

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

di Liliana Estupiñán Achury y Mateo Romo

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

1093

Keywords: Peace Agreement, Juridical pluralism, Transitional justice, Right to peace.

1. Introducción

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

En estos contextos extraordinarios, sin duda, podemos entender y vislumbrar los retos de las nuevas construcciones jurídicas y de sus lógicas transicionales, por ejemplo, el de los escenarios de cierre de guerra, vistos en clave

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

de paz y de víctimas, que han sido inspirados por las condiciones del no retorno o de la no repetición de las causas que generaron la guerra. Una justicia que apenas inicia, y que ya ha sido mil veces cuestionada por aquellos que aún se benefician del conflicto armado o que tienen el chip tradicional de lógicas jurídicas ordinarias con el que quieren enfrentarlo o solucionarlo.

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

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

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

El pluralismo jurídico no solo reconoce la posibilidad de que en un Estado coexistan varios sistemas jurídicos, la cual es una lectura eminentemente formalista, sino que respeta la existencia de varias cosmovisiones, nacionalidades o etnias dentro de un mismo Estado o, en otras palabras, la alternativa de que cada comunidad pueda construir una historia común a pesar de sus fascinantes y maravillosas diferencias.

Colombia, a pesar de su ADN unitario y centralista, ha construido pluralismo jurídico en el mundo indígena, en lo ambiental, en la diversidad, y ahora lo hará en el mundo de la paz, en donde combinará lo tradicional, esto es, la arquitectura de una justicia especial muy a tono con los estándares nacionales e internacionales, pero también la composición de una justicia local, territorial y comunitaria, en clave de víctimas y de reparación.

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

En Colombia, por ejemplo, desde una lógica de justicia ordinaria, conservadora o monista, habría sido imposible que el Gobierno y las ex Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, suscribieran un “Acuerdo para la

terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. No en vano antes de la Constitución Política de 1991, puesto que la herencia del monismo privilegiaba una única propuesta regulativa legalista, y por ende ordinaria, habría sido algo más que utópico plantear la posibilidad de negociar una paz exitosa entre dos actores del conflicto.

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

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

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

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

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

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

² Cfr. D. Arango, *Con el 'No' en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso?*, en *El Tiempo*, 2016, www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626.

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

⁴ R. Uprimny, *¿Puede ser refrendado el acuerdo de paz?*, en *El Espectador*, 2016, www.elespectador.com/opinion/opinion/puede-ser-refrendado-el-acuerdo-de-paz-columna-616390.

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

⁶ Expresión ingenjada por el jurista y profesor Hernando Valencia Villa, para referirse a las diferentes constituciones de Colombia que, como dice en el texto *El derecho de los jueces*, «han tenido siempre algo en común: la dependencia y la manipulación a las que son sometidas según

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

Este modelo constitucional, que hermanó lo jurídico con lo político, inspiró la creación de diversas clases de lecturas y justicias: las sentencias herejes⁸ constituyen un buen ejemplo del nuevo ejercicio hermenéutico (dosis personal, eutanasia, ley de cuotas, los derechos de los niños, etc.). Asimismo, el tema de la justicia constitucional indígena y de sus territorios, hoy, por ejemplo, en proceso de reafirmación territorial, esto es, de los viejos resguardos a verdaderas entidades territoriales (así sea de manera transitoria, tal como dispone el Decreto No. 1953 de 2014) y las prerrogativas territoriales que esta situación conlleva en materia de distribución de competencias, participación en las transferencias intergubernamentales y su incidencia en el mejoramiento de nivel de vida y administración propia o autogobierno. Además del reconocimiento de la jurisdicción indígena, tan respetuosa de las lógicas ancestrales y culturales, pero tan ligada a la lectura y cierre del Texto Político y constitucional⁹.

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

las conveniencias y los intereses del gobierno de turno, convirtiéndose así en verdaderas fichas de estrategia utilizadas como cartas de batalla». *Cartas de Batalla*, Bogotá, 2010.

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

⁸ Cfr. C. Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, México, D.F., 2002.

