

LA JUSTICIA TRANSICIONAL DEL POSACUERDO CON LAS FARC-EP

HEIDI ABUCHAIBE*

Resumen

Tras doce años de introducido por primera vez el discurso de la justicia transicional en el país, la firma del acuerdo de paz entre el Gobierno nacional y las FARC-EP plantea la necesidad de analizar este instrumento, eminentemente político, a la luz del desarrollo de políticas públicas e instrumentos previos sustentados en la justicia transicional y el derecho constitucional a la paz. Para ello se hace un recorrido crítico sobre la justicia transicional en Colombia y la coherencia e integralidad del contenido de las medidas previas, con los postulados y contenidos del acuerdo. Se parte de la hipótesis de que en Colombia existe un marco constitucional transicional que obliga a integrar los esfuerzos en una política de justicia transicional única, concatenada e integral, que garantice la seguridad jurídica de lo pactado, el fortalecimiento institucional y

el goce efectivo de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Palabras clave: justicia transicional, Colombia, acuerdo de paz, FARC-EP.

THE TRANSITIONAL JUSTICE OF THE POST-AGREEMENT WITH FARC-EP

Abstract

After twelve years of introducing the transitional justice discourse in Colombia for the first time, the signing of the peace agreement between the National Government and the FARC-EP raises the need to analyze this political instrument in the light of public policies and prior instruments based on transitional justice and the constitutional right to peace. It seeks to make a critical journey on transitional justice in Colombia and the coherence

* Magíster en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos, del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo. Docente investigadora del CIPE de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia (Colombia). heidi.abuchaibe@uexternado.edu.co
Recibido: 12/12/2016/ Modificado: 23/02/2017/ Aceptado: 25/02/2017.

Para citar este artículo

Abuchaibe, H. (2017). La justicia transicional del posacuerdo con las FARC-EP. *OPERA*, 20, pp. 129-153.

doi: <https://doi.org/10.18601/16578651.n20.07>

of previous measures, with the postulates of the agreement. It is based on the hypothesis that there is a transitional constitutional framework in Colombia that requires the integration of efforts into a single, concatenated and integral transitional justice policy that guarantees legal certainty, institutional strengthening and the effective enjoyment of rights of victims of the armed conflict.

Key words: Transitional justice, Colombia, peace agreement, FARC-EP.

Después de cuatro años de negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, las partes lograron sellar el denominado “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Este acuerdo viene a complementar una serie de esfuerzos previos que el Estado colombiano ha realizado por décadas para reincorporar a la vida civil a actores armados y que, en el pasado reciente, se han sustentado en la justicia transicional.

Distintos debates teóricos se han generado alrededor de los contenidos de dicho acuerdo, su refrendación y el fundamento jurídico sobre el cual se erige. En medio de la polarización que políticamente ha representado la negociación, fruto, entre otros, de viejos distanciamientos partidarios y lo prolongado del proceso, la justicia transicional ha sido eje central de discusión.

Mientras para el Gobierno nacional las negociaciones y el contenido del acuerdo se sustentan en los principios de la justicia transicional, del otro lado de la mesa, las FARC-EP han rechazado el término y su efecto sobre el acuerdo. Tanto Gobierno como FARC-EP desconocen el rango constitucional que otorgaba a la justicia transicional el denominado Marco Jurídico para la Paz, y algunos sectores ponen en tela de juicio los nexos entre las medidas propias del acuerdo y las correspondientes a procesos previos en el marco de la justicia transicional, como los implementados mediante la Ley de Justicia y Paz, la denominada ley de desmovilizados, e incluso la Ley de Víctimas.

Del discurso oficial se vislumbra la tesis de que el único componente de justicia transicional en lo pactado corresponde a las medidas propias del denominado punto 5 sobre víctimas, y más específicamente en lo que respecta a la determinación de responsabilidad individual a través de la Jurisdicción Especial para la Paz. Se niega así el carácter de mecanismo de justicia transicional al acuerdo mismo en su integralidad.

La ambigüedad y discrepancia sobre el término puede explicar por qué ninguno de los textos preliminares del acuerdo o su versión final contempla, de una parte, el término justicia transicional, y, de otra, la Constitución como marco normativo de referencia a esta¹.

¹ Los numerales 4 y 19 del componente 5.1.2. del Acuerdo Final establecen como principios que el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, se fundamenta de la autonomía del Estado para conformar la jurisdicción la Carta de Naciones Unidas (4), y los marcos jurídicos de referencia son el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) (19).

Esta constatación fundamenta la necesidad de estudiar, desde una perspectiva político-jurídica, la incorporación, interrelación e interpretación de las obligaciones que del acuerdo se desprenden, con aquellas de máximo rango nacional, y en especial las que, en el marco de la justicia transicional están destinadas a afrontar los legados de violencia del pasado, transitar hacia la paz y cumplir con el deber de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Así, el presente análisis tiene por objeto hacer un recorrido crítico sobre el desarrollo de la justicia transicional en Colombia y la coherencia e integralidad del contenido del acuerdo de paz con sus postulados.

En una primera parte se evaluará el desarrollo de la justicia transicional en Colombia a partir de los mecanismos implementados de forma previa al acuerdo de paz, para así, a partir de un análisis crítico, determinar la coherencia e integralidad de la política de paz y de reparación a las víctimas en Colombia en el marco de la justicia transicional.

Una segunda parte busca evaluar el papel que ha ocupado la justicia transicional en las negociaciones de paz en La Habana entre las FARC-EP y el Gobierno nacional para, por último, identificar los riesgos y las implicaciones de su puesta en marcha.

El abordaje de la justicia transicional en Colombia se hará desde una perspectiva de política pública, a partir del análisis de los instrumentos jurídicos que bajo sus preceptos han cobrado vida, al igual que las vicisitudes que su desarrollo ha generado, principalmente en el ámbito de la temporalidad, el alcance de

sus postulados y las competencias funcionales a cargo del Estado.

En ningún caso el enfoque debe entenderse como el desconocimiento del carácter multidimensional, especialmente social y político que también posee la justicia transicional, que muchas veces es erráticamente concebida como una forma blanda de justicia (De Greiff, 2012, p. 6).

Aclarado lo anterior, el presente artículo se enfocará en los instrumentos jurídicos que le han dado vida a la justicia transicional en Colombia y su interacción con obligaciones vinculantes para el Estado colombiano, tanto de orden interno como internacional. En este sentido, el presente análisis parte de la premisa de la existencia de un proceso de justicia transicional en Colombia, sin que implique un desconocimiento de la existencia de un importante debate conceptual al respecto, que no cubre en su integralidad el presente artículo y que rodea la ambigüedad del concepto, los límites de su aplicación o la legitimidad y efectividad de sus medidas.

COLOMBIA Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Existe un consenso generalizado alrededor de que Colombia transita hacia la implementación de un proceso genuino de justicia transicional. Todas las ramas del poder público han confluído en su reconocimiento, la sociedad civil ha participado de manera activa en su modelación y la comunidad internacional ha respaldado positivamente los distintos mecanismos, y ha enfocado gran parte de la cooperación hacia ese propósito.

El proceso que nació de forma improvisada² bajo el rótulo de justicia transicional, ha tenido un amplio desarrollo jurídico, que a través de fuentes legales y jurisprudenciales fue dando forma a lo que hoy puede considerarse el marco jurídico de la justicia transicional en Colombia³.

Si bien son múltiples los procesos de paz por los que ha transitado la nación en los casi sesenta años de conflicto armado, y diversos los instrumentos de política pública de desarme y desmovilización –como la Ley 418 de 1997 y todas sus prórrogas–, se le atribuye a la Ley de Justicia y Paz ser el primer mecanismo en incorporar los elementos de la justicia transicional a la escena político-jurídica nacional (Citpax, 2011, p. 53). En ninguno de los procesos previos se incluyó el componente de los derechos de las víctimas, ni se introdujeron estándares de justicia transicional en la materia (Abuchaibe, 2011, p. 38)

Hoy, después de doce años de implementación de aquella primera medida y otra serie de mecanismos como la denominada Ley de Desmovilizados, la Ley de Víctimas o el Marco Jurídico para la Paz⁴, la justicia transicional se ha consolidado, mas no

necesariamente, disipado su complejidad. Varios de los tropiezos que ha sufrido desde sus inicios se han mantenido hasta la fecha, especialmente aquellos relacionados con la compartimentación (CIDH, 2013, p. 122), la improvisación y la inseguridad jurídica fruto de una debilidad instrumental permeada por una polarización política, que se mantiene alrededor del conflicto armado. Otros aspectos como la financiación de las medidas y la corresponsabilidad nación-territorio han contribuido a complejizar su implementación (Comisión Seguimiento, 2015, pp. 22, 69).

