

JUSTICIA PENAL VS. JUSTICIA TRANSICIONAL: EL DERECHO  
A LA PAZ EN EL MARCO DE LOS ESTANDARES  
INTERNACIONALES EN MATERIA DE VERDAD, JUSTICIA Y  
REPARACIÓN.

**(I) PLANTEAMIENTO**

El derecho a la verdad es un derecho inalienable e imprescriptible cuya exigibilidad jurídica alcanza a todas las Instituciones de cualquier Estado.

La Comisión de Derechos Humanos en su 61 sesión del 8-2-2005, aprobó los principios generales para combatir la impunidad. En estos destaca el derecho inalienable a la verdad, es decir el derecho de las víctimas a saber (I), como un derecho imprescriptible a conocer las circunstancias en las que se produjeron la violencia, la muerte o las desapariciones, pero también el derecho a la justicia (XIX) y en particular a la justicia penal y el derecho a la jurisdicción Universal (XXI).

En el informe de 2006, aprobado por la Comisión (hoy Consejo) de DDHH de la ONU, el derecho a la verdad quedó formalmente reconocido.

La verdad, de esta forma, superó las barreras del negacionismo impuestas por teorías y prácticas proclamadas desde los más diversos ámbitos.

La impunidad parecía, que había perdido la batalla, porque la verdad comenzaba a recorrer los mismos senderos de exigibilidad que el derecho a la justicia y la memoria se transformaba en uno de los motores más ingenuinos de la reconstrucción histórica, pero no fue así, y ahora se viven tiempos de incertidumbre.

La verdad, la justicia y la reparación constituyen el trípode en el que debe basarse una sociedad moderna democrática, porque, lejos de menoscabarla, estos principios la consolidan y le ofrecen un futuro de esperanza.

En un país en el que rija la normalidad democrática, el Estado de Derecho, exige que la acción de la justicia se despliegue en toda su extensión frente a los hechos ilícitos cometidos, máxime si estos alcanzan la categoría de crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, cuando la situación se ve grave y permanentemente alterada por la actuación de grupos u organizaciones que tienen por objetivo acabar de forma violenta con esa misma sociedad, se suelen

plantear formulas paliativas de aquella máxima para acabar con la misma, y se acude a la denominada **justicia de transición**, o lo que es lo mismo a diseñar un conjunto de mecanismos y procedimientos que faciliten en búsqueda de los antecedentes y la identificación de los hechos; el enjuiciamiento de las personas; la búsqueda de la verdad; la restitución de las víctimas, bien judicial o extrajudicialmente; la reforma institucional y, en definitiva, la reconciliación.

Puede decirse por tanto que, todo mecanismo de justicia transicional es una **norma de mínimos** y por tanto, **debe exigirse la integridad en el cumplimiento de los diferentes mecanismos que reciben este nombre**. Es decir, una ley como la 975/2005, no puede ser aplicada parcialmente, ni con carácter restrictivo. Los principios rectores y sus normas deben ser asumidos en su totalidad y la marginación de cuales quiera de sus ámbitos puede determinar la inaplicabilidad de todo el sistema.

Los derechos de las víctimas, en estos casos, tienen un contenido complejo, acorde con la naturaleza de la norma de la que estamos hablando. Por una parte, el derecho a la justicia retributiva, reducido por la disminución de la cantidad de pena, se verá compensado con la creación de Comisiones de verdad, memoria o reconciliación como la mencionada en la propia ley, pero complementada y ampliada con

la Comisión propuesta por la Sala Penal de la Corte Suprema en la Providencia por la que decretó la nulidad de cargos contra el paramilitar desmovilizado del Bloque Calima, Gian Carlos Gutiérrez Suárez, que ofreció en este punto, como en otros, una vía positiva para alcanzar el equilibrio entre los intereses en juego. Es decir, la disminución de “justicia” se compensa con el aumento de la verdad y el derecho a la reparación, a través de la regulación de éste último en una ley específica que dote de mayor protección a las víctimas, por ejemplo mediante una amplia concepción del concepto restitución de tierras.