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

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

¹¹ Sin embargo, dignos desarrollos por vía jurisprudencial hoy se deben celebrar. Antes las tutelas provenían de las comunidades; hoy son las propias multinacionales (caso Mansorovar Energy Colombia Ltda) quienes acuden a esta acción constitucional para dar por no válida la consulta popular realizada por los municipios que se niegan a la exploración de hidrocarburos

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

Valga destacar que la sentencia del Río Atrato es emblemática en Colombia y en América Latina, y que va muy en sintonía con el antecedente más importante de los derechos constitucionales de los ríos: caso del Río Vilcabamba¹². A este pronunciamiento se le agrega la connotación como sujeto de derechos que la Corte Suprema de Justicia le dio a la selva amazónica, víctima de intensa deforestación que se aproxima al peligroso punto de “no retorno”, luego de reafirmar su calidad de “pulmón del mundo” y “eje ambiental del planeta”¹³.

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

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

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

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

en sus territorios. Cfr. J. Palomares, *Duro tatequieto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional*, en *El Espectador*, 2018, www.elspectador.com/noticias/judicial/duro-tatequieto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590.

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

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

24 de noviembre del año 2016).

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

El narcotráfico, bastante crecido para la época, se infiltró en toda la sociedad colombiana, en la mayoría de las instituciones y en las altas esferas del poder. Este último se convirtió en el instrumento predilecto de financiación de la guerra. Así, todas las fuerzas ilegales se unieron a manera de olla de presión en plena explosión, generando el contexto necesario para la construcción de una nueva carta política. Hoy perviven las lógicas mafiosas; superar este estigma llevará décadas de reconstrucción. La marca cultural pervive.

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

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

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

votos), por supuesto, un cierre lejano a lo que hoy se aspira en materia de justicia de cierre de guerra que conlleva, entre otros, a la aplicación de sanciones y a la reparación integral de las víctimas.

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

La mayoría de estos actores hicieron parte del poder constituyente de 1991, ellos y actores conservadores, liberales, cristianos, etc., construyeron el nuevo Texto Político e insertaron un artículo fundamental para la creación del marco transicional que hoy se está desarrollando.

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

Como lo señala Enrique Gaviria Liévano, ser decentes en materia de derechos y coherentes con el marco internacional y «la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuatro convenciones de Derecho Internacional Humanitario de 1949 y sus dos protocolos adicionales sobre conflictos armados internacionales y no internacionales o internos»¹⁷, así como con el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional de Justicia, justificaba plenamente esta adición o inserción.

Sin esta inclusión, hubiesen sido imposibles diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho a la paz y la creación de su marco jurídico. Así lo reitera Lemaitre, cuando señala que este derecho fue ignorado hasta el año 2004, cuando apenas fue invocado para «declarar la constitucionalidad de normas originadas en el derecho internacional»¹⁸. Sin embargo, a partir de este momento es mencionado en sentencias relevantes para la culminación del conflicto en Colombia, por ejemplo, «la T-025, la famosa tutela que dio inicio al gran litigio de

¹⁴ J. Lemaitre, *La Corte Constitucional y el derecho a la paz*, en *La Silla Vacía*, 2017, lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ E. Gaviria Liévano, *La paz es un derecho constitucional*, en *El Tiempo*, 2015, www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16400287.

¹⁸ J. Lemaitre, *op. cit.*

los desplazados contra el Estado Colombiano [...] la C-048/01 que ayudó a permitir la negociación con las guerrillas al declarar constitucional la ley que regulaba la facultad presidencial de negociar acuerdos de paz con grupos armados [...] la C-370 de 2006 que le abrió el paso a una Ley de Justicia y Paz más cuidadosa con los derechos de las víctimas y, más recientemente, permitió el plebiscito de octubre pasado (C-379/16)»¹⁹. Igualmente, hay que destacarlo, este derecho sigue presente en la lectura de constitucionalidad que realiza la Corte a los documentos normativos que surgían vía *fast track*, o ahora mediante el procedimiento legislativo ordinario, del proceso de implementación del Acuerdo de la Habana.