Más allá de los problemas de implementación, el alcance mismo del concepto y su incorporación a la legislación colombiana han causado un gran debate. Al respecto, es importante aclarar que la justicia transicional no puede ser vista como un cuerpo normativo en sí mismo, y no se puede confundir con las herramientas normativas que se crean para implementar dichas medidas.

Esto tampoco significa que la justicia transicional y su implementación respondan al cumplimiento de obligaciones o normas jurídicas internacionales.. Si bien se han consolidado una serie de principios a través de

² Jugó un papel esencial en su incorporación en los debates legislativos que dieron vida a la justicia transicional, la presión de la sociedad civil, que desde los ámbitos académicos y de organizaciones de derechos humanos lograron incorporación de los preceptos de justicia transicional.

³ Hay que reconocer que, aunque la Ley de Justicia y Paz no incluye el término justicia transicional en su articulado, fueron los debates que dieron origen a dicha ley donde se reconoce la necesidad de respetar los estándares nacientes en la materia y la necesidad de incorporar los preceptos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, como elementos integrales de cualquier normativa que busque otorgar beneficios a grupos armados para su reintegración a la vida civil. La Corte Constitucional reconoce el instrumento legal como mecanismo de justicia transicional en sentencia C-370 de 2006.

⁴ Ley 1424 de 2010; Ley 1448 de 2011; Acto Legislativo 01 de 2012.

instrumentos jurídicos internacionales como resoluciones en el marco de las Naciones Unidas⁵, la justicia transicional no puede considerarse en sí misma un andamiaje jurídico, ni tiene sustento en fuentes propias constitutivas de obligaciones jurídicas derivadas del derecho internacional (Fajardo, 2016, p. 196).

La justicia transicional debe reconocerse, entonces, como una teoría doctrinaria⁶ que surge del análisis casuístico, de cómo las sociedades han enfrentado un legado de abusos a gran escala (Consejo de Seguridad ONU, 2004, parr. 8) a partir del cual se ha inspirado la delineación de principios en la materia.

Esto no desconoce la existencia de límites desde el derecho internacional a la autonomía estatal, que suelen tener origen en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, pero no en obligaciones propias de la justicia transicional (Abuchaibe, 2012, p. 43).

Esta interpretación se aleja de otras tesis que consideran la existencia de normas vinculantes de justicia transicional. Teitel (2016, p. 284), por ejemplo, habla de una “globalización de las normas e instituciones de la justicia transicional”, cuyas fuentes normativas han servido de tránsito hacia la justicia transicional y

que, en el caso colombiano, lo considera “una suerte de giro consciente en la inserción del discurso de los derechos humanos en la justicia transicional”. La incursión en el discurso de derechos humanos y la adopción de distintos instrumentos vinculantes en la materia, por ejemplo, de lucha contra la impunidad, tienen un origen evolutivo diverso al esfuerzo por reconocer las condiciones excepcionales a las que se enfrentan las naciones durante las transiciones, aunque sí los afecten y limiten.

Así las cosas, en los procesos de justicia transicional, la capacidad de acción estatal entra en una suerte de interacción con normas tanto de orden interno como internacional que han limitado o modelado el alcance de la acción estatal que, como en el caso colombiano, se encuentra reglada por la capacidad negociadora en el marco de un proceso de paz, y no derogan obligaciones internacionales que el Estado tiene como, por ejemplo, de perseguir crímenes nucleares.

LOS INSTRUMENTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

El caso colombiano no puede ubicarse en un solo modelo teórico de justicia transi-

⁵ Por ejemplo, los distintos instrumentos desarrollados por ACNUDH, tales como los denominados instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto en sus versiones: comisiones de la verdad, iniciativas de enjuiciamiento, aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos, investigación de antecedentes, programas de reparaciones, cartografía del sector de la justicia, supervisión del sistema de justicia, amnistías.

⁶ Se empieza a utilizar el término justicia transicional por distintos doctrinantes para referirse a las medidas adoptadas por sociedades que afrontaban transformaciones políticas en el cono sur americano, o graves y masivas violaciones de los derechos humanos como en Europa del Este.

cional⁷. Su desarrollo incluye de manera complementaria medidas de carácter compensatorio, retributivo, restaurativo y transformador. En los términos de Uprimny (2006, p. 22), es una condición normal de los procesos transicionales que “presentan un carácter dinámico y tienen unas especificidades que les permiten tener características de uno o varios tipos, así como comenzar escogiendo una vía transicional y terminar optando por otra”.

Desde una perspectiva cronológica, el proceso de justicia transicional en Colombia se puede estudiar en dos momentos. Un primer momento que inicia con la expedición de la Ley 975 de 2005 y que denominaremos *monolítico*, y un momento de amplia proliferación de instrumentos al que llamaremos *justicia transicional de expansión* que se crean a partir del año 2010.

Por justicia transicional monolítica entendemos los desarrollos que se surten entre los años 2005 y 2009 y que, de actuación limitada, giraron alrededor de un solo instrumento: la denominada Ley de Justicia y Paz. Si bien se caracteriza por la introducción de los elementos sustanciales en la aplicación de modelos de justicia transicional como fueron los derechos de las víctimas, el Estado no contaba con los desarrollos conceptuales, instrumentales y legales necesarios para su óptima

puesta en marcha, lo cual generó muchos tropiezos, incluso poniendo en tela de juicio su idoneidad (CIDH, 2006, p. 20).

Si bien la ley introducía un modelo judicial penal de carácter especial y enfoque responsabilizante, también abarcaba, de manera enunciativa, una serie de principios y derechos en cabeza de las víctimas. Como limitante, un ámbito de aplicación personal y material limitado⁸.

Inicialmente se les exigió a las víctimas estar vinculadas al proceso penal especial para acceder a medidas de orden administrativo como la atención psicosocial o medias de protección. Un gran número de ellas se encontraba fuera del ámbito de aplicación en la medida que excluía expresamente a víctimas de la fuerza pública u otros actores, y daba un tratamiento diferenciado y excluyente a las víctimas de desplazamiento forzado. Para participar en el proceso penal se debía tramitar formulario de hechos atribuibles, incluso para actuar en programas administrativos como el de reparación colectiva, indemnización por vía administrativa o para establecer medidas de protección. La Ley de Justicia y Paz no se concibió en sus inicios como un sistema complejo que no se agotaba en el proceso penal especial (CITPax, 2011, p. 11).

⁷ Existen distintas clasificaciones de modelos y medidas de justicia transicional. Una de ellas, que tomaremos para analizar el caso colombiano, es la de Francisco Cortes Rodas, que propone la existencia de cuatro modelos a partir de una periodicidad histórica y sus contenidos: 1) el modelo de perdón y olvido, 2) el modelo centrado en la verdad y la reconciliación, 3) el modelo retributivo o punitivo y 4) el modelo de complementación (Cortés, 2007, p. 64).

⁸ No cobijaba a todos los actores, y se limitaba a aquellos crímenes que no fueran objeto de beneficios jurídicos contemplados en la Ley 418 de 1997.

Otro aspecto relevante por destacar consiste en que, si bien se trata de medidas de carácter excepcional y especial, se encontraban a cargo de entidades ordinarias del Estado, las cuales, en el caso del proceso penal especial, su interpretación y revisión se encontraba a cargo principalmente de la Corte Suprema de Justicia. Esta última tuvo un proceso de aprendizaje y adaptación que en un inicio no le convino a la agilidad y especialidad del sistema, en la medida que sometió la interpretación del proceso penal especial a la rigidez del procedimiento ordinario, en materia de investigación probatoria y de imputaciones parciales, entre otras (Mapp OEA, 2011, p. 49).