Por otra parte, resulta imprescindible que cualquier proceso de justicia de transición respete los estándares y límites exigidos por las normas de derecho penal internacional y humanitario y las decisiones de los tribunales de este orden, específicamente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las de la Corte Penal Internacional, que estará atenta al cumplimiento o incumplimiento por las instituciones competentes del Estado parte del estatuto de Roma, para, caso de inactividad o impunidad, intervenir e investigar y sancionar a los autores, como también podría hacerse en Cortes Nacionales con base al principio de jurisdicción universal. Es decir, esa exigencia está en esencia en el derecho penal Internacional y de

los tratados que integran e informan el Derecho interno, como la propia Ley de Justicia y Paz se encarga de resaltar.

En el curso de este tipo de procesos (de transición) resulta ineludible que la acción se desarrolle en forma pausada y plausible. Pausada, porque los errores deben estar ausentes y la cooperación debe ser total; y plausible porque la acción de la justicia, ir acompañada de consensos o acuerdos políticos y sociales, nacionales e internacionales amplios, acumulando a lo conseguido, otras iniciativas o posibilidades que sumen esfuerzos, con el fin de que la respuesta sea no solo global o integral sino convincente.

En definitiva, una norma de derecho transicional no debe ser impuesta sino desarrollada y aceptada por los afectados como una fórmula válida y probablemente única para acabar con una situación de violencia muy acentuada y profunda, como la que sufre Colombia.

El caso Colombiano, podría calificarse como único, habida cuenta que mientras se está implementando y consolidando el proceso, la acción violenta de otros grupos o de aquellos, que, habiéndose desmovilizado han vuelto a la acción delictiva (BACRIM) se sigue produciendo y, a pesar de ello, ha evolucionado en forma importante, y han sido notorios los esfuerzos que desde el sector

judicial se han implementado aunque los resultados no hayan sido hasta el momento los que se serian deseables.

En el desarrollo de este proceso puede decirse que se ha buscado definir el marco jurídico descrito en la ley de justicia y paz, después del control consitutucional de la misma, mediante la aplicación de estándares de justicia internacional que aproximen las sanciones mínimas a una lógica jurídica que dote de seguridad no solo a las victimas sino también a los que se han acogido a esta ley.

En este campo, la Corte Suprema ha desempeñado un rol fundamental aplicando las mas avanzadas interpretaciones de derecho Internacional pero sin abandonar la relevancia de las casos concretos; ha realizado una labor meritoria en sus investigaciones sobre la denominada parapolitica que Justicia y Paz ha ayudado a develar; y, sus sentencias han establecido los márgenes judiciales entre los cuales debe discurrir la senda de la acción judidical.

Por su parte la Fiscalía General de la Nación, a través de sus unidades de justicia y paz y de Derechos Humanos, aunque han

sufrido altibajos, ha desarrollado un esfuerzo hercúleo que ahora debe verse compensado en la acción de los jueces y tribunales.

En este contexto, es muy relevante el papel reservado a la sociedad civil, a través de sus organizaciones y de las víctimas que deben ser activas y críticas y ser consideradas parte esencial y, por ende participar en el diseño integral de este proceso de Justicia transicional.

Pero, por encima de los críticos y de los defensores, debemos ser conscientes de que los estándares de justicia transicional son esencialmente complejos y diferentes a los de la justicia ordinaria y por ende, no se debe cometer el error de aplicar los mismos criterios de interpretación que en los casos normales, porque si así se hiciera, el proceso estaría destinado al fracaso.

No se trata de sustituir un procedimiento por otro, sino de resolver con el de transición un problema irresoluble en ese mismo momento por la justicia ordinaria, y conseguir llegar a un estadio diferente en el que las estructuras se reconviertan a la normalidad.

Así mismo, para que un proceso de justicia transicional avance, debe tenerse presente, como ya he dicho, que el mismo es un proceso mixto en el que la acción judicial va acompañada aunque en forma separada de la acción política en tanto que ésta, desarrollada a través de las normas y disposiciones adecuadas resultará fundamental para viabilizar la acción de la justicia.

Lo anterior no debe ser interpretado como la aceptación de la interferencia política y por tanto interesada en la justicia, sino todo lo contrario.

La independencia de ésta debe ser indeclinable, pero también la responsabilidad del poder Judicial, como poder del Estado, debe estar presente.

La paz y la justicia, y la obtención de aquella mediante esta, deben ser objetivos para cuya consecución se desarrolle una política de Estado en la que participen todos los sectores de la sociedad afectados.

