

Título: Justicia Transicional y Derecho Penal, una aproximación en el contexto del marco jurídico para la paz en Colombia.

Autor: Luis Gonzalo Lozano Pacheco

Abogado, Magister en derecho penal, candidato a doctor en derecho por la U. Libre.

Institución Universidad Libre

Bogotá D.C., Sede Principal, La Candelaria

Tel 3821019 – 3102650214 – jurislozano@hotmail.com

Coordinador Maestría y Especialización Derecho Penal

Instituto de Posgrados Bogotá D.C.

Junio 20 de 2014

Contenido

- 1- Título
- 2- Tabla de contenido
- 3- Prólogo
- 4- Generalidades sobre la Justicia Transicional
- 5- El marco jurídico para la paz en Colombia, aplicación de la justicia transicional sin transición.
- 6- Conclusiones
- 7- Bibliografía.

Introducción

El problema de la justicia transicional en el mundo constituye uno de los fenómenos de mayor importancia y aplicación en la actualidad en los Estados, en especial aquellas naciones donde existen conflictos armados o regímenes dictatoriales, que

dejan un pasado marcado por el abuso y la violación masiva de los derechos humanos, la comisión de crímenes de guerra o infracciones al DIH, genocidios y delitos de lesa humanidad en contra de las víctimas que soportan tales efectos.

Los mencionados conflictos han generado hondas repercusiones sociales, políticas y jurídicas al interior de los países, por tanto, se trata de una figura que ha sido objeto de amplias discusiones y posturas teóricas, de reciente construcción y utilización en múltiples lugares del mundo por cuya su aplicación se ha logrado superar episodios de graves consecuencias y consolidar procesos de paz estable y sostenible, ha permitido la no repetición de las causas de estos fenómenos, al conocerse la verdad de lo ocurrido y la satisfacción de los derechos de las víctimas, contribuye a la recuperación de la memoria histórica y de la institucionalidad por los cambios producidos en los regímenes estatales y ha logrado, en la mayoría de los casos, proyectar un futuro que trata a profundidad el pasado y busca superar las causas del mismo, la justicia transicional es por naturaleza conocer, enfrentar, abordar y superar el pasado para proyectar un futuro de paz duradera.

Los instrumentos de la justicia transicional llevan consigo una justicia excepcional, transitoria, episódica, específica para cada país y por sobre todo de carácter coyuntural que se adapta a un pasado de graves violaciones de los derechos de las víctimas e implica una tensión o enfrentamiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación, memoria histórica y no repetición de las víctimas frente al derecho a la paz sostenible de la sociedad entera.

Este modelo de justicia tiene por objeto, una serie de transformaciones institucionales y privadas, entre las cuales se cuenta con el castigo a los responsables de esos graves actos delictivos, el tratamiento de los autores o partícipes de tales actos, la investigación y juicio criminal de los responsables, el conocimiento de la verdad material o fáctica y sus efectos jurídicos, las sanciones a imponer, los beneficios punitivos a otorgar, la eventual renuncia a la persecución penal, la forma de investigar y juzgar esas modalidades de macrocriminalidad, por tanto, conlleva un enorme componente que compromete el sistema penal y el ordenamiento procesal penal que deberá adaptarse a esa nueva realidad jurídica punitiva.

En Colombia, se han incorporado mediante una reforma constitucional reciente (2012) vía órgano derivado o poder constituido (congreso), de manera expresa los instrumentos de justicia transicional en el que se ha denominado el Marco Jurídico Para La Paz.

Mediante el citado instrumento se acudió a una serie de reformas al sistema penal, a las instituciones propias del derecho punitivo y procesal penal, como la pena alternativa, suspensión condicional de la pena, beneficios judiciales y administrativos para las personas que se desmovilicen, investigación y sanción de los máximos responsables de crímenes cometidos de manera sistemática contra la población civil, procesos de selectividad y priorización para los máximos responsables, la investigación de macroprocesos y macrocriminalidad, esclarecimiento de la verdad a través de comisiones de verdad, reparación de víctimas, entre otros que muestran la estrecha relación del derecho penal y justicia transicional.

Lo anterior implica analizar, la relación derecho penal en el marco del proceso de justicia transicional en Colombia, de eso se ocupa el presente documento en procura de determinar la trascendencia y regulación en el citado contexto.

1.-Generalidades.