Los avances más significativos en esta etapa de la justicia transicional fueron fruto de la intervención de la Corte Constitucional que adoptó una clara interpretación províctima, modeló y dotó de contenido los instrumentos de la transición, dando un sentido holístico e integral a la Ley de Justicia y Paz en el marco del derecho superior a la paz, en concordancia con los estándares internacionales en la materia y los requerimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Pese a lo anterior, este proceso de construcción investido de rango constitucional ha sido engorroso, tardío e inestable. El ejemplo más significativo lo constituye el alcance dado a la reparación en el marco de la justicia transicional. Un péndulo que se ha movido entre la progresividad y la regresividad, y ha generado un desgaste institucional, socavando la confianza de las víctimas en el proceso⁹.

Más de once años después de expedida la Ley y diez de las primeras postulaciones, a mayo de 2016 se habían proferido 35 sentencias y se habían podido esclarecer 4.620 hechos de los que han sido objeto 22.433 víctimas reconocidas en dichos fallos¹⁰. Así mismo, se habían obtenido sentencias contra 115 postulados en primera instancia y 15 en segunda (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2016a). Sin embargo, si comparamos estas cifras con el universo de víctimas y hechos (312.611 hechos y 386.413 víctimas incluidas en el Registro de Justicia y Paz), sigue siendo un porcentaje muy reducido de ejecución¹¹.

De otra parte, de 5.025¹² personas que inicialmente habrían sido postuladas a la Ley, solo 2.053 siguen vinculadas a dicho

⁹ La modelación de la Ley 975 de 2005, con un enfoque províctima por parte de la Corte Constitucional, ha sido lenta y los ajustes introducidos por la Ley 1592 de 2012, posteriormente declarada inexecutable, generaron limitaciones al acceso a la justicia e inestabilidad en la aplicación del componente de reparación de la Ley.

¹⁰ Si comparamos estas cifras con el universo de más de 2000 postulados y 312.000 hechos, a todas luces se pone en tela de juicio la eficiencia de la justicia y el cumplimiento de estándares en materia de “plazo razonable”.

¹¹ Varias son las causas directas que fundamentan este problema. En primer lugar, se destaca la complejidad del proceso y lo dispendioso que fue la curva de aprendizaje que contribuyó a la escases de decisiones en firme durante los primeros años de la Ley. Actualmente, pese a las medidas tomadas mediante la Ley 1592 de 2012 para agilizar el procedimiento acumulando audiencias, estructurando la investigación en contexto bajo criterios de priorización, no es claro que pueda culminarse todas las investigaciones antes de diez años.

¹² De esa cifra 4.408 corresponden a desmovilizados de las AUC.

procedimiento según las cifras oficiales de la Fiscalía General de la Nación (FGN) (2016). Las principales razones corresponden al alto número de exclusiones y desistimientos¹³.

Eso permite identificar la imperante necesidad de reconocer el rezago en ejecución y establecer acciones puntuales para contrarrestar el fenómeno. La efectividad de las medidas y su complementariedad con otros instrumentos también constituye un reto de este instrumento de justicia transicional.

La justicia transicional de expansión surge de la necesidad de resolver varias de las limitantes que representaba el modelo monolítico previo. Las falencias que fueron evidenciadas por la jurisprudencia nacional, generaron la necesidad de introducir ajustes normativos frente a las necesidades y nuevos retos que, a la luz de un cambio de Gobierno, precedieron la actual negociación del proceso de paz.

Han sido varios los instrumentos jurídicos que han cobrado vida durante este periodo que inicia en el año 2010: de un lado, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (2010), como un reconocimiento simbólico de reivindicación con las víctimas que consideraban la Ley de Justicia y Paz como un instrumento con énfasis en los victimarios. Su promulgación vino acompañada de los decretos ley étnicos que garantizaban el enfoque diferencial de

una política que reconocía las especiales y relevantes afectaciones del conflicto armado.

De otra parte, la Ley 1424 de 2010, denominada Ley de desmovilizados, buscaba resolver la situación jurídica de más de 25.000 desmovilizados que, al no obtener el tratamiento de sediciosos que preveía la Ley de Justicia y Paz, debían ser procesados por concierto para delinquir agravado¹⁴. La Ley 1592 de 2012 buscaba darle agilidad al proceso de justicia y paz y resolver algunos de los problemas procedimentales y de coordinación en materia de restitución y manejo de bienes¹⁵.

El denominado Marco Jurídico para la Paz, por su parte, introdujo una reforma constitucional que incorporaba el término de justicia transicional bajo un articulado transitorio y ampliaba el espectro de actuación estableciendo límites en la instauración de medidas como la selección y priorización, la conexidad de delitos para efectos de participación en política y la creación de una comisión para el esclarecimiento de la verdad y otros mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales con el fin máximo de alcanzar la paz y la no repetición de los hechos atroces del pasado.

Por último, el Acto Legislativo 01 de 2016 introdujo una nueva reforma cuya finalidad consistía, entre otras cosas, en dar agilidad al procedimiento legislativo para lograr la implementación de lo acordado en

¹³ Para esa misma fecha se habrían imputado cargos solo a 1.080 postulados, quedando faltando por imputar 973.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006.

¹⁵ Esta ley también introdujo cambios en materia de reparación que posteriormente fueron considerados inexecutable por la Corte Constitucional.

el marco del acuerdo de paz con las FARC-EP. También le daba carácter de acuerdo especial a su contenido, en el marco de los convenios de Ginebra y del bloque de constitucionalidad¹⁶.

Entre los aspectos que la normatividad propia del periodo de expansión quiso enfrentar se encontraban:

1. La universalización del tratamiento de las víctimas que previamente había sido compartimentado y limitado, excluyendo a las víctimas de la fuerza pública.
2. Crear un andamiaje institucional que garantizara la integralidad y el enfoque transformador de la reparación.
3. Generación de herramientas que fortalecieran los programas de reparación colectiva y construcción de memoria histórica a través del Centro Nacional de Memoria Histórica (CMH).
4. Desarrollar el enfoque diferencial mediante los decretos ley especializados para comunidades indígenas, afros y raizales.
5. Otorgar rango constitucional a la justicia transicional, que dotara de seguridad jurídica el alcance de sus preceptos y permitiera posteriores acuerdos de cara a las negociaciones de paz en La Habana.

Los esfuerzos normativos enunciados han precedido y ambientado las actuales negociaciones de paz, y con avances y retrocesos, todos estos instrumentos se encuentran vigentes a la fecha.

La Ley de Víctimas fue concebida por un término de diez años, sin embargo, las autoridades han reconocido la imposibilidad de cumplir con sus objetivos en dicho término. Según la Comisión de Seguimiento (2014, p. 16), se evidencia un faltante de aproximadamente \$33,6 billones de pesos para cumplir el total de la indemnización administrativa, y no hay claridad sobre un costo real para el total de las medidas dispuestas en la Ley 1448 de 2011.

Aunado a lo anterior, otros problemas de integralidad en las medidas y acceso, exacerbados frente a comunidades étnicas y reparación colectiva, confirman la magnitud de los retos que frente al cumplimiento de dicha ley enfrenta la política de atención y reparación a víctimas.

En lo que respecta a la restitución de tierras, la Corte Constitucional (T-679 de 2016) señaló la necesidad de adelantar un ajuste institucional para mejorar el proceso de restitución, indicando que le corresponde al Gobierno nacional realizar *un plan estratégico de restitución de tierras* que responda efectivamente a los objetivos y las estrategias definidos en la Ley de Víctimas considerando las realidades de focalización exigidas por las víctimas. Problemas relacionados con la deficiente información catastral, la seguridad y la confrontación entre visiones de desarrollo rural son algunas de las razones que sustentan el rezago en el cumplimiento de los objetivos de esta política.

¹⁶ A la fecha de culminación del presente artículo, el acto legislativo se encuentra pendiente de trámite de control constitucional.