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

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

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

5. El Sistema de Justicia Especial para la Paz no ha sido el único experimento en lógica transicional

El primer esfuerzo por impulsar un experimento de justicia transicional en Colombia, adelantado por intermedio de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz),

¹⁹ *Ibíd.*

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

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

ha sido seriamente cuestionado. Una normatividad construida para el mundo de los victimarios paraestatales y de espaldas a la sociedad civil y las víctimas, a pesar de ser inspirada en lógicas de transición.

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

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

La Ley 975 debía desarrollarse en 8 años, esto es, de 2006 a 2014. No obstante, fue prorrogada hasta el año 2018, ya que la tarea para la cual fue creada (adelantar la investigación y el juzgamiento de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares), ha sido precariamente cumplida. Falta esperar el balance final. Hasta octubre de 2016, en materia de eficacia, administración de justicia y respeto a las víctimas, la Ley arrojó míseros resultados. Por ejemplo, de los 36.000 paramilitares que se desmovilizaron entre 2003 y 2006, 4.408 se postularon a esta normativa que les permitía beneficiarse de penas de máximo 8 años. No obstante, cerca de 2400 ex-AUC han sido expulsados por no satisfacer la garantía restaurativa del derecho a la verdad. En efecto, tan solo cerca de 2000 exmiembros de las AUC siguen activos²².

Otro tema cuestionable, es el número ínfimo de sentencias proferidas: según comunicado de Prensa no. 49, del año 2017, de la Contraloría General de la República, «tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz y \$11 billones invertidos: tan solo se han condenado 195 postulados en 47 sentencias»²³. Lo cual, en otras palabras, quiere decir que solo hay 22.880 condenas de los 312.611 delitos cometidos por organizaciones paramilitares²⁴.

Así mismo, la escasa participación de las víctimas en el proceso es otro asunto preocupante. Incluso, según cifras del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia —ProFis—, se estima que las víctimas que participan en las audiencias prácticamente no tienen ninguna interlocución con los postulados. De hecho, en promedio participan con una sola pregunta²⁵. Por otra parte, el irrisorio

²² Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años, en *El Tiempo*, 2016, www.eltiempo.com/justicia/cortes/avance-de-la-ley-de-justicia-y-paz-con-los-paramilitares-36010.

²³ Contraloría General de la República. Comunicado de Prensa no. 49, 2017.

²⁴ Este imperio del delito comprende una amalgama de conductas típicas. Las más recurrentes, son: homicidios y asesinatos, desplazamiento forzado y desaparición forzada. Cfr. *Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años*, cit.

²⁵ A. Forer, La participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional - el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz, en C. L. Díaz (Ed.), *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2011, 11-56.

reconocimiento de las víctimas también es patente. La Fiscalía reportó un número de 386.413 víctimas, de las cuales solo 166.276 han sido reconocidas como tales, esto es, el 43%²⁶. Nada más alejado al balance que comprendería un verdadero, en tanto emancipador y reivindicador de condiciones de vida digna, modelo de justicia transicional.

Sobre la no repetición, los resultados tampoco son esperanzadores. De hecho, facciones de los carteles de la droga que se han *desmantelado* y los grupos paramilitares que se han *desmovilizado*, han mutado en nuevas organizaciones criminales: entre otras, los Rastrojos y los Urabeños. Esto, en consecuencia, ha inspirado nuevas formas de la guerra o de la criminalidad en Colombia, bajo un aparente estado de justicia transicional que, en nuestro criterio, es lejano a la verdad y el respeto a las víctimas, sobre todo, porque varios de sus beneficiarios vuelven al ciclo de la criminalidad y de la economía del narcotráfico, la minería ilegal y el lavado de activos internacionales, entre otras. Mientras tanto, el Gobierno no ha hecho más que ufanarse de datos que no son más que espejismos, al afirmar que ha combatido y reducido el número de “bandas criminales”, cuando, en realidad, estos grupos han sido absorbido por otros, como es el caso de los Paisas y los Machos²⁷.