## **(II) DESARROLLO.**

Después de cinco años de vigencia de la ley de Justicia y Paz, puede decirse que hay algunas enseñanzas obtenidas y que muchos errores han sido superados, si bien los retos y desafíos que aguardan son mucho mayores que los iniciales, porque ahora, la nueva generación de situaciones jurídicas creadas exigen una respuesta positiva y definitiva. No resulta posible la vuelta atrás y tampoco es conveniente el abandono porque tales opciones no resuelven el problema; y se impone continuar, pero haciéndolo de la mano de unos principios claramente definidos, conscientes de lo que se puede y no se puede hacer, con un esfuerzo conjunto y consensuado, con el compromiso social y de las organizaciones de Derechos Humanos y de los actores armados del Estado; con la mirada atenta y con los límites que el Estado de Derecho impone, y con la firme convicción de que se puede conseguir e igual decisión de denunciar a quienes arteramente pretenden acabar con esta posibilidad, estableciendo sanciones al incumplimiento del proceso de carácter ejemplar.

Esta vez no se puede fallar de nuevo a las víctimas que han sufrido reiteradamente la denegación de justicia o el retraso de la misma, así como el olvido de los propios representantes públicos que en vez de protegerlas las postergaron.

El mensaje a los actores armados tiene que ser claro y definitivo: solo dentro de las normas nacionales e internacionales y de los cauces del Estado de Derecho que la sociedad Colombiana y sus Instituciones marquen, se podrá valorar desde un punto de vista jurídico y político el abandono de la violencia que ataca a la sociedad en su conjunto. Nada puede ni debe quedar por fuera de esos límites porque el cumplimiento de los mismos radica la legitimidad de proceso.

### **(III) EL FUTURO**

Todo proceso de justicia Transicional, es como una especie de organismo vivo, porque, además de valorar conductas ilícitas pasadas se contempla también otros escenarios que de futuro deben conciliarse con aquellas, y cuyo correcto o incorrecto ensamblaje, determinara una solución aceptable o el fracaso más estrepitoso, respectivamente.

En este contexto actual y de futuro debe partirse de las providencias de la Corte Constitucional, y de la Corte Suprema, y específicamente por su proximidad y trascendencia, de la sentencia de Mampujan, que hace especial énfasis sobre los derechos de las víctimas resaltando que estos no se limitan a la reparación *extrictu sens*, sino que la verdad constituye el derecho a las víctimas a que se determine de manera precisa y exacta la forma como ocurrieron los hechos, y cual fue la participación de los responsables, exigiendo que la justicia no sólo evite que la conducta delictiva quede en la impunidad, sino que se imponga a los responsables la correspondiente sanción y ésta se ejecute en la forma y los términos definidos en la legislación, además de permitir a las víctimas el acceso a las pruebas practicadas y adoptar medidas para prevenir la repetición.

La Corte, yendo mas allá, también se ha pronunciado sobre otros aspectos no muy definidos en la ley de justicia y paz, con lo cual ha aportado al proceso mayor seguridad jurídica. Uno de los efectos positivos será la agilización de los próximos procesos al haberse concretado la forma en la que las partes deben proceder en determinados temas:

- Computo del tiempo que los postulados llevan privados de la libertad bajo la custodia del INPEC, como pena

cumplida. (Siempre que la detención lo fuera por Justicia y Paz y no por otros hechos)

- Competencia de la unidad de fiscalía de justicia y paz para ordenar medidas de restitución de predios usurpados por los miembros de grupos al margen de la ley en favor de las víctimas, siempre y cuando este acto no vulnere los derechos de terceros de buena fe. (Cuya posición debería ser estudiada a fin de determinar los límites de la buena fe)
- Exclusion de la pena alternativa, de las penas accesorias que en todo caso son independientes y no siguen la suerte de la pena principal (pena privativa de la libertad).

Otro de los aspectos importantes de esta sentencia, es que los criterios de equidad como “norma de referencia”, se subordinan a los hechos y circunstancias probados en el proceso, según las reglas probatorias ordinarias en la ley. Si bien, la Corte, teniendo en cuenta que en muchos casos no se aportaron pruebas de los perjuicios, insta a que el Tribunal de Conocimiento, otorgue indemnizaciones con base a hechos notorios, presunciones, juramentos estimatorios, reglas de la experiencia y modelos baremo o diferenciados con lo que aligera la carga de la prueba de las víctimas y otorga una indemnización justa atendiendo a las circunstancias fácticas diferenciales de cada caso concreto.