La Ley de Justicia y Paz, y sus ajustes mediante la Ley 1592 de 2012, se encuentran en una etapa de ejecución intermedia y el Marco Jurídico para la Paz, aunque considerado por algunos como derogado tácitamente con la aprobación del acto legislativo para la paz, aún hace parte de la Constitución Política.

Por su parte, la Ley 1424 de 2010, aún no logra resolver en su integridad la situación de los desmovilizados de las autodefensas que sin ser objeto de postulación han pasado por tres procedimientos judiciales previos¹⁷. Hoy, de 24.841 desmovilizados que suscribieron el formato único de verificación de requisitos para acceder a los beneficios, han perfeccionado Acuerdos de Contribución a la Verdad 15.925 y 8.203 realizado entrevistas ante el CMH¹⁸. Por su parte, la FGN ha resuelto la situación jurídica en 17.510 procesos dictando medida de aseguramiento en 2.060 casos, 2.934 preclusiones y absteniéndose en 15.450, para remitir a juzgado 14.702 procesos (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2016b).

Como se aprecia, pese a los grandes esfuerzos e importantes avances, los resultados se encuentran aún lejanos de los objetivos pro-

puestos. Se mantiene la compartimentación de las distintas herramientas y problemas de coordinación institucional tanto en el orden nacional como en su corresponsabilidad con territorios¹⁹. La situación es aún más compleja cuando se trata de la implementación de los decretos étnicos.

De acuerdo con el análisis previamente ilustrado, se pueden identificar los grandes retos que enfrentan la justicia transicional en general y cada uno de los mecanismos implementados hasta la fecha. La excepcionalidad propia de las medidas que venían a suplir los obstáculos que enfrentan la justicia e institucionalidad ordinaria para hacer frente a los flagelos del conflicto han seguido su misma suerte. La continuidad misma del conflicto y la participación en él de otros actores han sido una razón medular de los problemas que enfrenta la justicia transicional hoy.

Lo anterior, aunado a los constantes choques de trenes que se ha generado entre las altas Cortes y entre estas y las reglamentaciones gubernamentales; la insuficiente capacidad institucional y el complejo proceso de adecuación de las instituciones, al igual que

¹⁷ Mediante sentencias C-370 de 2006 y C-936 de 2010 la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 y la inexecutable de la Ley 1312 de 2010 respectivamente. Por su parte, el Auto 26945 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia modificó su jurisprudencia determinando que en ningún caso el paramilitarismo podría ser considerado como un delito político.

¹⁸ Cifras de la Subdirección de Gestión Legal y del Sistema de Información para la Reintegración. Corte mayo de 2016 (Ministerio de Justicia y del Derecho en el informe, 2016b).

¹⁹ Si bien se creó un andamiaje robusto de intervención, la entidad encargada de coordinar la acción tiene un rango inferior al de quienes presiden las distintas carteras de gobierno, haciéndose imposible asegurar que los lineamientos de política se ejecuten o se prioricen. Es el caso de la Unidad de Víctimas, que se encuentra adscrita al Departamento para la Prosperidad Social de la Presidencia, o la Unidad de Restitución, que depende directamente del Ministerio de Agricultura. No existe una dependencia especializada única que lidere la totalidad de las acciones sustentadas en la justicia transicional.

la imposibilidad de enfrentar externalidades como contrarrestar los riesgos de seguridad física y jurídica, o los deficientes instrumentos de información. Por último, las limitaciones presupuestales frente a las necesidades y la magnitud del problema y su falta de previsión, han erosionado la confianza de las víctimas y otros participantes del proceso, que hoy aún ven lejanas sus expectativas.

JUSTICIA TRANSICIONAL CONSTITUCIONAL

Los distintos desarrollos legales que han dado vida a la justicia transicional en Colombia han generado una rica jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, que al igual que diversas reformas constitucionales en la materia²⁰, hoy consolidan el derecho constitucional transicional en el país. A través de sus fallos, la Corte ha establecido el alcance y los límites de la justicia transicional y su implementación, reconociendo la existencia de estándares constitucionales transicionales²¹.

Esta tesis desvirtúa posiciones que consideran que, a través del desarrollo que se ha dado a la justicia transicional, se han atribuido facultades jurídicas a la justicia transicional que no tiene, como si su existencia tuviera lugar en un vacío constitucional al derogar leyes e reinterpretar convenios internacio-

nales, y desborda la potestad reglamentaria. En términos de Orjuela, “parecería que la JT se entiende prevalentemente en Colombia como sinónimo de reducción pragmática de estándares de verdad, justicia y reparación” (Orjuela y Lozano, 2012, p. 263).

También desvirtúa el tratamiento que se le quiere dar en la materia a la teoría de la sustitución, en la medida que el propósito de un proceso de justicia transicional no es alterar la Constitución ni minar la democracia, sino introducir medidas excepcionales tendentes a resolver problemas políticos que no han podido resolverse dentro del marco constitucional existente (Bernal Pulido, 2015).

La misma Corte se ha referido de forma expresa a la existencia de estándares constitucionales sobre justicia transicional, los que complementan de manera integral a aquellos internacionales en la materia. Al respecto enfatiza que el legislador debe respetar estos parámetros constitucionales y estándares internacionales principalmente cuando se refiere al respeto de los derechos de las víctimas, incluso en la aplicación de modelos de justicia transicional. Reafirma que estas garantías no se suspenden ni se interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional y, en consecuencia, los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación²².

²⁰ Para el presente artículo se tienen en cuenta únicamente el Acto legislativo 01 de 2012 y el Acto legislativo 01 de 2016, sin desconocer la existencia de nuevas reformas constitucionales que, con sustento en el acuerdo de paz, se encuentran en curso de trámite mediante el mecanismo denominado *fast-track*.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012.

No se discute que el desarrollo normativo de la justicia transicional se ha caracterizado por ser improvisado, compartimentado y relativizado. Sin embargo, el papel asumido por la Corte Constitucional ha sido esencial en la consolidación de estándares frente al alcance de los mismos a la luz de la Constitución.

A continuación se referenciarán algunos de los estándares constitucionales que tienen incidencia en la aplicación de la justicia transicional en el país, como aquellos relacionados con el derecho a la paz, los límites a las amnistías y los indultos, el alcance de los mecanismos de justicia transicional y los derechos de las víctimas.

El derecho a la paz es considerado por la Corte Constitucional (sentencia C-370 de 2006) como el propósito central del derecho internacional, valor constitucional, derecho y deber de los ciudadanos. Dentro de los instrumentos a los cuales la Corte les reconoce capacidad para facilitar el logro de la paz están los procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela, al igual que la posibilidad de que “por graves motivos de conveniencia pública” se concedan amnistías o indultos por delitos políticos²³.

Para la Corte Constitucional se requiere de cierta flexibilidad a la hora de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con am-

plios grupos sociales y principalmente para el ejercicio de la función judicial. En este sentido, el derecho a la paz acepta la aplicación de medidas excepcionales como rebajas de penas, amnistías o mecanismos de administración más expeditos²⁴.

Al referirse a la justicia transicional, la Corte afirma que:

La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción²⁵.

La Corte considera que no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un periodo de violación generalizada de derechos humanos²⁶. Atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto.

²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

Es importante aclarar que, si bien la justicia transicional en Colombia se erige sobre el derecho superior a la paz, no es correcto afirmar que todo el desarrollo constitucional sobre el mismo constituye un estándar de justicia transicional. En el pasado, distintos instrumentos que como la Ley 418 de 1997, tienen sustento en el derecho superior a la paz, sin ser considerados en sí mismos mecanismos de justicia transicional.

Esta aclaración es pertinente en la medida que el presente artículo se concentra exclusivamente en los estándares que en materia de justicia transicional se han venido consolidando a partir del año 2006. Pese a ello, desarrollos jurisprudenciales previos pueden ayudar a ilustrar el histórico actuar estatal frente al alcance que le ha dado al derecho a la paz u otras medidas como las amnistías, para sustentar el denominado “margen nacional de apreciación”²⁷. Lo anterior, sin perjuicio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sido enfática en afirmar que los Estados no pueden invocar normas de orden interno para evadir obligaciones internacionales limitando así el acceso a la justicia (Quinche y Peña, 2014, p. 114).

