

**Criterios de interpretación del juez en la justicia transicional**

**Cesar Javier Castro Quiroz**

**Universidad Santiago de Cali**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Público**

**Santiago de Cali**

**2018**

**Criterios de interpretación del juez en la justicia transicional**

**Cesar Javier Castro Quiroz**

**Artículo científico de revisión**

**Universidad Santiago de Cali**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Público**

**Santiago de Cali**

**2018**

## 1 Introducción

En Colombia, el conflicto armado interno ha sido una guerra que se desato desde el año 1960 aproximadamente, donde se han enfrentado el Estado y los grupos guerrilleros, uno de los mayores actores del mismo fueron las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC – quienes entablarían extensos diálogos con el gobierno a partir de diciembre de 2014, con el fin de finalizar el conflicto y persiguiendo el propósito de la paz, en el entendido que la sociedad no puede subsistir en un estado de permanente anormalidad, zozobra e inseguridad.

A partir de los diálogos mencionados, se pudo plantear un nuevo panorama para Colombia en todos los aspectos, estos se plasmaron en los acuerdos que se protocolizarían en Cartagena el 26 de octubre de 2016 y que, con la firma del acuerdo final, dieron paso a nuevas problemáticas, siendo la cuestión de la justicia transicional una de las más relevantes y preocupantes por las implicaciones penales, el juzgamiento y las perspectivas que involucran a toda la sociedad colombiana.

Como una de las conclusiones obtenidas de los diálogos de la Habana, se encuentra que la actual administración de justicia no es adecuada para resolver los problemas jurídicos ocasionados por la conducta en el conflicto por parte de los insurgentes, agentes del Estado y civiles involucrados en el conflicto armado interno, realidad palpable que permite explicar el acuerdo para la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por su parte, la justicia ordinaria, con la perspectiva de sancionar a los responsables de las conductas típicas, muestra con estadísticas sus graves limitaciones, la congestión judicial, la baja celeridad de las audiencias y los malos hábitos de la práctica judicial son solo algunos de los problemas que generan mayores repercusiones, por lo que llegar a impartir justicia en un plazo razonable, sin dilaciones, es una meta inalcanzable e inconveniente para clausurar el conflicto y realizar las condiciones sociales que requieren las víctimas si no se hacen ajustes jurídicos y transiciones sociales que permitan materializar la tan ansiada paz.

La justicia transicional, de acuerdo con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es “la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.” Este concepto nace de una situación extraordinaria, donde la justicia tradicional no es eficiente ni efectiva para resolver las problemáticas derivadas de los actos ilícitos, por lo que se requiere una justicia diferente, que

modifica y agrega principios que no son iguales a los de la justicia ordinaria ya que tiene como propósito fundamental la consecución de la paz y la justicia a través de la terminación del conflicto, obteniendo una paz estable y duradera recreando el tejido social; este cometido permite justificar nuevas instituciones y las decisiones adoptadas. Desde ese marco, la Sentencia SU 254 de 2013 indico que “En cuanto al derecho a la justicia, la Corte en su jurisprudencia ha establecido diversas reglas, tales como (...) (iii) la obligación de establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas de delitos. En este sentido, se fija la obligación del Estado de diseñar y garantizar recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, y de impulsar las investigaciones y hacer valer los intereses de las víctimas en el juicio (...)”

Debido a lo anterior, la justicia transicional se efectiviza mediante jurisdicción especial para la paz, donde los jueces deben adoptar el nuevo paradigma que demanda la justicia transicional, sin embargo, no es nada fácil ya que teniendo en cuenta que el contexto del conflicto, se demanda tratamientos punitivos más benignos que los ordinarios, los cuales pueden verse reflejadas en la imposición de penas más bajas, o la adopción de medidas que, aun sin que el procesado sea eximido de su responsabilidad, se haga posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas, convirtiéndose en una excepción que solo es procedente en la justicia transicional.

La teoría finalista que desarrolla los fines de la pena se muestra como un señalador del norte que debe buscar la justicia transicional ya que el propósito final de todo este proceso se encuentra en la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, por lo que la paz es un criterio hermenéutico esencial de las categorías del derecho penal transicional, permeando los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, repercutiendo en las penas impuestas por los jueces, las que no pueden olvidar los derroteros de la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado de derecho tal como lo ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia C – 379 de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, se planteó la pregunta problema de investigación de la siguiente forma; ¿Cómo debe aplicarse el criterio hermenéutico de la paz frente a los criterios penales aplicables por el juez en el marco de la justicia transicional y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia a partir del año 2016 hasta el año 2018?, para responder a esta pregunta se persiguió el objetivo general de determinar la aplicación del criterio hermenéutico de la paz

frente a los criterios penales aplicables por el juez en el marco de la justicia transicional y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia a partir del año 2016 hasta el año 2018; estableciendo tres objetivos específicos; a) Establecer la paz dentro del marco jurídico como un criterio hermenéutico aplicable en la justicia transicional. b) Estudiar los criterios penales aplicables por el juez dentro de la jurisdicción ordinaria y en la Jurisdicción Especial para la Paz y c) Estructurar criterios que permitan la aplicación de la justicia transicional por los jueces de la jurisdicción especial para la paz teniendo en cuenta a esta como fin último. Para cada uno de estos objetivos se desarrolló un capítulo; en el primero se estudia el marco jurídico de la justicia transicional y de la jurisdicción especial para la paz, donde se profundiza en el derecho de las víctimas a la no repetición; en el segundo capítulo se estudia de manera general los criterios penales aplicables por el juez en la jurisdicción especial para la paz y en la jurisdicción ordinaria para finalmente; en el tercer capítulo, desarrollar el criterio de la paz, aplicable por el juez en la justicia transicional.

Como metodología, se siguió un paradigma naturalista, con un enfoque de carácter cualitativo y un método de tipo histórico hermenéutico y crítico analítico, donde se busca analizar e interpretar el devenir histórico de la aplicación de la justicia transicional y la paz como fin último a ser alcanzado mediante sus diversas herramientas de orden teórico – jurídico, principalmente desde la doctrina y desde la jurisprudencia.

## **2 Marco jurídico de la justicia transicional y de la jurisdicción especial para la paz**

### **2.1 La justicia transicional – concepto**

La justicia transicional es un concepto que se ha tratado de definir por diversos autores, pero siempre ha resultado un tanto esquivada su concreción, ello se debe principalmente a que depende de los contextos en los cuales será aplicada y de sus propósitos además de otros factores que tienen influencia, por lo que en cada proceso de paz que se ha dado en el mundo, se ha acudido a diversas formas de justicia transicional, siendo consecuentes con los requerimientos sociales e históricos de cada conflicto; por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha interpretado la figura de la siguiente manera:

Ciertamente, el concepto de justicia transicional es de tal amplitud que bajo esa genérica denominación pueden encuadrarse experiencias y procesos muy disímiles, tanto como lo son los países y circunstancias históricas en que ellos han tenido lugar. Sin embargo, independientemente de sus particularidades, todos ellos coinciden en la búsqueda del ya

indicado propósito de hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. (Corte Constitucional, 2013)

Esta definición de la Corte es concordante con lo que piensan otros autores con respecto a la idea que debe manejarse acerca de la justicia transicional, en el intento de definirla unos agregan más o menos conceptos que le son afines e incluso, necesarios, para ser considerados como componentes en función de lograr los objetivos que esta teoría propone. Según Valencia Villa; la justicia transicional es

[...] el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática. (Valencia Villa, 2008)

Como puede observarse, uno de los elementos a ser considerados como relevantes es el enfoque de la justicia transicional desde los derechos de las víctimas del conflicto, quienes han sido las personas que han sufrido los impactos más profundos a causa de la guerra siendo los principales focos de reparación por parte de estos procesos.

Un concepto más amplio acerca del tema puede extraerse del informe del año 2004 del secretario general de las Naciones Unidas, quien señaló que:

La noción de “justicia de transición” que se examina (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (Organización de Naciones Unidas, 2004)

El concepto que se observa se torna más complejo dado que involucra a los responsables de las violaciones de derechos de las víctimas, de ahí que en el conflicto colombiano se hable acerca de los máximos responsables, tema que se abordara más adelante.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 577 de 2014 señaló acerca de la justicia transicional lo siguiente:

[...] la justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales. (Corte Constitucional, 2014a)

Por lo enunciado y siendo consecuentes con las ideas de la ONU, la Corte Constitucional entiende que la justicia transicional requiere actuar mediante mecanismos que provoquen procesos de cambio a nivel de la sociedad, tales modificaciones son las que se desarrollan mediante los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición, todos enfocados en reestructurar la sociedad en torno al Estado, bajo esa idea, el mismo organismo continúa indicando que la justicia transicional en Colombia se da bajo los siguientes elementos centrales y que como tal se deben entender siendo una parte del sistema así:

- (i) Conjunto de procesos: implican mecanismos o acciones para alcanzar un fin.
- (ii) Cambios políticos: elemento básico, que a su vez resulta presupuesto para la existencia de la justicia de transición. Esto apunta a que debe haber una transición con un componente político participativo.
- (iii) La finalidad: afrontar violaciones masivas de derechos humanos cometidas por agentes del Estado o por particulares. En términos generales, afrontar un pasado convulso, fruto de un conflicto entendido en un sentido amplio para alcanzar la reconciliación, que derive en estabilidad. Se trata de lograr entonces un equilibrio entre las tensiones que se dan entre la justicia y la paz. (Corte Constitucional, 2014a)

El último punto se vuelve un objetivo primordial del proceso de paz y de la justicia, motivación que no debe olvidarse en ningún momento debido a la necesidad de establecer un fin al conflicto que sea permanente, de allí se infiere que la justicia transicional es un campo que involucra diversos aspectos que no solamente tienen que ver con el Derecho, sino que implican

una serie de categorías sociales y jurídicas encaminadas a lograr cambios de gran escala debido a que “La justicia transicional incluye el paso de una situación política injusta a una más justa.”