Por otra parte, muy a propósito con las razones históricas que dieron origen al conflicto en Colombia, tan ligado a la inequitativa distribución de la tierra, se profirió la Ley 1448 de 2011, conocida bajo el nombre de “Ley de víctimas y restitución de tierras”. No obstante, los resultados fruto de la aplicación de esta normativa también son preopantes.

De hecho, aunque esta ley pretendió establecer un conjunto de medidas [...] encaminadas a la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno (artículo 1), la misma clasificación de quién puede ser considerado como víctima y quién no, ya es problemática. Para esta normativa, solo tendrán pleno acceso al proceso de restitución quienes sufrieron un despojo ilegal después de 1991; quien fue víctima de hechos atentatorios entre los años 1985 y 1991, solo recibirá una compensación económica. El caso más polémico es el de las personas que hayan sido víctimas de despojo o alguna conducta lesiva de sus derechos antes de 1985: estas personas solo serán *reparadas* en términos simbólicos²⁸.

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

²⁶ Cfr. *Justicia para los 'paras', a mitad de camino luego de once años*, cit.

²⁷ Centro de Estudios Estratégicos, *Grupos Neo-Paramilitares se Consolidan en Colombia*, 2013, cespe.espe.edu.ec/page/143/?pid=1&lic=75833767; cfr. Corporación Nuevo Arco Iris, *Informe - Del Caguán a la Habana*, 2013, [otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+\(01\)%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf](http://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/INFORME++Del+Caguan+a+La+Habana+(01)%C3%81vila+Mart%C3%ADnez+Ariel+Fernando.pdf).

²⁸ Cfr. P. Martínez Cortés, *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto*, Berlín, 2013, 13.

investigación y juzgamiento de los *exmilitantes* de las AUC.

Esta paradoja, que es preocupante, por cuanto no hay nada más insólito que una medida alternativa atente contra otra, es a la vez aterradora, dado que las cifras de reparación son irrisorias comoquiera que no ha sido posible restituir predios ni reivindicar la condición civil de las víctimas puesto que organizaciones paraestatales, en maridaje con facciones del Gobierno, carcomen como un cáncer las buenas propuestas de una ley que no es más que una indefensa paloma en un país de tiburones. Por esta discordancia entre buenos propósitos y condiciones objetivas de implementación, en el año 2015, por ejemplo, solo se registró la indemnización de cerca de 500.000 víctimas, de un aproximado de 6.5 millones. Asimismo, de los dos millones de hectáreas que se pretendían restituir, solo se hizo lo propio con alrededor de 85.000²⁹. A su vez, valga destacar que ninguno de los procesos de reparación colectiva ha culminado; la misma suerte han corrido los de reparación individual: adolecen de indemnización administrativa cerca del 93% de las víctimas³⁰.

Así pues, no queda duda de que estos *experimentos* de justicia transicional arrojaron un precario resultado en términos de administración de justicia, verdad, reparación y no repetición. Incluso se le identifica, a la primera, como una *fórmula* de impunidad sin precedente en beneficio de victimarios paraestatales, y a la segunda, como una ley formalmente prometedora en materia de reivindicación de los derechos de las víctimas, pero materialmente ineficaz, puesto que jamás se pudo implementar, y por eso restituir las tierras de quienes fueron despojados de ellas no es más que una quimera que antecede a la quimera de que ya no hay paramilitares en Colombia: país que más que país es un desierto en el que la garantía de derechos de reparación integral y la restitución efectiva de tierras no es más que otro inmenso espejismo.

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

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

²⁹ Cfr. Agencia de Prensa IPC, *Balance agridulce de la Ley 1448*, 2015, www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php/2015/06/11/balance-agridulce-de-la-ley-1448/; A. Rettberg, *Ley de Víctimas: logros y retos*, en *El Espectador*, 2015, www.elespectador.com/noticias/politica/ley-de-victimas-logros-y-retos-articulo-564984.