En materia de amnistías e indultos se han ido consolidando estándares constitucionales que establecen límites a su concesión. Aunque

la Corte ha reiterado que este tipo de medidas forma parte de la tradición nacional como derecho superior estatal irrenunciable²⁸, también ha reiterado de manera permanente su no aplicación frente a delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio cometidos de forma sistemática²⁹.

Es importante resaltar que en materia de amnistías e indultos, al igual que frente al derecho a la paz, la tradición nacional incluso precede en décadas la existencia de un proceso de justicia transicional. También se encuentra en concordancia con los estándares interamericanos que proscriben las denominadas autoamnistías y reafirman que los “Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistías u otro tipo de normativa interna”³⁰.

Se resaltan de igual forma los estándares en materia de investigación y juzgamiento que, en el marco de la justicia transicional, reiteran la obligación del Estado de investigar y sancionar todas las violaciones de los derechos humanos acaecidas en el marco del conflicto, sin perjuicio de que se puedan aplicar criterios de selección y priorización.

Al respecto afirma que el

²⁷ Principio hermenéutico de interpretación, al que apelan algunos expertos para fundamentar interpretaciones nacionales en el análisis del alcance y contenido de los derechos fundamentales en el marco del acuerdo de paz con las FARC.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2014.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile (2006). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión³¹.

El alto tribunal expresa que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento no implican, por sí solos, una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario³².

En lo que respecta a los derechos de las víctimas y, en especial a la reparación integral, son múltiples los desarrollos jurisprudenciales constitucionales que diferencian las medidas de atención de aquellas de reparación³³ o

limitan las posibilidades de transacción o de restricciones al acceso a la reparación por vía judicial³⁴. La Corte ha recalcado la interrelación entre los distintos componentes de la reparación integral y la importancia de garantizar la verdad y la justicia como parte integral de la reparación³⁵. También en múltiples pronunciamientos se ha referido al deber del Estado de reparar y el alcance del principio de progresividad³⁶.

En distintas ocasiones la Corte se ha remitido a los estándares internacionales, incorporando la aplicación de principios e instrumentos especializados sustentados en el derecho internacional de los derechos humanos, en los cuales la Corte reconoce que influyen y limitan a los Estados en la toma de medidas, incluso en contextos de justicia transicional³⁷. En lo que respecta a la población en situación de desplazamiento forzado la Corte ha construido indicadores de goce efectivo, mediante los cuales hace seguimiento al cumplimiento por parte del Estado de las medidas tendentes a garantizarlos³⁸.

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

³² *Ibid.*

³³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-753 de 2012.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 2014.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2013.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016, por medio del cual se hace seguimiento a los avances, rezagos y retrocesos en la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, en el marco del seguimiento a los autos 008 de 2009, 385 de 2010 y 219 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004).

Dichos estándares, consolidados por la Corte Constitucional a lo largo de los últimos doce años, constituyen el límite a la iniciativa estatal a la hora de crear nuevos mecanismos de justicia transicional y la herramienta idónea para interpretar el alcance y cumplimiento de estándares internacionales mediante el denominado margen nacional de apreciación.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN LOS ACUERDOS DE LA HABANA

Seis meses después de iniciados los acercamientos entre las FARC-EP y el Gobierno nacional, el 26 de agosto de 2012 se anunció la firma del documento marco que estableció la ruta de negociación. La posibilidad de que mediante un proceso negociado se pudiera dar fin a la confrontación armada con uno de los principales actores del conflicto armado en Colombia, se erigió como la gran oportunidad para enfrentar las fracturas del proceso previo de transición y afrontar de manera holística e integral los efectos del conflicto armado y las causas que lo han prolongado por décadas.

La negociación en sí misma constituyó una oportunidad para reacomodar las fuerzas políticas, partidistas y sociales del país, lo que ha llevado a fragmentaciones en los bloques tradicionales de poder y al surgimiento de nuevos movimientos y liderazgos comunitarios (González, 2015, p. 255). No obstante, su desarrollo prolongado en el tiempo y el alto grado de incertidumbre que surgió de las diversas interpretaciones de un contenido altamente politizado y ambiguo, generaron gran polarización.

Uno de los puntos que ha forjado mayor debate ha sido la justicia transicional, que pese a no ser nombrada en ninguna de las 310 páginas del texto final del acuerdo, se le atribuye todo el andamiaje institucional para la determinación de responsabilidades, la obligación de reconocer y garantizar los derechos de las víctimas y la reconstrucción de la verdad de lo sucedido en el marco del conflicto.

En la mesa de negociación no hubo consenso. El ya consolidado marco legal y constitucional en torno al derecho a la paz y la justicia transicional no fue considerado en el texto final como fuente de sustento del acuerdo. Voceros de las FARC-EP fueron insistentes en rechazar cualquier condicionamiento del proceso de paz a los estándares nacionales previos en la materia (Gaona, 2015), y pública y explícitamente han negado cualquier enfoque de justicia transicional en diversos comunicados y pronunciamientos (América Economía, 2013).

En este contexto, el presente acápite pretende identificar, a partir del contenido del acuerdo final, el rol que juega la justicia transicional en las medidas adoptadas, y su integralidad y coherencia con desarrollos previos en el marco de la misma.

El análisis que se propone parte de cotejar en los acuerdos los elementos propios o base de la JT como son el objetivo que se busca con sus medidas, la excepcionalidad de las mismas y el papel de las víctimas y sus derechos en el proceso. Las preguntas que orientarán el presente acápite serán: ¿Se requiere que el acuerdo especial de paz se haga en el marco de la justicia transicional? ¿Cuáles son los efectos jurídicos al darse un enfoque distinto como

el que se predica de justicia restaurativa? ¿Es relevante la distinción?

Se demostrará la importancia que revisiten los estándares que en materia de justicia transicional se han generado a nivel interno, siendo necesario consolidar un marco normativo único en desarrollo de la política nacional de paz y de la garantía de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional, que ponga fin a la proliferación de medidas compartimentadas, cuyos procedimientos dispares deterioran la confianza en el Estado y no contribuyen al fin último de alcanzar la paz.

Su objeto

“La terminación del conflicto”, “alcanzar una paz estable y duradera”, “la construcción y consolidación de la paz” son los términos utilizados en el acuerdo final, que dejan entrever los fines que persiguen las negociaciones (A.F., 2016)³⁹. Su coincidencia y compatibilidad con los propósitos propios de la justicia transicional son irrefutables. Cada una de las medidas que contemplan el acuerdo contribuye a contrarrestar los flagelos de la guerra y las causas directas e indirectas del conflicto.

En concordancia con los objetivos propios del proceso de justicia transicional ya en curso en el país, parecería incomprensible

entonces la dislocación entre los acuerdos y la justicia transicional. El no reconocer la justicia transicional y su desarrollo constitucional solo podría contribuir a la inseguridad jurídica que ha caracterizado las experiencias anteriores.

Ningún candado o reaseguro, como los previstos al elevar a acuerdo especial la totalidad de lo pactado en el marco de los convenios de Ginebra, o darle carácter de bloque de constitucionalidad⁴⁰ impedirá que instancias judiciales a cargo apliquen los estándares que en materia de reparación o investigación se han ido consolidando en el tribunal constitucional. Estos se sustentan a la vez en obligaciones y estándares internacionales, también hoy parte del bloque de constitucionalidad, aplicables a procesos de transición (Abuchaibe, 2016, p. 28). Que el acuerdo de paz incluya restricciones a obligaciones jurídicas internacionales o límites a derechos ya consolidados de rango constitucional transicional generaría gran incertidumbre frente al cumplimiento de compromisos objeto de acuerdo, lo que puede minar la confianza entre las partes en la negociación, fruto de su incumplimiento⁴¹.

En este sentido, posibles restricciones originadas en limitaciones a la investigación de crímenes internacionales, a la participación de víctimas en la Jurisdicción Especial para

³⁹ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (A.F., 2016).