(Amado, 2015), por ello;

la justicia de transición o justicia transicional, es el nuevo y desafiante campo de estudios y experiencias en que convergen la ética, el derecho internacional, el derecho constitucional y la ciencia política para enfrentar el arduo problema de forjar una política de Estado presidida por la justicia como virtud y como servicio público, que garantice verdad y reparación a las víctimas, retribución a los victimarios y reconciliación o paz a la sociedad, de conformidad con el constitucionalismo democrático y con el derecho internacional de los derechos humanos. (Valencia Villa, 2008)

Por la complejidad del concepto de justicia transicional, se requiere establecer la finalidad y los medios necesarios para que esta sea una realidad, cuestión que no es nada fácil en un país como Colombia, aun así, se deben hacer avances para lograr consolidar una nueva sociedad, en ese marco, se reconoce el concepto que tiene que ver con el momento en que la sociedad se encuentra en condiciones de aplicarla.

La justicia transicional se basa en la premisa de que, cuando en un Estado se están desarrollando negociaciones de poder significativas, es posible introducir cambios sociales, económicos y políticos. Sin embargo, la justicia transicional surgió con la finalidad de abordar tan solo una de las dimensiones de esos cambios, la de investigar el legado de atrocidades a gran escala y evitar que estas vuelvan a producirse. (Porrás & Javier, 2015)

Entonces, el propósito perseguido por esta idea es que una sociedad que se encuentra inmersa en una situación de conflicto llegue a un punto de negociación y terminación de las condiciones que han causado violaciones a los derechos fundamentales, lo que implica afrontar los retos que impone a todos los niveles de una sociedad;

[...] el desafío fundamental a que se enfrenta hoy la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos. (Valencia Villa, 2008)

Establecer ese punto de equilibrio en función de los requerimientos de Colombia implica definir la justicia transicional, sus contenidos, procedimientos, mecanismos, categorías,

participantes y los fines a ser alcanzados, teniendo como máxima referencia la paz, ideal a ser logrado en su máxima medida para una sociedad.

Ahora bien, el alcance de la justicia transicional está dado por el deseo de lograr mejorar las condiciones en las que vive una sociedad después del conflicto, por lo que el propósito se enmarca en conseguir restablecer las relaciones que se han deteriorado por causa de la guerra, por esta razón, las medidas a ser tomadas deben abarcar un espectro amplio de elementos a ser restaurados, que es donde se introduce la forma que tiene la justicia transicional, la cual busca reparar los daños causados a las víctimas del conflicto, tal resarcimiento tiene varias dimensiones que requieren la apertura a paradigmas diversos a la tradicional manera de hacerlo, es decir, que no solamente se puede llegar a considerar el ámbito económico, sin trascender a otras esferas que también deben curarse.

La justicia restaurativa o por algunos llamada reparadora, (...) no se agota en lo puramente patrimonial, pues contempla numerosas y diversas formas: reparaciones, daños remedios, indemnizaciones, restituciones compensaciones, rehabilitaciones o tributos. En este sentido existe un consenso internacional en que: (i) el Estado está obligado a dar una compensación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos perpetrados por el Estado; y (ii) si el gobierno que incurrió en las vulneraciones no compensa el nuevo gobierno está obligado a realizarlas.

En todo caso la reparación también tiene un ingrediente colectivo, pues en los casos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, la sociedad en su conjunto sufre perjuicios (*spill over effects*) frente a los cuales se deben adoptar medidas. (De Greiff, 2010)

Por su parte, la justicia transicional, en el entendido de la Corte Constitucional, ha indicado los fines buscados por este sistema en el marco del conflicto armado colombiano, para ello se han planteado objetivos que denotan su carácter restaurativo de los derechos y el restablecimiento del orden social estatuido mediante el Estado Social de Derecho.

La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas

incluyentes (paz positiva). Para cumplir con este objetivo central es necesario desarrollar unos objetivos especiales:

El reconocimiento de las víctimas, quienes no solamente se ven afectadas por los crímenes, sino también por la falta de efectividad de sus derechos [100]. En este sentido, las víctimas deben lograr en el proceso el restablecimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Al respecto ha señalado esta Corporación: “Sobre estas bases señala que los horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los “derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición de las atrocidades (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)”

En todo caso, en estos procesos el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación podría, en casos concretos, presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles por cuya comisión han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario.

**El restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron.** En este sentido, el Consejo de Seguridad ha señalado la necesidad de fortalecer el Estado de derecho en una situación de conflicto. Por ello ha recomendado que en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad “Se dé atención prioritaria al restablecimiento y respeto del Estado de derecho, disponiendo expresamente el respaldo al Estado de derecho y a la justicia de transición, en particular cuando se precisa la asistencia de las Naciones Unidas en la instrucción y los procesos judiciales”.

**La reconciliación**, que implica la superación de las violentas divisiones sociales, se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horrendas experiencias de pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros. En este sentido, los procesos de justicia transicional deben mirar hacia atrás y hacia delante con el objeto de realizar un ajuste de cuentas sobre el pasado, pero también permitir la

reconciliación hacia el futuro. Sobre esta finalidad y su compatibilidad con los derechos de las víctimas, esta Corporación ha expresado:

**El fortalecimiento de la democracia**, mediante la promoción de la participación de todos, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal. (Corte Constitucional, 2013)

## 2.2 La jurisdicción especial para la paz

A partir del 26 de septiembre de 2016, con la firma de los acuerdos de la Habana, se considera que el conflicto con el grupo armado de las FARC ha finalizado; esto se basa en que

[...] el Estado acepta: (i) la existencia de desigualdades sociales y pobreza (por ello el acuerdo sobre tierras y la creación del fondo que las administre) (ii) limitaciones graves al ejercicio de la política (se trabaja en un proyecto de reforma electoral y el estatuto de la oposición) y, tácitamente; (iii) que la actual administración de justicia no es adecuada para resolver los problemas jurídicos de los insurgentes, agentes del Estado y civiles involucrados en el conflicto armado interno, realidad palpable que permite explicar el acuerdo para la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz. (Poveda Perdomo, Poveda Perdomo, & Poveda Rodriguez, 2016)

Sin embargo, este acuerdo plantea varias preguntas acerca de lo que paso, teniendo en cuenta los diferentes actores del mismo y en particular, las víctimas. Frente a esos interrogantes, la respuesta es la creación de una jurisdicción especial para la paz, para Valencia Villa (2008), la tarea que entraña la justicia transicional, no consiste sólo en el restablecimiento de la ley y del orden o del Estado de derecho, sino también y sobre todo en la reivindicación de las víctimas y de la justicia judicial, siendo ese el fin real de la de la jurisdicción.

El 23 de septiembre de 2015, en el marco de las negociaciones que se sostuvieron para poner fin al conflicto de más de 50 años de antigüedad, el gobierno colombiano y las FARC-EP comunicaron su decisión de crear una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que constituye el componente de justicia de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) con el que se busca satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad plena sobre lo ocurrido, a ser reparadas y obtener garantías de no repetición; además de promover el reconocimiento de responsabilidad de todos los que participaron en él - de manera directa o

indirecta-; construir la memoria histórica; y reconciliar a la sociedad colombiana para avanzar a un futuro de civilidad y convivencia.