³⁰ Cfr. Redacción Judicial, *El 93% de las personas registradas por la Ley de Víctimas no ha sido indemnizada*, en *El Espectador*, 2017, www.elespectador.com/noticias/judicial/falta-por-indemnizar-al-93-de-las-personas-registradas-por-la-ley-de-victimas-articulo-709400.

Gracias a esta reforma constitucional, se facultó al gobierno para adelantar diálogos de paz con Las FARC y, asimismo, se trazó la hoja de ruta de toda la negociación. La feliz armonía entre los diálogos y el Acto Legislativo se puede evidenciar en la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y en el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2017, así como en la regulación de amnistías e indultos por los delitos políticos y los conexos a estos, comprendida en la Ley 1820 de 2016; no en vano, ambos instrumentos (Acto Legislativo 01 de 2017 y Ley 1820 de 2016), junto con otros de igual relevancia, como la fijación de los criterios de priorización y selección de casos y la reglamentación de la participación en política de todo aquel que se desmovilice y reincorpore a la sociedad civil, fueron desarrollados en el marco de los mecanismos de justicia transicional contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2012.

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

El Marco Jurídico para la Paz, en efecto, no solo pretendió fijar responsabilidades, desmovilizar grupos armados o reparar materialmente a los ofendidos; es la garantía de satisfacción de los derechos de las víctimas expresada en cada uno de los instrumentos establecidos, entre ellos, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): modelo de justicia *sui generis* en el mundo, pensado a la luz del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

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

7. Nueva transición y lógica de justicia en Colombia. La reconstrucción del tejido social

Diferentes circunstancias políticas, sociales y económicas llevaron a que este proceso culminara con un acuerdo. En todo caso, un proceso interesante que llevó a la construcción de un documento fascinante para el constitucionalismo y los derechos humanos, en donde el primer punto estuvo cifrado en la mayor causa del conflicto: la tierra, eso sí, sin ir más allá de una “reforma rural integral” y no una “estructural” propia de este Estado que padece tan lamentable e inequitativa distribución de la propiedad. El tema de tierras está bloqueado. Un informe de las Naciones Unidas del 22 de octubre de 2017 habla sobre el fondo de tierras que debe crear el Estado para entregar a los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente. «Pero el Estado no sabe cuántos baldíos tiene y tampoco ha recuperado las tierras usurpadas a las víctimas del conflicto armado»³¹. Según el investigador Darío Fajardo, miembro de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, «hay entre 6 y 8 millones de hectáreas que fueron usurpadas durante el conflicto. ¿Dónde están? Las comunidades no vivían en el aire. Estas tierras existen pero hay que recuperarlas»³². El compromiso es distribuir tres millones de hectáreas para los diez primeros años y formalizar siete millones de hectáreas. El reto sigue en pie, y la tarea no durara menos de diez a veinte años.

Y ante la muerte de 3000 líderes del otrora partido político de la Unión Patriótica³³, el documento contiene interesantes propuestas, necesarias para la reincorporación política de los excombatientes y también para el fortalecimiento de la democracia colombiana. Se resalta la creación del nuevo partido político de las FARC (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común), por cierto de poca aceptación en Colombia y de lamentable éxito en las urnas³⁴; la asignación de diez curules en el Congreso (cinco en Cámara de Representantes y cinco en Senado, las cuales están garantizadas³⁵ (desde 2018 y hasta el 2026), y una de las más

³¹ Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas – Derechos Humanos – Colombia, *El difícil horizonte del Fondo de Tierras para la Paz*, 2015, www.hchr.org.co/index.php/compilacion-de-noticias/93-tierras/6076-el-dificil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz.