⁴⁰ Pese a que el acuerdo final retiró la referencia absoluta al bloque de constitucionalidad que traía el acto legislativo 01 de 2016, dicha acción –hoy a espera de revisión constitucional– hace más complejo el panorama y la seguridad jurídica que fundamentó la estrategia de blindar los acuerdos.

⁴¹ Es el caso de la incertidumbre que genera la introducción en el acuerdo final de elementos que parecerían intentar limitar la responsabilidad por mando contenida en el artículo 28 del Tratado de Roma.

la Paz (JEP) o a obtener reparación por vía judicial, no tendrían ningún efecto.

Otros posibles riesgos pueden tener origen en las sanciones que plantea el acuerdo si se subsumen en las medidas de reparación, cuando se habla de “una contribución a la reparación” y no de la obligación de reparar (Abuchaibe, 2016, p. 42).

Otro aspecto por evaluar frente al objetivo mismo del acuerdo hace referencia al tipo de medidas. Cuatro grandes tipologías se derivan del acuerdo: unas propias de concesiones o incentivos para de forma negociada poner fin al conflicto armado, tales como beneficios jurídicos, económicos y políticos para quienes participen del proceso, un segundo tipo de medidas que buscan contrarrestar las causas estructurales que han generado o contribuido a la prolongación del conflicto y que pueden considerarse en el marco de las garantías de no repetición, como ajustes a la política agraria, de drogas y régimen político, etc.

Un tercer tipo de medidas tienen como finalidad garantizar el desarme, la concentración y la garantía del cumplimiento de los acuerdos, incluidas las medidas de protección, y el cuarto grupo determinado como la garantía de los derechos de las víctimas dentro de las que pueden contemplarse las medidas tendientes a la determinación de responsabilidad para garantizar el derecho a la justicia.

La anterior clasificación nos permite constatar que el acuerdo en sí mismo es una herramienta de justicia transicional, y no solamente alguno(s) de sus componentes. Autores

como Rutti Teitel no dudan en referirse a él como un “acuerdo de justicia transicional” afirmando que el mismo es compatible con el marco normativo de la justicia transicional global (2016, p. 284).

Medidas como el desarrollo integral agrario, que en principio constituye una acción dirigida a la población campesina en general, para entre otros, resolver un problema histórico ligado al acceso a la tierra, parecerían no corresponder a acciones propias de la justicia transicional. Instrumentos previos para contrarrestar los flagelos de la concentración de la tierra y facilitar el acceso a la misma se han fundamentado en la justicia ordinaria, civil y agraria⁴². Incluso la institucionalidad a cargo de la mayor parte de medidas ha sido previamente creada como es el caso de la Agencia Nacional de Tierras.

Sin embargo, el carácter de medida transicional deviene del objetivo del acuerdo, cual es poner fin al conflicto armado interno, que no puede desconocer la relevancia que en el origen y la prolongación del mismo tienen los problemas vinculados a la tierra. Medidas transicionales previas han buscado contrarrestar los efectos del despojo y abandono forzado como es la política de restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011.

Al respecto, para la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour,

...la justicia transicional debe ayudar a convertir a las sociedades oprimidas en sociedades libres, haciendo

⁴² Entre las que se encuentran la Ley 200 de 1936 y la Ley 160 de 1994.

frente a las injusticias del pasado a través de medidas que permitan lograr un futuro equitativo. Esa justicia debe ocuparse de los crímenes y abusos cometidos durante el conflicto que llevó a la transición, pero también tiene que ir más allá y hacer frente a las violaciones de derechos humanos que precedieron al conflicto y lo provocaron o contribuyeron a él (ONU, 2014, p. 6).

Ahora bien, tratándose de las medidas de acceso y desarrollo productivo desde una perspectiva de ruralidad, reconocedora del campesino como sujeto de especial protección, va encaminada a garantizar la no repetición de los hechos violentos del pasado. Reconoce la vulnerabilidad, exclusión y pobreza que ha caracterizado la población rural colombiana como un elemento que ha contribuido a la especial victimización de la misma.

En este sentido, el carácter transicional de las medidas que buscan contrarrestar esta situación se resuelve en clave de garantía de no repetición, al establecerse criterios excepcionales de priorización en la acción y de medidas complementarias, no propias de la política ordinaria de acceso a tierras. Lo mismo puede predicarse de medidas referentes a drogas y al régimen de participación política.

La utilización de estos criterios para identificar las medidas propias de la justicia transicional puede resultar muy útil a la hora de revisar la viabilidad de ser implementadas mediante el procedimiento de *fast-track* o facultades extraordinarias presidenciales, como trámite legislativo especial de implementación

del acuerdo final. Arduas discusiones se vienen presentando frente a la pertinencia de algunas normas introducidas mediante procedimiento especial y su relación directa con el desarrollo del acuerdo⁴³.

Así, un test de racionalidad y pertinencia de cada medida basada en el objetivo que pretende, desde una óptica de justicia transicional, garantizaría la seguridad jurídica de dichos procedimientos y mecanismos.

El enfoque restaurativo que expresamente enuncia el acuerdo final en materia de sanciones tampoco puede considerarse en contradicción con el carácter transicional del acuerdo. Como se expresó, el proceso de justicia transicional colombiano contempla la interacción de medidas de carácter retributivo, restaurativo, restitutivo y transformador, las cuales no son excluyentes y, por el contrario, contribuyen a consolidar la integralidad del proceso y su efectividad. Por el contrario, insistir en un enfoque exclusivamente restaurativo reabrirla viejas discusiones que se desarrollaron bajo los términos de usos y abusos de la justicia transicional (Uprimny y Saffón, 2007, p. 180).

Dado que el objetivo del acuerdo no difiere de otros mecanismos previos en materia de justicia transicional en Colombia, la implementación del mismo debe garantizar la coherencia, la integralidad y la complementariedad con las demás medidas que en la materia se encuentran vigentes a la fecha. En ningún caso el acuerdo puede implicar el

⁴³ La Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto Ley 2204 de 2016 bajo el argumento de que no podía ser tramitado bajo el procedimiento especial.

retroceso o menoscabo de derechos ya adquiridos por las víctimas en materia de reparación o tratamientos diferenciados que contemplen desequilibrios entre actores armados.

Un ejemplo claro de lo anterior podría ser lo referente al tratamiento que se le da al delito de financiación o apoyo a actores armados en el marco del conflicto. En el caso de financiación a grupos “paramilitares”, es considerado como un crimen de lesa humanidad en el marco de la Ley de Justicia y Paz⁴⁴, y de conformidad con el acuerdo final (A.F., 2016) objeto de competencia del Tribunal, cuya jurisdicción es de carácter obligatorio y la conducta no objeto de amnistía. Sin embargo, el mismo acuerdo contempla que la financiación de grupos guerrilleros constituye “concierto para delinquir con fines de rebelión”, objeto de amnistías⁴⁵.

En el caso de la determinación de responsabilidades en el marco de la justicia transicional en Colombia, también se puede identificar una posible disparidad entre el acuerdo y otros instrumentos de justicia transicional. Pese a que las obligaciones que derivan de fuentes normativas tanto nacionales como internacionales obligan a investigar las más graves violaciones como son el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y establecen criterios para determinar la responsabilidad

de quienes las cometen, el acuerdo especial incorpora limitantes que contradicen los estándares en la materia.

Así, el acuerdo rechaza la figura de “máximos responsables” aplicada en los procedimientos de justicia y paz, y hoy elevada a rango constitucional por el Marco Jurídico para la Paz, vigente a la fecha. Para expertos como Orozco (2016), el modelo pactado en los acuerdos corresponde a uno de justicia de responsabilidad compartida basado en la participación determinante en los crímenes más graves, en contraposición de lo que él llama la justicia de vencedores. Con un fundamento eminentemente político se desconocen las exigencias normativas tanto nacionales como internacionales relacionadas que no perecen por la conveniencia o bondad de la medida.

