

La Constitución y el derecho en transición

Comentarios sobre la justicia de transición en
el marco de la implementación del Acuerdo del
Teatro Colón

María Cristina Gómez Isaza

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
mcristina.gomez@udea.edu.co

Derzu Pérez Figueroa

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
derzu.perez@udea.edu.co
Universidad de Antioquia

1. La justicia transicional

E

n nuestra historia inmediata tenemos tres etapas referentes a la consagración normativa de la justicia transicional en Colombia: la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), el Acto legislativo N°. 1 de 2012 y el Acto legislativo N°. 1 de 2017, este último, desarrollo normativo directo del Acuerdo del Teatro Colón.

La definición de esta justicia en estas consagraciones es dilemática, se mantiene en continua tensión, en medio de un contexto político y social en el que aún no existe acuerdo hacia la transición (Orozco, 2005). Los dilemas que advertimos son de tipo temporal, institucional y político:

El dilema *temporal* se encuentra en la confrontación del pasado de violencia en el presente que busca proyectar un futuro sin conflicto armado. El dilema *institucional* se explica por la coexistencia de dos instituciones que administran justicia: la transicional y la ordinaria; de la misma manera, en cuanto a los órganos de investigación: la Fiscalía General de la Nación y la Unidad de Investigación y Acusación adscrita a la Justicia Especial para la Paz. El dilema *político* se observa en la limitación del Estado de su obligación de persecución de los delitos y los crímenes ocurridos durante el conflicto armado que debe centrarse en los máximos responsables y flexibilizarse conforme a una cesión hecha a los integrantes de las Farc para lograr el Acuerdo Final.

Estos dilemas los pretende resolver la justicia transicional en defensa de los derechos de las víctimas del conflicto, a la verdad, la repara-

ción y no repetición, la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Esta justicia pretende que los actores del conflicto, una vez hayan suscrito el acuerdo final cumplan con la verdad plena, la reparación, reconstruyan la memoria, se comprometan con no continuar con la lucha armada y buscar la reconciliación y el perdón.

Un adecuado entendimiento de dichos dilemas puede ser logrado a partir de una comprensión de la noción de justicia transicional. Al respecto, el Secretario de las Naciones Unidas definió la justicia transicional como una justicia que abarca 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 (ONU, 2014). En el ámbito dogmático recurrimos a Eser, quien entiende por justicia transicional a:

... la transición de injusticia a justicia, la generación de justicia en la medida en que se logra el resarcimiento de las víctimas y de los autores de los crímenes que reciben el equivalente desvalor de sus actos, con el fin de sentar los fundamentos para una futura vida pacífica en comunidad. (2018, p. 36)

Los instrumentos utilizados por esa justicia, según Reyes (2018), deben ser adecuados para conocer la verdad, tener la seguridad de que las víctimas van a ser reparadas de manera oportuna y contar con la garantía de que los crímenes cometidos en desarrollo de este conflicto no volverán a repetirse; estos cometidos son procesos de superación o elaboración del pasado; en definitiva este modelo se orienta a lograr una justicia de contenido predominantemente restaurativo, distinta al retributivo que caracteriza la justicia penal ordinaria.

En cuanto a la adopción de dichos mecanismos, en Colombia podemos contemplar tres etapas de acuerdo con los instrumentos normativos que integran diferentes modelos de justicia transicional al ordenamiento nacional.

La primera etapa de acercamiento a esta justicia se dio con la promulgación de la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz. En este proceso se hizo especial énfasis en el cambio del concepto de castigo desde su contenido retributivo a un contenido restaurativo (Uprimny & Safón, 2005).

En la segunda etapa, con la regulación del Acto Legislativo N°. 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz, aparece el concepto de justicia transicional en nuestro país, diferente al de justicia restaurativa establecida en la Ley de Justicia y Paz, un modelo cuyo propósito es el de crear condiciones para la finalización del conflicto.

Para el denominado Marco Jurídico para la Paz, la justicia transicional se caracteriza por su temporalidad, su finalidad de facilitación de la terminación del conflicto armado y la construcción de paz, además de la garantía —en mayor nivel posible— de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación (artículo 1, Acto Legislativo N° 1 de 2012).