Para el efecto se ha hecho necesario hacer cambios importantes de orden constitucional entre los cuales existen los temporales o transitorios y también los permanentes, según Balanta (2017), estos conducen a una transformación radical de la Constitución. Por lo tanto, el Congreso debe tener facultades para

- (1) dar tratamiento diferenciado a los diferentes grupos al margen de la ley y a los actores estatales que participan en el conflicto; (2) crear procedimientos judiciales y extrajudiciales para la imputación de delitos, esclarecer la verdad y asegurar la reparación de las víctimas; (3) crear una comisión de la verdad; (4) determinar criterios de selección para priorizar la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de guerra correlativamente, para dejar de investigar otros delitos menores y a sus autores y (5) determinar qué tipo de delitos pueden considerarse como políticos, con el fin de establecer si sus perpetradores pueden participar en política en el futuro. (Balanta Medina, 2017)

A partir de la concepción de la justicia transicional como el resultado de la reflexión de juristas, filósofos, politólogos, sociólogos y moralistas sobre la experiencia vivida por numerosos países que han asumido o que han tenido que afrontar procesos de transición a la democracia y a la paz en las últimas décadas (Valencia Villa, 2008) se desprende la idea de la justicia especial para la paz y por ende, la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual

[...] estará conformada por un conjunto de órganos de naturaleza jurisdiccional encargados de investigar, esclarecer y aplicar las sanciones que correspondan, según el marco jurídico especial, a todas las conductas producidas con ocasión del conflicto armado, especialmente aquellas que constituyen graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y/o violaciones graves de derechos humanos, además de fijar las condiciones en que dichas sanciones serán ejecutadas y supervisar su cumplimiento. (Due Process of Law Foundation, 2017)

La constitución de la JEP es un mecanismo mediante el cual el Estado entra a cumplir con sus fines constitucionales y con los compromisos nacionales e internacionales enfocados en la consecución de la paz, pero da especial participación a las víctimas, quienes han sido inmensamente afectadas en sus derechos, por esta razón, se busca

[...] garantizar el derecho de las víctimas a la justicia, que consta de tres elementos fundamentales: el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. (Valencia Villa, 2008)

En ese sentido, el reglamento general de organización y funcionamiento de la JEP, Acuerdo No. 001 de 2018 establece cual es la naturaleza y fines; es decir, le da la configuración que requiere esta figura de acuerdo al contexto particular del conflicto armado en Colombia, sus especialidades y requerimientos, cosa que es necesaria para que no se den confusiones, como para establecer los límites y participantes de esta modalidad diversa de justicia.

Para el efecto se requiere el reconocimiento de la JEP como un ente que debe tener ciertas características.

La JEP está sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administra justicia de manera transitoria independiente y autónoma y conoce de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos, sin perjuicio de lo que disponga la ley estatutaria. (Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, 2018)

Por otra parte, el mismo documento establece los objetivos que esta persigue, que se encuentran enfocados en las víctimas y en lograr que la sociedad se rehaga al mismo tiempo que trata de que quienes han participado en el conflicto puedan ayudar a esclarecer los hechos en un marco confiable de administración de justicia restaurativa.

La JEP busca proteger y satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y no repetición; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; contribuir al logro de una paz estable y duradera; adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las conductas ya mencionadas. (Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, 2018)

El elemento más importante es el cambio del paradigma que se tiene por parte de la justicia; tradicionalmente, el sistema penal se enfocaba en que al momento de alguien ser juzgado y

encontrado culpable de una conducta penal, su sanción era la privación de la libertad; es entendible entonces que, bajo esa postura, se pretenda que quienes fueron victimarios en el conflicto sean juzgados con el mismo rasero, cosa que hoy en día pide una buena porción de la sociedad. Pese a lo anterior, la justicia transicional no propende por una forma de justicia igual a la que se ha venido aplicando en el país, sino por una sanción integral reparadora que sustituya a la sanción carcelaria. Según Uprimmy:

[...] la justicia transicional puede funcionar no solo como discurso sino como una restricción normativa virtuosa, en la medida en que, en lugar de ser un obstáculo a la paz, puede encausar las dinámicas políticas de las negociaciones de paz y, como resultado, acercar los intereses y expectativas de autores antagónicos. (R. Uprimmy & M.P. Saffon, 2009. Pág. 222).

Con las bases anteriores, la JEP se convierte en la balanza que equilibra la concepción tradicional de la justicia penal de corte retributivo, con la justicia de carácter transicional, de orientación restaurativa; este punto intermedio se justifica en razón a que el final del conflicto se da mediante una negociación, no hay vencedores ni vencidos, por lo que se entiende que no hay lugar a la imposición de una forma exclusiva de castigo, sino el sometimiento del grupo armado; por lo cual, también tiene lugar el respeto de sus peticiones y posturas; es así que cada parte, gobierno y guerrilla, deponen el conflicto, lo reemplazan por el dialogo y se someten a los acuerdos establecidos.

La JEP adopta una fórmula que conjuga elementos retributivos, como la cárcel y la restricción efectiva de la libertad, con sanciones restauradoras y reparadoras, como el desminado, la sustitución de cultivos ilícitos o la participación en programas de reparación a campesinos desplazados. (Guiza Gomez & Uprimny Yepes, 2017)

Este punto intermedio se basa igualmente en las experiencias de otros conflictos y modelos de justicia restaurativa. A manera de ejemplo, cuando se dio el final del conflicto en Sudáfrica, se tuvo la idea que el extremo de la justicia transicional fue el más amplio, permitiendo que no se castigaran crímenes atroces del *apartheid*, sin embargo, una postura indica que tales condiciones eran necesarias para lograr el resultado de acabar con el conflicto y lograr una transición negociada, ya que se permitió mediante la verdad, la justicia, la reparación y sanar heridas sociales. En Colombia, al tener un final del conflicto de carácter negociado, implica reconocer que cada actor tiene una postura que trae a ser dialogada y, por lo tanto, también puede poner

condiciones para que se dé el final del conflicto. Por esta razón, se hace necesario establecer un sistema alternativo de penas y castigos.

Este modelo mixto de la JEP fue necesario, pues las FARC consideraron que negociar para ir a la cárcel era humillante y les impedía transformarse en actor político, por lo cual rechazaron que en todos los casos hubiera cárcel, incluso si era un régimen penitenciario flexible y por pocos años.

Pero admitieron esta combinación de restricción de la libertad con sanciones restauradoras, pues consideraron que era una forma no humillante de asumir sus responsabilidades por los crímenes cometidos, por cuanto cumplían penas útiles para la sociedad y para las víctimas, y, además, facilitaba su reincorporación a la vida política. (Guiza Gomez & Uprimny Yepes, 2017)

El modelo aceptado por parte de las FARC y el Gobierno permite la apertura hacia formas alternativas de justicia penal y tiene bases sólidas que permiten avizorar resultados positivos al momento de lograr los objetivos que este modelo se ha propuesto en Colombia, en particular, convertirse en el medio para lograr establecer la paz.

El marco para el desarrollo de la JEP está estrechamente ligado al sistema que maneja la rama judicial en materia penal, crea una jurisdicción especial apartada de la justicia ordinaria que depende de ella en los procesos y las condenas. De acuerdo con el Alto Comisionado para la Paz, esta relación se centra en cuatro ejes principales.

- (i) La JEP partirá de las investigaciones y sentencias de la justicia ordinaria;
- (ii) En determinados casos el régimen de ejecución de las penas aplicables será el ordinario;
- (iii) Para los casos en los que no haya reconocimiento de responsabilidad, la investigación y acusación se apoyará en la Fiscalía General de la Nación; y
- (iv) Se resolverá la situación jurídica de los casos ya juzgados teniendo en cuenta las condenas ya impuestas. (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016a)

Estas condiciones implican una serie de elementos que buscan la mínima presencia a la impunidad, es decir, que los delitos serán juzgados y condenados, pero no bajo la misma perspectiva. En el primer punto, la base principal está en el sistema penal, del cual parte las investigaciones y el juzgamiento, lo que permite pasar al segundo, en el que, si no se reconoce la responsabilidad, no se puede acceder a la JEP, pasando la persona investigada a ser procesada

mediante la justicia ordinaria. La Fiscalía General de la Nación, sigue siendo el ente investigador principal, por ende, quien apoya en su labor a la JEP.

Es claro que, en Colombia, para la aplicación de la justicia transicional se ha hecho un sistema propio y diferente de las experiencias alcanzadas en otras latitudes que sirven de base para poder plantear las mejores condiciones y evitar errores de otras sociedades que se han encontrado en conflicto.

[...] se distancia del concepto clásico de justicia transicional, ya que ésta usualmente se ha planteado en escenarios post-conflicto, situación diferente a la aplicada en el Estado Colombiano, esto debido a las especiales condiciones del conflicto interno. De manera sui géneris en Colombia, se aplica durante el conflicto y además de forma novedosa se hacen extensiva esta noción de justicia, al campo civil, apartándose de la tendencia global, que orienta estos mecanismos a vías meramente administrativas y penales, en panoramas históricos posteriores al cese del conflicto. Queda claro la cimentación pro víctima, (...) que se hace no solo justa, si no necesaria, por cuanto en la historia del flagelo de la violencia, sufrido en nuestro país, se desconocieron de manera sistemática los fines hacia los cuales el Estado debe propender en beneficio común, e incluso se utilizó el ordenamiento jurídico para cometer algunas violaciones a los derechos humanos, lo que trae como consecuencia actual, el posicionamiento jurídico del concepto de víctimas, dentro del contexto de la justicia transicional. (Jorge Eliecer et al., 2014)

Por otra parte, la JEP tiene una serie de principios que se orientan a desarrollar en su mayor medida la justicia restaurativa, los principios pro homine y pro victima son determinados como fundamentales para poder desarrollar esta labor.