La no aplicación de este tipo de criterios obliga a la determinación una a una de las responsabilidades individuales, desconociendo las características y los fines propios de la justicia transicional, que requiere contrarrestar la masividad y complejidad de las violaciones, imposibles a través de la investigación exhaustiva.

El acuerdo establece así una carga probatoria no propia de mecanismos de justicia transicional⁴⁶, lo que obstaculiza los fines de la Jurisdicción Especial para la Paz y contribuye

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Auto de segunda instancia de abril 10 de 2008, dentro del proceso 29.472.

⁴⁵ Otorgar beneficios jurídicos como amnistías no puede implicar la renuncia a develar tanto judicial como extrajudicialmente los delitos económicos asociados a flagelos criminales como el narcotráfico, el lavado de activos, la trata o la minería ilegal. El aporte a la verdad de dichos flagelos debe ser requisito de procedibilidad de beneficios jurídicos y causal de suspensión de los mismos.

⁴⁶ El acuerdo exige que el mecanismo de justicia especial deba probar el control efectivo de la tropa, el conocimiento de lo sucedido, la disponibilidad y los medios para impedirlo o castigarlo.

a la inseguridad jurídica, al generar la coexistencia de distintos modelos transicionales para la determinación de responsabilidad y contradice los estándares en la materia.

En esta misma línea, que el modelo aplicado en la Jurisdicción Especial para la Paz coexista con la justicia ordinaria frente a crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, como en los casos de personas que no estuvieran interesados en contribuir a la verdad, o quienes hubieran delinquido con posterioridad, puede afectar de manera negativa el proceso. Procedimientos previos como justicia y paz nos han demostrado que esta compartimentación procesal propicia choque de trenes entre autoridades judiciales, limita la participación de las víctimas en los procesos, compartimenta la verdad e impide la investigación de los crímenes en contexto.

Un modelo integral de justicia en el marco de la justicia transicional debería concentrar la competencia de las acciones acaecidas en el marco del conflicto, incluso si los responsables no acuden de manera voluntaria o no cumplen con las medidas que el mismo imponga. El mismo tribunal debe mantener las competencias, aunque aplique penas ordinarias. Así se garantizaría la celeridad, la integralidad y la coherencia del modelo.

La excepcionalidad

Una de las características que identifica las medidas de justicia transicional corresponde a la excepcionalidad de las mismas y un término de vigencia limitado. De manera opuesta a la justicia ordinaria, las medidas transicionales buscan enfrentar circunstancias

coyunturales que permitan normalizar situaciones luego de una confrontación armada, un estado de excepción o las graves y masivas violaciones de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

Pese a lo anterior, no siempre una medida de carácter excepcional corresponde a un mecanismo de justicia transicional. Colombia ha experimentado históricamente medidas propias de estados de excepción o con vocación temporal que no cumplen otros elementos de la justicia transicional (Bernal, 2010). Es el caso, por ejemplo, de la Ley 418 de 1997, cuya vigencia inicial era de cuatro años y ha sido prorrogada de manera ininterrumpida hasta la fecha. Pese a ser una norma que busca facilitar procesos de paz y es de carácter temporal, no incorpora los estándares que buscan garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, elemento propio de la justicia transicional.

De otra parte, al analizar el caso colombiano, podemos apreciar que las medidas transicionales con vocación temporal se han extendido en el tiempo más allá del término inicialmente previsto. La Ley de Justicia y Paz ha excedido el término inicial de vigencia y, en el caso de la Ley de Víctimas y Restitución, pasados cinco años de ejecución, desde ya vislumbra la imposibilidad de cumplir su término inicial. Igual suerte parece seguir la Ley 1424 de 2010 que, como se enunció, compromete un rezago importante en ejecución.

En lo que respecta al Acuerdo Final se han incorporado diversos términos de vigencia para las medidas que contempla. Es así que el programa de formalización masiva se prevé para un término de doce años, la Comisión

para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición fue concebida por un término de tres años y la Jurisdicción Especial para la Paz de quince años, que incluye diez de investigación y cinco para culminar la etapa de juzgamiento. Otros términos se incorporan, como por ejemplo, el régimen de transición política en ocho años.

Más allá de confirmar que las medidas sean concebidas en un ámbito temporal con carácter excepcional, los mayores retos se relacionan con el cumplimiento de dichos términos. No solo porque en el caso colombiano se ha venido consolidando la transición en medio del conflicto —que tampoco culmina con la firma del acuerdo—, sino porque la mayoría de los instrumentos han ido perpetuándose en el tiempo, erosionando la confianza en la transición.

Merece también ser analizado a la luz de la excepcionalidad lo relacionado con la institucionalidad para la transición. El establecimiento de medidas excepcionales no implica necesariamente que las instituciones a cargo también lo sean. La mayor parte de las medidas transicionales en Colombia involucran entidades ordinarias del Estado en su ejecución, lo cual puede contribuir al fortalecimiento institucional y a aprovechar la capacidad instalada y la curva de aprendizaje de experiencias previas.

Sin embargo, otros problemas se desprenden de esta doble condición de las entidades

ordinarias del Estado al cumplir funciones propias de la transición. En ocasiones se confunde la doble condición y los mecanismos transicionales terminan surtiendo la misma suerte de los procedimientos ordinarios. Ha sido el caso de la interpretación restrictiva que puede realizar un juez al aplicar criterios ordinarios en procesos de carácter transicional⁴⁷. De cualquier forma, el caso colombiano se ha caracterizado por la necesidad de transformar ciertas realidades sociales y estructurales, lo que ha llevado a desdibujar la línea entre lo transicional y lo ordinario.

En este sentido, los retos no surgen del carácter de la entidad, sino de la claridad de la función que se ejerce y de sus límites con otras funciones en el marco de las competencias a su cargo.

Otro reto que desdibuja la excepcionalidad y temporalidad del proceso corresponde a quienes son los destinatarios de las medidas y su prolongación en el tiempo. El caso que mejor ilustra este problema es el acuerdo sobre el punto 1 de desarrollo agrario integral en el que, como lo enunciamos, sus destinatarios son toda la población campesina y no un grupo poblacional específico, por ejemplo, las víctimas. Parecería que la excepcionalidad se podría predicar exclusivamente de la prioridad en el acceso, y la relevancia que se le da a la política en la materia, ya que tanto las medidas como el andamiaje institucional ya existen.

⁴⁷ Se pueden citar experiencias previas en procesos como justicia y paz que han venido siendo interpretadas bajo la ley penal ordinaria en aspectos procesales, al igual que en el proceso de restitución en que muchos jueces someten el caso a criterios meramente civilistas.

Los derechos de las víctimas

Por último, un elemento diferenciador propio de los instrumentos de justicia transicional se relaciona con el reconocimiento y la garantía de los derechos de la víctima en situaciones excepcionales de transición.

El acuerdo final incorpora como elemento medular los derechos de las víctimas reiterándolo como tal en múltiples secciones del instrumento. Esto reafirma el carácter de medida de justicia transicional del acuerdo en su conjunto, cuyo objeto contempla la participación, reivindicación y reparación de las víctimas del conflicto armado. El Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de no repetición se crea con ese fin y para transversalizar todas las demás medidas del acuerdo.

Al respecto, el principal reto de los acuerdos se enfoca en reconocer el andamiaje que en el marco de la justicia transicional en Colombia existe para la atención y reparación integral a víctimas. Si bien el A.F. (2016) lo reconoce y plantea su integralidad, también concentra todos los esfuerzos en la reparación colectiva.

Así, dos son las fuentes jurisprudenciales idóneas para evaluar la concordancia de las medidas en materia de reparaciones de los acuerdos con los estándares que en la materia se han consolidado previamente en el marco de la justicia transicional; la jurisprudencia que la Corte Constitucional desarrollará en torno a las demandas instauradas contra la

Ley 1448 de 2011, y a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en relación con el desplazamiento forzado, establecida en la sentencia estructural T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento (Garay y Vargas 2016).