La tercera etapa la constituye el Acto Legislativo N°. 1 de 2017. Tal reforma fue un compromiso asumido por el gobierno con las Farc-EP en el punto quinto del Acuerdo Final, y es allí donde se encuentra la definición que será desarrollada posteriormente. Dice el Acuerdo Final:

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto de conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones a los derechos (p. 145).

El Acto Legislativo N°. 1 de 2017 creará el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final y es en el artículo 5 transitorio en el que definirá la Justicia Especial para la Paz (JEP), como un elemento de dicho sistema.

La JEP se caracteriza por su temporalidad y por ser una jurisdicción preferente y exclusiva. Administrará la justicia transicional durante 10 años prorrogables por 10 años más (20 años); debe decidir sobre los delitos cometidos en razón o por causa directa o indirecta con el conflicto armado, respecto de conductas consideradas graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario —DIH— o graves violaciones a los derechos humanos, antes del 1° de diciembre de 2016; además mantiene su competencia preferente para el conocimiento de los delitos de ejecución permanente que hayan comenzado antes del 1° de diciembre de 2016; así mismo el artículo transitorio 6 determina que prevalece la JEP sobre las actuaciones penales disciplinarias o administrativas de los funcionarios públicos, cometidas con ocasión por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Los objetivos de esta Jurisdicción son: satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición; contribuir al logro de la paz estable y duradera, y sus decisiones deben otorgar seguridad jurídica a quienes participaron en el conflicto armado y se acogen a la justicia transicional. De los cinco objetivos de la jurisdicción prevalecen los derechos de las víctimas, dotando a tres de ellos de su contenido.

La competencia personal o los sujetos en los que recae esta jurisdicción se define bajo la figura de la condicionalidad: pues se podrán someter a la misma si garantizan los derechos de las víctimas. Los sujetos que se quieran acoger a la JEP deben aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición; es por ello que el criterio denominado “principio de garantía de los derechos de las víctimas” determina el contenido competencial de carácter personal de esta jurisdicción.

Frente a los excombatientes, sólo aplica la JEP a aquellas personas que suscribieron el Acuerdo Final con el Gobierno Nacional y que hayan entregado las armas; al igual que los terceros intervinientes, que conforme al artículo 16 transitorio no formaron parte de las organizaciones o grupos armados, pero que contribuyeron de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, si cumplen las condiciones de verdad, reparación y no repetición a las víctimas.

A su vez, el artículo 17 transitorio del Acto Legislativo N.º 1 de 2017 establece que los agentes del Estado comprometidos en hechos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, se podrán acoger a la JEP y a éstos se les aplicará en forma diferenciada, por medio de un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico las normas de justicia transicional.

2. El derecho transicional como categoría explicativa de la implementación del Acuerdo del Teatro Colón

En medio de un conflicto armado aparece el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional como los regímenes normativos que regulan las conductas punibles en el estado de barbarie: la guerra; este conjunto de regulaciones internacionales son instrumentos de prevención o sanción en medio de los conflictos armados.

En procesos de negociación para la finalización de la guerra, tanto el derecho interno como el derecho internacional se convier-

ten en normas que pueden limitar el éxito de posibles acuerdos entre el Estado y el grupo armado, y por ello aparece como solución la existencia de la justicia transicional con sus mecanismos jurídicos y políticos para lograr fórmulas de acuerdo que permitan la finalización del conflicto con relativos niveles de justicia.

Entre los mecanismos jurídicos se encuentran las leyes de amnistías e indultos, regulación de procesos judiciales penales con limitación de la acción penal y el deber de perseguir los delitos de parte del Estado; entre los mecanismos políticos se encuentran los acuerdos de fin del conflicto, medidas indemnizatorias, medidas simbólicas de reparación, peticiones de perdón, entre otros. (Ardila, 2006).

La pregunta sobre el tipo de derecho que aplica esta justicia transicional es una pregunta pertinente. En el caso colombiano aparece nuestra tradición de leyes, además de nuestra creencia en el derecho y en su capacidad de transformar la realidad personal para construir un derecho transicional propio en el marco del Acuerdo Final entre el Estado colombiano y las Farc-EP.