El principio pro homine es un concepto ampliamente definido a nivel internacional como en el ámbito nacional, la Corte Constitucional en Sentencia C – 438 de 2013, donde se analizó la constitucionalidad de la ley 1448 de 2011, conocida como ley de víctimas, señalo lo siguiente con respecto al principio:

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y

la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental. (Corte Constitucional, 2013)

Por su parte, el principio pro víctima no se encuentra desarrollado por el momento, pero puede interpretarse como aquel que busca que los derechos de las víctimas sean protegidos y garantizados en los escenarios que plantea la justicia transicional, teniéndolos como derroteros principales orientados a la constitución de la paz y la reconciliación de la sociedad.

Aparte de lo señalado, un punto importante para diferenciar las situaciones del conflicto se encuentra el principio de enfoque de género, este se ha tratado en la exposición de motivos al proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”, donde se lo explica de la siguiente forma:

A fin de garantizar la igualdad real y efectiva y evitar la exclusión, en todas las actuaciones y procedimientos que adelante la JEP se aplicará el enfoque de género, entendido como el reconocimiento y transformación de las relaciones desiguales de poder que subordinan a

las mujeres y a la población LGBTI, producen discriminación, desigualdad de género, condicionan la garantía y goce efectivo de derechos y el acceso a bienes y recursos. Si bien las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado, en los procedimientos ante la JEP se tendrá en cuenta que aquellas se instrumentalizaron, exacerbaron y acentuaron durante el conflicto, profundizando los daños, las consecuencias y los impactos de la violencia en la vida de las mujeres y de la población LGBTI. En la JEP se dará plena aplicación y observancia a los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución, los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados y la ley. En particular, a una vida libre de violencias y discriminación, acceso a la justicia, participación en la construcción y consolidación de la paz, a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. (Gil Botero & Rivera Flórez, 2016)

El marco legislativo para la Jurisdicción Especial para la Paz se dio mediante el Acto Legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017, acto que tuvo por finalidad establecer la estructura para desarrollar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), además de otros componentes que son necesarios para lograr definir el armazón jurídico para la finalización del conflicto, en detalle se encuentra organizado así:

Capítulo I se estableció el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición; en el capítulo II se creó una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, así como se creó la Unidad de Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. El capítulo III del nuevo título transitorio de la Constitución se dedica a la Jurisdicción Especial para la Paz. En el se establece (art. 5 transitorio), que esta jurisdicción “estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica”, y se establece que “administrara justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos (...)”. (Sierra Beltrán, 2017)

Se debe tener en cuenta que el conflicto colombiano por su duración como por su extensión involucro a una serie de actores diversos entre los cuales se encuentra el Estado y las FARC

como protagonistas del mismo; pero no es menos cierto que también se vieron inmersos otros actores de carácter civil que no pueden dejar de ser juzgados, dado que ello implicaría dejar un vacío en la construcción de la verdad y también tolerar en gran medida la impunidad, cosa que no se desea dentro del proceso; debido a esto,

el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 1 de 4 de abril de 2017 señala que "las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición" (Sierra Beltrán, 2017)

### **2.3 El derecho y garantía de las víctimas a la no repetición dentro del marco de los acuerdos de paz**

El derecho de no repetición hace parte de los acuerdos logrados en la Habana con las FARC, el cual se trata en el punto 5 de los mismos, aunque desde antes de lograrlos ya se consideraba como un elemento fundamental para alcanzar la paz. En desarrollo de los acuerdos, se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición enfocado en las víctimas con la finalidad de que se reestablezca las condiciones de vida óptimas para el desarrollo social. Para garantizar que no haya más violaciones y el cese del conflicto se ha indicado que deben implementarse

(i) los diferentes mecanismos y medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; (ii) las medidas que se acuerden en el Punto 3 de la Agenda del Acuerdo General "Fin del Conflicto", que deben garantizar la terminación definitiva del conflicto armado; y (iii) de todos los puntos del Acuerdo Final en materia de Reforma Rural Integral, Apertura Democrática para Construir la Paz y Solución al Problema de las Drogas Ilícitas, que contribuirán a revertir los efectos del conflicto y a cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio. (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016a)

Estas medidas deben estar encaminadas a impedir que se vuelvan a efectuar acciones que atenten contra los derechos de las víctimas, por lo que se busca prevenir la grave violación de Derechos Humanos, obligación que encabeza el Estado y que debe cumplir al adoptar medidas

de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos.

Las garantías de no repetición y las medidas a ser adoptadas se desarrollan mediante las siguientes acciones:

(i) Reconocer a nivel interno los derechos y ofrecer garantías de igualdad ; (ii) Diseñar y poner en marcha estrategias y políticas de prevención integral; (iii) Implementar programas de educación y divulgación dirigidos a eliminar los patrones de violencia y vulneración de derechos, e informar sobre los derechos, sus mecanismos de protección y las consecuencias de su infracción ; (iv) Introducir programas y promover prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias de violaciones a los DDHH, así como fortalecer las instituciones con funciones en la materia ; (v) Destinar recursos suficientes para apoyar la labor de prevención ; (vi) Adoptar medidas para erradicar los factores de riesgo, lo que incluye el diseño e implementación de instrumentos para facilitar la identificación y notificación de los factores y eventos de riesgo de violación ; (vii) Tomar medidas de prevención específica en casos en los que se detecte que un grupo de personas está en riesgo de que sus derechos sean vulnerados. (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016b)

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado en la Sentencia C – 616 de 2014 que tales garantías de no repetición deben estar complementados de acuerdo a una serie de medidas de no repetición y de prevención que tienen como base a los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 60/147 de 2005; entre ellas están:

- a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;
- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario. (Corte Constitucional, 2014b)

Así mismo, la Corte ha desarrollado su propio contenido conceptual al respecto de la no repetición a lo largo de varios fallos como la Sentencia T-772 de 2015, Sentencia C-579 de 2013, ambas con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, donde se aprecia el desarrollo del derecho y garantía de no repetición que contiene los elementos señalados con anterioridad.

Este concepto se refuerza con la jurisprudencia adoptada por la Corte Interamericana de derechos humanos, que la ha tenido en cuenta en los siguientes casos:

En la Sentencia del caso **Loaiza Tamayo vs. Perú** señaló que en materia de reparaciones es aplicable el artículo 63.1 de la Convención Americana, el cual recoge uno de los principios fundamentales del derecho internacional general, reiteradamente desarrollado por la jurisprudencia bajo el cual al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación del cual rugen la *restitutio in integrum*, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición.

En la sentencia del caso **Garrido y Baigorria vs. Argentina**, la Corte recuerda la obligación de reparación en cabeza de los Estados que cometen un ilícito, por lo que la

disposición aplicable a las reparaciones es el artículo 63.1 de la Convención Americana que prescribe lo siguiente: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. La Corte estimó conveniente precisar que, entre otros conceptos, la reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.

En la sentencia del **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**, la Corte reconoció que las garantías de no repetición en la jurisprudencia de la Corte hacen parte del macro concepto de reparación, por esto considera la corporación suscrita que es debido identificar la obligación de los Estados de reparar a las víctimas.

Ante lo cual podemos observar que la corte también establece una obligación en cabeza del Estado dado que este está en “el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”

En la sentencia del caso **Molina Theissen Vs. Guatemala**, la Corte recomendó entre otras medidas para asegurar la salud de la familia la reparación las garantías de no repetición.

En el caso **Gómez Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil**, reconoció nuevamente la garantía de no repetición tales como: la educación sobre derechos humanos; la tipificación de la desaparición forzada; el acceso, sistematización y publicación de documentos que tenga el Estado; la creación de una Comisión de Verdad; la búsqueda de los restos mortales; el esclarecimiento de la verdad y la sanción para los responsables; la adopción de una legislación que prevenga las violaciones a los derechos humanos; los actos públicos de reconocimiento; erigir monumentos en honor a las víctimas; no aplicar figuras de amnistía, prescripción o que excluyan la responsabilidad penal que no permitan la investigación y sanción. (Corte Constitucional, 2013b)

Igualmente, la Corte ha considerado que es posible aplicar medidas de no repetición no solamente en procesos de justicia transicional sino cuando se trata de casos donde hay violación de DDHH; en esos casos se introducen los siguientes elementos que son complementarios a los ya señalados con anterioridad:

a) el reconocimiento a nivel nacional de los derechos y generar garantías de igualdad; b) el diseño y funcionamiento de estrategias y políticas de prevención integral; c) la implementación de programas de divulgación y educación tendientes a eliminar los patrones de violencia y vulneración de derechos, e informar sobre los mismos, sus mecanismos de protección y las consecuencias de su trasgresión; d) la introducción de programas y promoción de prácticas que faciliten actuar de manera eficaz ante las denuncias de violaciones a los DDHH, y el fortalecimiento de las instituciones que tengan a su cargo funciones en la materia; e) la destinación de recursos para apoyar las actividades de prevención; f) la adopción de medidas para erradicar factores de riesgo, incluyendo el diseño y puesta en marcha de instrumentos que faciliten la identificación y notificación de los factores y eventos de riesgo de vulneración; y g) la implementación de medidas de prevención específica en los eventos donde se detecte que un grupo de personas está en riesgo de que sus derechos sean vulnerados.