Con base en lo anterior, en ningún caso la implementación de lo acordado puede constituir un retroceso en las garantías y los derechos ya adquiridos por las víctimas y el andamiaje ya existente. El acuerdo imprime un énfasis esencial sobre la dimensión colectiva que, aunque necesaria, no sería suficiente ni puede resultar en detrimento de la dimensión individual de la medida. En la misma línea, la existencia de medidas administrativas de reparación no puede limitar o socavar la participación y reclamación por vía judicial⁴⁸. En este sentido constituye un riesgo la limitación que se introduce a la reparación por vía judicial en el Acto legislativo 02 de 2016 Senado, al excluir la acción civil en casos de amnistías. Por último, el deber de reparar de los responsables, en ningún caso podría limitarse a la “contribución” como sanción en caso de contribuir a la verdad⁴⁹.

PERSPECTIVA A PARTIR DE LOS RETOS

Más que un debate conceptual o semántico, la determinación de la relación entre la justicia transicional y los acuerdos cobra relevancia a partir de los retos de gran envergadura que se generan, como son la seguridad

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 2014.

⁴⁹ Supra p. 21.

jurídica, un marco normativo claro y la determinación de límites con la justicia ordinaria. Aún no es clara la frontera entre las acciones bajo el sustento de la justicia transicional y aquellas de la jurisdicción ordinaria.

Haber demostrado la existencia de un marco constitucional transicional nos plantea el reto de consolidar una justicia transicional integral que contemple todos los mecanismos que bajo su manto se han creado en el país y de los cuales hace parte el acuerdo final entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

En la consolidación de los estándares en materia de justicia transicional la Corte Constitucional ha jugado un papel esencial que debe seguir ejerciendo en aras de la integralidad y coherencia que debe caracterizar el desarrollo normativo del derecho a la paz.

En ningún caso, el resultado de la negociación en el marco del proceso de paz puede implicar menoscabo de los derechos de las víctimas y los estándares que al respecto se han alcanzado en materia de reparación. Así, se torna esencial garantizar que las reformas normativas necesarias para poner en marcha el acuerdo no generen traumatismos en el acceso de las víctimas a medidas ya reconocidas, y no impliquen modificación en los trámites, las inscripciones u otra afectación que pueda generar una revictimización.

Es esencial, entonces, aprovechar la oportunidad para garantizar la especialidad y estabilidad de la gestión, fortaleciendo los sistemas de coordinación y control⁵⁰. El diseño norma-

tivo debe ser integral y propender por superar la fragmentación y dispersión que caracteriza a los mecanismos de justicia transicional en la actualidad. Garantizarlo contribuiría a la seguridad jurídica, al fortalecimiento institucional y a la idoneidad de las medidas.

Igualmente, se requiere enfrentar los riesgos que surgen de la gestión financiera, la planificación y la priorización. Teniendo en cuenta que el andamiaje institucional requiere de la acción coordinada de un sinnúmero de entidades del orden central y nacional, son esenciales medidas idóneas de diseño, planificación, coordinación y control.

Aunque a la justicia transicional aún le falta un camino largo por recorrer en Colombia, su éxito dependerá de su capacidad de contribuir al goce efectivo de los derechos de las víctimas y la sociedad en su conjunto, en la recuperación de la confianza en lo público y el respaldo a la institucionalidad.

En términos de oportunidad, sus resultados deben cumplir las expectativas de las víctimas y contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho. Para el efecto se requiere reconocer y respetar el andamiaje jurídico existente —una curva de aprendizaje que a través de la justicia transicional y los distintos procedimientos implementados ha consolidado estándares constitucionales obligatorios para la institucionalidad colombiana—, del cual hace parte el acuerdo final entre el Gobierno y las FARC-EP.

⁵⁰ A la fecha, la institucionalidad enfrenta aún grandes retos en materia de eficiencia, capacidad, profesionalización, planificación y coordinación de acciones.

REFERENCIAS

- Abuchaibe H. (2016). Informe *La jurisdicción especial para la paz. En quinto acuerdo de la Habana. Análisis y recomendaciones para la implementación del acuerdo víctimas y justicia en Colombia*. Bogotá: Fibgar. Recuperado de <http://fibgar.org/publicaciones/informes>
- Abuchaibe, H. (2012). *Fortalecimiento institucional para la atención a víctimas módulo I: introductorio unida temática II víctimas, justicia transicional y reparación integral*. Bogotá. Unión Europea – Ministerio de Justicia y del Derecho. .
- Abuchaibe. H. (2011). La justicia transicional en transición. Aportes del caso colombiano en la consolidación del concepto (tesis para título de Maestría en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- América Economía (2013). Sepa por qué las FARC no aceptan un Marco Jurídico para la Paz. Recuperado de <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/sepa-por-que-las-farc-no-aceptan-un-marco-juridico-para-la-paz>
- Bernal Pulido, C. (2015). La constitución y las reformas a la justicia transicional. *Ambito jurídico com.*
- Bernal Sarmiento, C. E. (2010). *Excepcionalidad permanente: un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia. Transiciones en contienda*. Colombia: ICTJ.
- 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.
- CIDH (2006). *Pronunciamiento de la comisión interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la república de Colombia*. San José de Costa Rica: CIDH.
- CIDH (2013). *Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. San José de Costa Rica: CIDH.
- CITPAX (2011). *El proceso penal especial de justicia y paz alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*. Bogotá: Centro Internacional de Toledo para la Paz - citpax.
- Comisión de seguimiento y monitoreo de la Ley de Víctimas (2015). *Segundo informe al Congreso de la república periodo 2014-2015*. Bogotá: Comisión de Seguimiento y Monitoreo al Cumplimiento de la Ley 1448 de 2011
- Cortes Rodas, F. (2007). *Los derechos de las víctimas de la violencia política a la verdad, la reparación y la justicia. Reflexiones sobre cuatro casos en América Latina*. Bogotá: Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI.
- De Greiff, P. (2006). *Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos. Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- De Greiff, P. (2012). *Consejo de Derechos Humanos. Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. Nueva York. Naciones Unidas.
- Fajardo Arturo, L. A. (2016). Estandares internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia. En *Justicia transicional: el caso de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Fiscalía General de la Nación (2016). Justicia Transicional. Estadísticas. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2016/06/INFORME-GENERAL-2016-may-31.pdf>
- Gaona, C. (2015). "En Colombia no se puede aplicar una justicia transicional": FARC. *El Tiempo*. Re-

- cuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/farc-habla-de-justicia-transicional/15375917>
- Garay Salamanca, L. J. y Vargas, F. (2016). *Retos del enfoque restaurativo desde la perspectiva de la justicia memorial y transicional províctima. El quinto acuerdo de La Habana. Análisis y recomendaciones para la implementación del acuerdo víctimas y justicia en Colombia*. Bogotá: Fibgar.
- Gómez Isa, F. (2011). Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia. En *Transiciones en contienda*. Colombia: ICTJ.
- González Muñoz, C. A. (2015). Diálogos de paz Gobierno-FARC-EP y las oportunidades para la paz en Colombia. *Estudios políticos*, 46.
- Las 2 Orillas (2016). Timochenko alerta a la tropa de las FARC: preparemos el plan B. Recuperado de <http://www.las2orillas.co/timochenko-alerta-a-la-tropa-de-las-farc-preparemos-el-plan-b/>
- Mapp OEA (2011). Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia. Informe diagnóstico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia. San José de Costa Rica: OEA.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2016a). *Diez años después: balance del proceso penal especial de justicia y paz*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2016b). *Lecciones aprendidas de la Ley 1424 de 2010*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Nueva York: ONU.
- Orjuela Ruiz, A. y Lozano Acosta, C. (2012). La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. *Estudios Socio-jurídicos*, 14 (1), 255-281.
- Orozco Avad, I. (2016). ¿Justicia de vencedores o de negociadores? *Razón Pública*.
- Quinche Ramírez, M. y Peña, R. (2014). *La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia*. Bogotá: ACIDI.
- Teitel, R. (2016). Justicia transicional y el proceso de paz en Colombia. En *Colección ejército, instituciones y sociedad. Justicia transicional: retos teóricos*. (vol. 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En *Justicia transicional sin transición. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R. y Saffon M. P. (2007). *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Recuperado de <http://www.anuariodch.uchile.cl/>