La Justicia Transicional hace referencia a un sistema jurídico especialmente adaptado para tratar los efectos que surgen en los países que atraviesan conflictos de gran magnitud, bien por razón de un conflicto armado o por la existencia de un régimen de tipo dictatorial, de facto algunos de ellos, que implican, en uno u otro caso, enfrentar un pasado de significativas consecuencias por el legado de violaciones sistemáticas cometidas a gran escala y de manera organizada contra los derechos humanos de las víctimas, períodos durante los cuales se evidencia la comisión de múltiples crímenes que producen enorme dañosidad a los interés jurídicos de los afectados. El citado modelo de justicia tiene por

finalidad, contribuir al restablecimiento de las relaciones sociales, del tejido social y la institucionalidad a largo plazo, resaltando el derecho a la verdad de las víctimas y la garantía de no repetición de esos abominables crímenes y buscando la sanción penal de los responsables de esos abusos.

En el contexto de la justicia transicional el objetivo central es la búsqueda de la paz sostenible mediante la aplicación de mecanismos de investigación y enjuiciamiento criminal especiales, la desarticulación de organizaciones criminales, la búsqueda de la verdad de lo ocurrido, la rendición de cuentas por los actores o perpetradores de crímenes considerados abominables por la conciencia universal, el resarcimiento de los perjuicios y en general, la modificación de las instituciones para superar esa grave situación y construir condiciones sostenibles de normalidad hacia el futuro.

Se busca revisar y tratar el pasado de grandes abusos a los derechos humanos en la perspectiva de superar la grave afectación de derechos universalmente reconocidos a las víctimas, producto de un régimen dictatorial o a consecuencia de un conflicto armado interno, para poner fin de manera definitiva enfrentando una tensión entre el derecho a la paz sostenible y duradera, la responsabilidad penal de los ejecutores de tales atrocidades y los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas.

En el contexto de esos graves atentados cometidos a gran escala contra las víctimas por los masivos efectos dañosos que producen, los Estados han recurrido a un instrumento jurídico de reciente configuración, delimitación y consolidación denominado Justicia Transicional.

la Justicia Transicional es un problema que ha subsistido en forma permanente durante el avance histórico de los pueblos, hunde sus raíces en la antigüedad y se refiere a los instrumentos que deben ser utilizados para solucionar cada conflicto en particular, por tanto

las preguntas que se formulan son: ¿Cómo debe castigar a los responsables?, ¿Qué hacer hoy con los crímenes de lesa humanidad?, ¿debe olvidarse esas graves infracciones para buscar la reconciliación?, ¿debe olvidar la sociedad los graves atentados contra la dignidad del ser humano para encontrar la anhelada paz? ¿Cuál es el fundamento de la sanción impuesta a los autores de crímenes internacionales?

Por modo que, no resulta fácil encontrar el equilibrio entre la justicia y la paz, cada conflicto en concreto y dependiendo del momento histórico por el que atraviese, ha dado respuestas y formulado soluciones a los interrogantes expuestos, buscado la resolución del problema de manera razonable y satisfactoria a las partes en conflicto, especialmente para las víctimas, que por lo general se sienten vulnerables, desprotegidas y sus agresiones quedan en la impunidad. En la actualidad esta visión se ha transformado y consecuentemente se ha modificado el enfoque de la transición de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias.

Así pues, las transiciones de finales del siglo XX y principios del nuevo siglo *“se han caracterizado, en cambio, por la difícil necesidad de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales.”* (Uniandes, 2003).

La Justicia Transicional se entiende como aquel conjunto articulado de procesos o mecanismos utilizados por una sociedad con el fin de: *“resolver los problemas derivados de un pasado de abusos, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”* (secretario General de las Naciones Unidas, SGNU, 2004), esta especialidad de justicia ha sido analizada y estudiada por autores nacionales y extranjeros con ocasión de los cambios políticos en América Latina y en Europa Oriental, tal como lo sostiene *The International Center for Transitional Justice, ICTJ, (2009)*.

El estudio de la Justicia Transicional se ocupa de un sinnúmero de problemas jurídicos de honda trascendencia, entre ellos: las bases esenciales de esta modalidad de justicia, los enfoques básicos sobre temas punitivos como las acciones penales y el fundamento de la pena imponible a los responsables, las comisiones de la verdad, los programas para la efectiva reparación en justicia de género, las reformas institucionales, la normatividad interna, el cambio de pensamiento de las víctimas hacia los victimarios, iniciativas de conmemoración, objetivos de la justicia transicional, desarrollos y consecuencias de la aplicación de los procesos catalogados como propios de justicia transicional en los países donde ha tenido lugar y, en general, las falencias, ventajas y desventajas respecto del estado actual de este especial fenómeno jurídico y político frente a la superación de conflictos armados.