Respecto de quienes se encuentran cubiertos por estas garantías, se deben entender comprendidas el grupo de potenciales víctimas y especialmente a aquellas personas que han sufrido delitos, para no permitir su revictimización, lo cual se puede presentar en tres (3) niveles:

La victimización primaria, que se presenta cuando una persona es objeto de un delito. El Estado debe proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y esta obligación se intensifica cuando un individuo ha sufrido un delito denunciado a las autoridades, pues en ese momento el Estado conoce su situación de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad, implica el nivel de riesgo de que una persona pueda sufrir nuevos delitos y debe ser estudiado en cada caso concreto de acuerdo a factores especiales dentro de los cuales se encuentran: (i) la **deseabilidad**, es decir, el grado de atracción del delincuente a cometer delitos sobre una víctima específica, (ii) la **accesibilidad** o exposición de la víctima a sufrir nuevos delitos de acuerdo a su situación concreta, (iii) la **susceptibilidad** o afectación psicológica de la víctima tras la vivencia del suceso, (iv) la **precipitación** o actitud imprudente de la víctima para incrementar el riesgo y (v) la **resiliencia** o capacidad de recuperarse del hecho traumático.

De esta manera, el primer deber que tiene el Estado frente a una persona que sufre un delito es brindarle protección y asistencia para no volver a ser víctima, especialmente si se trata de un sujeto de especial protección.

En este ámbito, la privación de la libertad del presunto agresor a través de una medida de aseguramiento es solamente una opción, pues existen otras que pueden adoptarse de manera más inmediata como la protección policial y la asistencia que se le pueda proporcionar a la víctima para superar los factores especiales de vulnerabilidad.

La victimización secundaria abarca los costes derivados de la intervención del sistema legal sobre la víctima, sus familiares o sus personas allegadas, tales como: la atribución de responsabilidad a la víctima, la exposición al proceso penal, la impotencia ante la falta de respuesta del Estado y la confrontación con el autor. Esta modalidad nació precisamente para explicar los daños causados a las mujeres víctimas de violencia sexual o doméstica frente a las cuales el Estado no solamente no presenta una respuesta inmediata, sino que además les hace revivir constantemente la escena del delito, exponiéndolas además a interrogatorios prolongados y vejatorios.

La victimización terciaria está constituida por el conjunto de costes que se presentan con ocasión de la penalización del delincuente, tal como sucede con la realización de actos en retaliación por la denuncia, no solamente contra la integridad de la víctima o de sus familiares sino también otros actos de carácter social o económico. Esta forma de victimización es responsabilidad del Estado, pues dentro de las funciones de la pena se encuentra la prevención especial positiva o resocialización, la cual exige la reintegración a la sociedad de quien ha cometido un delito, lo cual requiere que se eliminen los sentimientos de venganza hacia el denunciante y el propio Estado. (Corte Constitucional, 2016c)

De esta manera, la primera garantía que tiene la persona que ha sido víctima de un delito es acudir a las autoridades para solicitar protección cuando su vida o su integridad se encuentren amenazadas para evitar que se vuelva a cometer en su contra un delito o que se presenten represalias por la denuncia, independientemente de las medidas penales que se adopten en el proceso, pues en muchas ocasiones éstas exigen aplicar procedimientos y requisitos que las pueden prolongar; por lo tanto, al ser las garantías de no repetición un derecho concreto y no un simple concepto abstracto que inspira la política pública, las víctimas tienen derecho a solicitar medidas de protección de su vida y de su integridad física a la Fiscalía General de la Nación en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 114 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, en caso de que no se adopten medidas en un plazo razonable, las víctimas también podrán acudir directamente ante un juez de control de garantías con el objeto de solicitar medidas dirigidas a la protección de su vida e integridad personal en desarrollo de lo señalado en ejercicio de su derecho a la protección contemplado en el literal b) del artículo 11 de la ley 906 de 2004.

En desarrollo de lo anterior se creó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) como uno de los ejes del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), del que también hacen parte la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD), la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición (Acto Legislativo 01 de 2017). La CEV es uno de los mecanismos esenciales diseñados para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y uno de los principales componentes de la justicia restaurativa en el marco del modelo transicional creado. Su trabajo transita entre el análisis crítico de la historiografía y la construcción de la memoria, basada en las experiencias de quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto y en particular de los afectados. (Corte Constitucional, 2018)

Por último, un aspecto en el que coinciden varios entes como la Ruta Pacífica de las Mujeres, la Red Colombiana de Lugares de Memoria, el Museo Itinerante de la Memoria y la Identidad de los Montes de María, el Centro de Memoria del Conflicto, la Casa de la Mujer, CITpax, Fundación Rodeemos el Diálogo ReD, Corporación Colectivo Sociojurídico Orlando Fals Borda y la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, consiste en que la CEV

es una herramienta que permite el esclarecimiento de la verdad y, en consecuencia, la promoción de la convivencia en los territorios y la generación de un espacio fundamental para la reconciliación. Sostienen que la CEV contribuye a la construcción de una paz estable y duradera, en tanto reconoce el aporte territorial de las víctimas, las particularidades de la guerra y las conductas sistemáticas asociadas con el despojo de tierras y el desplazamiento forzado. Consideran que con este mecanismo se promueve la verdad y se dignifica a la población afectada por la guerra, lo cual la convierte en un escenario para la transformación de la sociedad, la convivencia y la reconciliación.

De otra parte, estiman que los informes que se produzcan en el marco de la CEV van a permitir que la colectividad se reconstruya política y éticamente, a partir de un espacio de reflexión frente a las diversas dimensiones de la guerra y sus consecuencias, principalmente de los aspectos menos conocidos. Se trata entonces, para los intervinientes, de una oportunidad de reconstrucción de la identidad a partir del diálogo y la adopción de medidas de satisfacción y no repetición, en el marco de la reconstrucción de una verdad colectiva y territorial. Todo ello, afirman, contribuye al logro y mantenimiento de la paz. Los intervinientes concluyen que la CEV es una herramienta necesaria para el proceso de reconciliación que enfrenta el país, teniendo en cuenta que el conocimiento de la verdad es fundamental para la recomposición del tejido de la sociedad colombiana y la primera garantía de construcción de un futuro de convivencia pacífica, libre de nuevos ciclos de violencia. Es por ello, en su criterio, una garantía del derecho a la paz en el marco de la justicia transicional, en tanto oportunidad para cerrar el período de violencia socio-política que niega al Estado Social de Derecho. La CEV, indican, permite reconocer las causas de la violencia y las verdaderas responsabilidades directas e indirectas. (Corte Constitucional, 2018)

### **3 Los criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**

#### **3.1 Criterios en la jurisdicción ordinaria**

En la jurisdicción ordinaria, las finalidades de la pena y el propósito que persigue se enfoca en la prevención del delito y su concreción, tal cometido se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; también posee un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y por último se encuentra un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.

La Corte Constitucional ha considerado también que

sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital. (Corte Constitucional, 2002)

Por lo tanto, se entiende que en Colombia la retribución es el fin real, concreto y específico que cumple la pena de prisión. Al autor de un delito se le retribuye el mal causado (la lesión de un bien jurídico), con una sanción que principalmente lo priva de la libertad en condiciones de absoluta indignidad y con desconocimiento de otros derechos fundamentales. Sin embargo, ello plantea un punto divergente cuando se trata de estos fines en el marco de la justicia transicional.

Mantener el superlativo fin retributivo que cumple la pena ahoga cualquier posibilidad de resocialización del delincuente, de modo que dicha finalidad es inalcanzable en el sistema penitenciario tradicional que se lleva en Colombia.

Así las cosas, no puede ser punto de partida, y menos de llegada, que en un proceso de paz se ofrezca una justicia transicional en la que desde la institucionalidad se pueda defender el sistema penitenciario actual como mecanismo de reconciliación nacional.

A cambio de la reincorporación de los rebeldes a la sociedad, y su renuncia al ejercicio de la violencia como instrumento de lucha política, se les ofrece un derecho penal transicional que privilegia: (i) los derechos de las víctimas y (ii) la utilización especialmente de las sanciones propias y alternativas que rigen en la Jurisdicción Especial para la Paz. (Poveda Perdomo et al., 2016)

### **3.2 Criterios en la jurisdicción especial para la paz**

La convivencia pacífica es un propósito de toda sociedad, este fue el deseo establecido en la Constitución Política de 1991, constituyéndolo en un fin esencial para el Estado colombiano que, así se consagra en el Preámbulo y en el art. 2 de la Constitución Política y lo instituye como un derecho y un deber de todos los colombianos en el art. 22 superior (Sierra Beltrán, 2017); sin embargo, en Colombia, en el último siglo, no ha sido posible, por lo que la sociedad no ha gozado de las mejores condiciones y garantías para sus derechos; es evidente que los grupos violentos y el mismo Estado, han propiciado contextos que han derivado en los enfrentamientos armados de los cuales han surgido numerosas víctimas; en Colombia, estos grupos no han sido extraños; por el contrario, han emergido en diferentes épocas, por diferentes razones, lo que ha hecho necesario desarrollar diversos procesos de paz en la historia del país, negociando diferentes condiciones de amnistía e indulto para ponerle fin a los conflictos.