³² *Ibíd.*

³³ Partido político fundado en 1985 que representó un punto de inflexión en la historia del país. Su trascendencia se debe a que, por una parte, marcó un canon en las anquilosadas formas de concebir la política en Colombia; por primera vez, la oposición pudo hacer contrapeso a los hegemónicos partidos de élite. Por otra parte, la Unión Patriótica (UP) fue la conquista política más prometedora que tuvo Colombia en el siglo XX para transitar hacia la paz, en tanto logró dar un lugar a quienes optaron por dejar las armas para reivindicar su palabra como único instrumento capaz de mitigar los desequilibrios y mitigar las injusticias. No obstante, como toda gran ruptura, la UP se percibió como un colosal peligro para algunos sectores retardatarios de ultraderecha que ante el temor de que este movimiento de plena acogida por el pueblo colombiano revolucionara estructuralmente el país, no vieron más opción que emprender un plan de exterminio contra todos y cada uno de sus miembros. Si de casos de genocidios políticos se trata, el de la Unión Patriótica es uno de los más escabrosos e infames de todos los tiempos.

³⁴ En las elecciones legislativas del presente año, por ejemplo, este nuevo partido obtuvo cerca de 50.000 votos (0.34%) para el Senado. Cfr. *¿Cómo les fue a la FARC en las urnas?*, en *Semana*, 2018, www.semana.com/nacion/articulo/resultados-elecciones-congreso-como-les-fue-a-la-farc/560000.

³⁵ Independiente a los precarios resultados que obtengan en las contiendas electorales.

importantes, la próxima y aún compleja creación de dieciséis circunscripciones de paz para representación de víctimas y grupos sociales en el Congreso de la República³⁶, entre otros aspectos.

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

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

8. El derecho a la verdad como garantía de reconstrucción social³⁷

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

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

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

Ya que una verdad que carece de belleza en sus formas es otra manera de postergar el sufrimiento y generar el deseo de olvidar, con el procedimiento dialógico entre ofensores y ofendidos, en cambio, se pretende construir una verdad sanadora —terapéutica— y con ella, más que la restauración de los patrimonios económicos, la reconstrucción de las relaciones humanas en una cultura que se hizo llamar por mucho tiempo “nación”, aunque la violencia de la colonización, que fue

³⁶ A la fecha de presentación, este propósito ha sido bloqueado por el Congreso de la República.

³⁷ Las reflexiones expuestas en este apartado tuvieron como fuente de inspiración al profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, quien en el evento titulado “Cita con los magistrados de la JEP. Una pedagogía para la paz en función de las víctimas”, realizado el día 9 de abril del año 2018, en la Aula Máxima de la Universidad Libre, sede Bogotá, compartió sus disertaciones sobre la ontología y la originalidad del modelo que representa la Jurisdicción Especial para la Paz.

reafirmada años más tarde por las lógicas de centralización y positivismo, tan propias de la Modernidad y el Estado de derecho, hubieran diluido nuestras leyendas y relatos originarios, esto es, la verdad mítica que le sirve a los pueblos para trazar futuros comunes, más que ciertos, bellos y orientadores de una vida en comunidad.

La verdad, como epicentro de este proyecto humanizador de justicia de transición, será el vaso comunicante de la Jurisdicción Especial para la Paz, concebida en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, específicamente, y del punto 5 del Acuerdo Final (elaborado en atención a las víctimas), en términos generales. Así pues, la verdad se constituye como el paradigma a través del cual se pretende romper la histórica camisa de fuerza del retribucionismo penal: canon alguna vez pensado por los griegos que fue desarrollado a lo largo de los siglos por grandes filósofos, juristas y teóricos. Incluso, la enseñanza kantiana de que cada uno responde por lo que se merece³⁸ fue muy a tono con la adjudicación del monopolio de la violencia en el Estado que, como forma de legitimación de su poder de coacción, fundamentó la pena como respuesta estatal al delito.

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

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

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición está compuesto por diferentes mecanismos y medidas tanto judiciales como extrajudiciales que, en concordancia con un modelo eminentemente reconciliador, pretende hacer del aseguramiento del derecho a la verdad, la garantía de reconciliación y no repetición de los hechos atentatorios de derechos humanos³⁹.

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

³⁸ Cfr. I. Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, 2005.

³⁹ Cfr. *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 2016.

verdad y responsabilidad⁴⁰.