Este modelo de justicia hace referencia en concreto, a la búsqueda de la verdad histórica y judicial, liderar procesos de reconstrucción de memoria colectiva e histórica de los conflictos, aplicar políticas de reparación integral a las víctimas, responsabilizar y sancionar a los victimarios y en últimas la búsqueda de la reconciliación hacia una paz sostenible y duradera que supere las causas y consecuencias que la generaron. (Cortes, 2009)

En síntesis, la Justicia de Transición *“abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados, con los intentos de la 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.”* (Valencia Villa H., 2003).

Entre los mecanismos que utiliza esta sistemática jurídica se encuentran instituciones de carácter judicial y de acuerdos políticos y sociales.

Entre los primeros se encuentran los fenómenos que pasan por los organismos de investigación y juzgamiento penal, en especial aquellos dirigidos a la aplicación de sanciones penales a los perpetradores de la violación de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o derecho de la guerra, considerados como delitos de mayor dañabilidad social en el contexto del conflicto armado, leyes de indulto y amnistía, modificación de las consecuencias sancionatorias, mecanismos de investigación y juzgamiento penal de los responsables de esas conductas, otorgamiento de beneficios judiciales o administrativos a los citados responsables, resarcimiento de perjuicios a las víctimas, entre otros.

En la segunda clasificación, nivel político y social se hace referencia a las comisiones de verdad y reconciliación, los fenómenos de perdón y memoria histórica, reparación de las víctimas, garantía de no repetición, desmovilización, inserción política, desarticulación definitiva de estructuras criminales, reformas institucionales y condiciones políticas que superen las causas del conflicto, entre otras.

Por tanto, el fenómeno de Justicia Transicional conlleva básicamente dos elementos estructurales: el problema penal y procesal penal para la sanción de victimarios y las reformas políticas para garantizar la superación de un pasado de abusos y graves violaciones a los derechos humanos en perspectiva de no repetición y garantía de paz sostenible a futuro.

Los principios de la Justicia Transicional se encuentran consignados en el conocido informe de Joinet (1977), relacionado con la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos, en el que se relaciona como deberes de los Estados en procesos de Transición, La satisfacción del derecho a la justicia, la satisfacción del derecho a la verdad, la satisfacción del derecho a la reparación a las víctimas y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición.

El derecho a la justicia en el proceso de transición hace referencia a la construcción y fortalecimiento de escenarios dentro de la juridicidad del país, para definir la verdad y delimitar las formas de reparación, deber de investigar y sancionar sin excesiva generosidad a los responsables de graves violaciones de derecho humanos (Ardila, 2008), la Verdad como derecho individual y colectivo implica el conocimiento integral de las circunstancias en que ocurrieron los hechos constitutivos de esas graves violaciones, mediante la reconstrucción pública de la verdad de lo ocurrido, para prevenir nuevas agresiones y para sostener a futuro el proceso de paz en procura de la no repetición y la reparación integral como la restitución, reparación, rehabilitación y medidas de satisfacción de contenido general en la comunidad.

En los anteriores términos se consignan las generalidades de la denominada Justicia Transicional.

2.- El problema del conflicto armado en Colombia y la adopción e incorporación constitucional de la justicia transicional.

Colombia se ha caracterizado por sostener un conflicto armado interno de inmensa magnitud, caracterizado por su prolongación en el tiempo por más de seis (6) décadas, que ha incluido diferentes formas de violencia, entre ellas: la que tiene como actores a los grupos de delincuencia organizada en ejércitos privados como el fenómeno paramilitar en la mayoría de casos con la aquiescencia o connivencia de algunos sectores del Estado, delincuencia política por cuenta de grupos guerrilleros, organizaciones criminales de narcotráfico, bandas privadas dedicadas a la delincuencia común, entre otras, que ha degradado a niveles insospechados el conflicto en el país y generado graves efectos a las víctimas y en general al conglomerado social.