Así sucedió en el derecho colombiano para poner fin a las guerras civiles que padeció la población en el siglo XIX; e igualmente se hizo uso de estos instrumentos al culminar la guerra de los mil días cuando se suscribieron los tratados de paz de Wisconsin y

Neerlandia entre el Gobierno y los Generales Rafael Uribe Uribe y Benjamín Herrera como líderes de los rebeldes. De la misma manera, para facilitar la reincorporación de los alzados en armas a la vida civil en la violencia de los años cuarenta y cincuenta el General Rojas Pinilla mediante Decreto No. 1823 de 13 junio de 1954 dictó normas de amnistía de los delitos políticos cometidos antes del 1 de enero de 1954, en la cual incluyó no solo a los guerrilleros liberales sino, también a los agentes del Estado por los excesos que hubieren cometido en defensa del Gobierno y a los civiles que los hubieren apoyado con su actividad. En cuanto a los delitos comunes se dispuso en el Decreto 2062 de 8 de julio de 1954 que serían de conocimiento de los jueces del Tribunal Superior Militar. (Sierra Beltrán, 2017)

Desde el punto de vista de la legislación internacional, es aplicable en Colombia los instrumentos que permiten tener garantías para los combatientes de esos conflictos, en particular es conveniente considerar el Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las Víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, este documento dispone en el art. 3 común a tales Convenios que no se podrá invocar ese Protocolo "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos": En el art. 6 de este instrumento internacional en su núm. 5, textualmente se dispone que:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Como se observa, el derecho internacional humanitario cuya aplicación es imperativa en los casos de conflicto internacional, también se extendió a los conflictos armados internos pues lo que se persigue es la humanización de la guerra y la defensa de los derechos de las personas con respeto a su dignidad y a su libertad personal sin que para ello interese la naturaleza del conflicto armado de que se trate. Este Protocolo fue aprobado con el voto de Colombia el 8 de junio de 1977 en Ginebra y solo fue sometido a aprobación del Congreso

de la Republica diecisiete años después, e incorporado al derecho interno mediante la Ley 171 de 1994. (Sierra Beltrán, 2017)

En desarrollo del anterior instrumento internacional, y como parte del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera se hizo necesario formular el marco jurídico que permitiera su consolidación, esto se realizó mediante la expedición por parte del Congreso de la Republica de la ley 1820 de 2016 mediante la cual se regulo lo atinente a la concesión de amnistías e indultos y los delitos conexos con estos, así como el tratamiento penal especial diferenciado para Agentes del Estado que hubieren sido condenados, procesados o indiciados de haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. (Sierra Beltrán, 2017)

Un criterio que ha sido muy discutido en la Jurisdicción Especial para la paz es el concepto de responsabilidad en el mando, dado que se necesita establecer quienes son los máximos responsables, se debe buscar a los líderes bajo los cuales se ejecutaron las acciones que atentaron en contra de las víctimas y sus derechos; este lineamiento entonces tiene el objetivo de juzgar a los máximos responsables de los delitos cometidos en el conflicto, sin embargo, los máximos responsables no son fáciles de determinarse, por lo que en el Acto legislativo 01 de 2017 señalo algunos criterios al respecto; en el artículo 24 puede leerse que la responsabilidad en el mando

[...] no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción" sino que "deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición, antes durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones precedentes. (Sierra Beltrán, 2017)

El acto legislativo 1 de 2017 estableció que quienes hubieren sido "sancionados por graves violaciones de Derechos Humanos o graves infracciones al Derecho internacional Humanitario, no podrán hacer parte de ningún organismo de seguridad, defensa del Estado, rama judicial ni órganos de control", como un "aporte a las garantías de no repetición" de tales hechos delictivos. (Sierra Beltrán, 2017)

## 4 Aplicación de la paz como criterio en la justicia transicional

### 4.1 Criterios de aplicación para los jueces

El propósito del entramado normativo e institucional generado en atención a la finalización del conflicto armado tiene como propósito principal la consecución de la paz mediante el restablecimiento de los derechos de las víctimas, para llegar a tal fin se debe alcanzar un balance adecuado entre el castigo a los responsables y el perdón o las penas alternativas propuestas por la justicia transicional, siempre que se cumpla con los supuestos que se han establecido para ser merecedor del juzgamiento por la JEP, el punto de equilibrio se consigue entonces cuando se alcanza la paz y la justicia en las proporciones justas. En palabras de Poveda “si bien la amnistía se puede convertir en un medio para facilitar la paz y la reconciliación, no puede transformarse en un instrumento para asegurar intereses personales de inmunidad de la justicia.” (Poveda Perdomo et al., 2016)

Debido a la finalidad que se busca alcanzar por parte de la JEP en la consecución de la paz, se considera que la justicia transicional debe contemplar la posibilidad de aplicar características especiales que pueden implicar un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas o la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas. (Poveda Perdomo et al., 2016)

Esto es apoyado por parte de la Corte Constitucional, quien señala que con tal de alcanzar los propósitos planteados para el proceso de paz se requiere hacer ajustes de todo orden, principalmente de tipo normativo al igual que institucional, incluyendo las que definen el sistema penal en el ámbito sustancial como procesal, que permitan el tratamiento del procesado de manera más dócil a la habitual; esto se verifica en “la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que, sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas.” (Corte Constitucional, 2011a)

Lo anterior no implica que no exista justicia, sino que es una concepción alternativa que permite establecer reglas para la aplicación de las penas alternativas dentro de la JEP en respeto y mantenimiento del derecho a la justicia, elemento que debe satisfacerse por parte del Estado, puesto que hace parte de los principios fundamentales para poder reestablecer el tejido de la sociedad.

En cuanto al derecho a la justicia, la Corte en su jurisprudencia ha establecido que las penas que se deben aplicar dentro del proceso de construcción de paz deben estar limitadas, es decir, no debe llegarse al punto de encontrar impunidad; para la Corte constitucional

(x) la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan. (Corte Constitucional, 2012)

Por lo anterior se entiende que, si bien sigue siendo función del derecho penal la protección de los bienes jurídicos, en el momento de transición que ahora vive la sociedad colombiana también constituyen finalidades esenciales del derecho penal contribuir a la terminación del conflicto armado interno para la construcción de una paz estable y duradera.

Por ello se hace necesario elevar la paz a criterio hermenéutico esencial de las categorías del derecho penal transicional, de manera que los conceptos tradicionales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad tienen que verse permeados con el derecho, deber y valor fundante de la nueva sociedad, la paz, que emerge como consecuencia de la transición. Así mismo, los fines de las penas que se impongan por los jueces de la jurisdicción especial para la paz, debe en primer lugar y antes que todo, enderezarse a permitir que la sociedad pueda disfrutar del derecho a la paz. (Poveda Perdomo et al., 2016)

Consecuentemente con lo señalado por el autor citado, la Corte Constitucional ha sido la primera en establecer esta postura de apoyo, por lo que ha señalado desde su jurisprudencia que las medidas de transición pretenden la superación del conflicto, a través de una ampliación de la base democrática, lo cual implica la promoción de instrumentos de participación, los cuales cumplan el doble propósito de otorgar una mayor legitimidad y estabilidad a los acuerdos, así como la creación de instancias pacíficas de resolución de conflictos. Se trata,

entonces, de un proceso de fortalecimiento de la participación política, que remplace al conflicto armado por el debate democrático. (Corte Constitucional, 2016)

Esto es coherente con los procesos que se han dado en torno a la configuración de la JEP, para la cual se plantea el desarrollo de un paradigma diferente al de la justicia tradicional, cosa que no ha sido pacíficamente recibida por parte de la sociedad colombiana, donde unos han tomado posturas favorables y otros con tendencias contrarias, lo cual ha generado dos bandos, pero sin que haya razones para tal división; según Poveda, este disenso tiene una respuesta razonable al considerar que:

los estándares que gobiernan la justicia transicional son diferentes a los que rigen en los asuntos que competen a la justicia ordinaria.