Entre el vasto conjunto de normativas que permitieron y resultaron del proceso de negociación, acuerdo e implementación de éste, encontramos varios actos legislativos, leyes y sentencias de constitucionalidad que componen un *derecho transicional*. El fundamento y justificación de este derecho es la existencia de un acuerdo de paz que busca la terminación del conflicto y en el reconocimiento de las víctimas del conflicto como ciudadanos con derechos a la verdad, a la reparación y a la no repetición como eje central de los mecanismos de justicia transicional.

El cuerpo normativo que constituye este derecho, específicamente en lo atinente a la justicia transicional y que le sirve de referencia a las decisiones de la JEP, consta de un numeroso conjunto de disposiciones, empezando por la Constitución, el Acuerdo Final (entendido como fuente normativa indirecta en razón de su uso como parámetro de constitucionalidad de las normas que implementan el Acuerdo), el Código Penal, los Actos Legislativos N°. 1 de 2012, N°. 1 de 2017, además de la Ley de procedimiento de la JEP, la Ley de amnistía e indulto, y se espera que se integre, además, la Ley Estatutaria de la Justicia Especial de Paz.

La Constitución aporta el valor de la paz desde su preámbulo y el derecho a la paz en el artículo 22, además de normas de integración del derecho internacional de derechos humanos en el artículo 93, así como la constitucionalización de la justicia transicional creada mediante el Acto Legislativo N°. 1 de 2012.

El Acuerdo Final se constituye en el marco de referencia del con-

trol constitucional automático al que están sujetas las normas producto del procedimiento especial legislativo contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2016, así como de cualquier acto que lo desarrolle, aun por fuera del procedimiento aludido. El Acuerdo Final habla de los marcos jurídicos de referencia que debe utilizar la JEP como sustento de sus decisiones: el derecho internacional en materia de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Para calificar las conductas se basará en el Código Penal Colombiano, DIDH, DIH, el derecho penal internacional –DPI– con la aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

El Acuerdo Final establecerá el contenido de los derechos de las víctimas, como contenido material del derecho que regule la transición del conflicto al posconflicto. Estos son:

a. El derecho a la verdad plena: significa relatar de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición (p. 146).

b. El derecho a la reparación integral: esta debe ser garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas, teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional.

c. El derecho de no repetición como parte del principio de garantía de los derechos de las víctimas, directriz y criterio interpretativo del funcionamiento de la JEP, las garantías de no repetición serán cumplidas por el estado colombiano al garantizar la implementación de las medidas establecidas en el acuerdo general de paz.

El Acuerdo se constituye en derecho, según lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C- 669 de 2016 que hizo el control de constitucionalidad al procedimiento especial de implementación normativa del acuerdo denominado *fast track*; en esta sentencia, el Acuerdo Final no entra en el bloque de constitucionalidad, pues es deber de los órganos competentes implementarlo dentro de los procedimientos establecidos en la Constitución; lo anterior, conforme a

lo establecido en el mismo Acuerdo y a lo aprobado por el Congreso en el Acto Legislativo N°. 2 de 2017; dicho Acuerdo, además de ser derecho, está dotado de precisas condiciones sustantivas y temporales de estabilidad jurídica por el referido acto reformativo.

En la sentencia C- 630 de 2017 se establece un “blindaje especial” para el Acuerdo, pues no se permitirá que los tratamientos otorgados a agentes del Estado o a otras personas por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, fueran combatientes o no combatientes, sean desconocidas por regulaciones jurídicas posteriores.

Conforme a una interpretación propia, este pronunciamiento, según el cual el Acuerdo final es derecho, incorporado al orden jurídico conforme a lo establecido en el derecho constitucional transicional, dota de contenido a todas las regulaciones que lo implementen y tiene además un blindaje especial de seguridad jurídica y un sentido adicional de seguridad política, pues no puede ser desconocido por los gobiernos siguientes.

3. La Constitución como lugar de posibilidad del derecho transicional hacia la paz

La confianza en la Constitución y en el derecho ha convivido con la práctica política de ser utilizados como instrumentos para crear, sofocar e invisibilizar conflictos.