En lo atinente al ámbito de aplicación, valga precisar que esta Jurisdicción tiene un triple enfoque que se destinará a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto; esto es: los exmiembros de las FARC que hayan suscrito el Acuerdo; los agentes del Estado que tengan alguna relación con el conflicto, por haber cometido delitos en razón de este; y los terceros (financiadores o colaboradores del conflicto) que voluntariamente comparezcan ante la JEP⁴¹.

En sintonía con la política judicial de transición, y para los delitos no susceptibles de indulto o amnistía⁴², el Tribunal podrá imponer tres tipos de sanciones: propias, alternativas y ordinarias. Las propias tendrán cabida cuando el ofensor satisfaga el principio operativo del procedimiento no adversarial o dialógico, esto es, el derecho a la verdad por medio del reconocimiento de responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de la JEP. Estas sanciones tendrán una función reparadora y restaurativa⁴³, y aunque representarán una restricción

⁴⁰ La Jurisdicción Especial para la Paz «está compuesta por una Secretaría Ejecutiva y cinco órganos: La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía e Indulto; la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; la Unidad de Investigación y Acusación y el Tribunal para la Paz, que está integrado, a su vez, por cuatro secciones: (i) Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; (ii) Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; (iii) Sección de apelación; (iv) Sección de revisión». Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Jurisdicción Especial para la Paz, www.altocomisionado.paralapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-jurisdiccion-especial-paz.html; *Acuerdo Final...*, cit.

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

⁴¹ En Sentencia C-674 de 2017, la Corte manifestó que «el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad [...] la Corte señaló que si bien, dentro del principio de juez natural es posible crear tribunales especiales, y hacer cambios de competencia, el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública a la JEP, implicaría radicar en un órgano jurisdiccional autónomo, configurado a partir de unos particulares objetivos, la competencia para juzgar los delitos y las demás infracciones relacionadas con el conflicto armado cometidas con anterioridad a su creación, a partir de principios y reglas ajenas a las que irradiaron el diseño de la jurisdicción en la Constitución de 1991, tanto en su conformación como en su estructura y funcionamiento, y que además, en relación con tales terceros, puede no satisfacer las garantías de independencia interna y externa y de imparcialidad». Corte Constitucional. Sentencia C-674/17 [M. P. Luís Guillermo Guerrero Pérez].

⁴² La JEP podrá conceder amnistías o indultos para el caso de delitos políticos y conexos; los delitos de lesa humanidad y genocidio, así como los graves crímenes de guerra, no serán amnistiables ni indultables.

⁴³ Entre otras, las actividades podrán comprender la «limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos; la construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.», *Acuerdo Final...*, cit., 173.

para los derechos de libertad de movimiento y de residencia, no los anularán en tanto que no incluirán penas privativas de libertad. Las sanciones propias tendrán, por regla general, una duración que oscilará entre los cinco y los ocho años; cuando el ofensor no haya tenido una participación determinante en el delito, la pena será de dos a cinco años.

Las sanciones alternativas, a su vez, tendrán lugar cuando el ofensor reconozca tardíamente verdad ante la Sección de enjuiciamiento y antes de que se haya proferido sentencia⁴⁴. Estas sanciones, puesto que el ofensor ciertamente estará en un punto medio entre el procedimiento dialógico y el controversial, tendrán un componente retributivo, en tanto comprenderán la tradicional pena de prisión, pero tendrán naturaleza transicional dado que la duración de la restricción efectiva de la libertad oscilará entre los cinco y los ocho años. Así pues, esta modalidad de sanción, a propósito de la simbiosis de procedimientos y nociones de justicia, tendrá una identidad ciertamente ambivalente, justificadamente híbrida.

Finalmente, las sanciones ordinarias procederán cuando no haya reconocimiento de responsabilidad. En este caso, y previa condena por parte del Tribunal para la Paz, la pena privativa de libertad oscilará entre los quince y los veinte años⁴⁵. Como se puede ver, la función de esta sanción, en correspondencia con la no optimización del alcance de la garantía restaurativa de verdad por parte del ofensor, será eminentemente retributiva.