Así mismo establece el alcance del derecho a la reparación destacando los siguientes componentes:

- (i) *Restitución*: devolver a la víctima a su *statu quo ante*.
- (ii) *Indemnización*: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.
- (iii) *Rehabilitación*: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos.
- (iv) *Satisfacción*: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido.
- (v) *Garantía de irrepetibilidad*: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares.
- (vi) *Reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, *v. gr.* la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales.
- (vii) *Reparación colectiva*: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.

De igual forma, la Corte aplica y enmarca en el bloque de Constitucionalidad varios principios ya consolidados en la jurisprudencia de la CIDH, y del TEDH:

1. **Obligación de protección judicial**, en el sentido de que el Estado debe hacer todo lo posible para que las víctimas conozcan la verdad y que los responsables sean sancionados.

2. **Derecho a la Verdad** (la satisfacción colectiva exige una verdad judicial de los patrones de acción) y en este sentido la Corte establece que debe existir una investigación judicial a parte de las iniciativas de memoria histórica.
3. **La reparación del daño inmaterial** que implica no solo actos simbólicos sino la remoción de obstáculos procesales o asegurar la protección de víctimas y testigos.

#### **(IV) LO CONSEGUIDO**

El trabajo desarrollado por la Unidad Nacional de Fiscalías de la Justicia y la Paz es digno de resaltar no sólo porque desarrolló a través de estos años una metodología para llevar adelante versiones libres; sino también por adaptarse a una dinámica para la cual no estaba preparada, enfrentándose a un escenario donde tenía que investigar miles de hechos.

En la búsqueda para encontrar relatos de víctimas con los que iniciara la investigación, los fiscales tuvieron que asumir la convocatoria y preparación de jornadas de atención a víctimas dignas de replicar en futuros procesos. Todo esto ha implicado un cambio en el paradigma del funcionario instructor que sale al terreno en búsqueda de la información. Ahora, presenciamos

jornadas masivas con presencia de autoridades locales. Por ejemplo, la Mapp/OEA ha acompañado casi 400 de las 539 jornadas adelantadas y ha podido constatar que la Fiscalía, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, la Defensoría del Pueblo y otras instituciones han avanzado en un modelo exportable que ya podría, tal como lo dijo el Presidente de la República, ser aplicado en países como Kenya, si bien la situación de violencia e institucionalidad en este país africano, es bien diferente a las de Colombia.

La Ley de Justicia y Paz ha puesto de manifiesto que parte de la clase política, en varias zonas del país, tuvo influencia en la estructuración y consolidación de grupos armados ilegales. Este es un tema claramente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias como las de Mapiripan, la Granja, el Aro, la Rochela, Escué- Zapata, Valle Jaramillo y la de Iván Cepeda. También lo ha resaltado recientemente, la sentencia de la Corte Suprema Colombiana en el caso Mampujan.

No podemos negar que estas revelaciones son fruto de Justicia y Paz y su conocimiento constituye un avance significativo para esclarecer todos los ámbitos de la acción de la violencia política en Colombia y su génesis. Así, están siendo investigados, 27 Gobernadores, 48

representantes a la Cámara, 43 Senadores, 13 Diputados, 59 y 239 alcaldes.

En materia de exhumaciones, la labor de la Fiscalía ha permitido que se encuentren 3.771 cadáveres de 3.080 fosas y que más de 1.300 cuerpos hayan sido entregados a sus familiares. Todo esto a raíz de confesiones que en otras circunstancias hubiese sido muy difícil adelantar. Por dar un ejemplo, en los últimos diez años la Fiscalía de DDHH no ha logrado exhumar más de 100 fosas de los paramilitares, hoy en pocos años se ha podido superar esa cifra en más de un 3 mil por ciento.

## (V) LAS DIFICULTADES

1. Sin embargo, la Fiscalía afronta problemas logísticos que han ido apareciendo conforme se ha ido dimensionado en sus justos términos, el alcance del fenómeno después de algo más de cuatro años de versiones libres; hay postulados en cárceles que todavía no han iniciado versiones libres y hay víctimas a las cuales les llega la citación a versiones libres mucho después de realizada la diligencia.

2. También resulta preocupante que se hayan realizado jornadas de atención a víctimas en lugares donde operaban bloques de los cuales no existe un solo postulado. Es el caso del municipio de Valencia

donde operaba el Bloque Héroes de Tolová o el Sur del Magdalena donde operaba un grupo conocido como Los Cheperos.

