoria y las zonas grises*

Discutir sobre la memoria o sobre las víctimas puede ser políticamente incorrecto durante un proceso de transición. Es más simple ser idealista y pensar

53 RICOEUR, *La memoria, la historia y el olvido*, cit., p. 418.

54 *Ibíd.*, p. 422.

55 OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit., p. 159.

en términos de sanción extrema a los victimarios y de reparación integral a las víctimas. Sobre este punto mantengo mis reservas.

RICOEUR ha abordado el problema del exceso de memoria, poniendo de presente la dificultad que existe en deslindarla del análisis y de la contrastación. Para el citado autor, “[p]rivilegiar en exceso la memoria es sumergirse en el oleaje indomable del tiempo. El estatuto de la memoria en una historia es inseparable de la reflexión sobre el binomio pasado/presente, que es propio de una sección distinta, ya que la oposición señalada por este binomio no es neutral, sino que expresa un sistema de valoración, como en los binomios antiguo/moderno, progreso/reacción”<sup>56</sup>.

La postura anterior debe unirse con la idea desarrollada por OROZCO ABAD en torno a las zonas grises del conflicto colombiano, en la cual se hace muchas veces notorio el traslape de la función de víctima y victimario en la aplicación de la Justicia Transicional horizontal –secuencias de guerra a paz–, en donde se dificulta la determinación de los actores del conflicto. Veamos algunos asertos del autor sobre este particular: “En todo proceso de victimización vertical u horizontal, pero sobre todo en los que tienen lugar en las dictaduras totalitarias o en las guerras totales, suele haber enormes y abundantes zonas grises, y su comprensión resulta necesaria para poder alcanzar un entendimiento adecuado de los blancos y los negros”<sup>57</sup>. Y luego continúa diciendo:

... la diferenciación clara entre los roles y los campos del victimario y de la víctima propios de los modelos de victimización vertical, sobre todo en cuanto autoritarios y no totalitarios, favorece que tanto las víctimas como los terceros reaccionen a la seguridad de saber quiénes son los buenos y quienes son los malos, desplegando fuertes sentimientos retribucionistas que no descansan hasta obtener o bien venganza o justicia retributiva. Y que, por el contrario, la falta de claridad en torno a quiénes son los buenos y quiénes son los malos, propia de los modelos de victimización horizontal –pero sobre todo de las guerras totales e inter-comunales–, con su colapso abundante de los roles del victimario y de la víctima, suele producir lo que PRIMO LEVY denomina una suspensión “trágica” del juicio de reproche, la cual despeja el campo para que tengan lugar lógicas de compensación de culpas, de perdón recíproco y hasta grandes amnistías<sup>58</sup>.

Con esta realidad, difícilmente el juez podrá distinguir estas zonas grises en los testimonios recepcionados de las víctimas, lo que desconfigura la visión de la transición y premia un exceso de memoria sin ninguna clase de constatación. El derecho a la verdad difiere de la memoria. Para la Corte Constitucional colombiana, el derecho a la verdad, gracias a la jurisprudencia internacional,

56 RICOEUR, *La memoria, la historia y el olvido*, cit., p. 499.

57 OROZCO ABAD, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, cit., pp. 99-100.

58 *Ibíd.*, p. 157.

debe buscarse en el marco de la Justicia Transicional. Esta postura se colige, entre otras, de la sentencia de tutela T-025 de 2004, de la de constitucionalidad C-370 de 2006, del auto 008 de 2009 y de la sentencia del 28 de agosto de 2013 que determinó la exequibilidad del “*Marco Jurídico para la Paz*”.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Tomando en consideración lo expuesto, en la presente contribución académica se abordó la relación existente entre la memoria, la historia y el derecho a la verdad como tres aspectos que tienen múltiples relaciones en el marco de la Justicia Transicional. Al mismo tiempo, se mostró el papel que juega en los procesos de Justicia Transicional tanto en la narración de la historia como en la construcción de la verdad judicial. En la segunda parte se abordó la memoria y la verdad a la luz de la historia dentro de la Justicia Transicional, poniendo de presente temas como el “exceso de la memoria” y las “zonas grises” que confirman la tesis de desmantelamiento de la idea de memoria como un todo o de la esquizoide judicialización de los conflictos en procesos de Justicia Transicional horizontales como el colombiano que difieren de los verticales, mucho más determinables y que pueden darse el lujo de establecer una alta penalización a los victimarios y una reparación ideal de las víctimas.

#### REFERENCIAS

- BARBOSA DELGADO, F., *Litigio Interamericano*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2002.
- BARBOSA DELGADO, F., *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 2012.
- BASSIOUNI, C., *Los principios de Chicago sobre Justicia Transicional*, International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007.
- BLOCH, M., *Apología para la historia o el oficio del historiador*, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BURKE, P., *La revolución historiográfica francesa, La Escuela de los Annales: 1929-1989*, Buenos Aires, Gedisa, 1993.
- CARR, E.H., ¿Qué es la historia?, Barcelona, Seix Barral, 1982.
- CERTEAU, de M., *La escritura de la Historia*, México, UNAM, 1993.
- CORDIER, D., *Caracalla*, Paris, Folio, 2011.
- COULANGES, F. de, *La ciudad Antigua*, Bogotá, Panamericana, 1995.

- DESPRAIRIES, C., *Paris dans la Collaboration* (préface de SERGE KLARSFELD), Paris, Éditions du Seuil, 2009.
- ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 15.
- GADAMER, H.G., *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1984.
- GARCÍA MÁRQUEZ, G., *El mismo cuento distinto y Simenon, El hombre de la calle*, Barcelona, Tusquest, 1994.
- GARAY SALAMANCA, L.J., *Memoria y reparación: Elementos para una Justicia Transicional pro víctima*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- IGGERS, G., *La ciencia histórica en el siglo XX*, Barcelona, Idea Universitaria, 1995.
- LE ROY LADURIE, E., *Historia del clima desde el año 1000*, 1971.
- LYONS, AMANDA, “For a just transition in Colombia”, en *Contested transitions. Dilemmas of transitional justice in Colombia*, Bogotá, Royal Norwegian, Ministry of Foreign Affairs, 2010.
- MARAI, S., *Divorcio en Buda*, Barcelona, Salamandra, 2002.
- NORA, P., *Historien Public*, Paris, Gallimard, 2011.
- OROZCO ABAD, I., *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis/ Universidad de los Andes, 2009,
- RICOEUR, P., *La memoria, la historia y el olvido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2005.
- SABATO, E., “Nunca más”, Informe de la Comisión sobre la desaparición de personas en la República Argentina, 1985.
- STONE, L., “El renacer de la narrativa”, en *Eco*, septiembre de 1981, n° 239, Bogotá, Buchholz.
- TAMANAH, B., *En torno al Estado de derecho, historia, política y teoría*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.
- UPRIMNY, R., Prólogo a OROZCO ABAD, I., *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2009.
- UPRIMNY, R., “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales formas de Justicia Transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia Transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2004, pp. 17-45.
- WHITE, H., *El contenido de la forma y la Metahistoria*, Fondo de Cultura Económica, 2000.