Conviene destacar que la justicia ordinaria se aplica para mantener el statu quo, el orden social vigente, en tanto que la justicia transicional es de carácter fundacional, para restablecer la paz en una sociedad en conflicto. Es la justicia que permite reorganizar el entramado social, acción que debe ser complementada con una vigorosa transformación que posibilite la reinserción plena de un importante grupo disidente, todo a partir del reconocimiento institucional de la existencia de importantes factores que contribuyen a la desigualdad, que necesariamente deben ser removidos para edificar una sociedad más justa en convivencia pacífica, como lo instruye la propia Constitución Política de 1991. (Poveda Perdomo et al., 2016)

Así mismo se debe contemplar lo que ha dicho la Corte Constitucional al respecto de esta vía alterna de justicia;

la justicia transicional establece nuevas modalidades de impartir justicia. Ella implica un verdadero cambio de paradigma porque constituye un mecanismo de justicia diferente, modifica los principios que gobiernan el ejercicio de la administración de justicia porque sus fines, en el caso colombiano, se entrelazan con la terminación del conflicto, la reconciliación y la obtención de una paz estable y duradera. (Corte Constitucional, 2013)

La razón de la desconfianza social con respecto a la JEP se basa en la percepción general de que se permitirá la impunidad al juzgar solamente a algunos de los actores del conflicto, una vez más se debe entender que esta jurisdicción funciona de manera diferente a la ordinaria, donde se busca equilibrar la justicia con un grado justo de penas y castigos, pero tal enfoque se hace respecto de los máximos responsables, quienes son a quienes se tiene más en cuenta, dado que

son las personas que conocen de los eventos ocurridos además de tener la responsabilidad de los actos ocurridos en el conflicto, juzgarlos es cosa que se necesita para poder garantizar la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, en ese entendido “la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz).” (Valencia Villa, 2008) La corte Constitucional considera que el Estado, mediante la JEP cumple con sus fines esenciales, sin descuidar la justicia;

En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el 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 comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macro estructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición. (Corte Constitucional, 2013)

Así entonces se entiende que el modelo de la JEP, si tiene sanciones que son acordes a las necesidades de la justicia restauradora que se propone como paradigma dentro de la finalización del conflicto.

[...] el modelo adoptado por la JEP, si es bien implementado, es legítimo, admisible y compatible con el Derecho Internacional, ya que la restricción de la libertad con tareas restauradoras significativas (como puede ser el desminado), de 5 a 8 años, no es una sanción menos relevante, robusta y ejemplarizante que estar en una cárcel, sin hacer trabajos a favor de las víctimas y la sociedad, por el mismo número de años. (Guiza Gomez & Uprimny Yepes, 2017)

Respecto de las condiciones para acceder a la JEP se ha indicado por la misma Corte que hay puntos básicos que deben considerarse, inicialmente, la determinación que los delitos de lesa humanidad no son admisibles para dejar de ser juzgados; así mismo, para que opere la renuncia a la persecución penal es necesario que se cumplan unos requisitos mínimos, así también lo señalo la Corte en la sentencia antecedente:

También analizó la renuncia condicionada a la persecución penal. Aclaró que la figura se encuentra limitada desde el propio Acto Legislativo, por cuanto no aplica para los

máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. Sumado a ello, precisó que la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. Dentro de estas condiciones se encuentran, como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores. Finalmente, explicó que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera.

La Corte determinó 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 y el Derecho Internacional Humanitario. (Corte Constitucional, 2013)

En ese entendido lo explica Sierra Beltrán de la siguiente manera:

Por esa razón, además de descartar la impunidad para quienes cometieron acciones delictuales en el marco del conflicto armado o con ocasión del mismo, se dispuso que no serán eximidos de responsabilidad quienes hubieren incurrido en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio conforme a lo preceptuado en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. Además, a diferencia de lo que ocurrió en la legislación para poner fin a otros conflictos armados en otros Estados, se insiste en la necesidad de reparación a las víctimas, lo que es una nota distintiva y específica de la justicia especial para la paz pactada en Colombia en el Acuerdo del Teatro Colón el 24 de noviembre de 2016. (Sierra Beltrán, 2017)

Un tema importante que surge a raíz de lo anterior es definir quién es el máximo responsable. Hasta el momento no existe unanimidad, los criterios que lo han delimitado surgieron en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia en 1993, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Bosnia y Herzegovina en 1996 y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional

tienen en común que a través de esta figura identifican a aquellas personas que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito. De esta manera, el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada.

En conclusión, a partir de los criterios internacionales anteriormente expresados se puede señalar que el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico. (Corte Constitucional, 2013)

Ahora bien, en los Acuerdos de La Habana no hay una expresa proscripción de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, sí se consagran unas limitaciones o diques para evitar que los comandantes militares y mandos de la guerrilla se les responsabilicen de todo lo que ejecutaron las tropas regulares o irregulares a su cargo. Lo antes dicho es notable cuando se prevé a la hora de declarar la responsabilidad de los mandos o comandantes guerrilleros, que se exija establecer por la JEP:

- (i) una línea de continuidad o interferencia entre las decisiones tomadas;
- (ii) de los actos de los subordinados se responderá siempre que se demuestre un control efectivo de la respectiva conducta;
- (iii) en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la ejecución de los delitos,
- (iv) los medios que tenía a su alcance el jefe para prevenirla;
- (v) la probabilidad de poder adoptar medidas para evitar la ejecución de un delito en concreto; y,
- (vi) la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía

Las previsiones anteriores a favor de los mandos guerrilleros, en últimas, también se aplican a los agentes del Estado (Fuerza Pública y organismos de seguridad) dado que en el

punto 44 del acuerdo final, la responsabilidad de los comandantes militares por los actos de sus subordinados no es automática por su calidad de superior porque queda supeditada a que:

- (i) se demuestre un control efectivo sobre la conducta;
- (ii) conocimiento e información disponible antes, durante y después de la ejecución de la conducta;
- (iii) los medios disponibles para prevenir la ejecución de la conducta; y,
- (iv) que haya promovido investigaciones por los hechos. (Poveda Perdomo et al., 2016)

Estos elementos que se han enunciado se constituyen en los criterios que deben aplicarse por parte de los jueces en el marco de la JEP para restaurar a las víctimas y lograr el restablecimiento de sus derechos al igual que a la sociedad en general, fin último que persigue este tipo de procesos.

En un contexto de transición democrática, el objetivo específico de las compensaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos es restaurar su dignidad y reintegrarlas a la sociedad como ciudadanos iguales. De hecho, la reparación contribuye a la justicia en una forma compleja, vinculando los demás elementos de la justicia transicional (verdad, Justicia, garantías de no repetición) y complementando otros procesos de justicia transicional que, sin incluir la reparación, se convertirán en ejercicios irrelevantes para la mayoría de las víctimas. A la reparación se le atribuye este papel en tanto constituye en sí misma una forma de reconocimiento adeudada a aquellos ciudadanos cuyos derechos humanos fueron violados. (De Greiff, 2006)

#### **4.2 Criterio de aplicación de la paz como fin último de la justicia transicional**

La paz se constituye en el propósito principal de todo el proceso que finaliza un conflicto, en Colombia se ha convertido en el foco de todos los esfuerzos y cambios que se han dado a nivel jurídico e institucional, los cuales terminan teniendo efecto en la sociedad, quien es la que demanda los cambios más profundos; es evidente que tantos años de violencia han forjado generaciones que solo conocen el actuar mediante las vías armadas, la economía del narcotráfico, la violencia como medio de obtener lo que se desea y la justicia por mano propia; por lo que cambiar hacia formas de vida que estén en el marco de la ley y las instituciones estatales, impone esfuerzos por parte del Estado que se han visto materializados en diferentes niveles, es así que

La paz debe ser vista como un paradigma constitucional que trasciende el orden social y sus dimensiones de poder, porque, precisamente, tal como se estimó desde la filosofía griega con Platón, se constituye en un ejemplo a seguir por toda la comunidad universal. En esa condición, la paz se perfila desde un conjunto de acciones que se entrelazan para posicionarla como bien común o como fortaleza social. Su sostenibilidad debe hallar conexiones que superen los abismos conceptuales y debe robustecerse con contenidos comunicacionales fuertes entre los protagonistas del equilibrio pacificador y los escenarios judiciales. (Balanta Medina, 2017)

Es en este marco de actuación donde se desarrollan las decisiones adoptadas por parte de la justicia transicional, para el juez que actúa en el modelo propuesto, la paz debe ser el principal objetivo a ser logrado mediante el conocimiento de la verdad de lo ocurrido para reparar a las víctimas, es más, la Corte Constitucional precisó que la Constitución de 1991 fue concebida, entre muchos aspectos, como un pacto de paz para la superación del conflicto, el cual, para el momento de su concepción y expedición, ponía en riesgo al Estado. Para el momento actual, la paz se ha consolidado como un propósito a ser alcanzado mediante los métodos proporcionados por el proceso de paz y la JEP, quien en cabeza de los jueces que la conforman, debe decidir para poder alcanzar la garantía, finalidad y derecho establecido en la Constitución Política.

La paz debe alcanzar significación en el escenario de los jueces, hacerse sentir paulatinamente y consolidarse con signatura de estabilidad y duración en cada decisión, sin que se silencie la verdad, porque se trata de complementar el proceso con contenidos de justicia social y empezar a construir una nueva realidad lejos de aquella que se descubre en medio de los acuerdos. Son, finalmente, las Comisiones de la Verdad las encargadas de afianzar este compromiso de humanidad, porque cuando se revela el horror de la guerra, o cuando se retratan sus atrocidades, se robustece uno de los principios fundantes del proceso de paz: conocer la verdad. (Balanta Medina, 2017)j

Siguiendo a Balanta, la Constitución Política consagra el derecho a la paz, puesto que en 1991 la zozobra causada por la violencia y la inestabilidad política hizo necesario pensar que para poder desarrollar a Colombia como un país próspero era básico poder vivir en paz, posteriormente y como efecto de este postulado, ha sido el desarrollo jurisprudencial quien se encargó de establecer que la paz es un valor, un derecho y un fin esencial del Estado, que ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución.