3. Otro gran problema que afecta a la consecución de la verdad es la imposibilidad que se tiene de poner en marcha de forma expedita el acuerdo de cooperación judicial entre Estados Unidos y Colombia. La aplicación no llega a satisfacer las necesidades del proceso ya que las diligencias no son suficientes y se han enfrentado a problemas técnicos. Es necesario respetar los derechos de las víctimas, muchas de las cuales quedarán frustradas ante la negativa de algunos extraditados, entre ellos Macaco y Don Berna, de continuar en Justicia y Paz.

4. Se precisa un nuevo impulso político y judicial en el área de la cooperación para que Estados Unidos, asuma la importancia histórica del proceso y colabore con a la consecución del mismo.

5. Es necesario visibilizar en los procesos de justicia y paz, por su especial trascendencia y sensibilidad, todos los temas relacionados con la violencia sexual y de género, que hasta la fecha no ha adquirido la dimensión real que el fenómeno tiene.

6. Los estrados judiciales continúan siendo un escenario hostil para las víctimas que no están preparadas y, en su gran mayoría, carecen de representación judicial. Por ello son importantes las iniciativas que adelantan la Defensoría, la Procuraduría, la CNRR, la Fiscalía y el con apoyo de la MAPP/OEA y otras instituciones con el fin de capacitar a las víctimas, en todos sus aspectos, para que afronten escenarios como el incidente de reparación integral, al menos en condiciones mínimas de conocimiento y de preparación psicológica.

## VI CONCLUSION

Si bien, el trecho recorrido es bastante, queda mucho por hacer en materia de verdad, de justicia y de reparación. Colombia no puede renunciar a ninguno de estos derechos y debe procurar el cumplimiento de ellos en un perfecto equilibrio. En Justicia Transicional es válido ceder pero esa cesión tiene un límite y está dada por las garantías básicas necesarias para no menoscabar tales derechos y para ir acorde a los estándares legales de justicia nacionales e internacionales. Existen puntos de encuentro y coincidencia entre las necesidades de paz, que constituyen un derecho de la sociedad, y los estándares mínimos de justicia que garanticen el Derecho Humano de las víctimas, a la verdad, la

justicia y la reparación. Por ello las víctimas deben estar en el centro del análisis.

Si en el camino se descubre que no existe ese punto de encuentro, debemos ser honestos y asumir las consecuencias que tiene levantar lo alcanzado. Pero por ello, dada inmensidad del daño, debemos explorar al máximo las posibilidades de consenso y acuerdo.

Esta decisión es una decisión de Estado y constituye el desafío más grande, de ahora hacia el futuro, al que Colombia se enfrenta, sin olvidar que se trata de una cuestión de corresponsabilidad de toda la sociedad.

320 mil víctimas han depositado su confianza o, al menos, cierta confianza en un proceso que debía repararles; por otro lado 4.511 desmovilizados que se postularon a un proceso, de los cuales más de 1.720 están en la cárcel y de los cuáles 1.500, ya iniciaron versiones libres, también esperan solución, y, aun más en un futuro no muy lejano, el escenario puede repetirse y ampliarse a otros casos.

Una de las grandes dificultades es buscar un discurso común para que vayamos en la misma dirección, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el fin estratégico de este proceso es la reconciliación, pero repito, no todo se vale a tiempo de buscar esta reconciliación

nacional que tanto anhelamos. Debemos prestar especial observancia en el camino a los derechos de las víctimas para que no sólo queden en la retórica discursiva sino que sean materializados y ello respetando las garantías de los victimarios.

Hacia adelante tenemos que pensar qué junto a toda la verdad (no necesariamente judicial) se precisa la acción de la justicia y la reparación. De cómo se distribuyan las cantidades, dependerá que estemos en el ámbito de lo asumible y exigible. Y en este punto las sentencias proferidas por la Corte Suprema, son las que pueden servir de base para la generación de consensos básicos sobre los cuales se puede ir avanzando, hacia el objetivo final de una paz justa.

El señor Presidente dijo citando a Antonio Machado “se hace camino al andar”, yo también cito al mismo poeta español para decir que “Hoy es siempre todavía” para conseguir ese objetivo.

Baltasar Garzón Real.

Bogotá, D.C. Mayo 23 de 2011.