Quienes enseñamos la Constitución y el derecho en Colombia nos vemos abocados a explicar que su origen no es el de los acuerdos, que tanto la Constitución como el derecho no son ganancias políticas que surgen en medio de confrontaciones y debates respetuosos de la diferencia en los que se reconoce ideologías e intereses diversos; en fin, que la Constitución y el derecho, por muy paradójico, son garantía de libertad e igualdad conseguidas a veces a través de la imposición de los vencedores.

No es fácil explicar que en este contexto de violencia y guerra, la Constitución y el derecho se originan en el interés o en los intereses de actores políticos que los apropian como ganancia impuesta y no debatida, sin diálogo, sin conciencia de la existencia del otro; es por ello que las constituciones y el derecho terminan siendo el reflejo del oportunismo del ganador político que pretende con su victoria cerrar los procesos políticos a los diálogos y a la oposición.

En este espacio es difícil explicar, bajo una de tantas teorías del contrato social, que los seres libres e iguales acuerdan crear el Estado

para garantizar su libertad, acabar con el estado de naturaleza (guerra) y someterse a la Constitución y al derecho de manera voluntaria, pues con esa actitud se logrará vivir en convivencia pacífica, a pesar de las contradicciones y tensiones inherentes a la sociedad.

Volvemos nuevamente a debatir la Constitución, tratando entonces de explicar los pactos o convenios en el que individuos estigmatizados, invisibilizados o excluidos acuden al derecho para que sean reconocidos, con el miedo a perder su ganancia temporal y a ser nuevamente negados por la sociedad que promete los acogerá para reincorporarlos a una vida civil que jamás han tenido, pues solo han vivido en medio del conflicto armado. Esta es la expectativa generada por un pacto político como nuestra Constitución de 1991 en el marco del Acuerdo Final.

Por ello, advertimos la dificultad de explicar que nuestra Constitución se forjó ante el embate de los violentos como una apuesta de paz, como un pacto que debería instaurar el Estado de Derecho Constitucional frente al Estado de Sitio que reinó durante toda la vigencia de la Constitución de 1886.

Es en el marco del tránsito de la excepción permanente al Estado Social de Derecho que el dilema de la justicia transicional es el problema del Estado de derecho en periodos de cambio político radical. Para Teitel, las sociedades luchan con las formas de justicia luego de la transición del sistema político, jurídico y económico. En este dilema, el estado de derecho es, en última instancia contingente; en lugar de simplemente establecer un orden jurídico, ejerce el rol de mediador entre el cambio normativo y los valores que caracterizan estos periodos extraordinarios, puesto que:

Dependiendo de las condiciones políticas y legales existentes en la sociedad en cuestión, los periodos de transición se ubicarán en algún punto a lo largo del continuo del estado de derecho de las democracias establecidas. Esta observación debiera tener implicancias en el intento por afianzar cualquier forma particular de estado de derecho transicional. (2006, p. 26).

En nuestro proceso de paz hemos invertido esta realidad, de tal suerte que el derecho ha creado la transición y no la realidad política. Se advierte que no existen rupturas políticas que se reflejen en nuevos textos jurídicos luego del Acuerdo Final, tales como una nueva Constitución, un nuevo sistema penal, sino que existe una continuidad del Estado de derecho que ha creado primero un derecho transicional normalizado mediante reformas constitucionales.

En este sentido, somos categóricos en que el Acuerdo Final se adapta perfectamente a los propósitos del constituyente de 1991: la paz, y de tal manera pretende sentar las condiciones para una transición de una Constitución formal a una Constitución real.

Referencias bibliográficas

- ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- ARDILA, D. (2010). Justicia transicional: principios básicos. Recuperado de: <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>
- ESER, A. (2018). Justicia transicional: acerca del Acuerdo de Paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann. En: Reyes, Y. (Ed.) (2018). ¿Es injusta la justicia transicional? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ONU. (2014). Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf
- OROZCO, I. (2005). Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis.
- REYES, Y. (2018). ¿Es injusta la justicia transicional? A manera de estudio preliminar. En: Reyes, Y. (Ed.) (2018). ¿Es injusta la justicia transicional? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- UPRIMNY, R; SAFFON, M. (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: Uprimny, R. et al. (2005) ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: Dejusticia.
- TEITEL, R. (2006). Genealogía de la justicia transicional. Recuperado de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed=y