La mencionada situación ha traído como consecuencia, la afectación grave y significativa en términos cualitativos y cuantitativos, a los derechos humanos de las víctimas, en especial la población civil; la vulneración del derecho a la vida de grupos humanos y derechos inherentes a la persona humana reconocidos en el contexto internacional, a través de convenios y tratados internacionales que hoy son vinculantes y obligatorios para los Estados que asumen obligaciones de acción y omisión con la comunidad internacional, víctimas que han tenido que soportar las dramáticas consecuencias de un período marcado por muertes a gran escala, masacres de comunidades locales, desaparición física de seres humanos, torturas, tratos crueles e inhumanos, agresiones sexuales de mujeres, reclutamiento forzado para el conflicto bélico de niños, niñas y adolescentes, despojo y desarraigo de tierras a grupos humanos completos, entre otros, fenómenos que se han reiterado en diferentes regiones del país, todo lo cual señala una escalofriante realidad según resultados de investigaciones recientes, como el informe del Centro de memoria histórica se estima un número cercano a 250.000 seres humanos muertos producto del conflicto armado, una cantidad de personas desaparecidas aproximada de 60.000 colombianos de quienes no se tiene conocimiento si se encuentran vivos o muertos, sin que sus familiares tengan noticia de ellos y una cantidad cercana a los 4'000.000 de compatriotas que han sufrido el desarraigo y el desplazamiento forzado de sus lugares de origen, que muestra la dimensión dramática del conflicto armado en suelo colombiano.

En la actualidad, se adelanta un proceso de negociación en la Habana (Cuba), que pretende poner fin a las hostilidades militares y al conflicto bélico entre el grupo guerrillero de las Farc y la fuerza pública del país, en el citado proceso hacen presencia representantes del Estado colombiano y del movimiento guerrillero más antiguo en el país, involucrado en un conflicto armado contra el Estado por más de 60 años, algunos representantes de la sociedad civil y brilla por su ausencia una representación directa de las víctimas que visibilice sus intereses en ese proceso.

En el plano jurídico se ha expedido el Acto Legislativo 01 de 2012, que ha sido revisado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional Colombiano mediante sentencia C -579 del 28 de agosto de 2013, en virtud de la cual fue declarado exequible, esto es ajustado al plexo constitucional, instrumento que incorporó de manera expresa los mecanismos de justicia Transicional al ordenamiento jurídico interno, con una enorme inclusión de instituciones de derecho penal sustancial o material, concretamente en punto de la sanción penal, la pena de prisión para hacer referencia una pena alternativa, sanciones judiciales y extrajudiciales, mecanismos de sustitución de la pena, entre otros y desde la perspectiva del derecho procesal penal se hace referencia a la investigación y juzgamiento de máximos responsables de delitos cometidos de manera sistemática, ordenando garantizar los derechos de las víctimas a través del acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la reparación y la verdad, con la finalidad de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario de quienes perpetraron esas conductas.

La finalidad esencial de los citados instrumentos jurídicos es la obtención de una paz duradera y estable, la flexibilización del derecho penal en materia de sanciones a los infractores de esas graves conductas y la garantía de no repetición de esos abominables crímenes, que han ocurrido en forma sistemática y a gran escala contra la población civil.

Se consideró que el marco jurídico para la paz no era incompatible con el pilar esencial que impone la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, aunque existe una flexibilización de algunos requerimientos de justicia que se reducen en favor de la no repetición y la superación definitiva del conflicto.

Se orienta el derecho penal y la investigación criminal hacia el juzgamiento y sanción de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática en medio del conflicto armado, garantizando de esta manera, el cumplimiento

de las obligaciones internacionales previstas en instrumentos de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Se establecen instrumentos de persecución penal basados en estrategias de investigación y juzgamiento novedosos, hacia la sanción de máximos responsables a través de la selectividad y priorización de casos, que agrupan graves violaciones a derecho humanos en macroprocesos penales, como una forma de proteger los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas.

Los presupuestos para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional implican la necesidad de la terminación del conflicto armado, la desmovilización del grupo que participaba en las hostilidades militares, la entrega de niños y adolescentes que hagan parte del conflicto, la colaboración con la verdad y la indemnización a las víctimas.

Los criterios de mayor gravedad y representatividad de los delitos cometidos serán el fundamento de la priorización y selectividad de investigaciones, es decir lo relacionado con torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, desplazamiento forzado, reclutamiento ilegal de menores, cuando sean considerados delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Las anteriores son las principales características del sistema penal en el escenario del proceso de justicia transicional que deberá desarrollar el sistema legislativo y la administración de justicia para superar el conflicto armado en Colombia.