Es la nueva hermenéutica para leer el derecho a la verdad, entonces, lo que ciertamente hace de este modelo transicional, un modelo único en el mundo. El derecho a la verdad, incluso, así como determina el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, es la piedra angular de los demás mecanismos judiciales y extrajudiciales que integran el nuevo sistema de justicia. Con la convicción de que solo de esta forma será posible iniciar un proceso de recomposición de la cultura: patrimonio humano de todo pueblo que desee tener un futuro común, por primera vez en Colombia un modelo de transición fue acompañado con una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: mecanismo de reconstrucción de memoria histórica que dará testimonio de lo que ocurrió en estos últimos sesenta años; no en vano las fórmulas de perdón y olvido, traducidas en medidas absolutas de amnistía o indulto, son la primera negación de justicia, porque son la mayor privación de verdad. Argentina, Guatemala y Sudáfrica, entre otros, dieron cuenta de esta enseñanza desde su experiencia de transición.

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

Asimismo, en sintonía con estas nuevas formas de justicia, se implementarán

⁴⁴ *Acuerdo Final...*, cit., 157, 165 y 174.

⁴⁵ *Ibíd.*, 166 y 175.

medidas para la construcción de la paz, tendientes a velar por la satisfacción de los derechos de las víctimas a la restitución, la indemnización y la reparación colectiva. La construcción de la denominada “paz territorial”, por ejemplo, cifrada en 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, aspira a implementar «instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral». Si bien no sobran como medida de reparación, también es cierto que no son suficientes. Dieciséis territorios en espera de concreción e impulso, regiones que, a su vez, agrupan a 170 municipios ávidos de construcción institucional. En cualquier caso, la “paz territorial” debe ir más allá de las entidades seleccionadas y de esta clase de intervenciones. La organización territorial colombiana es desequilibrada y la mayoría de los municipios no tienen las condiciones institucionales suficientes para garantizar un nivel de vida digno y el no retorno a la guerra o a la criminalidad.

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

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

10. Conclusiones

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

Flexibilizar procedimientos por medio de alternativas no adversariales es una forma de embellecer la feliz síntesis que debe haber entre los métodos de transición y las finalidades altruistas de la paz, de humanizar las categorías de verdad, justicia y reparación, que durante mucho tiempo se tecnificaron tanto que terminamos olvidando que antes que derechos de connotación jurídica son garantías de convivencia civil, condiciones que en el caso de ser negadas deben ser

reivindicadas como un deber ético entre la sociedad y la reconstrucción de la cultura, y no solo como un derecho jurídico que debe satisfacer el Estado a las víctimas de la guerra.

Deslocalizar la justicia del ámbito retributivo, así pues, es una defensa de una corriente pluralista del derecho, en tanto que solo desde una perspectiva plural es posible potenciar en un mismo contexto socio-político la proliferación de diferentes manifestaciones de justicia que den respuesta a las necesidades existenciales de las distintas comunidades que viven al interior de los Estados.

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

No obstante, aunque esto aporta seguridad y estabilidad jurídicas, comoquiera que se vela por salvaguardarla integridad sustancial del Acuerdo, también es cierto que los márgenes de interpretación y escogencia de los medios para llevar a cabo la implementación, podrían alterar el blindaje, y con él, el buen curso de la transición. De hecho, el potencial peligro de trastocar el Acuerdo ni siquiera es ajeno, paradójicamente, a quien propuso su defensa. La Corte Constitucional, en Sentencia C-674 de 2017, por ejemplo, limitó la facultad de investigar y sancionar a los terceros civiles responsables y a los parapolíticos que vieron en el conflicto una posibilidad de aumentar indefinidamente sus capitales, con el argumento de que su vinculación forzosa al proceso sería inconstitucional, en tanto que atentaría contra los principios de juez natural y legalidad⁴⁶.

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

⁴⁶ Vid. nota 41.