Esto compromete al Estado con el núcleo mínimo de la paz que le impone garantizar a los colombianos total ausencia de conflictos y enfrentamientos violentos; también con su contenido máximo, en punto de la plena observancia de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos o desde el cumplimiento de las reglas del derecho internacional humanitario, a efectos de alcanzar la humanización de la guerra. La consagración del derecho deber de la paz constituye una prerrogativa constitucional de contenido “fuerte”, la cual compromete tanto al Estado como a la sociedad con el respeto hacia deberes específicos (art. 95 C.P.) (Balanta Medina, 2017)

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha concluido en diversas decisiones y de una manera estable, que la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución.

Para ello, se reconoce la triple condición de la paz como derecho, deber y valor fundante de dicho modelo, lo cual conlleva a obligaciones directas en, al menos, tres aspectos definidos: (i) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, normativas y de política pública, dirigidas a la superación del conflicto armado y, en general, el logro de la convivencia pacífica; (ii) un deber social de preferir a la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias; y (iii) el logro progresivo de la plena vigencia de los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde una perspectiva material. (Corte Constitucional, 2016b)

En el marco constitucional y legal dado para el proceso de paz y la JEP, entran en conflicto con la legislación de orden penal, en la cual se puede introducir cambios por parte del legislador, que debe modificarlo de acuerdo con los requerimientos particulares que el sistema ordena; entonces, bajo su autonomía queda el poder valorar los bienes jurídicos que deben ser protegidos, crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas y graduar las penas aplicables, todo de acuerdo con su apreciación, análisis y ponderación sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar a la sociedad.

Esta condición implica que existan también ciertos límites que subyacen a los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución. Entre ellos, y para efectos de esta

sentencia, se destacan los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de necesidad y de razonabilidad y proporcionalidad. (Corte Constitucional, 2016a)

Por su parte, los jueces que actúan en la JEP y su función demuestran su importancia desde la necesidad de la autonomía e independencia que estos requieren; siendo, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia.

En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia. (Corte Constitucional, 2011)

## 5 Conclusiones

De acuerdo con lo observado se puede concluir que la justicia transicional abarca un concepto de orden complejo que partiendo de lo jurídico pretende terminar con un conflicto que se ha presentado en una sociedad. La idea de la justicia transicional no es del todo clara debido a los diferentes elementos que la comportan y definen en cada conflicto, por lo que se tiene diferentes ejemplos a nivel internacional que pueden servir de guía para el proceso que se está desarrollando en Colombia.

Se debe entender que el proceso de paz no es algo que se da sin esfuerzos, sino que exige numerosas contribuciones para alcanzar el estado de mejores condiciones de vida para la sociedad, en este caso, la colombiana. Entre esos esfuerzos y desde la perspectiva de este escrito, solamente pueden apreciarse las orientaciones de orden jurídico por las que se ha preocupado el legislador y también la Corte Constitucional con la participación de numerosos académicos, quienes han contribuido a definir de la mejor manera posible la justicia transicional y la jurisdicción especial para la paz.

En esta última, se encuentran fincadas las esperanzas de miles de víctimas directas e indirectas del conflicto armado, para quienes se ha propuesto que el medio para poder superar el estado de guerra se encuentra en los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y garantizar la no repetición, mientras que para los victimarios, la JEP se convierte en una alternativa diferente a la jurisdicción ordinaria para poder desarrollar garantías a los derechos nombrados, para lo cual es necesario el establecimiento de un nuevo paradigma de juzgamiento respecto de la jurisdicción tradicional en materia penal.

La jurisdicción penal, se ha caracterizado por su orientación de corte sancionatorio, donde el delincuente se hace merecedor de una pena de acuerdo a la legislación, pero tal orientación no es de recibo en la JEP, esto obedece a la particular configuración del final del conflicto pactada entre el gobierno y las FARC, entre quienes no hubo vencedores ni vencidos, por el contrario, se acepta el dialogo como salida ya que no es posible el sometimiento militar por ninguno de los contendientes, esto conlleva a que cada uno proponga sus condiciones.

De todas maneras, el propósito claro que se ha dilucidado de todo es la consecución de la paz y un orden justo en donde prime los postulados enunciados en la Constitución Política de 1991, así como la defensa de los derechos de las víctimas, quienes se vieron envueltas en el conflicto, que afecto sus condiciones de vida.

Alcanzar la paz entonces se convierte en un propósito del Estado y de la justicia, quienes se comprometen a desarrollar garantías acordes para poder lograr el restablecimiento de los derechos de las víctimas y victimarios a asumir su papel como ente que debe garantizar el bienestar de todos los ciudadanos, máximo reto a ser alcanzado en este difícil contexto.

Los jueces penales, dentro de la jurisdicción especial para la paz se convierten en aquellas personas que deben estar dispuestas a cambiar sus paradigmas para poder entender el propósito del proceso de paz y de la JEP como mecanismo, por lo que deben aplicar en la mayor medida criterios de orden finalista al momento de juzgar a los actores del conflicto, con miras a alcanzar los propósitos que se ha dispuesto; en particular y el más importante, la paz, para ello, disponen de máximos principios y normas, como el principio pro homine, el naciente principio pro víctima, el juzgamiento de los máximos responsables y la justicia de orden restaurativo.

### Referencias

Amado, J. A. G. (2015). *Justicia Transicional. Después de la violencia memoria y justicia*.

Balanta Medina, M. P. (2017). El paradigma de la paz: un desafío para los jueces. *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 527–568.

Corte Constitucional. (2002). C-806-02.

Corte Constitucional. (2011a). C-771-11.

Corte Constitucional. (2011b). T-238-11.

Corte Constitucional. (2012). C-715-12.

Corte Constitucional. (2013a). C-438-13. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-438-13.htm>

- Corte Constitucional. (2013b). C-579-13.
- Corte Constitucional. (2014a). C-577-14.
- Corte Constitucional. (2014b). C-616-14. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-616-14.htm>
- Corte Constitucional. (2016a). C-259-16.
- Corte Constitucional. (2016b). C-379-16.
- Corte Constitucional. T-241-16 (2016). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-241-16.htm>
- Corte Constitucional. C-017-18 (2018). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-017-18.htm>
- Due Process of Law Foundation. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia; Recomendaciones para la selección de los magistrados de las Salas y Secciones del Tribunal para la Paz. Recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/jursidiccion\\_especial\\_paz\\_colombia\\_final\\_web.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/jursidiccion_especial_paz_colombia_final_web.pdf)
- Gil Botero, E., & Rivera Flórez, G. (2016). Exposición de motivos al proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”. Recuperado de [http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2018-04/P.L.239-2018C%3B225-2018S %28PROCEDIMIENTO JEP%29.pdf](http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2018-04/P.L.239-2018C%3B225-2018S%28PROCEDIMIENTO%20JEP%29.pdf)
- Guiza Gomez, D. I., & Uprimny Yepes, R. (2017). La JEP: entre la carcel y la justicia restaurativa. *Dejusticia - Derecho, Justicia y Sociedad*, 6–8.
- Jorge Eliecer, C. G., Samir Hendrix, G. P., Marvin, C. B., Karen Alejandra, K. P., Jefferson, M. A., Yuranne Paola, V. L., ... Álvarez, T. M. J. L. M. y H. M. H. (2014). Carga de la prueba y el derecho a la prueba en el proceso de restitución de tierras, (X), 413–442.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016a). P&R: Jurisdicción Especial Para La Paz, 1–5. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Audios/PREGUNTASYRESPUESTAS.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016b). P&R: sistema integral de Verdad, justicia, reparación y no repetición. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx>

- Organización de Naciones Unidas. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas*. <https://doi.org/10.1111/j.1755-148X.2011.00912.x>
- Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. Acuerdo No. 001 de 2018 Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). Bogotá. Recuperado de [https://www.jep.gov.co/Marco Normativo/Sala Plena Acuerdo 001 de 2018 Reglamento general JEP.pdf](https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Sala%20Plena/Acuerdo%20001%20de%202018/Reglamento%20general%20JEP.pdf)
- Porras, D., & Javier. (2015). Justicia Transicional. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 0(0), 192–204. <https://doi.org/10.20318/EUNOMIA.2016.2485>
- Poveda Perdomo, A., Poveda Perdomo, A., & Poveda Rodriguez, A. (2016). *Justicia Transicional, El juzgamiento de los maximos responsables y los fines de la pena en la jurisdiccion especial para la paz*. (Vol. 0).
- Sierra Beltrán, A. (2017). Los fines del estado y la jurisdiccion especial para la paz. En *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 339–350). Bogotá.
- Valencia Villa, H. (2008). Introducción a la justicia transicional. *Claves de razón práctica*, 180, 76–82.