Lo expuesto señala en forma clara, el sustento político del derecho penal en fase transicional, el cual resulta flexibilizado en sus principios y en las consecuencias punitivas, en razón a las consideraciones políticas que ocurren en un momento histórico determinado, como ocurre en el proceso de negociación, mediante el cual, se busca superar el conflicto armado interno de varias décadas en Colombia, que ha dejado un pasado de abusos y graves violaciones a los derechos humanos como se indicó en precedencia.

A manera de conclusiones.

- 1- Los procesos de justicia transicional implican un modelo de justicia adaptado a unas circunstancias específicas, que pretende superar el pasado de abusos y graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario
- 2- Se presenta en este escenario transicional una colisión o enfrentamiento entre del derecho a la justicia, verdad y reparación de las víctimas con relación al derecho a la paz sostenible y duradera que compromete a la sociedad en su totalidad.
- 3- El derecho penal constituye un eje fundamental en la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, por cuanto es el mecanismo jurídico adecuado que permite

la investigación y juzgamiento de quienes deben responder por la comisión de graves atentados en el marco del conflicto armado o el régimen dictatorial que supera la aplicación de este modelo de justicia.

- 4- Colombia hace uso de los instrumentos propios de la justicia transicional para superar el conflicto armado y el fenómeno de violencia generalizado, que por más de 60 años que ha producido devastadores efectos en la población civil a través de la incorporación del acto legislativo 01 de 2012 y la sentencia de constitucionalidad del año 2013 que lo declaró ajustado a los axiomas constitucionales, lo que vincula a las instituciones internas asuntos coyunturales y de carácter temporal, como la comisión de la verdad y reconciliación, la pena alternativa, beneficios sustitutivos de la pena de prisión, los criterios de selectividad y priorización para la investigación de los delitos cometidos de manera sistemática y gran escala por los máximos responsables de graves infracciones a los derechos humanos y al D.I.H., con lo cual cede por un lado el derecho a la justicia de las víctimas y se potencializa, por otro, el derecho a la verdad, a la no repetición y a la memoria histórica.
- 5- EL derecho penal resulta claramente objeto de direccionamiento político en un proceso de justicia transicional, situación que demuestra que el sistema punitivo de un país, no es un instrumento jurídico neutral o aséptico sino que, por el contrario, puede ser utilizado por el poder político conforme a las conveniencias o necesidades del momento histórico por el que atraviase la sociedad.
- 6- Se espera un cambio institucional que supere las causas que dieron origen al conflicto armado en Colombia y consecuentemente la consolidación de la institucionalidad y del Estado Social de Derecho, para que se cumplan los cometidos estatales sociales que permitan la no repetición de aquellos actos que en últimas dieron origen a esos abominables crímenes que ha sufrido la comunidad colombiana, para garantizar la no repetición y en últimas la superación definitiva de un pasado marcado de abusos y graves atentados contra la humanidad.

BIBLIOGRAFIA.

Arango Rivadeneira Rodolfo, Derechos Humanos como límite a la democracia, Ed. Universidad de los Andes, Grupo editorial Norma, Colombia, 2007.

Autores varios, Ubaté Ortega Carlos compilador, Temas fundamentales de Derecho Penal, Universidad Libre, Colombia, 2010

Ardila Doris, Justicia Transicional, principios básicos, artículo, 2010.

Botero C, Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, entre el perdón y el paredón, ed. UniAndes, 2000.

Bustos Ramírez Juan, Bases críticas de un nuevo derecho penal, ed. Temis, Colombia, 1982,

Bustos Ramírez Juan, Hormazábal Malarée Hernán, Nuevo sistema de derecho penal, Ed. Trotta, España, 2004.

Castellanos M. Ethel Nataly, Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado, Universidad Nacional de Colombia, grupo de estudios de derecho, teoría política y derecho constitucional, 2008.

Elster, J., Rendición de cuentas. la justicia transicional en perspectiva histórica Ed. Kats, Buenos Aires, 2006.

Chinchón Álvarez Javier, Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en América Latina, Ediciones documental balear, Palma de Mallorca 2009.

Roxin Claus, La teoría del Delito en la discusión actual, Ed. Grijley, España, 2007.

Sandoval Huertas, Emiro, Penología, parte general y especial, Ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 1984

Uprimny Rodrigo y Lasso Luis Manuel, verdad reparación y justicia para Colombia, algunas reflexiones y recomendaciones. Fescol, Colombia, 2004.

Velásquez V. Fernando, Manual de Derecho Penal, parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2010.

Sthan Carlos, Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional, artículo La geometría de la justicia transicional, opciones de diseño institucional, ed. Angelika Rattberg, publicación UniAndes Colombia,